

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

RÓBINSON CÁRDENAS SIERRA



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2016

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

RÓBINSON CÁRDENAS SIERRA

**Trabajo de Grado para Optar al Título de:
DOCTOR EN DERECHO**

**Director
Dr. JUAN GUILLERMO DURÁN MANTILLA
Doctor en Derecho**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2016**

CONTENIDO

	Pág.
CAPÍTULO I. EL TRABAJO: VICISITUDES DE UNA REALIDAD	20
1.1 PRECISIONES EN TORNO AL TÉRMINO “TRABAJO”	20
1.1.2 Del mito a las concepciones filosóficas	25
1.1.3 Cada nueva generación “comienza” su lucha por el Derecho	29
CAPÍTULO II. 2. LA INDUSTRIA Y LA REGULACIÓN DEL TRABAJO	33
2.1 REGULACIÓN LABORAL Y VOCACIÓN UNIVERSALIZANTE	33
2.1.1 Repasando el pasado de la regulación laboral	38
2.1.2 Tipologías o maneras de configurar el derecho laboral	42
2.1.4 Función social del derecho: el derecho como factor de cambio social	51
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA FLEXIBILIZACIÓN	59
3.1 FLEXIBILIZACIÓN LABORAL HOY: LA DENUNCIA	59
3.1.1 Del esquema regulativo homogéneo a la heterogeneidad flexibilizadora	61
3.1.2 Eficiencia Económica vs. Justicia Social	64
CAPÍTULO IV. EL MODELO CLÁSICO DE LA RELACIÓN LABORAL	66
4.1 LA REGULACIÓN LABORAL COMO RESULTADO DE UNA DIALÉCTICA CON BENEFICIOS SOCIALES	66
4.2 LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COMO CLAVE DEL TRIPARTISMO EN LA RELACIÓN LABORAL CLÁSICA	67
CAPÍTULO V. DEL TRIPARTISMO AL UNIPARTISMO: LA PRECARIZACIÓN DEL EMPLEO	72

5.1 EL PASO DEL ESCENARIO “SÓLIDO” (ESTADO, EMPLEADORES Y EMPLEADOS) A UN ESCENARIO “LÍQUIDO” (EMPLEADORES Y EMPLEADOS)	72
5.2 EL NEOLIBERALISMO IMPONE EL CAMINO “UNIPARTISTA” Y EL ESTADO PASA A SER “OPTING – OUT”	78
5.3 FLEXIBILIZANDO: ¿EN QUÉ ESCENARIO ECONÓMICO?	80
CAPÍTULO VI. DESREGULACIÓN DE LOS MERCADOS LABORALES Y VOCACIÓN FLEXIBILIZANTE	83
6.1 EL SIGNIFICADO DE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN EL ESCENARIO DE LA ECONOMÍA DES-REGULADA	83
6.2 GARANTISMOS CONSTITUCIONALES VS. INICIATIVAS FLEXIBILIZADORAS	87
6.4 FLEXIBILIZACIÓN O EL DISIMULADO RETORNO AL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS	93
6.6 FLEXIBILIZACIÓN Y RESPUESTAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: VAIVENES ENTRE EL “TRIPARTISMO” Y EL “UNIPARTISMO”	100
6.7 DERECHO IGUAL, DERECHO DESIGUAL: ESCENARIOS DE UN ESTADO DE DERECHO Y UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	134
CAPÍTULO VII. LA JUSTICIA Y SUS FORMAS	144
7.1 LA IDEA DE JUSTICIA	144
7.1.1 ¿Qué es la justicia?	144
7.1.2 Dar a cada uno su derecho	145

7.1.3 El derecho, objeto de la justicia	148
7.1.4 Criterio de atribución según la tradición judeocristiana	153
7.2 LAS FORMAS DE JUSTICIA	156
7.2.1 La centralidad de la justicia distributiva	162
CAPÍTULO VIII. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA	166
8.1 ALGUNAS TEORÍAS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA	166
8.2 ENSAYO DE RECAPITULACIÓN-INTEGRACIÓN	181
8.3 JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y ECONOMÍA POLÍTICA	184
CAPÍTULO IX. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA	190
9.1 LOS DERECHOS HUMANOS, CRITERIOS POSITIVOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA	190
9.2 DEL MÍNIMO PODER REGULATIVO DEL ESTADO GENDARME A LA DES-REGULACIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN	195
CAPÍTULO X. EL ACCIONAR DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA	200
10.1 PLANOS DE RESPONSABILIDAD DISTRIBUTIVA	200
10.2 TEORÍA DE LOS MODELOS EPISTEMOLÓGICOS	200
CONCLUSIONES GENERALES	226
BIBLIOGRAFÍA	243

INTRODUCCIÓN: LA CONDICIÓN HUMANA

En las grandes culturas se conservan retazos de una “memoria” perdida, de acuerdo con la cual existió un “paraíso” en el que la **condición humana** negaba la triste **nueva condición presente**. En esa utópica **condición retrospectiva**, el trabajo no era “conditio sine qua non” de la existencia. Se vivía para la actividad libre, creativa, no orientada a producir “medios de vida”. La humanidad primigenia giraba en torno a las posibilidades de un alegre “ocio” permanente, en el que brotaban sin esfuerzo las manifestaciones lúdicas, estéticas, religiosas... La “jungla” no era una amenaza para la vida humana, sino precisamente el emporio de todos los disfrutes.

Esa “condición” primigenia equivale a la descrita por el Quijote a los cabreros: “Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados..., porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de **tuyo** y **mío**. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes; a nadie le era necesario para alcanzar su ordinario sustento tomar otro trabajo que **alzar la mano** y alcanzarle de las robustas encinas, que **liberalmente** le estaban convidando con su dulce y sazonado fruto. Las claras fuentes y corrientes ríos, en magnífica abundancia, sabrosas y transparentes aguas les ofrecían... aún no se había atrevido la **pesada reja del corvo arado** a abrir ni visitar las extrañas piadosas de nuestra primera madre; que ella, sin ser forzada, ofrecía, por todas las partes de su fértil y espacioso seno. Lo que pudiese hartar, sustentar y deleitar a los hijos que entonces la poseían.”¹

Pero, en tiempo histórico, ha sido y es **condición para la vida humana** que los hombres abandonen el sueño de la “edad de oro”, en la que se viviría sin esfuerzo productivo alguno. Las necesidades humanas sacan al hombre de la pasividad y lo fuerzan a actuar sobre un entorno que requiere ser transformado y adaptado. Mediante su **acción transitiva** (labor, trabajo), debe el hombre hacer accesible la naturaleza. Decía Carlos Marx: “el trabajo humano rescata las cosas, las resucita de entre los muertos.”² No obstante, el **viejo sueño** del “ocio” creativo de la “edad de oro” **sigue siendo ingrediente** de la nueva condición en perspectiva futura.

Escribe Alberto Cárdenas:

“...El **trabajo como tal no puede absorber la totalidad** de la **actividad humana**, copar la vida. El hombre no vive para trabajar, sino que — como pensaba Aristóteles (Ética a Nicómaco, L. X., c. VII.)— **trabaja para**

¹ CERVANTES SAAVEDRA, Miguel: Don Quijote. Ed. Aguilar, 1960, P. I., p.333.

² AUBERT, Jean-Marie. Moral social para nuestro tiempo. Herder, Barcelona. 1973, p. 152.

tener ocio”, espacio y tiempo de “contemplación”, según el Aquinate; espacio y tiempo de juego, de descanso, de creatividad y experiencia religiosa o estética, de amor, de amistad... **Ocio**, en su significado originario, **es apartarse de los “negocios”**, de las actividades subordinadas a otro o **a las urgencias de la propia vida** o a los azares de la naturaleza. **Ocio es actividad libre desinteresada**, librada a la espontaneidad, **no sometida a la necesidad**, mediante la cual la persona deja de ser Sísifo, encarnación mítica del trabajador encadenado a su trabajo sin descanso y sin íntimo disfrute. El ocio **no** es sinónimo de ociosidad. La Academia de la Lengua distingue muy claramente: **el ocio** es “cesación del trabajo”, “tiempo libre de una persona”, “diversión u ocupación reposada, especialmente en obras de ingenio”...; la “**ociosidad**” es “vicio de no trabajar, perder el tiempo o gastarlo inútilmente”.

Pero hay que distinguir entre los “ociosos”: **ociosos** voluntarios por despecho y desgana de vivir; **ociosos** voluntarios por indiferencia valórica o incapacidad creativa; **ociosos** involuntarios por **determinismo** socio-económico: dejan **escapar el tiempo** sin fruto íntimo, sin actividad creativa, sin fruición, sin dominio de su espacio, sin sueños, sin fantasía, porque no tienen oportunidades ni posibilidades para asumir su presente ni proyectar su futuro. El que **no** puede tener **ocio** y está **condenado** a la **ociosidad** por falta de medios y espacio privado, no puede ser calificado propiamente de **ocioso**, que es el voluntario.”³

La filósofa **Hannah Arendt**, en “La Condición humana”⁴, se refiere a las tres actividades fundamentales mediante las cuales el ser humano realiza su vida en el planeta tierra: **labor**, **trabajo (work)** y **acción**. La **labor** consiste en las actividades humanas cuyo objeto esencial es atender a las **necesidades de la vida biológica**: comer, vestirse, dormir...; el **trabajo** consiste en las actividades productoras de **utensilios o instrumentos duraderos**, que no se consumen con el primer “uso”; y la **acción** consiste en el **ejercicio de la libertad**, mediante la voluntad, la intersubjetividad y el lenguaje, condiciones de la **vida política**.

Arendt examina la distribución clásica entre “bios politikos” y “bios theoretikos”, que pasó al latín como contraste entre “**vita activa**” y “**vita contemplativa**”, expresiones que llegaron a la edad media y permitieron, por ejemplo, a Tomás de Aquino contrastar la **vida de los cristianos corrientes** y la de **los monjes**, para proponer una modalidad intermedia: “**vida mixta**” (ST, II-II, 188), que posibilita la interacción entre actividad creativa y contemplación o quietud meditativa y comprensiva: “contemplari et aliis tradere contemplata”: meditar y comprender para

³ CÁRDENAS PATIÑO, Alberto. Núcleos problemáticos, Módulos siglo XXI-Facultad de Derecho, Códice, Bogotá, 2002, p. 54.

⁴ ARENDT, Hannah. La condición humana, Paidós, Barcelona, 2005.

luego pasar a la actividad comunicativa (ST. II-II, 188, 6)⁵. **Arendt** se centra en la “**vita activa**”, preferida en la Modernidad⁶, que amplía su campo semántico para referirse a las tres “condiciones básicas” de la “vida en la tierra”: **labor**, **trabajo** (work), **acción**.

La **labor** y el **trabajo** exigen la preexistencia de circunstancias naturales, de cosas que hay que transformar: para **consumir** y sostener la vida y para **construir** el artificial “mundo” que rodea las vidas individuales y que las sobrevive para acoger a las generaciones futuras, llamadas a “comenzar” a inventar sus propias vidas. “Los hombres, aunque han de morir, no han nacido para eso, sino para **comenzar**”⁷. Pero tal “comienzo” estará, sin duda, condicionado por la acumulación y renovación de los productos del trabajo de todas las generaciones antecedentes. En cuanto a la **acción**, es la “única actividad que se da entre los hombres sin la mediación de cosas o materia; corresponde a la condición humana de la **pluralidad**, al hecho de que los hombres, no el Hombre, vivan en la Tierra y habiten en el mundo.”⁸ La “**pluralidad** es específicamente la condición —no sólo la **conditio sine qua non**, sino la **conditio per quam**— de toda vida política.”⁹ La **Labor** y el **Trabajo** “condicionan” la existencia biológica y la existencia no natural (“artificial”) como supuestos de todo fenómeno político, en el que la pluralidad interactiva es la condición **por medio de la cual** la **Acción** echa las bases de la “polis” y de su dinámica pública.

Arendt, se refiere al origen de sus categorías:

“La distinción que propongo entre **labor** y **trabajo** no es usual. La evidencia a su favor es demasiado grande para no tenerla en cuenta, y, sin embargo, es un hecho histórico que salvo unas cuantas observaciones aisladas... apenas hay nada en la tradición premoderna del pensamiento político o en el amplio cuerpo de las modernas teorías sobre la **labor** que la sustente. No obstante, contra esta escasez histórica se levanta un testimonio muy articulado y obstinado, es decir, el simple hecho de que todo idioma europeo, antiguo y moderno contiene dos palabras etimológicamente no relacionadas para definir lo que creemos es la misma actividad, conservadas pese a su persistente uso sinónimo.”¹⁰

Arendt aprovecha la distinción propuesta por John Locke: “la **labor** de nuestro **cuerpo** y el **trabajo** de nuestras **manos**”, que es “reminiscencia de la diferencia

⁵ Ibid., pp. 47-48.

⁶ Ibid., p. 44, passim.

⁷ Ibid., p. 264.

⁸ Ibid., p. 35.

⁹ Ibid., p. 38

¹⁰ Ibid., p. 107- 108.

griega entre “cheirotechnes” artesano, a la que corresponde la palabra alemana “handwerker”, artesano, y aquellos que, como los “esclavos y animales domésticos, atienden con sus cuerpos a las necesidades de la vida.”¹¹ El contraste de Locke ayuda a Arendt a perfilar el contenido de la categoría **labor**, como actividad que **esfuerza el cuerpo** en la obtención de los productos necesarios para el sustento de la vida cotidiana, hechos, no para perdurar, sino para ser consumidos. Frente a esa actividad del “animal laborans”, la del “homo faber” —**cuyas manos** operan como prolongación del cerebro— hace primar el esfuerzo de razón práctica sobre el desgaste físico del primero. La diferencia entre **labor** y **trabajo** resulta más nítida si comparamos **un pan**, con escasa expectativa de vida, y una **mesa**, que puede “sobrevivir” por generaciones¹².

Frente a la idea de “mundo” **Arendt** contrasta la mirada del “homo faber” y la del “animal laborans”.

“El **mundo** —observa—, el **hogar** levantado por el hombre en la Tierra y hecho con el material que la naturaleza terrena entrega a las manos humanas, está formado no por cosas que se consumen, sino por cosas que se usan. Si la naturaleza y la Tierra constituyen, por lo general, la condición de la **vida** humana, entonces el mundo y las cosas de él constituyen la condición bajo la que esta vida específicamente humana pueda estar en el hogar sobre la Tierra. La naturaleza vista con los ojos del **animal laborans** es la gran proveedora de todas las “cosas buenas” que pertenecen por igual a todos sus hijos, quienes “la sacan de sus (de la naturaleza) manos” y las “mezclan con” mediante la labor y el consumo. La misma naturaleza vista con los ojos del **homo faber**, o sea, del constructor del mundo, “proporciona solo materiales casi sin valor en sí mismos”, valorizados por entero con el trabajo realizado sobre ellos. Sin sacar las cosas de la mano de la naturaleza, y sin defenderse de los naturales procesos de crecimiento y decadencia, el **animal laborans** no podría sobrevivir. Pero sin sentirse a gusto en medio de las cosas cuyo carácter duradero las hace adecuadas para el uso y para erigir un mundo cuya misma permanencia está en directo contraste con la vida, esta vida no sería humana.”¹³

En cuanto a la **Acción**, la otra actividad de la “vita activa”, es la traducción del “agere” latino, que con frecuencia, en español, se hace equivalente a “obrar”, en cuanto a actividad encaminada a ejercer la “libertad positiva” o “libertad para”, encaminada a realizar valores y que se inscribe en los ámbitos de la moral, la política, el derecho, órdenes normativos del mundo ético. En este caso, los motivos y el sentido del “obrar” **subordinan** el “hacer” en sus dos formas: labor y trabajo. Explica Arendt acerca de la traducción “actuar”: “en su sentido más general, significa tomar una iniciativa, comenzar (como indica la palabra griega **archein**,

¹¹ Ibid., p. 108.

¹² Ibid., p. 116.

¹³ Ibid., p. 147.

“comenzar”, “conducir” y finalmente, “gobernar”), poner algo en movimiento (que es el significado del **agere** latino).”¹⁴

Explica Arendt:

“la **acción**, a diferencia de la fabricación, **nunca** es posible en **aislamiento**; estar aislado es lo mismo que carecer de la capacidad de actuar. La acción y el discurso necesitan la presencia de otros no menos que la fabricación requiere la presencia de la naturaleza para su material y de un mundo en el que colocar el producto acabado. La fabricación está rodeada y en constante contacto con el mundo; la acción y el discurso lo están con la trama de los actos y palabras de otros hombres. La creencia popular en un “hombre fuerte” que, aislado y en contra de los demás, debe su fuerza al hecho de estar solo es pura superstición, basada en la ilusión de que podemos “hacer” algo en la esfera de los asuntos humanos —“hacer” instituciones o leyes, por ejemplo, de la misma forma que hacemos mesas y sillas, o hacer hombres “mejores” o “peores”—, o consciente desesperación de toda acción, política y no política, redoblada con la utópica esperanza de que cabe tratar a los hombres como se trata a otro “material””.¹⁵

La historia contemporánea ha terminado por debilitar el ámbito de la **Acción** como constitutivo de la libertad, mediante la cual **cada nuevo hombre** comienza su realización y pone en movimiento nuevos valores en constante interacción comunicativa, y ha derivado hacia la primacía del talante productivo, alternando uno u otro de los dos modelos: bien el del “homo faber”, bien el del “animal laborans”. “La convicción de que lo más grande —explica Arendt— que puede lograr el hombre es su propia aparición y realización no es cosa natural. Contra esta convicción se levanta la del **homo faber** al considerar que los **productos** del hombre pueden ser más —y no sólo más duraderos que el propio hombre y también la firme creencia del **animal laborans** de que la **vida** es el más elevado de todos los bienes—. Por lo tanto, ambos son apolíticos, estrictamente hablando, y se inclinan a denunciar la acción y el discurso como ociosidad, ocio de la persona entrometida y ociosa charla, y por lo general juzgan las actividades públicas por su utilidad con respecto a fines supuestamente más elevados: hacer el mundo más útil y hermoso en el caso del **homo faber**, hacer la vida más fácil y larga en el caso del **animal laborans**, sin embargo esto no quiere decir que estén libres de prescindir por completo de una esfera pública.”¹⁶

Desde la Modernidad, dado el progreso incontenible del “hacer”, éste se ha convertido en la “razón” de la organización social y ha tratado de sustituir las

¹⁴ Ibid., p. 207.

¹⁵ Ibid., p. 216.

¹⁶ Ibid., p. 233.

formas democráticas del actuar, dando cabida a modelos políticos que anulan la existencia personal y sus libertades, organizando **regímenes totalitarios** en función de una de las dos mentalidades señaladas: “laborans” o “faber”, con exclusión del inútil “animal rationale” u “homo sapiens”.

El modelo “**faber**” fue el primero de los componentes de la “vita activa” que ascendió y desplazó de su puesto a la “contemplatio” o vida reflexiva y meditativa —lo que urgía Marx en la tesis 11—. “Dicho ascenso —explica Arendt— fue bastante natural, ya que las actividades del hombre como fabricante de utensilios llevaba a la revolución moderna. A partir de entonces, todo el progreso moderno ha estado muy íntimamente ligado al desarrollo cada vez más refinado de la manufactura de útiles e instrumentos.”¹⁷

Señala Arendt que las características típicas del “homo faber” se reflejan en los rasgos de la Época Moderna: instrumentalización del mundo, confianza en los útiles y en la productividad del fabricante de artefactos, confianza en los **medios**, utilidad como motivación de decisiones, convicción de que la naturaleza deber ser transformada y que es inagotable, primacía del ingenio sobre la inteligencia valorativa, desprecio por el pensamiento no inmediatamente aplicable, identificación de fabricación y acción¹⁸.

Pero el “homo faber” fue derrotado.

“Lo que exige explicación no es la moderna estima del “homo faber”, sino el hecho de que esa estima fue rápidamente seguida por la elevación de la **labor** al más alto puesto en el orden jerárquico de la “vita activa”. Esta segunda inversión de la jerarquía dentro de la “vita activa” se realizó de manera más gradual y menos dramática que la inversión de la contemplación y de la acción en general o la de la acción y fabricación en particular.”¹⁹ Añade Arendt más adelante: “Quizá nada indica con mayor claridad el fundamental fracaso del “homo faber” en afirmarse como la rapidez con que el principio de utilidad, la quintaesencia de su punto de vista sobre el mundo, desapareció y se reemplazó por el de “la mayor felicidad del mayor número”. ”²⁰

Con mentalidad de “animal laborans” al servicio de la **mayor felicidad**, resultado de la satisfacción inmediata de apetitos y deseos de goce, la economía de utilidad permanente se ha convertido en economía de hiperconsumo y derroche, “en la que

¹⁷ Ibid., p. 316.

¹⁸ Ibid., p. 325.

¹⁹ Ibid., p. 326.

²⁰ Ibid., p. 327.

las cosas han de ser devoradas y descartadas casi tan rápidamente como aparecen en el mundo, para que el propio proceso no termine en repentina catástrofe.”²¹ Como no parece haber otra **vida** que la biológica presente y terrena, aprovecharla para hacerla grata, al ritmo del “carpe diem”.

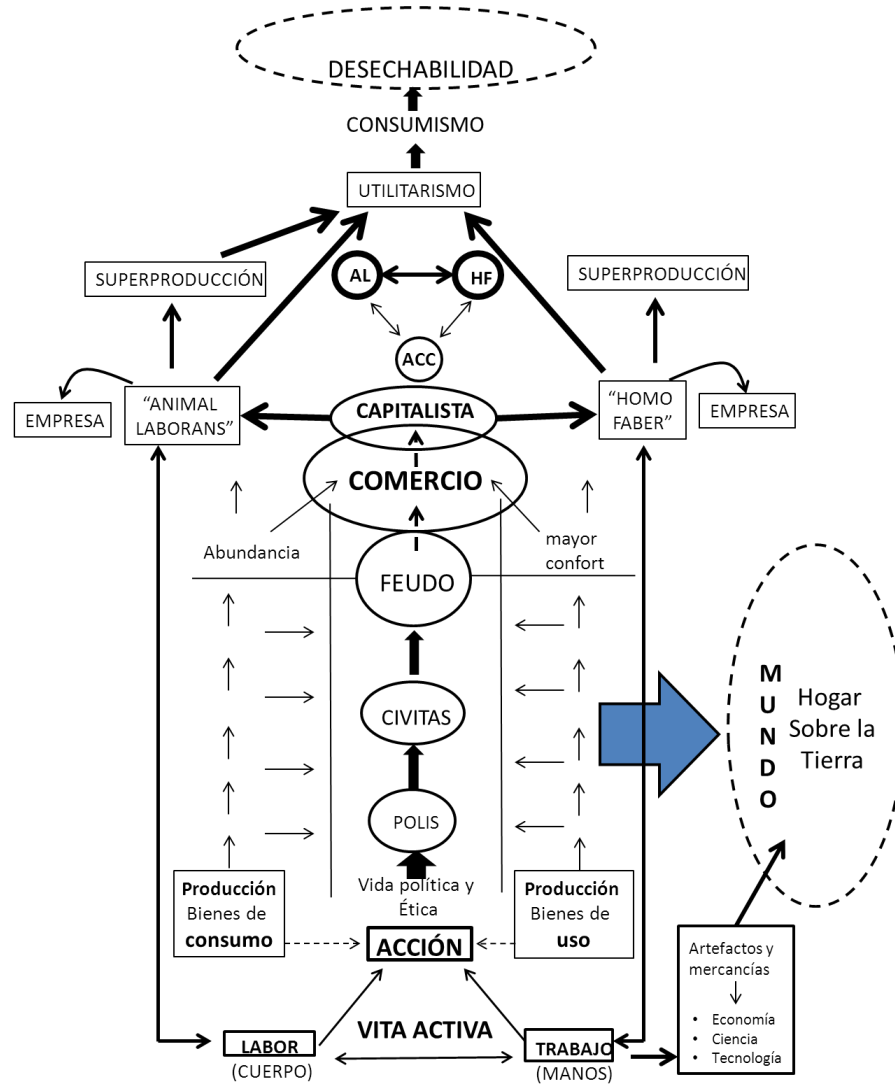
Pero ni el “animal laborans” ni el “homo faber” son los hombres de carne y hueso que **necesitan sobrevivir** y “laboran” o “trabajan” a diario para acceder a escasos “medios de vida”. Dice Arendt: “La expropiación, la privación para ciertos grupos de su lugar en el mundo y su **desnuda** exposición a la exigencias de la vida, crearon tanto la original acumulación de riqueza como la posibilidad de transformar esa riqueza en capital mediante la labor. Esto constituyó las condiciones para el auge de una **economía capitalista**.”²² El nuevo “animal laborans” y el nuevo “faber” ni “labora” ni “trabaja”, sino que acumula y gana cada vez más.

Así, pues, la “condición humana” o estatus del hombre actual en la naturaleza lo ubica en la “vita activa” y lo fuerza a atender sus necesidades vitales mediante la **labor** y a buscar la necesidad de confort mediante el **trabajo** y a dar sentido creativo a su existencia personal mediante la **acción**, en intersubjetividad comunicativa y de participación en la construcción de convivencia. Pero ese “estatus” está **amenazado por la desintegración** de sus componentes, con hipertrofia asociada de **labor-trabajo**, siempre con pérdida de los valores humanizantes de la **acción**, que debía regular el proceso.

²¹ *Ibid.*, p. 146.

²² *Ibid.*, p. 282.

Figura 1.



Fuente.

En el esquema anterior, tratando de interpretar la obra de Arendt, —que opera como marco teórico de esta investigación— se arranca del **triángulo básico** (de abajo hacia arriba), que representa la “vita activa” con sus tres componentes: **labor** (con esfuerzo corporal, en su origen, propio de esclavos); **trabajo** (con habilidad manual, propia de artesanos) y la **acción** (intersubjetividad comunicativa, que echa las bases de la **vita política y ética**). Por la **labor** se asegura la producción de bienes de **consumo**; por el **trabajo** se asegura la producción de bienes de **uso**; por la **acción** se organizan las formas de convivencia y de coexistencia. Por la **acción** surge la “polis”, la “civitas”, el “feudo” y los distintos regímenes políticos, hasta llegar a los Estados contemporáneos, marcados por el **utilitarismo**. Al servicio de la **acción** van surgiendo las formas de acumulación del

“animal laborans”, que aseguran abundancia de recursos vitales, y del “homo faber”, que aseguran abundancia de bienes de confort. El **comercio** distribuye cada vez con mayor amplitud las dos formas de acumulación que van a asegurar el surgimiento del **capitalismo**, mediante la expropiación individual del “animal laborans” y del “homo faber” (proletarizados unos y otros). El dinero del **capitalista** cobra autonomía frente a los demás factores de producción y se convierte en vorágine que absorbe todos los recursos (consumismo, desechabilidad...) para su propio crecimiento hasta llegar al modelo de sociedad actual, en la cual la misma **acción** queda subordinada a los intereses financieros. De ahí la inversión del triángulo de la “vita activa”, que pone la **acción** al servicio de los fines de lucro de la **labor** y del **trabajo**.

Pero la **acción** —que según Arendt es la que constituye la auténtica humanidad del hombre— es la que **crea y conserva los organismos políticos**, permitiendo llevar a la **luz pública** toda forma de **verdad** y toda forma de mentira; tiene el **poder de liberarse** de su alienación y de corregir los rumbos sociales y económicos, que tienden a convertir a las **personas** en **objetos**, en **medios** para fines de poderes privados. Por primera vez en la historia, nuestra civilización tiene posibilidades de dignificar **todo trabajo humano**, mediante el perfeccionamiento de las instituciones democráticas, en procura de una ciudadanía cada vez más liberada de las alienaciones generadas por las formas de escasez.

El **problema central** en esta investigación es el siguiente: ¿En contexto de globalización económica, a través de la **Acción política**, es posible dinamizar la **justicia distributiva** para reducir las formas de exclusión que producen tanto la desregulación económica como la flexibilización de las instituciones del Derecho laboral? La **hipótesis**, o respuesta tentativa, es que solamente mediante la comprensión del alcance político-económico de la justicia distributiva es posible convocar a las distintas fuerzas sociales para debilitar el auge del privatismo transnacional y negociar nueva regulación del mundo del trabajo, capaz de afrontar las secuelas de la precarización laboral.

Aceptando la propuesta de Arendt sobre el **poder de restauración** que tiene la vida política, y sin duda en la forma democrática, que incluye a todos los ciudadanos y los fuerza a participar, esta investigación acerca de la **desregulación** económica y su consiguiente **flexibilización** de las **instituciones laborales protectoras** (en función del capitalismo transnacional globalizado), se cierra en torno al **problema de la justicia distributiva**, fundada en el reconocimiento de los **derechos fundamentales**, criterios positivos para la **actividad pública**, forma privilegiada de la **Acción**.

Se hace necesario que el triángulo de la “vita activa” recobre su posición normal y dé centralidad a la **Acción**, encargada de proporcionar nuevo sentido a la vida económica mediante el ejercicio de una **justicia distributiva** (social) que **no deje excluidos** (al estilo de la justicia distributiva clásica) **ni** de la actividad productiva, **ni** de los frutos de la “**labor**” (en función de la vida) **ni** de los frutos del “**trabajo**” (en función del confort indispensable), asegurando el crecimiento de la **libertad**, que supone tiempo libre para las actividades no subordinadas (“skholé” = “ocio” creativo). Es verdad que la sociedad utilitarista contemporánea aumenta los tiempos de ocio, pero ante todo como tiempo libre para **aumentar el consumo**.

El resultado de esta investigación está dividido en tres partes: I. Reflexión histórico-antropológica en torno al concepto de trabajo; II. Fenomenología de la desregulación del mercado y flexibilización del derecho del trabajo; III. Justicia distributiva y nuevo escenario laboral. La **primera parte** (dividida en 2 capítulos) gira en torno al campo semántico del mundo del trabajo, los ensayos de comprensión filosófica del fenómeno, hasta llegar al análisis histórico de los procesos de regulación jurídica como resultado de las luchas por la protección de la subordinación laboral. La **segunda parte** (dividida en 4 capítulos) se centra en la fenomenología del proceso desregulativo y flexibilizador, como efecto potenciado por la tendencia a globalizar la competencia entre el empresarismo nacional y transnacional. La **tercera parte** (dividida en tres partes) versa sobre la noción de justicia, la centralidad formal de la justicia distributiva, para terminar discutiendo las condiciones contemporáneas para su aplicación, bajo los criterios de los derechos humanos. Y por último, un capítulo de **conclusiones** numeradas, referidas a cada una de las tres partes.

Lo que justifica la presente investigación es el hecho de que la **globalización** en sentido de “**globalismo**” (como propone Ulrich Beck²³), en cuanto proceso planetario orientado por el afán de lucro de los intereses del economicismo liberal (capital financiero), ha generado, desde hace varias décadas, profundas transformaciones en nuestras sociedades, especialmente, en el mundo de las **relaciones laborales**, debilitando precisamente la fuerza productiva más importante, cuyas necesidades reclaman mejora en las condiciones de vida, las cuales logran cierta seguridad a través de la regulación jurídica.

Esas transformaciones han significado abandono de las responsabilidades del Estado en la protección de la parte más débil de las relaciones laborales, con la consiguiente desprotección legislativa para los trabajadores; lo cual se ha traducido en **inestabilidad en el empleo y desempleo, segmentación y exclusión de la seguridad social, pérdida de derechos adquiridos por los logros de las**

²³ BECK, Ulrich: “Qués es la globalización”: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización; Ed. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona 1998, ps. 27 y 28.

pasadas luchas sindicales, potenciación de la autonomía empresarial con la posibilidad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo, los salarios y los márgenes de rentabilidad que se propone alcanzar.

Esta situación que se ha tornado global, se presenta de un modo dramático en los países menos desarrollados, donde habita la mayoría de la humanidad y donde abunda mayoritariamente el trabajo informal o “no estructurado”. Es previsible que el mencionado fenómeno des-regulativo siga su marcha y al mismo tiempo se haga irreversible. Por todo esto, el **propósito de la presente investigación es doble**: por un lado, hallar las causas que conducen al ejercicio precarizado de la regulación laboral en América latina y, más específicamente en Colombia; por otro, prospectar, en este proceso aparentemente irreversible, las posibles oportunidades para asumir el nuevo paradigma económico, político y jurídico con la ayuda, evaluación y reformulación del concepto de justicia distributiva, de tal manera que las consecuencias sociales sean menos catastróficas de lo que ya han sido en algunos países periféricos. Vale, como criterio ético, el imperativo de Arthur Kaufmann, eco del imperativo categórico kantiano: *“Actúa de tal manera que las consecuencias de tus acciones sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana”*.

El **objetivo terminal** de esta investigación es la construcción del concepto operativo de justicia distributiva, a que atiende específicamente la tercera parte, aunque está presente implícitamente en todo el constructo textual. **El método empleado**, puesto que se trata de un diálogo abierto entre filosofía y ciencias sociales, combina las comprensiones filosóficas con las formas explicativas de historiadores, sociólogos, politólogos, jusfilósofos y justeólogos, sin descuidar la perspectiva jurídica propiamente dicha (ley, jurisprudencia y doctrina), como recomendaría Thomas Piketty²⁴. El método puede parecer un tanto ecléctico, pero es preciso contar con las distintas disciplinas en una época en que se impone la interdisciplinariedad para comprender realidades especialmente complejas. No se trata de un sincretismo amontonador, de discursos yuxtapuestos, sino de un diálogo con distintos interlocutores, que no puede caer en el dogmatismo²⁵.

En la construcción de la presente investigación estos son los **objetivos específicos** que fueron orientando el rumbo de la misma a cada paso:

²⁴ Cfr. PIKETTY, Thomas: “El Capital en el siglo XXI”, FCE, Bogotá, 2014, p. 645.

²⁵ Cfr. Victor Cousin: Discurso preliminar de “*Du vrai, du beau et du bien*”, Didier, París, 1854.

- Análisis fenomenológico del concepto del trabajo y su configuración desde el punto de vista histórico-social (derecho *a*l trabajo) y jurídico (derecho *de*l trabajo).
- Identificación, desde una particular comprensión de la historia económica de Occidente, de las causas estructurales de los actuales procesos des-regulativos.
- Lectura y sondeo del derecho laboral comparado para comprender las formas protectivas que traducían las conquistas de las luchas políticas y sindicales durante el siglo XX.
- Sondeo de las distintas formas de trabajo inestable, contrastando con las formas clásicas codificadas.
- Creación de un aparato crítico de análisis de la fenomenología laboral contemporánea, con el auxilio de la crítica jusfilosófica, justeórica y jus-sociológica, así como algunos aportes éticos tomados de la Doctrina Social de la Iglesia.
- Concreción del estado actual de las tendencias jurídico-laborales, valorando sus previsiones positivas y sus derivaciones negativas; procurando prever el “futuro del trabajo” a la luz de la justicia distributiva.

La investigación, a través de la comprensión de la justicia distributiva, pretende descubrir hasta qué punto la des-regulación, como desmonte de las clásicas instituciones protectivas, puede ser generadora de nuevas instituciones que promuevan nuevas formas de relación de trabajo, superadoras de heredadas formas de miseria y aptas para la inclusión social productiva de las nuevas generaciones. De no ser así, la des-regulación significará abandono total de la fuerza laboral y, por ello, des-legitimación de todo el sistema económico mundial y regional. El nuevo derecho, al servicio de los intereses económicos privados, podría convertirse en arma al servicio de la exclusión y la miseria.

El estado actual de la cuestión acerca de la flexibilización laboral y su relación con la justicia distributiva se manifiesta en dos grandes corrientes no convergentes, aunque con relevantes aportes: por una parte, los análisis socio-

jurídicos sobre el fenómeno de la globalización y su repercusión en la desregulación del mundo empresarial y la consiguiente flexibilización de las legislaciones que protegían la relación de trabajo (Romagnoli, Baylos, Supiot, Aguilera, Aparicio, Archila, Bauman, Beck, Benach, Meda, Ferrajoli...); y por otra parte, las búsquedas teóricas en torno a la comprensión y alcance ético, social, económico y político de la justicia distributiva, como forma nuclear de las distintas formas de justicia (Rawls, Sen, Doctrina Social de la Iglesia, Galgano, Gargarella, Piketty, etc.). Hace falta hacer convergentes las dos grandes corrientes investigativas, de tal manera que la justicia distributiva funcione como poder multisectorial, apto para redireccionar las actuales formas políticas y económicas para que prioricen los derechos de los más débiles.

Para finalizar esta introducción, debo expresar **mi profundo reconocimiento** al Doctor **Juan Guillermo Durán Mantilla**, quien, con paciencia y dedicación, fue orientando el rumbo de la investigación, respetando, sin embargo, mis opciones y mi estilo discursivo, consciente de mis personales limitaciones en el ámbito jurídico. Le agradezco su espíritu no dogmático, que me guió en la selección de fuentes de gran actualidad, procurando una “visión holística” y de “sano eclecticismo” frente a distintas fuentes²⁶. Esto me permitió hallar un “**colegio invisible**”²⁷ entre autores interesados en explicar idéntica temática: flexibilización y justicia distributiva.

²⁶ DURÁN MANTILLA, Juan Guillermo. Introducción a la Filosofía del Derecho, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010, p 14.

²⁷ BOBBIO, RAWLS, CHOMSKY Y ALEXYS. Diálogo Tomás de Aquino, citado por CÁRDENAS Y GUARÍN. en Colegio Invisible. USTA, Bogotá, 2010.

**PRIMERA PARTE
EL TRABAJO Y SU REGULACIÓN**

CAPÍTULO I EL TRABAJO: VICISITUDES DE UNA REALIDAD

“Si el hombre deja de trabajar,
la jungla recupera su espacio
vital y la vida humana se
torna imposible.”

Remy C. Kwant.²⁸ (Filosofía del Trabajo).

1.1 PRECISIONES EN TORNO AL TÉRMINO “TRABAJO”

La palabra “trabajo” ha tenido tal número de significaciones y de usos en el lenguaje cotidiano, mítico, científico y filosófico que intentar delimitarlo aquí es involucrase en una espesísima selva de horizontes indeterminados que conducirían no a la claridad, sino a la dispersión. De acuerdo con algunas exploraciones de filósofos que se han detenido a estudiar el concepto como hecho y acción humanos, es posible percibir una significación muy oscilante en el pasado entre el castigo y la redención (el mito); entre el pecado y la purificación (la religión); entre la esclavitud y la libertad (la filosofía y la economía). A partir de un pasado más próximo al nuestro, segunda mitad del siglo XIX, las luchas políticas o “la lucha de clases” obligaron a concretar la terminología en torno a las formas de actividad transiativa, especialmente la subordinada, considerada problema de la **economía política**.

La palabra **trabajo** (sin descartar las distinciones de Hannah Arendt) en su sentido más simple alude a la actividad del hombre como condición básica de su existencia, que constituye el fundamento de todas las producciones humanas, condición de la conquista de mayores espacios de libertad. Pero observa el fenomenólogo y filósofo del trabajo Remy Kwant: “el trabajo nos hace libres y el trabajo limita nuestra libertad...”

Llegamos a ser libres porque creamos un mundo humano que nos invita a realizar nuestras posibilidades, pero el precio de esa libertad es la pérdida de libertad... Nos volvemos libres edificando un sistema de servicios, pero el mantenimiento de este sistema es una carga que debemos sostener nosotros... Nos volvemos libres de necesidades, libres de peligros... en tanto nuestra existencia se eleva, nos volvemos libres. Pero en tanto nos estamos elevando y conservando ese status elevado, estamos sometidos al trabajo”.²⁹

²⁸KUWANT, C. Remy: “Filosofía del Trabajo”; Ed. Carlos Lohlé, Bs. As. 1959. p. 14.

²⁹ Ibid., p. 17.

Cobra sentido, en ese orden de ideas, aquella paradoja que señalaban algunos críticos de los años sesenta y setentas, del siglo XX, al hacer referencia al trabajo alienado: “el trabajo significa perder la vida ganándosela”³⁰.

El concepto trabajo es utilizado a través de muchas modulaciones que van desde las acciones elementales de la vida humana hasta las complejas formaciones culturales, sociales, políticas y jurídicas como lo enuncia Alain Supiot al referirse a los “modos nacionales” del derecho al trabajo: el **alemán**, el **francés** y el **anglosajón**.³¹ En casi todas las lenguas occidentales, a partir del griego y del latín, el concepto alude a por lo menos dos acciones. En efecto, los diccionarios señalan las polaridades originarias de las dupletas significantes, por ejemplo: en griego “ponos” significa actividad dura y dolorosa relacionada con “penia”, pobreza; pero está la alternativa “ergazesthai” o actividad creativa del artesano, que practica el “ergon”, trabajo. En latín se contrastan la “labor”, que denota esfuerzo y dolor (poena) aproximados al esfuerzo de la parturienta y a los dolores por lesiones somáticas, con una raíz compartida por “laborare”: “tropezar bajo una carga”, en contraste con “facere” o “fabricari”, que se refieren al “hacer” constructivo. El francés opone el “travail” (derivado del “tripalium”, un instrumento de tortura) al “ouvrer”: poner por obra. El español también deriva el “trabajo” de “tripalium” y lo hace equivalente a la dura “labor” frente al positivo “hacer” transformación del “facere” como el “faire” francés. En alemán se oponen “arbeit” (que traducía las palabras latinas labor, tribulatio, persecutio, adversitas, malum) a “werk” o schaffen = crear, trabajo del artesano. El inglés opone “labour”, con su herencia latina, al “work” del artesano...³² No obstante, los términos se han redimido más o menos de sus connotaciones negativas y han terminado por convertirse en cuasi-sinónimos, especialmente desde cuando el desprecio por el trabajo fue reemplazado por su elogio en teóricos como Carlos Marx.

A las distinciones anteriores se les podría añadir, como elemento común, dos significaciones esenciales: **trabajo** como esfuerzo, fatiga, peso, necesidad y **trabajo** como eficiencia, como obra. Esta distinción cobra un sentido especial en la tradición grecolatina donde prevalece la significación negativa o pesimista del término. Sin embargo, desde aquellos tiempos hasta nuestra actualidad el trabajo no es acción pura, ni acción simplemente libre, sino que depende de la naturaleza y de la indigencia natural del hombre, así como de las relaciones sociales y de dominio que se han dado históricamente, las cuales añaden un momento de coacción a la significación de la palabra.

³⁰ MEDA, Dominique. El Trabajo: un valor en peligro de extinción. Ed. Gedisa, Barcelona, 1998, p. 16.

³¹ SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo. Ed. Heliasta, Bs. As. 2008, p. 26 y ss.

³² ARENDT, Hannah. La condición humana. Paidós, Barcelona, 2005.

A pesar del problema de la claridad conceptual, el trabajo en su compleja significación, ha sido asumido y conocido de manera sistemática tardíamente por la filosofía a través de la transición de la sociedad tradicional, cimentada, primero, en una base agraria y artesana que evoluciona gradualmente, a la moderna sociedad industrial de los siglos XVII, XVIII, XIX y XX... Casi siempre el análisis histórico del trabajo parte de lo que muchos autores denominan el **comunismo primitivo**: todo se hace y se comparte en común: caza, pesca y recolección de frutos, estas actividades así como su resultado se reparten comunitariamente, pues apremia la subsistencia frente a una naturaleza hostil.³³ Esta experiencia es evidenciable aún en las comunidades indígenas las cuales observan y definen el trabajo como una actividad comunitaria resultado de tradiciones ancestrales que las mismas Leyes de Indias normaron en la medida en que a los indios se les reconoció su humanidad.³⁴

Del comunismo primitivo pasamos a la **esclavitud**: el hombre se descubre con capacidades para domeñar la naturaleza domesticando a los animales, luego, convirtiéndose en pastor, para posteriormente adquirir destreza y técnica en el dominio de la agricultura, lo que va a obligarlo a estacionarse en un lugar fijo, fundar la familia y establecer los límites de lo cultivado, imponiéndose a través de la “ley del más fuerte”. Familias hubo en esta etapa que conociendo las “bondades” de la fuerza y el poder de las armas, por encima de cualquier derecho, se fueron adueñando de nuevas e inmensas tierras. Esta dinámica engendró relaciones de poder y dominio frente a la propiedad entre vencedores y vencidos. Los vencidos eran convertidos en **esclavos**. El trabajo lo realizaban éstos, mientras los vencedores lo consideraban como algo indigno. El esclavo era una mercancía comprable sobre la cual se podían ejercer derechos de vida o muerte. El esclavo carecía de voluntad propia, totalmente sometida a la voluntad y capricho de su dueño.

Sin embargo, el régimen de esclavitud, sin que pueda justificarse, no solamente benefició a los amos, sino que hizo fuertes a los mismos esclavos, por ejemplo en el sistema romano de explotación y producción. Rudolf Von Ihering, en su celeberrimo “Espíritu del derecho romano”³⁵ descubre cómo el esclavo “se vengaba de los romanos”: porque los esclavos se dedicaban a todo trabajo vil, que era esencialmente trabajo manual, los fue habilitando para adquirir destrezas que, gradualmente, desde el punto de vista de la eficiencia y la eficacia, los fue convirtiendo en una clase de técnicos más competentes que los trabajadores libres.

³³ KWANT, Op. Cit., p. 14.

³⁴ RUMEU de Armas, Antonio. Del Trabajo Obligatorio de la Mita en Código del Trabajo del Indígena Americano, Ed. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, p. 67 y ss.

³⁵ IHERING, Rudolf Von. El espíritu del derecho romano. Oxford, Méx., 2001, pp. 417-25.

Escribe Von Ihering:

“El **esclavo** gozaba generalmente de la ventaja que producen la larga costumbre y la mayor destreza, y la razón es muy natural: él se consagraba a su trabajo sin obstáculos ni interrupciones, mientras que el trabajador libre tenía continuos intervalos de descanso. Puesto en libertad, el esclavo continuaba su industria con sus necesidades limitadas, su gran práctica y la protección de un patrón poderoso, que podía asegurarle un porvenir modesto; mientras que para el trabajador libre no era seguro, ni podía ser suficiente, ni en todos los casos bastante seductor para inducirle a cambiar la facilidad de una vida haragana contra la posición humillante que le creaba semejante suerte... Por doquiera que discurriese el hombre libre en busca de trabajo, por todas partes encontraba el mismo enemigo hereditario: el esclavo. Lo encontraba en la navegación, en el comercio, en la negociación de los impuestos hasta en los empleos inferiores de la administración del Estado o de la comunidad...”³⁶

Así, pues, parece que el esclavo gozó de todas las ventajas frente a los hombres libres no propietarios: no tuvo escrúpulos frente a ninguna forma de trabajo manual; se habilitó en todas las formas de hacer; abarató todos los costos... Al emanciparse, ¿no fue el nuevo amo de toda labor y de toda industria del “homo faber”?

Con el pasar del tiempo, los **esclavos dejan de ser rentables** por su manutención y porque el modelo de producción cambia, lo que como consecuencia acarreará una nueva metodología del trabajo y del dominio de la propiedad. El **feudalismo** será el nuevo paradigma en las relaciones de poder y dominio, lo que hará que los esclavos cambien su condición a siervos de la gleba. El siervo ya no es esclavo, ya no se le puede ni matar, ni comprar, ni vender. La relación, de todos modos, entre señor feudal y siervo es de explotación. El señor feudal (dominium directum) le da la tierra al siervo (dominium utile) para que la cultive (enfiteusis) y la mitad o las tres cuartas partes de la cosecha son para el dueño de la tierra.³⁷

En este período comienzan a emerger las ciudades o burgos donde se reúnen las personas que han adquirido por herencia familiar y cultural diversas destrezas o dominios especialmente en la labor artesanal: tejedores, orfebres, sastres, zapateros, etc, agrupándose en agremiaciones o corporaciones de artes y oficios. Estas formas de agrupación, por su misma concentración en artes u oficios, daban ciertas ventajas en el orden protectivo y económico, pues quien pertenecía a ellas podía ejercer su oficio sin restricciones y, además, lograr una venta provechosa de su o sus productos en el mercado.

³⁶ *Ibíd.*, p. 426.

³⁷ HATTENHAUER, Hans: “Conceptos Fundamentales de Derecho Civil”; Ed. Ariel Derecho; Barcelona 1987. p. 113.

A finales del siglo XV empieza a hacerse cada vez más fuerte el comercio, debido, entre muchas causas, al descubrimiento de América. Esto, por supuesto, va a dar gradualmente un gran auge a la clase comerciante, pues ella funda bancos, hace los préstamos, financia las empresas de conquista, tiene en su poder gran cantidad de dinero y en asocio con maestros de los gremios y corporaciones anteriores, con los más enriquecidos, funda las fábricas. El descubrimiento de máquinas industriales facilita producir artículos y productos en mayor cantidad y calidad. Éste es el paso de la producción artesanal a la producción industrial que posteriormente se denominará producción en cadena.

Al cambiar el modo de producción la condición del trabajo también va cambiando, el artesano se va convirtiendo en asalariado que ya no vende el producto que elabora, sino la fuerza y el esfuerzo de su trabajo a cambio de un salario. Ya no es una misma persona la que elabora todo el producto (producción artesanal), sino que en la elaboración de un mismo objeto intervienen muchos obreros (producción industrial). Esta etapa, denominada **Capitalismo**, se caracteriza por una doble acción que los marxistas y los socialistas en general denuncian: la producción es social, pero la apropiación de la ganancia es individual, pues las ganancias del producto no son para el obrero u obreros que han intervenido en su elaboración, son para el dueño de la fábrica.

En la tradición grecolatina la palabra **trabajo** está muy relacionada con la no libertad, la fatiga y el padecimiento. Sólo hasta la edad moderna el vocablo pierde ese carácter negativo, estrechamente vinculado al padecimiento, para entrar a ser parte del lenguaje filosófico y científico. En la sociología se alude a la **división social del trabajo** por la migración del campesino a la ciudad; en la pedagogía el término está hondamente vinculado con los procesos de formación, pues es la acción definitiva para la realización de la libertad; en el derecho, se le considera como una relación desde dos puntos de vista: **dependencia-subordinación y autonomía**. El trabajo, a partir de este momento, se entiende como una actividad humana en general; como un predicado de acción connatural al hombre y a toda sociedad. Ningún ser humano escapa a esta actividad. Antes de la industrialización el trabajo sólo hacía referencia a las actividades más modestas, aquellas referidas a labranza, al servicio doméstico, al cuidado de los animales o la movilización de la fuerza física. Quien tenía conocimientos avanzados y destrezas logradas por la misma profesionalización, no “trabajaba”, “obraba”.³⁸ Con el auge del capitalismo estas distinciones tienden a desaparecer y al significado de la palabra trabajo convergen diversas formas de acción. Todo se “funde” en una misma “categoría abstracta”.³⁹ Esa categorización abstracta que hace referencia al concepto de empleo, se va volviendo el contenido base de la

³⁸ SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo. Ed. Heliasta, Bs. As. , 2008, p. 16.

³⁹ *Ibid.*, p. 17.

regulación laboral y sirve para ratificar que la centralidad del trabajo, como fuente de riqueza, sólo cobra sentido en la historia más reciente de nuestras civilizaciones, es decir, alrededor de 250 años.⁴⁰

1.1.2 Del mito a las concepciones filosóficas. Dice Henri Arvon en su filosofía del trabajo: “el hombre ha intentado en todos los tiempos **domeñar** la naturaleza”⁴¹. Y, en efecto, si se observa desde los tiempos primigenios de la humanidad, el trabajo ha consistido en una lucha contra la naturaleza para aprender a servirse de ella. Esa dialéctica, tiene en la **tradición mitológica griega** a tres protagonistas: **Prometeo**, **Sísifo** y **Hércules**. El primero y el segundo, representan un esfuerzo “titánico” por superar a la naturaleza; el tercero, por alcanzar una armonía con ella. Pero, pasa algo con **Prometeo**. En su afán de lucha y superación sus pretensiones apuestan muy alto, pues su deseo es el de igualarse y, en el fondo, superar el poder de los dioses, lo cual va a redundar en un castigo: terminar atado a una roca eternamente picoteado por un águila que durante el día se come su hígado, éste se renueva durante la noche, y al siguiente día vuelve a producirse el mismo tormento. En el mito de **Sísifo** encontramos un suplicio parecido: llevar la roca hasta el pico más alto de la montaña, descender al finalizar el día y volver a encontrarse con la roca al pie de la puerta de su casa para al día siguiente volverla a subir a la cima con los mismos sacrificios y penas del día anterior.

Con Hércules, el mito del trabajo tiene otra finalidad: no pretender colocarse por encima de las fuerzas de la naturaleza y apropiarse de ellas, sino más bien, someterlas buscando un equilibrio y control que le permita a éste co-crear con ellas e imitar en algo su armonía. En esa medida, todo trabajo produce una satisfacción espiritual completa, que no requiere de nuevas necesidades para alcanzar un nuevo y determinado grado de fruición. Con Prometeo y Sísifo el trabajo se vuelve una rutina penosa, y un castigo impuesto por los dioses. “El trabajo es un castigo impuesto por una trasgresión del orden divino” —dice Arvon—⁴². En Hércules, la visión del trabajo alude a una oportunidad y una necesidad que alimenta y enriquece el espíritu; una posibilidad de crear con los dioses, por supuesto, respetando las marcadas diferencias.⁴³

⁴⁰ Dice Meda: “ Desde no hace mucho tiempo (escasamente dos siglos) nuestras sociedades se basan en el trabajo. Esto significa que en ellas el trabajo reconocido como tal (empleo), es decir, remunerado, se ha convertido en el principal medio para costear la subsistencia individual, pero también se ha constituido en una relación social de carácter fundamental... representa la vía, nunca puesta en duda, mediante la cual se alcanza el objetivo de la abundancia”. Meda Dominique, pgs. 9 y 10.

⁴¹ ARVÓN, Henri, p. 7.

⁴² ARVÓN, Henri, p. 8.

⁴³ ARVÓN, Henri, p. 9.

En Prometeo y Sísifo el trabajo es una tragedia, en Hércules es optimismo y crecimiento espiritual. Curiosamente ambas versiones tendrán una recepción especial en la filosofía clásica. Especialmente la versión trágica, pero ya no entendida desde la perspectiva del Prometeo encadenado o de la ardua tarea de cargar la roca como Sísifo, sino desde una posición adoptada por la misma situación de la naturaleza humana. En Platón y Aristóteles es posible identificar una postura común des-valorizante del trabajo: en la medida en que el hombre trabaja, su mente se perturba y la reflexión se anula. Quien no trabaja alcanza la “ataraxia” o imperturbabilidad y cuenta con la capacidad y el tiempo para la contemplación y el enriquecimiento espiritual. Para Platón (“Las Leyes”) el trabajo priva al hombre del “ocio”, ocupándolo sólo de sus necesidades materiales; lo convierte en un ser inferior, en un ser deforme⁴⁴. En Aristóteles (“La Política”) el trabajo es envilecedor y no pueden realizarlo sino esclavos. El trabajo es una actividad innoble.⁴⁵

Entre todas las actividades humanas, cuyo elevado valor moral resulta hoy más indiscutible, el trabajo ocupa el primer lugar. Sin embargo, no siempre fue así. No sólo en sociedades relativamente evolucionadas, sino en aquellas altamente desarrolladas como la grecorromana, el **trabajo era indigno para el hombre libre; era propio de los esclavos**. De la filosofía griega a la latina y de ésta a la medieval, la línea de acción y la postura fue casi similar. El trabajo se entendió como una maldición. Dice Ferrater Mora que si para Aristóteles el trabajo manual era una actividad innoble, ars mechanica, para los medievales se trataba de un arte inferior: ars inferior⁴⁶. Aún en Tomás de Aquino encontramos todavía algunos rasgos de esa visión que se traduce en una división del trabajo como “artes serviles” y “artes liberales”⁴⁷. En las “artes liberales” crece el espíritu y la vida se hace contemplativa; en las “artes serviles” la vida es meramente activa y sin posibilidad de contemplación.

Dando un salto hacia la modernidad, encontramos preocupaciones ya más positivas frente al trabajo. Algunos autores, insisten en que las primeras disquisiciones arrancan con Adam Smith y continúan, tiempo después, pero por influencia de éste, con Kant, Fichte, Hegel y Marx, especialmente.⁴⁸ Las reflexiones acerca de la importancia vital del trabajo cobran importancia hacia finales del siglo XVIII, momento en el que la revolución industrial empieza a perfilarse. Esta preocupaciones y disquisiciones ya se anuncian en la obra de Adam Smith en su “Estudio sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las

⁴⁴ FERRATER, MORA, José. Diccionario de Filosofía Q-Z. Ed. Ariel Filosofía, Barcelona 2001, p. 3549.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 3549.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 3549.

⁴⁷ **ARVON, p. 12**

⁴⁸ ARENDT, Hannah. La Condición Humana. Paidós, 2005, p. 124 y ss.

naciones” (1776). Mientras que mercantilismo y fisiocratismo colocaban como centro de las riquezas de una nación los metales preciosos (mercantilismo), o la fecundidad de la tierra (fisiócratas), Smith puso el acento en el trabajo y su producto.

Algunos pensadores contemporáneos consideran que es especialmente a la filosofía clásica alemana a la que debe reconocérsele el crédito por ahondar en la propuesta de Smith respecto al tema del trabajo. Enfocado como “praxis” creadora. A través de la interacción dialéctica entre sujeto y objeto, se van produciendo resultados de perfeccionamiento sobre la totalidad orgánica del mundo. Hombre y mundo a través de esa “praxis” no dejan de informarse y confrontarse. Hombre y mundo se unen o se separan; cuando hay unidad, la razón y las manos sintonizan claramente; cuando no hay unidad se produce un dualismo trágico, pues una cosa quiere la razón y otra deben hacer las manos. En la filosofía alemana del trabajo encontramos el esfuerzo por comprender la unidad hombre-mundo, o en caso contrario, si se ha perdido, tratar de restaurarla, o por lo menos, explicar la causas que conducen a su separación.

Praxis, dialéctica y crítica, son los conceptos que subyacen en cada propuesta. Veamos: Kant señala dos elementos: mundo fenoménico y mundo nouménico. En el primero reina la casualidad por la necesidad; se trata de un ámbito externo que se impone. En el segundo, reina la libertad y el deseo de hacer por preferencias propias. Es el ámbito de la libertad ética o positiva. Para este filósofo, en principio, ambas dimensiones se repelen, pues una cosa dicta la razón y otra muy diferente exige la naturaleza. Sin embargo, parece que existe una reconciliación, aunque débil, cuando se afirma que el hombre es nómeneo como ente moral y fenómeno como ente sensible.⁴⁹ Cuando hay posibilidad de reconciliación o encuentro, entonces el hombre es libre (ha superado la esclavitud que la misma naturaleza le impone) y coinciden su querer hacer con lo que hace y lo que la naturaleza le brinda. En este caso el trabajo se hace “praxis” creadora.

En Fichte la praxis creadora consiste en sacar de sí mismo el no-yo, es decir, lo que en apariencia parece que no puedo hacer, pero finalmente logro hacerlo a través de ese proceso dialéctico que se da entre el sujeto y la naturaleza. Sin embargo, el mundo fenoménico no es sino algo accidental, pues la praxis se debe a las inclinaciones y preferencias de un sujeto pensante que sin querer, quiere. De tal manera que lo nouménico termina excluyendo la realidad. La realidad no me obliga a querer, soy yo el que en la misma dialéctica me obligo. Más adelante Hegel retoma el concepto de praxis pero no niega la independencia del objeto, como sí podemos percibirlo en Fichte.

⁴⁹ ARVON, P. 23.

Para Hegel, la praxis es trabajo humano concreto, es mediación entre el hombre y la naturaleza. El hombre con el trabajo desnaturaliza la naturaleza dándole su propia forma; la moldea a su imagen, se reconoce en ella y se incluye dentro de ella. Se puede observar aquí, que en la praxis creadora hegeliana se da un proceso dialéctico de negación con posterior resultado conciliatorio entre sujeto y objeto: “para que el hombre llegue a una plena conciencia de sí mismo es preciso que el trabajo y el gozo, la negación y la reapropiación se opongan y se unan al mismo tiempo”.⁵⁰ Pero, y aquí viene la crítica, esa conciliación parece encontrarse en una situación trágica, pues el hombre todo lo vuelve humano, sobre todo cuando en la relación sujeto- objeto intervienen las máquinas. Hegel, parece que ya es consciente y conocedor de la división del trabajo que va generando gradualmente el trabajo industrializado y empieza a percibir, cómo la razón se desconecta de las manos por la mediación de las máquinas, generándose una situación ya no de consciencia plena de sí mismo, sino una dominación donde el trabajo ya no satisface directamente todas las necesidades del trabajador, pues se trabaja para una voluntad ajena a la propia.

En la película de Charles Chaplin: “Tiempos Modernos” es posible captar esa situación. En Tiempos Modernos, el protagonista trabaja hasta el cansancio, pero no sabe para qué trabaja; lo único que lo inspira es su necesidad de supervivencia que tiende a ser trágica o en términos hegelianos: “pantrágica”. Todo se vuelve una tragedia. En la misma espiritualización de la materia el hombre puede conducirse o ser conducido hacia una situación trágica. Hegel nos entrega dos posibilidades de acción cuando aborda el tema del trabajo: liberación o alienación; panlogismo (toda la realidad coincide con mi pensamiento) o pantragismo (toda la realidad es una tragedia, pues no es coincidente con mi pensamiento, estoy alienado).⁵¹

Con Marx, el trabajo como praxis creadora es una conquista de la totalidad viviente y concreta del hombre; es la reasunción de éste por sí mismo; es la producción de la vida material, la auto-expresión y la auto-actualización del hombre; no es simplemente y como lo afirmaban los economistas clásicos un medio de producción de bienes materiales. Marx le da a esta expresión un contenido filosófico: el hombre, por el trabajo llega a su condición de hombre. El trabajo es aquel acto por el cual el mundo se adapta a las necesidades del hombre y toda autorrealización humana está condicionada por él. El problema que plantea este filósofo es que esa praxis, ese acto, se ha vuelto una “mercancía” más y, sólo será benéfica y continuará su propósito liberador, en la medida en que deje de ser algo marginal y accesorio dentro del engranaje capitalista.⁵² Mientras

⁵⁰ ARVON, P. 26.

⁵¹ ARVON, P. 34.

⁵² ARVON, P. 34.

tanto, “el trabajo es un proceso que vende el obrero al capitalista a cambio de un salario”. Es decir, vende su fuerza de trabajo.⁵³

Hannah Arendt afirma que la filosofía de Marx, prácticamente, está edificada sobre el concepto del trabajo y la posibilidad que existe, a través de éste, o de liberarse o de permanecer alienado. Marx, yendo un poco más lejos que Hegel, no ve el trabajo como una situación limitada a la actividad intelectual y espiritual del sujeto, sino como una situación concreta, real, que se da en un “metabolismo” entre el hombre y la naturaleza. El trabajo es un proceso que culmina siempre en un producto. Por eso el trabajo es una fuerza productora y los productos son el resultado de eso que él denomina “metabolismo”.⁵⁴ De ahí el contraste entre pensar y trabajar como se concluye en la Tesis 11 sobre Feubach: “Los filósofos no han hecho hasta hoy más que interpretar el mundo. Ahora se trata de transformarlo”. La crítica a esta postura que, especialmente la hace el existencialismo y la fenomenología, es que si el trabajo es la autoproducción del hombre y al mismo tiempo su actualización, esos procesos no se reducen o agotan por completo en aquel. Existen otras posibilidades de actualización como lo son el juego, las relaciones sociales y el mismo uso del lenguaje.

1.1.3 Cada nueva generación “comienza” su lucha por el Derecho. Es preciso aceptar la convicción de Arendt de que los hombres **no** hemos sólo **nacido** para **morir**, “**sino para comenzar**”, como se recordó atrás. Ese “**comenzar**” consiste en tratar de alcanzar un equilibrio que por momentos parece difuminarse permitiendo la sola existencia de la primera actividad que Arendt denomina **labor**, que gira en torno a las necesidades de supervivencia biológica. Cuando **co-existen las tres actividades**, puede decirse que el hombre como “animal no fijado”⁵⁵, no perfecto, alcanza, de todos modos, un equilibrio emocional y racional que le permite ejercer su libertad. La evolución humana nunca será perfecta. Su “progreso” nunca podría entenderse como algo lineal y acabado. Tal vez perfectivo, pero esa perfectibilidad no debe negar el avance o el retroceso; “...ni cualquier tiempo pasado fue mejor, ni cualquier tiempo futuro será el óptimo”⁵⁶, dice el filósofo Carlos Díaz. En ese sentido podríamos estar hablando de dos dinámicas que permiten establecer que el hombre, por momentos y con la ayuda de la sociedad y del Estado, logra integrar relativamente las actividades arendtianas, y, en otro momento, esas mismas actividades se desintegran por el mismo concurso de la sociedad y del Estado. Asunto que se va reproduciendo tanto en el pasado como en el presente y se proyecta hacia el futuro.

⁵³ MARX, Karl. Trabajo Asalariado y Capital. Ed. Plaza y Janes, Colombia, 1977. p. 5.

⁵⁴ ARENDT, Hannah. La Condición Humana. Paidós Surcos 15, Barcelona 2005, p. 123 y ss.

⁵⁵ DÍAZ, Carlos. El Hombre, animal no fijado. Editorial PCP, Madrid 2001, pp. 6 y 7.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 6

El mundo de las certezas fue solo una ilusión que nació con la Ilustración y se fue desvaneciendo gradualmente en la medida en que nos fuimos moviendo hacia la revolución industrial, la evolución tecnológica y el afinamiento de las armas durante las guerras que precedieron la historia del siglo XX. La mayoría de las luchas sociales correspondientes a la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, catapultaron a la humanidad hacia una situación más confortable, de más comodidad, pero no por ello llegaron a colocar al hombre en una situación más perfecta y definitiva. Todo lo que sirvió a una generación, no necesariamente fue funcional para la otra. Nunca podría aceptarse que las decisiones y soluciones (económicas, políticas o jurídicas) en una determinada forma de vida social —en un determinado momento histórico— pueden ser la panacea para las generaciones que vienen.

Con la globalización, surgen una serie de inquietudes no solamente en la economía o en la política, sino también en el derecho. Desde este punto de vista, se hace necesario estar atentos a los paradigmas que, en principio, buscan la integración jurídica en el mundo del trabajo, más allá de la mera labor, que es el aspecto regulativo que nos interesa. Pero al mismo tiempo, es necesario agudizar los análisis a fin de desvelar lo que se oculta en esos fenómenos integradores. Pues, por ahora, la integración ha significado ante todo una apertura de las fronteras económicas de todos los Estados, permitiendo la libre circulación de capitales a fin de obtener beneficios en términos de expansión de mercados extranjeros, sin que se busque integrar las tres actividades señaladas por Arendt como condición del ejercicio de la libertad en la vida personal y en la convivencia. La dinámica globalizadora, desde la perspectiva latinoamericana, ha significado nuevas fuentes de trabajo y nuevas relaciones laborales que, en muchas ocasiones, no encuentran pleno sustento y garantía jurídica a través de nuestras legislaciones. Los logros del pasado laboral parece que ya no resuelven plenamente los nuevos retos que nos plantea el trabajo en sentido general.

Es innegable la necesaria adaptación que tienen que hacer nuestros Estados a los procesos de globalización. Pero eso no puede reducirse a la mera aceptación sin asumir posturas críticas que develen tanto lo negativo y positivo de esa integración y formulen también políticas de cambio y mejora en las relaciones sociales. Esa adaptación a las economías de mercado que imperan planetariamente, conlleva una negociación desde la multiculturalidad que somos y las formas cosmovisivas que tenemos frente a la realidad, a fin de que prospere una humanidad más justa y equitativa.

En ese sentido, el **derecho laboral** debe asumir una cuota bien alta, pues se encuentra en un momento de “oportuno-crisis”, es decir de **oportunidades** para reformularse en términos de promoción y garantía de la **justicia social** como

marco de una auténtica **justicia distributiva** y, al mismo tiempo, de reconocer que se encuentra en una **crisis** de estancamiento frente a las nuevas y complejas relaciones laborales que ya no son, como en otros tiempos, homogéneas y reguladas normalmente dentro de la dinámica tripartista: Estado, Empresario, Trabajador⁵⁷.

El derecho **al** trabajo y **del** trabajo es uno de los grandes logros del siglo XX y, puede entenderse también, como la última configuración de las áreas del derecho que viene a representar, en términos de regulación, la garantía mínima de justicia social y convivencia pacífica. Antes de la aparición del derecho laboral, las relaciones laborales se regulaban por el derecho civil y mercantil que no hacían una distinción entre el objeto del contrato y el sujeto que se encontraba detrás de éste, lo cual significaba completa desprotección y carencia de instrumentos normativos positivos para administrar adecuadamente la fuerza de trabajo, asegurando la dignidad del trabajador. Con la ayuda del derecho público y la intervención del Estado, a partir del reconocimiento gradual del **derecho social**, nace el derecho laboral como institución y herramienta capaz de conciliar sustantiva y procesalmente los aspectos técnicos y materiales que subyacen en una relación laboral. El derecho laboral, nace por una dialéctica especial en la que interviene un elemento decisivo: la recuperación del viejo realismo jurídico, que insistía en la “**naturaleza de las cosas**”, como lo señalaba Gustav Radbruch en su Introducción a la Filosofía del Derecho.⁵⁸

La “**naturaleza de las cosas**”, entendida como las exigencias que la relación jurídica naturalmente hace a los sujetos vinculados, a fin de que no se nieguen los bienes que las partes se deben entre sí, procede del interés de los juristas romanos por someter la intersubjetividad, más allá de la ley positiva, a las demandas reales de la co-existencia, a fin de no negar el crecimiento humano de los sujetos de la relación. Por eso, la convicción de los jurisconsultos de que la raíz del derecho no es inmediatamente la ley positiva ni sus formalidades, sino los medios de vida reclamados por las necesidades humanas. Esta idea influyó en la evolución del esclavismo hasta el estado de servidumbre, que reconocía la común naturaleza humana y cierta igualdad básica entre el señor y el siervo. Esta convicción se trasladó a la jusfilosofía cristiana de la Edad Media y se hizo operante en las relaciones entre España y sus colonias, así no haya logrado plenitud de resultados.

⁵⁷ JÁUREGUI, Atondo, Ramón y Otros. Un Futuro para el Trabajo en la Nueva Sociedad Laboral.; Ed. Teoría, Valencia, 2004. p. 107.

⁵⁸ RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica; México, 1974. p. 163

Esa fue la persuasión de la tradición misionera dominicana, representada por Fray Pedro de Córdoba, Fray Antón de Montesinos, Fray Bartolomé de las Casas, Fray Gaspar de Carvajal, etc., según los cuales había que adecuar las posibilidades del derecho positivo a los datos de la realidad indiana, excluida de la común humanidad por las instituciones coloniales y las prácticas conquistadoras y transculturadoras. De ese activismo por los derechos naturales de los más débiles, fueron surgiendo las instituciones protectoras de la Legislación de Indias, que terminaron por proponer la primera regulación del trabajo conocida, orgánicamente presentada, especialmente, por el jurista español Rumeu de Armas⁵⁹.

El derecho **al** trabajo (como reconocimiento de un derecho humano universal) y el derecho **del** trabajo (como complejo de instituciones protectoras), a pesar de distintos antecedentes, no maduró suficientemente sino en el siglo XX, de tal manera que se convirtió en el paradigma del derecho social, modelo regulativo de la relación de trabajo, relación libre entre desiguales, lo que resultaba fácilmente desfavorable para la parte más débil. El derecho del trabajo creó mecanismos de igualación formal. Pero llegados al siglo XXI, con más de 20 de años de globalización agresiva, que, en interés del comercio transnacional, va imponiendo distintas formas de debilitamiento de la regulación protectora, se impone observar qué tendencias nuevas se van consolidando como oportunidades o como amenazas a la seguridad laboral.

⁵⁹ RUMEU DE ARMAS, Antonio. Código del Indígena Americano. Ed. Cultura Hispánica, Madrid 1953. p. 63 y ss.

CAPÍTULO II

2. LA INDUSTRIA Y LA REGULACIÓN DEL TRABAJO

2.1 REGULACIÓN LABORAL Y VOCACIÓN UNIVERSALIZANTE

Siempre se tendrá en cuenta, como lo afirmara Marx, que las sociedades estarán determinadas por fuerzas económicas y no religiosas, artísticas o políticas. Esas fuerzas económicas se han traducido, en la práctica, en dos modelos de acción. El primero, se ha entendido como relaciones de producción, y el segundo, como relaciones de consumo. Para comprender la des-regulación del mercado de trabajo y su consecuente flexibilización desde el punto de vista del derecho laboral, es necesario comenzar con lo que significó el modelo de relaciones de producción y la “carrera hacia arriba” como expresión de constante progreso en el orden garantista o proteccionista que proveía el Estado hacia los trabajadores.

Esa “carrera hacia arriba”, en expansión por todo el mundo⁶⁰, tuvo comienzo con el obrero industrial, luego, abrió paso a los trabajadores del comercio en general, a los trabajadores del Estado, a los deportistas, a los intelectuales (los filósofos)⁶¹ a los artistas, etc., a un indeterminado número de actividades. Lo que importaba y, esto potenciaba el expansionismo proteccionista, era que en cualquier caso existiera la forma subordinada y su respectiva retribución o salario. Todo esto, teniendo en consideración que la existencia humana no se concreta plenamente en la autodeterminación, requiere de intermediaciones, de relaciones sociales, especialmente económicas, la cuales deben coincidir con el orden social. De fondo, podemos observar aquí unas de las tesis que va a justificar y delimitar la existencia del derecho laboral como una forma de mensurar la conflictividad laboral y alcanzar equilibrio entre lo económico y lo social.⁶²

Al finalizar la segunda guerra mundial, el modelo de industrialización norteamericano sirvió de base inspiradora para los países europeos que comenzaban a salir de las crisis económicas y políticas provocadas durante la guerra. Este modelo, conocido ampliamente como “fordista” (producción en

⁶⁰ PLA, RODRÍGUEZ, Américo. Tendencias actuales del derecho laboral. en *Tendencias Actuales del Derecho*; Fondo de Cultura Económica, México, 1994

⁶¹ SAVATER, Fernando. La aventura del pensamiento nos recuerda que el filósofo del pasado no trabajaba, ni vivía del conocimiento, el filósofo de hoy tienen que sobrevivir como en cualquier otra profesión y lo mejor que sabe hacer para trabajar es ser profesor para enseñar a otros profesores.

⁶² *Ibíd.* “Un Futuro para el Trabajo en la nueva Sociedad Laboral”, p. 49... de acuerdo con Jauregui y Otros, Sinzheimer echa a andar esa idea de considerar el derecho laboral como un mecanismo de mediación equilibradora entre quienes poseen los medios de producción y quienes colocan su fuerza de trabajo. Todo en aras de alcanzar un “razonable orden social”.

cadena-producción en masa), se convirtió en un marco de relaciones laborales frecuente en casi todo el mundo. Podría decirse que era la pauta reguladora de países pobres y ricos en materias de acumulación (riqueza), regulación económica y regulación laboral.

El fordismo se convirtió, rápidamente, en el único paradigma de producción propio del capitalismo con una cualidad especial: el trabajador, además de ser agente de la producción era también agente consumidor. Todo respaldado en una misma y repetida dinámica: producción, distribución y venta a escala de masas. A ese agente productor y consumidor, con el tiempo, empezó a denominársele y a identificársele como asalariado: Un sujeto que ponía sus capacidades físicas, especialmente, al servicio de la fábrica o el taller y que por ese esfuerzo percibía una compensación monetaria. Este repetitivo ejercicio se enmarcaba en un escenario garantista donde primaban los acuerdos y negociaciones colectivas por encima de pactos individualizados o decisiones unilaterales empresariales.

En ese mismo escenario, el Estado cumplía un papel de intervención y organización muy importante, toda vez que era el encargado de concretar las lógicas negociadoras, políticas salariales mínimas, así como mecanismos de procedimiento y control para la garantía de la seguridad social.⁶³ Esta dinámica, fue adoptada a nivel mundial considerándose como la típica y hegemónica organización laboral de los escenarios que materializaron la teoría de la producción en cadena propuesta por Taylor. Como lo menciona el jurista español Joaquín Aparicio Tovar:

“...la forma dominante de trabajar era el trabajo industrial fabril (bien conocido gracias a los sistemas tayloristas y fordistas de organización de trabajo); la homogeneidad, por tanto, era un hecho, y de ahí se pasó a organizar una regulación jurídica que fuera uniforme, e incluso identificar un interés común entre los trabajadores era relativamente fácil”.⁶⁴

El Estado cumplía un papel de mediador con inclinación protectora hacia la parte más débil (el trabajador) teniendo presente la abismal desigualdad económica entre trabajadores y empleadores. El Estado reconocía aquella realidad como una relación de subordinación y desigualdad económica. Esta fue una de las tantas situaciones que lo identificaron como Estado benefactor. Antes de que apareciera el Derecho laboral, área reciente de todas las áreas de derecho, las relaciones contractuales entre trabajadores y empleadores sólo tenían la tutela del derecho

⁶³ JÁUREGUI, Ramón, MOLTÓ, Juan Ignacio y GONZÁLEZ Francisco. Un Futuro para el Trabajo en la nueva Sociedad laboral. Ed. Teoría, Valencia 2004, p. 51.

⁶⁴ APARICIO, Tovar, Joaquín. La Transnacionalización del Derecho del Trabajo y la responsabilidad del empresario”; en Revista: “Globalización Laboral y de la Seguridad Social. Ed. U Rosario (Colección Textos de Jurisprudencia), Bogotá, 2007, p. 16.

privado y comercial, que no hacían diferencias entre el objeto del trabajo y el sujeto que se encontraba detrás de éste.⁶⁵ Ese escenario, desde luego, no daba posibilidades de protección a la persona del trabajador, no permitía la garantía de mínimos propios de la justicia social. El derecho del trabajo, surge precisamente como el resultado de una dialéctica que va a arrojar un resultado en términos de ruptura con las viejas prácticas civilistas. Éste va a romper con la tutela clásica del derecho privado, valiéndose de preceptos del derecho público, de la importante intervención estatal y de lo que las realidades mismas van mostrando en cuanto a conflictividad social, necesaria realización de mínimos de justicia protectora o social y la gradual configuración de la ciudadanía social.⁶⁶

Con frecuencia, se pensaba que la legislación laboral, en cualquier sociedad, tenía una correspondencia directa con un ordenamiento jurídico universal que se respaldaba en las orientaciones y la vigilancia de la OIT. Todo esto aterrizado, por supuesto, en el escenario del modelo fordista de posguerra que era el modelo de producción y el referente dominante. El sistema de relaciones laborales en muchos Estados desarrollados (sobre todo en Europa) tenía una vocación universalista debido a la fuerte intervención que éste hacía, protegiendo constantemente acuerdos laborales que sintonizaran con las fluctuaciones económicas del momento, dando protagonismo a la “persona del trabajador”, tanto desde el punto de vista individual como colectivo. Ese es el contexto en el que la Doctrina Social de la Iglesia va a calar hondamente sobre todo en las reflexiones que van a ir alimentado gradualmente el derecho al trabajo, haciendo resonancia en la protección y el respeto por los Derechos Humanos.

La Encíclica “Mater et Magistra” (Juan XXIII 1961) alienta el proceso y sirve de ilustración, precisamente cuando insiste en la “persona del trabajador” como dotada de inteligencia, libertad y creatividad y no como un simple elemento más del engranaje de la producción (cosa que tiene una especial denuncia en la película de Charles Chaplin:

“Tiempos Modernos”), pues se temía que ese reduccionismo condujera a la configuración de un orden económico injusto: “...si el funcionamiento y las estructuras económicas de un sistema productivo ponen en peligro la dignidad humana del trabajador, o debilitan su sentido de responsabilidad, o le impiden la libre expresión de su iniciativa propia, hay que afirmar que este orden económico es injusto, aún en el caso de que, por hipótesis, la riqueza

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 14

⁶⁶ Quien con mucha frecuencia hace referencia a ese desarrollo del Derecho Laboral en términos de evolución de la justicia social y la ciudadanía social es el jurista italiano Umberto Romagnoli (véase: “Umberto Rogmanoli: un giurista racconta”, por: Antonio Baylos y Juan López Candía, en: *Globalización: el cambio del derecho del trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras*, Ed. U. Rosario 2001.

producida en él alcance un alto nivel y se distribuya según criterios de justicia y equidad”.⁶⁷

Sin embargo, en América Latina la vocación universalizante no logró concretarse plenamente debido a una serie de peculiaridades relacionadas todas con el lento avance del desarrollo industrial, su reducido empresariado y la poca organización obrera que se mezclaba con otro tipo de reclamos, peticiones y agendas de cambio, todo ello condimentado por las múltiples formas de violencia, dictaduras y las graves consecuencias que aún afectan a una buena parte de esta humanidad tercermundista.⁶⁸

A todo ello, se sumó, además, la implantación de regímenes políticos autoritarios y el fracaso, al mismo tiempo, de proyectos revolucionarios socialistas que, en algunos casos, terminaron siendo granadas sin espoleta, incluyendo el modelo guerrillero. Todo esto incidió de algún modo para que el sector asalariado en estas latitudes fuera reducido y privilegiado, cosa diferente de los escenarios desarrollados, donde las prebendas y garantías cobijaban a las masas en general gracias al modo como el modelo de producción integraba a la población urbana y rural en torno a la producción misma y al consumo. Esto permitía clasificar, grosso modo, tres grandes formas de trabajo: el dependiente, el independiente y el cooperativo. En Latino América esa integración nunca logró darse, lo que conllevó a que una limitada población se viera realmente beneficiada y privilegiada de la regulación laboral del momento (trabajadores dependientes), junto con la protección benefactora del Estado.

Podría decirse que esa limitada población fue la que de mediados del pasado siglo al actual configurara la clase media, en especial por las oportunidades que surgieron en el acceso a la vivienda y la educación superior, lo que se fue dando precisamente por acceder a los medios de producción gracias a lo que significó contar con un contrato de trabajo fijo y estable (contrato a término indefinido). En el contexto latinoamericano también se desarrolló el modelo del tripartismo: Empresarios, Estado y Trabajadores,⁶⁹ pero con inestables equilibrios, debido precisamente a que los movimientos obreros y empresariales eran muy reducidos y el Estado, además de eso, priorizaba en otros aspectos de la vida social que provenían de reclamos originados por partidos políticos, movimientos populistas o la atención de “favores” para la burocracia en general.

⁶⁷ CAMACHO, Laraña, Idelfonso. Doctrina Social de la Iglesia. Ed. Desclée, Bilbao, 2000, p. 107.

⁶⁸ LOZANO, Wilfredo. Desregulación laboral, Estado y Mercado en América Latina: Balance y Retos Sociopolíticos, en Perfiles Latinoamericanos, México, 1998, p. 119.

⁶⁹ MOLINA, Monsalve, Carlos Ernesto. La jerarquía y efectividad de las normas internacionales del trabajo en el derecho Colombiano”, en: “Globalización laboral y de la seguridad social”, Ed. U. Rosario, Bogotá, 2007, p. 51.

Hacia comienzos de la década de los 80 del pasado siglo XX, el modelo productivo y laboral esbozado aquí, entró en crisis, lo que gradualmente fue configurando un nuevo modelo de escenarios laborales que, en principio, podría denominarse como pos-fordista. La innovación tecnológica será una de las causas en la crisis del modelo Taylor-Ford, a la cual se va a sumar la crisis de la deuda externa que va a obligar a que varios países de Latino América formulen e implementen, gradualmente, esquemas de política económica des-reguladora, las cuales terminarán desmantelando o dejando inoperante, durante la década de los 90s hasta el presente, el esquema proteccionista del Estado que en la mayoría de los casos se evidencia en el modelo de regulación laboral.

La “Misión Chénery” (1987), informe sobre el problema laboral colombiano y creación de nuevo empleo hecho por el SENA, El Departamento Nacional de Planeación y la Contraloría General de la República durante el gobierno de Belisario Betancur, nos sirve de ejemplo para hablar de política des-regulativa y flexibilizadora en el sentido de las implementaciones que surgieron y que especialmente fueron transformando el Derecho Laboral Colombiano. Dentro de las muchas observaciones la Misión

“recomendó la reducción drástica de los costos laborales y de prestaciones sociales, la modificación del sistema de cesantías, la eliminación de la retroactividad de las mismas, la abolición de la acción de reintegro para los trabajadores con más de 10 años de servicios, la limitación de la pensión-sanción y de jubilación y la adopción de nuevos niveles para los recargos por trabajo suplementario... No pocas de las recomendaciones fueron recogidas por las leyes 50 y 100 de 1993, que además, legalizaron las prácticas patronales de privatización de la relación de trabajo, introducidas especialmente por los empleadores norteamericanos: la contratación de contratistas independientes e intermediarios en los grandes procesos industriales, comerciales y agropecuarios...”⁷⁰

A este antecedente se suma el de las imposiciones del “Consenso de Washington” de 1989 (compuesto por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y la reserva Federal de los EEUU) que, en una fase preliminar, recomendaba para América Latina re-ajustes de orden económico y político a fin de poder superar la crisis de deuda externa que había asumido en la década de los años 80s.: “disciplina fiscal, reordenamiento de las prioridades del gasto público, reforma impositiva, liberación de las tasas de

⁷⁰ Revista Módulos “Núcleos Problemáticos”: Módulo Laboral, Ed. USTA, Bogotá, 2002, p. 56 ss.

interés... privatización, des-regulación...”.⁷¹ Algunos expertos señalan que dichas imposiciones fueron adoptadas por Colombia a través de la Ley 50 de 1990.⁷²

2.1.1 Repasando el pasado de la regulación laboral. Volviendo al pasado, recapitulando y sin adelantarnos a los nuevos escenarios laborales, es necesario insistir en que el modelo de relaciones laborales se cimentó en un sistema industrial, considerado en términos marxistas, como estructura real de la sociedad, como infra-estructura de la superestructura que se visualizaba en los idearios políticos, económicos e históricos del siglo XX, primero con la firma del Tratado de Versalles en 1919 y, después, con el período de posguerra culminada la segunda guerra mundial y hecha, un poco más adelante, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entre las décadas del 50 y 60, del pasado siglo XX, comienzan a emerger estudios filosóficos, teológicos y sociológicos que, a pesar de los logros regulativos, tanto en el orden económico como en el orden laboral, por causa del industrialismo, observan paradojas y contradicciones que posteriormente podrían considerarse como profecías que anuncian nuevas crisis económicas y consecuentemente nuevas formas de “indigencia social” y pobreza, por causa especialmente del desempleo. Se trata de reflexiones profundas, alimentadas de saberes sociales fuertes en el momento como la sociología y la antropología, que no se conforman con la evolución lograda a través del modelo productivo imperante, sino que denuncian los posibles avatares del futuro. Filippo Ponti, será uno de los ejemplos para el caso descrito aquí. Ponti, llegó a señalar que, aunque el modelo industrial y productivo, había conducido a un relativo progreso en términos de justicia social y especialmente de **surplus**⁷³, por efectos del incremento demográfico y de las revoluciones científicas, sobre todo de las ciencias aplicadas, podría también y de modo gradual, conducir sistemáticamente al hambre y el genocidio en una buena parte del planeta.⁷⁴

Para Ponti, el modelo industrial conlleva una premisa y es la de que la mayoría de la producción de bienes, no sólo básicos sino artificiales, va generando un alto costo en detrimento de la renta básica, especialmente de aquellos que cuentan con una economía muy escasa o apenas para la sobrevivencia. Esto hace pensar

⁷¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia: 30 años de encuentros y desencuentros. Ed. IEPM. Bogotá, 2011. p. 290.

⁷² *Ibíd.*, p. 292, El informe sobre Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia da cuenta de ello subrayando que la legislación nacional debía colocarse al servicio de los intereses del “Consenso”, denominando a esta actividad: “legislando para Washington”.

⁷³ PONTI, Filippo. El sistema industrial como estructura de la sociedad. Ed. Carlos Lohlé, Bs. As., 1966.

⁷⁴ *Ibíd.*, 1966, p. 18 ss.

que la industrialización genera un mundo de nuevas necesidades que van convirtiendo el trabajo en algo infecundo a causa de los paradigmas de “nueva vida” que también provienen de allí.⁷⁵

A pesar de esto, la etapa regulativa del derecho laboral fue permitiendo que la expresión derecho del trabajo estuviera ligada fielmente a la remuneración, la subordinación y la jornada horaria, no importando en principio lo que podría ocurrir décadas después por efectos del mismo modelo industrial y sus transformaciones. La expresión derecho del trabajo no irradió de manera inmediata en todo el mundo, a comienzos del siglo XX, aún había sistemas de derecho que preferían la expresión relaciones industriales “industrial relations”, tal vez por evitar lo inevitable: que la homogenización de las relaciones obrero patronales se complejizara y entrara en cierta heterogenización, pues lo homogéneo significaba ver a la sociedad compuesta de hombres libres e iguales, con capacidades para intervenir en la economía de modo individualizado y progresista (primacía de la justicia conmutativa respecto a la distributiva). Mientras que lo heterogéneo conducía a una interpretación y conocimiento de la sociedad en cuanto a sus lazos de dependencia y pertenencia, subordinación y desigualdad material (primacía de la justicia distributiva respecto a la conmutativa).⁷⁶

Desde una perspectiva jurídico-económica la palabra trabajo designa una actividad con la que se producen bienes económicos, sociales y culturales que sirven a otras personas, lo cual hace que el trabajador entre en una relación modulable normativamente en la que cuentan especialmente dos condiciones: la subordinación, por un lado y, por el otro, el salario como compensación. La segunda condición va a tener una trayectoria político-ideológica desde las versiones capitalista y socialista: en la primera, el salario lo va fijando el mercado, en la segunda es socializado, pero al final lo decide el Estado. Durante la primera mitad del siglo XX, el Derecho laboral, en la mayoría de los países capitalistas, se acostumbró a considerar el trabajo no como cualquier prestación de servicios con consecuencias jurídicas, sino como una actividad voluntaria, prestada por cuenta ajena, bajo dependencia de otro y mediante una remuneración. Este será el modo de elevar a abstracción jurídica dicha realidad a fin de regir o normalizar el intercambio de fuerza física por dinero.⁷⁷

No puede desconocerse, sin embargo, que para evolucionar hacia esa abstracción normativa, que es y ha sido el derecho del trabajo, tuvo que darse primero un complejo proceso de transformaciones en las estructuras económicas y sociales

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 23.

⁷⁶ SUPIOT, Alain: “Derecho del Trabajo”, Ed. Heliasta, Bs. As., 2008. p. 10.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 18.

de tan extraordinaria envergadura que resulta imposible encerrarlo con precisión en límites cronológicos. Ese proceso lleva por nombre la “Revolución Industrial”, y se entiende como el tránsito socioeconómico del Antiguo Régimen a la época moderna y contemporánea. Se insiste que el fenómeno tuvo su primera aparición en Inglaterra hacia la segunda mitad del siglo XVIII y gradualmente hacia otros países del Continente europeo. Se dice que la expresión “Revolución industrial” fue acuñada por el pensador belga Natalis Briavoine (1839), pero que su definitiva consagración y uso frecuente se debe a Federico Engels (1845) desde el punto de vista social y económico y a Arnold Toynbee (1884) desde la perspectiva histórica, quien terminó “popularizándolo”.⁷⁸

La Revolución industrial significó revolución demográfica visible en el incremento de la población en las grandes ciudades, el descenso de la mortalidad (por disminución de las guerras, el hambre y las pestes) y el incremento de la natalidad. Estas nuevas situaciones fueron generando la aparición de una civilización especialmente urbana lo que fue convirtiéndose en mano de obra y elevación de demanda de productos industriales. Desde luego, esta es una de las caras de la Revolución, pues no pueden quedar de lado las transformaciones agrarias por los nuevos sistemas de cultivo y el perfeccionamiento técnico que va a traducirse en la mecanización de la industria, inicialmente textil, nuevos y más ágiles procedimientos metalúrgicos, así como los dominios de nuevas fuentes de energía que redundarán en mejores sistemas de transporte y confort en general.

Todo el proceso condujo a unas transformaciones sociales producidas por radicales transformaciones en las bases económicas, lo que constituirá claramente la sociedad de clases personificada en dos grandes grupos: burguesía⁷⁹ y proletariado. La propiedad de los bienes de producción será el rasgo definitorio y diferenciador de ambos grupos o clases. Jugando con cierto criterio epistemológico-político, podría decirse que quienes poseían los bienes de producción disfrutaban de una situación **objetiva** de dominio, pues con el dominio material de los medios de producción se lograba el dominio económico, político y cultural. Mientras tanto, la otra clase representaba una condición **subjetiva**, supeditada a una objetivación que configuraba dependencia. Ello, engendró un inevitable antagonismo, fenómeno característico de la revolución industrial, origen dialéctico del modelo de relaciones laborales clásico: el modelo conflictual que da prelación al concepto de subordinación como estado de escasa posibilidad de

⁷⁸ SILVA, Otero, Aristides y MATA, de Gros Mariela: “La llamada Revolución Industrial”, Ed. U católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 22

⁷⁹ La Burguesía no se debe sólo a la Revolución industrial, pero es en ese momento cuando cobra protagonismo en el plano histórico y por ende en el escenario económico y político.

ejercer autonomía propia, o autonomía de la voluntad en términos de decisión y elección desde el punto de vista económico⁸⁰ y, desde luego, político.

La burguesía del momento estaba conformada por grupos heterogéneos tales como financieros, comerciantes, técnicos y empresariales o industriales. El último era la cara más visible en la primera etapa de la revolución. Este proceso en ascenso y en teoría, daba la impresión de un progreso material en la vida de las clases populares. Sin embargo, el análisis de aquella realidad, especialmente en las reflexiones de Marx y posteriormente en las de sus seguidores, comenzó a arrojar resultados contrarios: el aumento de la capacidad económica no coincidía con el esfuerzo humano, el esfuerzo del trabajador, del proletario. La contrapartida o retribución por ese crecimiento económico resultaba mezquino, afectando sensiblemente la vida social, propiciando una vida sórdida y suburbial para el proletariado. Esta situación que fue agravándose muy rápidamente, de todos modos, dio origen a un sentimiento de solidaridad el cual vino a configurar asociaciones obreras que, opuestas y enfrentadas a los intereses de la clase dominante, fueron conquistando espacios de derecho con la finalidad de propender por una vida con auténticas condiciones humanas y de existencia. Ésta, por lo menos hasta hace algunas décadas, fue una de las principales finalidades en los sistemas de legislación laboral. Podría decirse que fue su esencia, precisamente en respuesta a los sufrimientos, desigualdades y tensiones originados en las luchas de los trabajadores del pasado. Hoy, surgen nuevas desigualdades, sufrimientos y tensiones por causa del cambio económico, habrá que ver cuáles serán las nuevas formas de modulación normativa y si estas pueden seguir proviniendo de un discurso solidario como el de la clase trabajadora de los siglos XIX y XX. Éste, será uno de los temas centrales en el capítulo final.

Como ya se ha mencionado en otros momentos de este trabajo y sin dejar atrás o de lado el contexto de la Revolución Industrial, que es el terreno donde se gesta definitivamente el derecho laboral, se dice que un origen remoto de la regulación laboral puede apreciarse en el antiguo imperio romano con el arrendamiento de obra o de servicios, propio de los hombres libres: “Locatio conductio operis” – “Locatio condutio operarum”. “Locator” (arrendamiento): el que arrienda su servicio; “conductio” (dirección): quien toma el servicio y paga.

⁸⁰ JÁUREGUI, Moltó. El capítulo I. El conflicto estructural en la evolución histórica del modelo de relaciones laborales “, en: “Un Futuro para el Trabajo en la Nueva Sociedad laboral... allí, y González, precisan que los sistemas de derecho laboral en la primera mitad del siglo XX, emergen por conflictos (dialéctica) estructural entre dos actores muy bien definidos al término del siglo XIX: Empresarios (Burguesía) y Trabajadores (Proletariado)...

	LOCATOR	CONDUCTOR
L. C. Operarum (Arrendamiento de servicios)	Pone actividad profesional a disposición de otro que dirige	Paga “merces” y “conduce”
L.C Operis (Arrendamiento de Obra)	Recibe una cosa para transformarla: anillo, terreno, etc...)	Paga “merces” y “califica”

Fuente. El autor.

Pasada la Revolución Francesa, vuelve a ser tenido en cuenta el concepto de “locatio” (arrendamiento) y vuelve a cobrar un sentido particular en relación con el trabajo, pero visto y tratado desde una perspectiva jurídico civil o comercial. Comienza a entenderse como una forma particular de arrendamiento: “locación de obra u obras”.⁸¹ Esta expresión de la **locatio operis, operarum** se tornará gradualmente en una clasificación que dará mayor peso al sentido del arrendamiento de obra sobre el arrendamiento de servicios, especialmente en países como Francia, Inglaterra y Alemania durante la Revolución industrial del siglo XIX; la mayor parte del trabajo obrero será catalogado como arrendamiento de obra. Las relaciones obrero-patronales se denominarán, en buena parte de Europa, relaciones industriales, reguladas civilmente y con el criterio de fondo: arrendamiento de servicios⁸².

Los sistemas de derecho en Occidente tienen elementos comunes y, en algunos casos, prestamos del derecho romano re-descubierto en la baja Edad Media. En el algún momento de la historia se creyó en un derecho común que ligaba a todos los pueblos civilizados, sin embargo y con la evolución hacia la modernidad y la contemporaneidad, vemos cómo cada Estado, de acuerdo a su cultura, va cultivando un derecho “propio” que es considerado por algunos como un nacionalismo jurídico, contrario a la idea de un derecho universal.⁸³ Con este argumento, vamos a ver cómo en Europa predominan tres sistemas de derecho laboral que irradian y son imitados por una buena parte del mundo occidental, sin negar que, de todos modos, existen particularidades que son arrancadas de cada experiencia laboral nacional.

2.1.2 Tipologías o maneras de configurar el derecho laboral. Constituidas las primeras leyes y códigos del trabajo en Europa, después de los primeros enfrentamientos entre empresarios y clase obrera, comienza a presentarse un

⁸¹ Supiot. Op. Cit. p. 18

⁸² *Ibíd.*, pp. 14 y 15.

⁸³ HATTENHAUER, Hans. Conceptos Fundamentales de Derecho Civil. Este ejercicio histórico – cultural y de afirmación lo podemos encontrar en el trabajo de y más próximo a nuestros días en la obra de Alain Supiot; “Derecho del Trabajo”.

fenómeno de experiencias laborales compartidos y al mismo tiempo nutrido de la propia experiencia nacional. Antes de explicar brevemente los modelos nacionales, es necesario insistir en que a ellos sirve de base, de todos modos, una concepción común: el trabajo se entiende como una actividad a través de la cual se producen bienes económicos, sociales y culturales que sirven intersubjetivamente a unos y a otros. Esa actividad, hace que el trabajador entre en una relación regulable por normas legales vigentes en las que primeramente se señala la compensación, es decir, el salario. Esta compensación va a tener dos modos de comprensión: el salario capitalista que tiene como referente las leyes del mercado y el salario socializado que parte de una negociación entre el Estado y los colectivos de trabajadores organizados, lo que tiene como base ideológica planteamientos de orden socialista. En ambos casos lo coincidente será que el trabajo sólo tenga consecuencias jurídicas cuando éste no sea una simple prestación de servicios, sino que en él se caractericen: la actividad voluntaria, por cuenta ajena, bajo dependencia de otro y mediante una remuneración, lo que se resume en la expresión: arrendamiento de obra.

El derecho alemán es uno de los pioneros en la configuración del derecho laboral o derecho del trabajo en el sentido descrito.⁸⁴ Las primeras teorizaciones tienen allí una preocupación central: definir claramente los límites entre las regulaciones del derecho público y las del derecho civil, estableciendo que en la intersección surge otra forma de regulación que no es plenamente individual, ni pública, se trata de naturales relaciones sociales que combinan de ambas. Otto Von Gierke, será el primer autor consagrado al estudio de esa intersección, de esa tercera forma de relación y regulación que va a ir tomando la forma de lo que posteriormente se denominará derecho social. Gierke, precisamente por su visión social y asociacionista del pueblo alemán, fue crítico de los modelos duales que veían el derecho desde dos polos: público y privado. Se dice que, de algún modo, su investigación tiene como referentes posturas tomistas ya que resulta coincidente con la tesis que no se resuelve a favor de ninguno de los polos del dualismo (colectivismo vs. individualismo), sino más bien en una visión analógica que hace énfasis en un comunitarismo que integra al mismo tiempo a la persona y a la sociedad. En la misma línea encontramos a Hans Sinzheimer, quien compartiendo algunos planteamientos de Gierke añade que el derecho laboral no puede reducirse a una mera regulación de “relaciones patrimoniales” entre individuos, su objetivo central es el de garantizar la realización de la dignidad humana: “quien presta su trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo”, toda vez que “el trabajo es el hombre en situación de actuar”...⁸⁵

⁸⁴ Supiot, Op. Cit., p. 27

⁸⁵ SANGUINETI, Wilfredo. Hugo Sinzheimer y el valor de la persona y su dignidad en el Derecho del Trabajo. Publicado 2009. Disponible [en línea]. URL: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2009/10/31/hugo-sinzheimer-y-el-valor-de-la-persona-y-su-dignidad-en-el-derecho-del-trabajo/>.

Como lo describe Alain Supiot, en Alemania, esta visión intermedia y social del derecho laboral fluctuará entre autoritarismo (nazismo, por ejemplo) y democracia (república de Weimar y posguerra). La tesis central será la de potenciar a un mismo tiempo la autogestión y la coparticipación considerando siempre el derecho al y del trabajo como un derecho empresarial, sindical y, por supuesto del mismo trabajador. Esto dará fuerte peso al ejercicio de la negociación colectiva.

En Gran Bretaña, la experiencia adquirirá un tinte diferente en cuanto a que las decisiones y prebendas laborales no serán determinadas por consideraciones sociales, políticas, ni legislativas, sino más bien económicas, donde prevalece el sindicato, pero su catalizador es la ley del mercado. Por esta razón, esta visión o marco referencial laboral preferirá denominar las relaciones de trabajo como relaciones industriales, se destacará la autorregulación movida por los sindicatos (voluntarismo) por encima de las decisiones legislativas (abstencionismo).⁸⁶

Francia adoptará un tinte político en comparación con los marcos referenciales anteriormente descritos. Aquí permanecerá vigente la idea de que el contrato de trabajo es ley para las partes y en ese sentido quien debe garantizar y velar porque dicha igualdad se cumpla es el Estado, pues los contratos de trabajo se entienden como “contratos de sociedad” al estilo roussoniano. El Estado deberá propender por un equilibrio salarial, lo cual no quiere decir que las relaciones laborales se entiendan como relaciones de derecho social, pues el derecho del trabajo se sigue entendiendo como una relación contractual igual a las que tipifica el derecho privado. La única diferencia radica en la regulación, pues aquí las reglas son de orden público a fin de reconocer, de todos modos, que existe una parte débil que debe contar con mayor protección por parte del Estado. Empero, la historia irá mostrando que en ocasiones tendrá mayor peso el intervencionismo del Estado y en otras, la libertad contractual desde el punto de vista de la iniciativa privada.⁸⁷

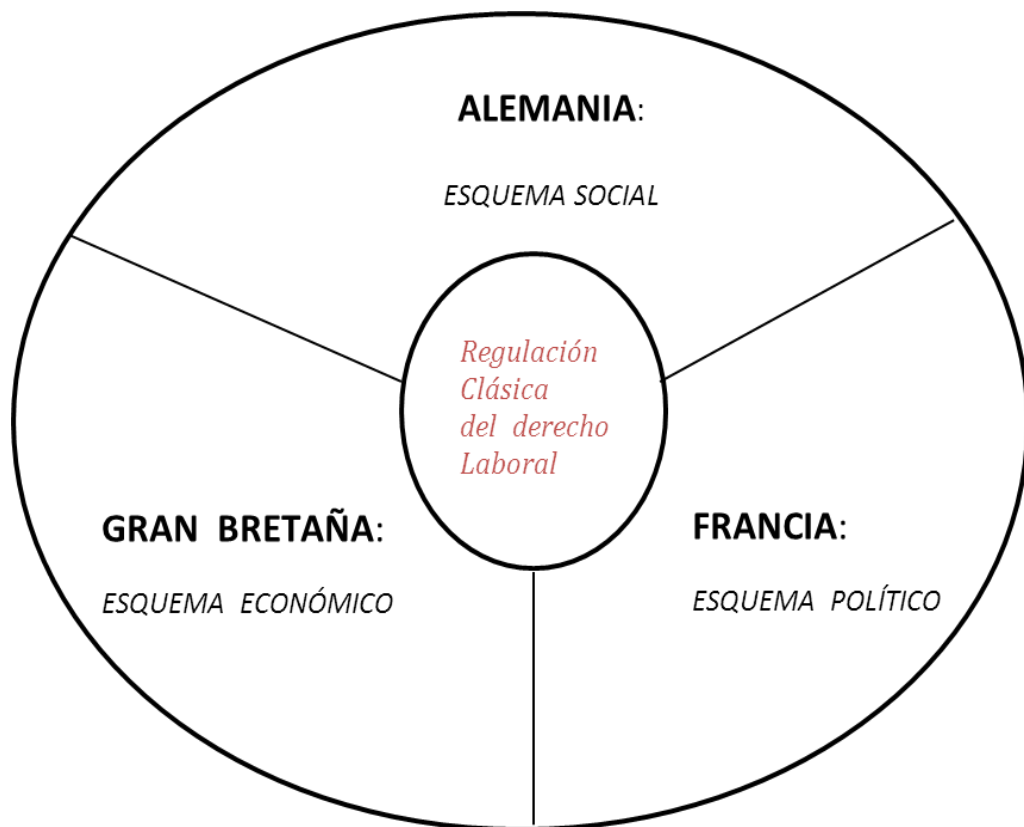
Con estas visiones nacionales del derecho laboral que nos suministra el jurista francés Alain Supiot, podemos esquematizar el siguiente ideograma que servirá de referencia para ahondar en la comprensión flexibilizadora que se desarrollará en el siguiente capítulo. Debe aclararse, sin embargo, que estos tres modelos son fuente inspiradora para otras naciones, lo que no significa que no existan particularidades y matices propios de cada experiencia jurídico-política y cultural. Estados Unidos, por ejemplo, tiene cierta similitud con el modelo británico; su diferencia radica en la intervención legislativa que señala las reglas del sistema de negociación colectiva.

⁸⁶ Supiot, Op. Cit. p. 29.

⁸⁷ *Ibíd.* p. 31.

En estos esquemas nacionales subyacen dos elementos comunes: 1. la empresa y el trabajador; elementos que deben entenderse como actores sociales muy visibles en la producción nacional; actores antagónicos; actores que representan el binomio capital vs. trabajo y de cuya dialéctica debe surgir un resultado favorable para ambos, pero especialmente para el trabajador, reconocido como la parte más débil en el contexto económico. Todo esto, desde luego, encaminado a establecer un sistema de relaciones sociales más justo y solidario con intervención regulativa Estatal. 2. El elemento base y esencia del derecho laboral: la subordinación.

Figura 2.



Fuente.

2.1.3 Formas legislativas laborales en América Latina: entre los “préstamos” y la autenticidad. La primera etapa de la legislación laboral en América Latina, podría ubicarse en la codificación indiana (siglos XVI a XVIII) y especialmente en las Cédulas Reales que en Libro VI dejan ver un interés proteccionista en el orden laboral que aún hoy es comparable con temas como los de la previsión social, las

cajas de compensación familiar y la protección del trabajo de los indios.⁸⁸ La siguiente etapa estaría enmarcada en aquello que se describiera párrafos atrás: las *locatio conductio operis* y *operarum*, lo que se denomina en la regulación civil arrendamiento de servicios que fue muy influenciada por el Código Napoleónico. Posteriormente vendría la promulgación de leyes obreras que casi resultan coincidentes en casi todo el Continente desde el punto de vista cronológico y en cuanto a sus temáticas. La formación ascendente o expansionista de la legislación laboral en América latina tendrá sus inicios casi a comienzos del siglo XX y, como luces navideñas que de manera intermitente aparecen en distintos lugares de un árbol de navidad, ésta irá alimentando su marcha con reglamentaciones que irán desde la prohibición del trabajo de mujeres y niños en las minas (Argentina 1886) hasta la fijación de salarios mínimos (Código Policivo en Ecuador); desde el reconocimiento de la jornada horaria (Cuba 1909), hasta los accidentes de trabajo (Colombia y Argentina 1915); desde la higiene social, o de desde la formulación de seguros de vida colectivo y la jubilación hasta el reconocimiento de la sindicalización, el derecho de huelga y de asociación. Todo esto estará ocurriendo casi que simultáneamente y con “préstamos” de algunas de las experiencias de los modelos laborales alemán y francés, especialmente.

La tipología jurídico-laboral descrita anteriormente, tiene unos cimientos de tipo político, económico e ideológico. Éstas también son las bases de los sistemas de derecho laboral en América Latina y son las que permiten comprender su progreso ascendente en la perspectiva de un Estado benefactor que propende por la protección de la parte más débil en las relaciones laborales y, luego, por una “carrera hacia abajo” en la que se destaca una tendencia contraria a la proteccionista, la cual hace énfasis en la desprotección, en la erosión de prebendas y protecciones. Sin embargo, en esta última parte del presente capítulo no se desarrollará sino aquello que compete a la regulación tradicional dejando pendiente por tratar en el capítulo IV lo que algunos especialistas denominan “carrera hacia abajo”, justificado desde la perspectiva de la competitividad y la generación de más empleo a nivel regional y global.

La configuración de las legislaciones y codificaciones laborales en América Latina tiene su inicio, aproximadamente hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX. Este arranque, como en el viejo Continente o en Norte América, se origina en violentas protestas obreras, las cuales van a desembocar en leyes o codificaciones cobijadas por la misma expresión: “la reivindicación obrera”. Norte América es un referente que sirve de muestra y que va a tener una repercusión mundial muy importante, precisamente porque allí comienza la famosa huelga de los “8-8-8”. Más exactamente en Chicago donde un grupo de huelguistas reclama:

⁸⁸ RUMEU DE ARMAS, Antonio. Código del Trabajo del Indígena Americano. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

“ocho horas de trabajo”, “ocho horas de descanso” y “ocho horas de estudio”. Esto viene a ocurrir el 1 de mayo de 1886 y va a redundar, gradualmente, en protecciones individuales y colectivas. La fecha, 1 de mayo, también tendrá su reconocimiento: día mundial del trabajo.

La regulación laboral en el ámbito latinoamericano va naciendo con una tendencia proteccionista por parte del Estado, la cual se va a apoyar en dos experiencias que vale la pena resaltar: la influencia proteccionista muy marcada en la Constitución Mexicana de 1917 y la creación de la OIT en 1919 (Tratado de Versalles – Parte XIII). La Constitución Mexicana por el fuerte contenido social que desarrolla colocando como primer responsable al Estado. La OIT, porque ella, de algún modo, acoge los mismos planteamientos de la Constitución mexicana en el sentido de señalar la función primordial de un Estado Social de Derecho que abogue principalmente por la protección del trabajador. Esto, desde luego, no puede desconocer que antes de cualquier legislación laboral en el mundo existió la regulación indiana, que aunque para algunos expertos no deja de ser un simple dato anecdótico, no por eso deja de ser una importante contribución en términos ius-históricos y ius-axiológicos y que, precisamente por eso, de algún modo servirá de soporte ius-fundamental para la posterior declaración universal de los derechos humanos, terreno que hoy cobra una importancia vital para la discusión que ha suscitado el nuevo escenario laboral, toda vez que se teme que el derecho laboral pierda su esencia: la protección y promoción de la dignidad humana.

Tomando la expresión de Ulrich Beck, “teoría del contenedor de la sociedad”⁸⁹, podría decirse que en todo el Continente latinoamericano operó, por lo menos desde la perspectiva laboral, una misma visión de Estado Nacional garantista y proteccionista del trabajador. Precisamente porque la competencia del mercado y los costes laborales no salían de los límites que el mismo Estado imponía, lo que hacía que las empresas, en su gran mayoría nacionales, se ciñeran a los mismos parámetros arancelarios y a los mismos costes laborales. Aquí se está haciendo mención a una realidad que difícilmente podría dejarse influenciar por políticas globales o de mercado global como empezó a ocurrir hace algunas décadas y donde el concepto de “competencia externa” comenzó a penetrar en los contornos laborales para flexibilizarlos.

De comienzos del siglo XX hasta la década del 70, los modelos de regulación laboral van a tener un mismo común denominador: el garantismo laboral, auspiciado, promovido y garantizado (valga la redundancia) por los mismos

⁸⁹ BECK, U. Qué es la Globalización, hace referencia a la forma como el Estado hacia adentro controla y regula todas las formas de la economía; las sociedades son sociedades estatales más no globales... p. 60.

Estados nacionales. Desde luego, con algunas variaciones culturales y geográficas, pero de todos modos, con una base garantista que bien podría aproximarse al modelo laboralista alemán (con fuerte inclinación hacia el derecho social – modelo social) descrito anteriormente. Esta visión del Estado Garantista del trabajador y que tuvo repercusiones en toda Latinoamérica, tiene su arranque en la Constitución mexicana de 1917, la cual va a hacer fuerte énfasis en la responsabilidad que tiene el Estado frente al trabajador, dado el carácter social que la misma Constitución le había establecido al concebirlo.⁹⁰

De los años 20s a los años 40s y, por el fuerte influjo de la Constitución mexicana comenzarán a configurarse más leyes laborales las cuales verán su definitiva consolidación en Códigos entre los cuales se destacan Costa Rica (1943), Nicaragua (1945), Guatemala, Panamá (1947), Colombia (1950), República Dominicana (1951), Honduras (1959) y Paraguay (1961).

En la mayoría de esas codificaciones se encuentra una ordenación legislativa que antecede y desemboca, precisamente, en códigos sustantivos del trabajo como el colombiano. Encontramos en la legislación colombiana anterior a la creación del código sustantivo del trabajo dos preocupaciones centrales previstas por el legislador de aquellos tiempos: 1. El amparo y protección en caso de accidentes de trabajo (Ley 57 de 1915: lesiones, incapacidad, siniestros y muerte del trabajador) y el reconocimiento del derecho de huelga (Ley 78 de 1919: modalidad de las huelgas, delitos y faltas que pudieran producirse por las mismas). 2. Participación indirecta de las utilidades de la empresa al trabajador, lo que gradualmente se denominará como cesantía en caso de despido (Ley 10 de 1934, artículos 12 y 14) y la creación del Seguro Social (ley 90 de 1946) a fin de atender los altos costos de la atención en la salud, “el drama de la vejez desamparada... el sombrío fantasma de la viudez, del abandono conyugal y de la orfandad...”.⁹¹ En 1950, bajo el mandato del presidente Mariano Ospina Pérez se crea el Código Sustantivo del Trabajo, que aún hoy y, a pesar de los fenómenos flexibilizados, conserva su syllabus original: Parte 1: Derecho individual (nociones y normas contractuales de acuerdo a la modalidad del servicio prestado y su respectiva remuneración), Parte 2: Derecho Colectivo (los Sindicatos, sus funciones y los Contratos Colectivos), Parte 3: Despachos e instancias para la vigilancia y control de quienes tienen a cargo la tuición de la justicia laboral.

⁹⁰ CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. Artículo 123. México, 1917.

BRONSTEIN, Arturo. Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina, OIT. 1998 Disponible [en línea] URL: www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsan jose/.

⁹¹ AGUILERA, Miguel. Historia extensa de Colombia. Capítulo VIII: La Justicia Laboral en la Historia. Ed. Lerner, Bogotá, 1965. pp. 324 – 333.

Son casi 5 decenios los que cuentan en la evolución, progreso y expansión del derecho laboral en América Latina. De comienzos de los años 20, hasta principios de los años 70 del pasado siglo XX, se observa una aceleración o carrera ascendente que, de todos modos, se mueve entre claros y oscuros debido a la tendencia modernizadora que emerge en todo el Continente por razones políticas que ondulan entre los intereses de partido, de clase y de las dictaduras, con una clara acentuación en cuanto a la intervención del Estado en la regulación económica y, por ende, en la regulación laboral, lo que puede encerrarse en una misma fórmula o puede entenderse como un común denominador para la mayoría de los Estados latinoamericanos: el garantismo laboral. Se observa una clara tendencia proteccionista por parte del Estado y una situación que repercute en cada legislación o en cada codificación: el fomento y potenciación de la indisociabilidad entre los conceptos Derecho al Trabajo (derecho a participar en las relaciones económicas a través de una ocupación remunerada) y Derecho del Trabajo (derecho de contar con una protección que conduzca a situaciones justas en cuanto a unas condiciones dignas y suficientes en materia de remuneración, limitación de la jornada, descanso, salud y seguridad frente a los riesgos laborales, derechos sindicales y seguridad social). Algunos investigadores en materia laboral coinciden en afirmar que este progreso ascendente alcanza y culmina su máximo esplendor con el Código de Trabajo de Panamá (1971).⁹²

Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta aquí, con respecto a la regulación clásica, llamada también “modelo conflictual o dialéctico”, es posible observar una comprensión, grosso modo, de las relaciones laborales que van en constante evolución de modelos básicos de relación a modelos más complejos: 1 el patrón primitivo quien puede doblegar la voluntad ajena teniendo derecho sobre la propia vida (esclavitud), 2. el régimen servil que sólo reconoce en el esfuerzo del campesino el derecho de los frutos *ius fruendi* (propio del medieval), 3. el contrato individual que presupone la igualación de los ciudadanos en las relaciones jurídicas privadas (Estado liberal de derecho) , 4. la intervención Estatal y el convenio colectivo como última etapa más desarrollada y compleja pero que resulta la forma más idónea para ordenar las relaciones laborales que emergen de una sociedad, ahora, industrializada. Esta última etapa corresponde a un modelo económico liberal clásico impulsado por el desarrollo de las ciencias aplicadas, lo que va a desembocar en un progreso material del que deriva una tecnología cada vez más avanzada, producto de aplicaciones científico-técnicas. Empresa y ciencia aplicada compaginan perfectamente siguiendo reglas malthusianas: patentar nuevos descubrimientos y conservar sus “recetas” en secreto.⁹³ Desde luego, la evolución descrita en el párrafo anterior, no puede comprenderse como algo que se dio en el mismo tiempo y espacio. Nos vamos a encontrar con

⁹² BRONSTEIN, Op. Cit..

⁹³ PONTI, Filippo. El sistema industrial como estructura de la sociedad. Ed. Carlos Lohlé, Bs. As., 1966, p. 15.

sistemas económicos y políticos que no siguieron esa evolución y aún hoy, sus Estados promueven de modo muy rudimentario este tipo de progreso. Las razones de esos desajustes son variadas. Tienen causas histórico-políticas y económicas muy complejas y profundas que no alcanzan a describirse aquí, precisamente en razón a que hay que atenerse a la delimitación que impone esta investigación. Sin embargo, conviene tener en cuenta la estratificación clásica que se hacía en otra época de acuerdo con el desarrollo y progreso material, así como la correspondiente acumulación de riqueza expresada casi siempre en el buen o mal manejo del Producto Interno Bruto (PIB). Esa estratificación, podría servir de mapa para hacer una radiografía, muy somera, por supuesto, de por qué el modelo industrial clásico no evolucionó igual y con los mismos resultados acertados en temas de sistemas de relaciones laborales en todo el mundo.

Esos estratos permitían comprender el mundo en cuatro mega-regiones jerarquizadas: **primer mundo**: excelente manejo del PIB y progresivo avance tecnológico con niveles bajos de desempleo; **segundo mundo**: buen manejo del PIB, no muy acelerado avance tecnológico, pero bajo nivel de desempleo; **tercer mundo**: no muy adecuado manejo del PIB, cero avance tecnológico y altos niveles de desempleo; **cuarto mundo**: ni PIB, ni tecnología, ni medios de vida mínimos para la subsistencia. Estas “regiones-Estado” del cuarto mundo se sintetizan muy bien en el análisis que hace un reconocido escritor y periodista francés, Dominique Lapierre, cuando decide entrevistar a la Madre Teresa de Calcuta y conocer la miseria de los pobladores de esa tierra, que lo inspiró para escribir su best-seller: “La Ciudad de la Alegría” (1985); novela que fue llevada luego a la pantalla grande con el mismo título en 1992. Decía Lapierre: “me encuentro en el lugar donde la gente reza por morir pronto, pues no vale la pena vivir...”⁹⁴ De esa última estratificación nos hablaba también Juan Pablo II en su encíclica “Sollicitudo Rei Socialis” al hacer referencia a los lugares en el mundo en condiciones de extrema pobreza y muy deficiente manejo del PIB o prácticamente inexistente.⁹⁵

Esa estratificación ha sido simplificada por el sociólogo y filósofo alemán, Ulrich Beck quien nos provee de un mapa más simplificado y nos advierte que la sociedad que está en riesgo de involucionar al “cuarto mundo” puede ser cualquiera que no se ajuste al fenómeno de globalización económica actual. Derivado de sus reflexiones acerca de la globalización, Beck nos sugiere un estratificación en dos dimensiones: “ricos globalizados” (población mínima con el manejo de todos los recursos) y “pobres localizados” (la mayoría de los seres

⁹⁴ LAPIERRE, Dominique. La Ciudad de la Alegría. 1985..

⁹⁵ JUAN PABLO II. Encíclica Sollicitudo Rei Socialis.; Ed. Paulinas, Bogotá, 1987, p. 474 y ss.

humanos, con escasa posibilidad de sobrevivencia y siempre al borde de toda forma de exclusión: “Nuda Vita”)⁹⁶.

2.1.4 Función social del derecho: el derecho como factor de cambio social.

Más allá de estos desajustes o desequilibrios que generan modos de estratificar y comprender el mundo industrializado o globalizado, ahora conviene analizar la función social del derecho en esa evolución del modelo económico industrial hacia la configuración de los más sofisticados y modernos Sistemas de Relaciones Laborales que dejan ver un cierto ambiente de paz y progreso, a pesar de los conflictos bélicos (primera y segunda guerra mundial) y de los mismos conflictos laborales que fueron dando forma al derecho laboral que hasta hoy conocemos y que está en riesgo de desaparición o ajuste. Para ello, conviene aclarar el enfoque epistemológico que soporta este trabajo investigativo.

En el debate jusfilosófico actual de acuerdo con la ruta propuesta por la jusfilósofa Carla Faralli, que hace referencia al “antes de Hart” (positivismo radical clásico) y el “después de Hart” (crisis del positivismo)⁹⁷, nos encontramos con una polémica que obliga a repensar la Filosofía del Derecho en función de elementos abandonados por ésta durante casi más de 150 años: se trata de la “apertura a los hechos” y la “apertura a los valores”⁹⁸. En torno a estos elementos, también entendidos como fuentes básicas del derecho, las corrientes del pensamiento filosófico jurídico (iusnaturalismo, iuspositivismo, iusrealismo) hacen su aparición, pero no como percepciones del mundo jurídico opuestas, sino como reflexiones que se vuelven vasos comunicantes entre ellas con capacidad, además, de valerse de otros lenguajes propios de las ciencias sociales (economía, política, filosofía moral, lingüística, etc.) a fin de abordar temas refundidos como la pluralidad en las concepciones de la justicia, del bien, de la visión de igualdad vista desde la expresión propuesta por Dworkin: “equal concern and respect”, más allá de la igualdad matemática. Todo ello, tratando de esclarecer cuál es el verdadero alcance social y justo de los sistemas de derecho actuales.

Este contexto entre debate y síntesis de diálogo y acuerdo, se puede observar también en la filosofía general. Especialmente en la polémica respecto al quehacer, al estatuto de cientificidad de las llamadas ciencias sociales y que alude

⁹⁶ Op. Cit. Beck, pg. 118... Beck, comentando a Z. Bauman dice lo siguiente: “... la globalización y la localización no sólo son dos momentos o caras de la misma moneda; son al mismo tiempo fuerzas impulsoras y formas de expresión de una nueva polarización y estratificación de la población mundial en ricos globalizados y pobres localizados... unos son auténticos moradores del globo; los otros están simplemente encadenados a su puesto...”.

⁹⁷ Cfr. FARALLI, Carla: “La Filosofía del Derecho Contemporánea: los temas y los desafíos”; Ed. U. Externado de Colombia, Bogotá 2007. p. 11.

⁹⁸ Vid. Carla Faralli: “Filosofía contemporánea del derecho...”, pp. 27 – 34, passim.

a problemas tales como la libertad, la jerarquía de valores, la realización de la justicia y del bien común. De acuerdo con lo que nos provee el filósofo José María Mardones, esa polémica tiene en el pasado más remoto dos grandes vertientes: aristotelismo vs. galileanismo; en el pasado decimonónico: al positivismo enfrentado contra la hermenéutica y, en la actualidad, al racionalismo crítico vs. la teoría crítica⁹⁹, con la diferencia de que en éste último escenario se ha logrado cierto acuerdo y aproximación en lo que tiene que ver con el ensanchamiento de las metodologías, el rechazo a los exclusivismos, considerando que la explicación del fenómeno humano y, por ende de la sociedad, puede concebirse tanto desde una perspectiva causalista (racionalismo crítico), como desde una perspectiva esencialista-teleológica (teoría crítica). El racionalismo crítico propende por una racionalidad funcional que no puede tener explicaciones esencialistas, pues le teme a los absolutismos. La teoría crítica, por su parte, encuentra que la comprensión de los fenómenos sociales no tiene sentido sin una fundamentación que tenga, como punto de partida, elementos esenciales de abstracción universal, pues el hombre, en la búsqueda de sentido de la realidad y de su constante actividad emancipatoria, necesariamente confronta valores que pueden ir más allá de criterios científico-técnicos. Ambas propuestas conducen a la discusión respecto de la validez universal del conocimiento humano y ha habido casos, como el de la presente investigación, donde se hace necesario fundamentar desde las dos perspectivas estableciendo cierta analogía; cierta complementariedad.

En este capítulo se ha hecho un esfuerzo por describir el mundo del derecho laboral desde la causalidad. Ahora, corresponde, con la ayuda de esa causalidad, identificar en él los elementos esenciales que subyacen a la historia descrita aquí. Volviendo al análisis propuesto por Faralli y que tiene mucha aproximación con el de Mardones, es necesario ver cómo la validez jurídica del derecho laboral, en cualquiera de los contextos descrito, surge de un reconocimiento de los hechos económicos industriales, de los conflictos generados allí y de la superación de los mismos con el amparo de valores orientados hacia la realización material de la justicia social.

Cabe anotar que, en este sentido, vuelve a tornarse importante la comprensión sobre la función social del derecho, la cual ha sido sometida a dos duras miradas: una, casi siempre la de la sociedad misma, que acusa al derecho de inoperante, de elemento retardador que presta poca eficacia a las necesidades apremiantes de la realidad. La otra, fuertemente conservadora, corresponde a una tendencia entre profesionales del derecho que ve el tema de la función social como un exabrupto y sin sentido en el conocimiento del derecho, pues en su formación prevalece un conocimiento del derecho que ordena toda la realidad en función del

⁹⁹ MARDONES, José María. Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales; Ed. Antrhopos; Barcelona 1991, p. 21 y ss.

“instrumento rígido”¹⁰⁰. En tiempos de Montesquieu, como lo expone el jurista Francesco Galgano, el juez no podía ser sino “La bouche qui prononce les paroles de la loi” (“la boca que pronuncia las palabras de la ley”)¹⁰¹. Hoy, esa conducta prevalece en algunos sistemas jurídicos. Existe una tendencia de muchos profesionales y operadores en ver con malos ojos todo lo que no se encuentre en códigos, normas o leyes, máxime cuando su formación está condicionada por visiones excesivamente dogmáticas donde prevalece el “instrumento rígido”.

En no muy pocas ocasiones esta conducta separa completamente las posibles conexiones entre la moral y el derecho, dando sólo cabida al juego geométrico de las proposiciones jurídicas, abusando de ellas en muchos casos y considerando que sólo lo que dicta la ley es justo o correcto¹⁰². De este modus operandi en jurisprudencia, jueces y abogados nos habla el jurista Inglés H. Hart, cuando trae a colación una crítica que Gustav Radbruch hizo al régimen nazi; al modo como el sistema de derechos de ese régimen, apartado de todo principio moral, contribuyó “poderosamente al horror”.¹⁰³

Hoy, la tendencia a considerar que la ley es la ley (“Gezets als Gezets”)¹⁰⁴ no ha dejado de existir en ciertos ambientes jurídicos (académicos y prácticos). Sin embargo, y por lo que nos expone Faralli, esa conducta viene perdiendo fuerza a raíz de las crisis que ha venido padeciendo el positivismo por causa no sólo de las dos guerras mundiales pasadas, sino de las revoluciones epistemológicas, especialmente en las ciencias sociales, donde se ha venido cobrando conciencia nuevamente del papel de la moral, la justicia y de los hechos reales que determinan cualquier forma de vida social. Esto, desde luego, no quiere decir que no haya habido nunca consideraciones sobre la función social del derecho y que sólo hasta ahora se tome conciencia de ello. Por el contrario, es precisamente con el derecho laboral y desde su evolución histórica donde puede observarse una clara interrelación dialéctica entre función social (o “formación económico social”)¹⁰⁵ y derecho (o “morfología jurídico-política”)¹⁰⁶. Esa interrelación, a diferencia de otras áreas del derecho, deja ver que en el tema laboral, por lo menos en lo que tiene que ver con su regulación clásica, generó regulación atenta

¹⁰⁰ GALGANO, Francesco. La Globalización en el espejo del derecho. Ed. Rubnizal – Culzoni; Bs. As. 2005. p. 127... En el capítulo sobre el “Juez en el lugar del Legislador”.

¹⁰¹ *Ibid.*, 127.

¹⁰³ HART, Herbert, L. A. El Positivismo y la independencia entre el Derecho y La Moral. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998. p. 62.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 62.

¹⁰⁵ DÍAZ, Elías. La Sociedad entre el Derecho y la Justicia. Ed. Aula Abierta Savat., Barcelona, 1985. Pg. 14.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 14.

a los cambios y la función de la sociedad. Es posible observar, además, que en esa constante evolución normativa está presente un concepto central que podría considerarse elemento universal, un esencialismo rector: la subordinación, concepto que serviría de base al tema central de la justicia social: la cuestión social, expresión clave con la que podría resumirse el compromiso socio-político que subyace a la formación del Derecho del Trabajo, no sólo en Europa sino, en la misma América Latina.

La Cuestión Social y, su elemento destacado, la subordinación, serán la directriz de un modelo de economía cerrada, en la que el Estado, protegiendo la industria nacional, buscaba atenuar la conflictividad social (dando prelación a la reglamentación de la huelga, antes que a la reglamentación del contrato individual de trabajo), erigiéndose como protector de los trabajadores urbanos y promulgando legislación que desde sus inicios consagraría el principio rector de la protección al trabajador buscando con esto equilibrar fuerzas económicas de tal manera que éste, como parte débil de relaciones de producción económica, no estuviera forzado a prestar sus servicios en un clima de competencia contractual, social y moralmente insostenibles, condenables y rechazables. Esta preocupación por la Cuestión Social y por la subordinación como elemento preponderante ya es acogido y protegido por la Constitución Mexicana de 1917, así como por el Tratado de Versalles en 1919. Es la base de lo que aún hoy denomina la OIT tripartismo: intervención del Estado en la producción económica (empresarios y trabajadores) propendiendo por equilibrios entre fuertes (empresarios) y débiles (el trabajador), pero reforzando las garantías hacia la parte más débil.

Esta última parte deja ver cómo el derecho sirve al cambio social y por ende, al desarrollo de una participación democrática más amplia, cumpliendo con una función integradora de estabilidad y seguridad en función de una transformación social que no se da de manera armónica en razón a las circunstancias económicas y desiguales de los dos actores sociales: el empleador y el trabajador. No puede admitirse, desde luego, que esta participación integradora se haya dado siempre. Se sabe claramente cómo el derecho ha estado al servicio de obstáculos que ayudan a refrenar cualquier cambio social, lo que afecta la credibilidad, legalidad y la legitimidad democráticas (ocurrió durante el nazismo y el fascismo, donde los derechos de los trabajadores, especialmente los de asociación y huelga fueron refundidos a fin de cumplir con propósitos oscuros de esos regímenes). Cualquier sistema de derechos puede ser factor de cambio social u obstáculo para el cambio. Empero, el desarrollo histórico del derecho laboral permite ver una evolución con tendencia a propiciar efectos jurídicos positivos a favor de lo social.¹⁰⁷ Lo podemos observar en el “**efecto multiplicador de las normas**”¹⁰⁸ en

¹⁰⁷ DÍAZ, Elías. La Sociedad entre el derecho y la justicia. nos da cuenta de ello al advertir lo siguiente: “... El derecho de huelga, de asociación... han sido conquistas de luchas previas de la

la medida en que se generalizan comportamientos y se va haciendo legal lo que antes era ilegal, por ejemplo: la adscripción a sindicatos, el reconocimiento de la huelga, etc. También es posible observarlo en la **“técnica jurídica”**¹⁰⁹ que se va expresando en una metodología más clara y coherente con la realidad laboral, v.gr.: cuando aludimos al concepto de subordinación que resulta extraño en la teoría general de los contratos, pero que en el derecho laboral cobra un sentido especial toda vez que se constituye en un elemento clave para poder modular normativamente la dialéctica capital-trabajo y así atemperar toda la conflictividad que allí se generaba. Esto permitió y, aún hoy, que se siga considerando el contrato laboral como una forma contractual que se clasifica en la categoría de los contratos de adhesión¹¹⁰, pero paradójicamente con unas particularidades extrañas a éste, pues se trata de una desigual capacidad negociadora a favor del empleador y con posibles consecuencias desfavorables para el trabajador. En este sentido el contrato laboral no puede hacer referencia al simple intercambio de una mercancía, pues se hace necesario escindir claramente al sujeto del contrato (la persona) frente al objeto del mismo (la actividad a realizar). Todo esto con el fin de proteger y tutelar una relación de trabajo y no una relación mercantil.¹¹¹

La otra dimensión progresista es **“la aplicación progresiva y creadora del derecho”**¹¹², en este caso bien se puede aludir a los principios rectores del derecho laboral los cuales cumplen funciones tales como las de informar a todo el ordenamiento jurídico, promover la función normativa e interpretativa a fin de potenciar condiciones cada vez más favorables a los trabajadores, reconocidos como la parte más débil de la relación laboral. Ejemplos de aplicación progresiva podemos encontrar en los mismos principios del derecho laboral, tales como el “in

clase obrera... sin embargo una vez *instaurados y legalizados*, sirvieron plenamente... para objetivos de liberación... y otras conquistas sociales.” (subrayado y cursiva fuera del texto).

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pp. 22 y 23... “La Sociedad entre el derecho y la justicia” y, extrapolando algunas de sus tesis al contexto laboral, es posible observar la manera como el derecho coadyuva al progreso social ajustándose a través de los momentos progresistas que propone el autor: “efecto multiplicador”, técnica jurídica” y “aplicación progresiva de nuevo derecho”.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 23.

¹¹⁰ CAVALIÉ, Cabrera Paul. Importancia de un título preliminar Los Principios del derecho laboral en la nueva Ley general del Trabajo. Ed. Congreso de la República del Perú – Centro de Investigación Parlamentaria. Perú, 2004, p. 45.

¹¹¹ Esa clara división no la veía el derecho privado, lo que le hacía casi que imposible el brindar elementos adecuados para gestionar de modo correcto y justo la fuerza de trabajo. Esto, desde luego, no permitía que se reconociera a la persona del trabajador, una mínima cuota de protección y de suficiente reconocimiento de justicia social. Es aquí donde el derecho del trabajo se va convirtiendo en una construcción de extraordinario progreso el cual se va configurando con elementos de derecho público, elementos del derecho privado, intervención del Estado, el auxilio de ciencias sociales como la sociología que va mostrando las condiciones materiales de escasez y exclusión. Todo esto, dio como resultado un nuevo campo jurídico que organizándose en proceso especial específico (procesal laboral) va generando protección a esa actividad transitiva que llamamos trabajo.

¹¹² *Op. Cit.* DÍAZ, Elías, p. 23.

dubio pro operario”, igualdad de trato, primacía de los hechos sobre las formas, etc. Dice el jurista Elías Díaz,

“las normas son, con frecuencia, susceptibles de más de una interpretación, a veces con diferencias sustanciales entre ellas...de una misma norma se puede hacer una interpretación y aplicación que favorezca un cierto cambio o que lo impida y lo obstaculice... estamos pues, en presencia de una norma que es un producto social pero que es susceptible de diversas interpretaciones...”¹¹³

Desde el punto de vista del derecho laboral, por lo menos en lo que compete, a su regulación clásica, podría decirse que su interpretación y aplicación fueron favorables al cambio, fortaleciendo el sentido de aquello que denominamos “Cuestión Social”.

Esta carrera del derecho laboral en ascenso, en el sentido de progreso que desemboca en la “Cuestión Social”, puede tener diversos arranques históricos. Uno de ellos, precisamente es posible rastrearlo en los orígenes del mismo capitalismo, el cual se remonta hacia los siglos XII y XIII, momento en el que ocurre un largo y lento, pero seguro cercamiento y privatización de tierras, así como de expropiación masiva de bienes comunes de los habitantes que pueblan la Europa occidental. Con la desposesión de tierras, de lagos y de bosques, a los campesinos se les fue privando gradualmente de su medio de sustento, a lo que se sumaría ulteriormente la mercantilización del dinero y el trabajo. A través de una cruenta y brutal lucha de clases en un largo proceso de desajustes y ajustes entre la Europa medieval y la Europa renacentista y moderna, llegamos a la Inglaterra del siglo XVI la que va a empezar a consolidar un núcleo económico, social y político que irá tomando el nombre de capitalismo, para luego reconocer, siglos más tarde, la asalarización de la fuerza de trabajo desposeída. En los siglos XVII, XVIII y XIX, los agricultores desposeídos van pasando gradualmente a configurar masas urbanas proletarizadas, concentradas en ciudades y barrios que nacían al lado de las grandes fábricas de gigantescas chimeneas. Esa nueva sociedad proletarizada comienza a padecer pésimas condiciones de salarios, largos horarios, intensos ritmos de trabajo y radicales medidas disciplinarias lo que a su vez va a ir generando, de un modo dialéctico, prácticas jurídicas y valores con inclinación protectora hacia lo que comienza a llamarse, hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX, Clase Obrera. La clase obrera, da origen a los sindicatos, los cuales van a fungir como herramientas de negociación y protección permanente entre decisiones de la empresa y del Estado.

¹¹³ Ibid., p. 23.

Toda esa evolución en ascenso, pasando por claros y oscuros durante la primera y la segunda guerra mundial, va a desembocar en un relajamiento de los conflictos entre empresarios y trabajadores, los cuales ya cuentan con una disciplinaria jurídica muy ajustada a las necesidades de ambos actores sociales. En las décadas posteriores a la segunda guerra mundial (casi cuatro décadas) crece la actividad productiva y la demanda de bienes de consumo y, junto con ese crecimiento, aumentan los salarios, los ingresos mejoran y se amplía la cobertura de servicios sociales lo que se traduce en un clima de reparto de bienes más equitativo, configurándose de este modo una “paz social” entre gobiernos, empresas, trabajadores y sociedad en general. La situación en los países ricos, en estos períodos de posguerra, se caracteriza por un fuerte crecimiento económico, clara estabilidad política y equidad social. Éste es el escenario del modelo clásico de relaciones laborales abordado en el presente capítulo. Éste es el escenario del Estado Bienestar y sus políticas sociales, las cuales cristalizan en amplios acuerdos sociales, amplia afiliación sindical y el debido acuerdo de pactos entre capital y trabajo cuyo escenario clave es la negociación colectiva.

Esta situación deja ver que, en el fondo, ya no existe o está apaciguada la lucha de clases y, por lo mismo, la crítica contra el capitalismo como lo descubriera la Escuela de Frankfurt (en su primera generación: Horkheimer, Adorno y Marcuse) al hacer la primera revisión del marxismo y la consiguiente “crítica a la sociedad tecnológica y de consumo”. Pasada la segunda guerra mundial, Horkheimer y Adorno constatan, tanto en Estados Unidos como en Europa, que las masas proletarias estaban siendo absorbidas por el neocapitalismo de posguerra, lo que estaba conllevando a la desaparición del “proletariado”. Lo que pretendía el trabajador no era la abolición de la sociedad de clases, sino el mejor salario posible en el seno de la sociedad capitalista, considerada como justa en la medida en que posibilitara una mejor remuneración, un mejor salario, pues lo único que interesaba era lograr la realización de una vida sana y placentera accediendo al confort que cada vez más brindaba la tecnología de punta.¹¹⁴ Esta última parte que podría definirse como relajación de la clase trabajadora, acude al apoyo colectivo (derecho colectivo – sindicalismo) pero sólo mirando su propio interés.

¹¹⁴ GAJATE, José. La Escuela de Frankfurt en Historia de la Filosofía. Ed. Búho, Bogotá, D.C., 1995, p. 11.

SEGUNDA PARTE
Fenomenología de la flexibilización laboral

CAPÍTULO III ANÁLISIS DE LA FLEXIBILIZACIÓN

“ El pleno empleo en un sentido real... significa que el paro debería durar tan sólo un período tal de tiempo cubierto por las prestaciones de desempleo que no implique el peligro de desmoralización”

José Luís Rodríguez Zapatero, Valencia, 2004¹¹⁵

3.1 FLEXIBILIZACIÓN LABORAL HOY: LA DENUNCIA

En el capítulo anterior, se explicaba que la palabra trabajo ha tenido dos significados básicos en el curso de la historia de la civilización occidental. El primero, con una fuerte carga negativa (como castigo, maldición) y, el segundo, con una significación optimista, liberadora y dignificante (como redención, poder creador). En este sentido, se alude a la actividad transitiva propia del ser humano, espiritualizadora de la materia: el hombre, por o con su trabajo, espiritualiza la materia y en esa espiritualización crece su dignidad, hace coincidir —dice Henri Arvon— su acción sobre la naturaleza con las exigencias de su conciencia interior¹¹⁶. Sin duda, el trabajo en cuanto a su finalidad y propósito no puede reducirse, sin más, a un determinado contenido técnico. Es claro que se trata de un concepto dinámico y dialéctico con fuerte contenido ético que evoluciona en la medida del mismo progreso material, social, histórico, económico, jurídico y político¹¹⁷.

Para alcanzar el segundo sentido del término hay que tener presente el prolongado proceso histórico que comienza con la esclavitud y la servidumbre, evoluciona con las regulaciones del derecho civil entre los siglos XVIII y XIX, hasta alcanzar la regulación especializada hacia mediados del siglo XX, que después se irá deteriorando hasta lo que hoy, por el fenómeno de la globalización, se ha llamado desregularización o precarización. Es un hecho, en cuanto a política economicista-neoliberal, que la globalización en sentido de “globalismo”, como la denomina Ulrich Beck¹¹⁸, viene generando desde hace ya dos décadas, profundas transformaciones en nuestras sociedades, especialmente, en el mundo de las relaciones laborales.

¹¹⁵ JAUREGUÍ, Ramón y Otros. Un Futuro para el Trabajo en la nueva Sociedad Laboral; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 16.

¹¹⁶ ARVON, Henry: “Filosofía del Trabajo”; Ed. Cuadernos Taurus 67, Madrid, 1965, p. 19.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹¹⁸ BECK, Ulrich. Qué es la globalización: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización; Ed. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona 1998, pp. 27 y 28.

Esas transformaciones han significado inestabilidad en el empleo y desempleo, a lo que se suma una desprotección legislativa para los trabajadores, segmentación y exclusión de la seguridad social, pérdida de derechos adquiridos por los logros de las pasadas luchas sindicales, abandono de las responsabilidades del Estado en la protección de la parte más débil de esas relaciones laborales, potenciación de la autonomía empresarial con la posibilidad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo, los salarios y los márgenes de rentabilidad que se propone alcanzar. La siguiente caricatura ilustra lo dicho:

Figura 3.



Esta situación que se ha tornado global, se presenta de un modo dramático en los países menos desarrollados, donde habita la mayoría de la humanidad y donde abunda mayoritariamente el trabajo informal o “no estructurado”. Es por esta razón que la OIT, hace aproximadamente 10 años, se propuso como objetivo central luchar por la consecución y promoción del “trabajo decente”. Este propósito, por supuesto, no se ha logrado concretar y se encuentra muy lejos de concretarse en la medida en que los tratados de libre comercio con la ayuda de las transnacionales han venido generando mayores discriminaciones laborales de las que pretende evitar la OIT.

Si se observa detenidamente lo descrito en el pie de página 110, se evidencia un claro ejemplo de política salarial orientada por el régimen de subcontratación que se distingue del pleno empleo por las siguientes características: a. temporalidad,

b. alta rotación, c. condiciones inferiores de remuneración y prestaciones sociales. La denuncia expuesta en el pie de página deja claro que la subcontratación es una práctica empresarial que busca desobligarse de sus responsabilidades frente a los trabajadores rebajando de este modo estándares de calidad laboral. Algunas estadísticas señalan que esta práctica de precarización y de desregulación se agudiza en casi todo el mundo, siendo utilizada por un 50,5% de las empresas según encuesta laboral de ENCLA 2004¹¹⁹, lo que redundará en una promoción del trabajo de baja calidad.

3.1.1 Del esquema regulativo homogéneo a la heterogeneidad flexibilizadora.

Hablar del futuro del trabajo hace más de seis décadas sonaba extraño. La constante en las relaciones de trabajo establecía un estereotipo de hombre que era capaz de trabajar sólo para sacar adelante su familia. El hombre salía a trabajar y la mujer asumía las “tareas” relacionadas con el cuidado del hogar, entre ellas, la más importante, por supuesto, la de la crianza. Finalizando la década de los años ochenta, sólo un pequeño porcentaje seguía respondiendo a este criterio. Durante la década del setenta era común que en cada familia laboraran pocos y casi siempre lo hicieran los hombres. Hacer una llamada local o nacional significaba tener que salir a buscar un teléfono público, que aceptaba monedas de \$ 1. Estos teléfonos, colocados arriba de la raíz de los postes de la luz, del metro y medio a los dos metros, casi siempre venían con una cabina de pasta ovalada color naranja. El aparato, siempre traía un cordón metálico de finos alambres, muy apetecido por ladrones que lo comercializaban en el mundo oscuro de las chatarrerías de la época. Salir a comprar, lo que llamamos en un lenguaje muy familiar, “el diario”: carne, huevos, leche o pan, significaba tener que movilizarse desde la casa más de veinte cuadras, pues las tiendas que proveían los mencionados alimentos de consumo diario no se encontraban fácilmente, eran escasas y casi siempre los dueños se posicionaban en el barrio fijando sus propios horarios, sin competencias.

Desde hace veinte años el panorama cambió. Ya no existen las cabinas telefónicas anaranjadas. Quien necesite hacer una llamada, lo hace desde su celular o acude al servicio de los “Café Internet” (En algunas partes de Europa a estos servicios los llaman “locutorios”), los cuales cuentan con cabinas para hacer llamadas locales, nacionales e internacionales... En dichos lugares, se reciben pagos de facturas de luz, agua y gas. Si se trata de una llamada urgente, y en nuestro contexto nacional, simplemente quien la necesita, acude a uno de esos operadores informales que dice: “¡¡¡Minutos!!!”... ¡¡¡Minutos!!!”... Con dos o tres celulares encadenados a su cuerpo para que no se los roben y con un letrero

¹¹⁹ PASCUAL, Martín. Chile ¿Más cerca o más lejos del trabajo decente? *Selección de artículos de Le Monde Diplomatique*, Ed. Aún Creemos en los Sueños, Chile 2007, p. 12

colgado al pecho que dice: ¡MINUTOS A CELULAR DESDE CUALQUIER OPERADOR!

Hoy, de la mayoría de los hogares colombianos, salen a trabajar, hombro con hombro, mujeres y hombres. Los estereotipos sexuales fueron transformándose tanto en la casa como en el hogar produciéndose una hibridación en los roles y las responsabilidades familiares. Los barrios se inundaron de negocios y es fácil salir a comprar, no sólo huevos, carne, leche y pan. Al lado de la casa, los vecinos que fueron liquidados de alguna empresa pública, por razones de privatización, invirtieron esa liquidación en algún negocio misceláneo: venta de minutos de celular, Internet, fotocopias, impresión de trabajos y hechura de los mismos para colegio e incluso universidad; venta de perfumería a través de catálogo; oferta de clases personalizadas de refuerzo, casi siempre en áreas como matemáticas, álgebra o inglés. Todo esto, por supuesto, en aras de seguir sobreviviendo. Algunos, conscientes de las dificultades para poder vincularse laboralmente a alguna empresa por razones de la edad, optaron por invertir su liquidación en un taxi. De la década del noventa hasta hoy es muy común y fácil detectar ese mundo que los expertos llaman de la informalidad. Un mundo que empezó a originarse por el desempleo a largo plazo, el desempleo juvenil, el exceso de mano de obra. La palabra trabajo comenzó a significar algo más allá de los empleos convencionales de plena dedicación.

Pluriempleo, empleo por cuenta propia y economía sumergida o informal comenzaron a hacer parte de nuestro lenguaje cotidiano. La sociedad del pleno empleo, gradualmente, pasó a convertirse en la sociedad del empleo parcial y en muchos casos, ni siquiera de eso, sino del “rebusque”. La mano de obra y las destrezas manuales fueron siendo desplazadas por el conocimiento técnico, tecnológico o profesional como soporte indispensable para la creación de nuevas empresas que transformaron con el tiempo la idea de industria o de fábrica por la de servicios; superando, de paso, los esquemas jerárquicos y burocráticos por el concepto de asociaciones o redes donde el concepto de trabajador fue siendo sustituido por el de cooperado; donde la palabra salario fue remplazada por bonificación, ahorros o aportes. Las organizaciones masivas de la era industrial cada vez más se volvieron extrañas y escasas. La imagen de una sociedad fabril o industrial tendió cada vez más a su desmantelamiento. Muy seguramente, en 20 o 30 años, a las nuevas generaciones del trabajo les parecerá absurda la idea de un trabajo lejos de casa, durante 8 horas diarias; durante 6 días a la semana; durante 100.000 horas, es decir, casi durante 47 años para poder alcanzar una jubilación.

Esas nuevas generaciones, en efecto, serán herederas de un fenómeno que sigue siendo paradójico, pues trabajamos para vivir, pero no podemos dejar de vivir sin

trabajar.¹²⁰ La vida sin trabajo deja a muchos sin proyectos y sin identidad. No hay mejor ocio que el que puede contrastarse con un buen empleo. Es decir, aquel que permita ahorro, posibilidad de adquirir vivienda, estudio y una vida en últimas, más confortable. En pocas palabras, trabajamos para lograr más espacios de ocio. En el mismo sentido, la paradoja alude también a una promesa que la sociedad misma se hace y que ella no puede proveer por razones económicas, las más de las veces. Los gobiernos de los últimos 20 años han estado comprometidos con el pleno empleo, sin embargo, éste ha tendido a refundirse y en su lugar aparecen las fórmulas del empleo precario que muchas veces terminan traduciéndose en paro, ocio forzoso o, como último recurso, el “rebusque” de oficios varios, el oficio cuentapropista.

A primera vista, es casi evidente que el tema de la paradoja, en cuanto a las promesas incumplidas, pueda conexionarse con los excesos de una vida más consumista en la actualidad que en pasado. Hoy, todas las profesiones tienen como telos fundamental el empleo. El empleo se ha vuelto la única fórmula legítima del trabajo, llegando al exceso de valorar el empleo más allá de la misma existencia. El empleo fue, en una época de nuestra historia, sólo para una parte de nuestras vidas. Hoy, por los fenómenos des-regulativos y de la gradual des-protección legislativa que se viene presentando, una actividad necesaria y eterna, así se llegue a una edad avanzada y de jubilación.

Lo que experimentan las sociedades actuales con respecto a las nuevas formas de empleo, parece ser algo más que vuelve y se repite a través de ajustes cíclicos que van de una subordinación casi sagrada a una degeneración que exige nuevo cambio y nuevo ciclos, como en el eterno retorno que plantea Nietzsche al referirse a la historia.¹²¹ Si con A. Smith, la riqueza de una nación se medía a través del trabajo, las sociedades actuales hacen del empleo la medida y el medio para la mayor parte de las cosas. Las sociedades actuales, aunque parezca algo de poca importancia, siguen generando sus riquezas a través de los puestos de trabajo. Esto, desde luego, exige una organización y formalización del trabajo con capacidad de generar riqueza transferible, pues lo que gana una persona a través de su trabajo le permite adquirir lo que produce otra. Esta es una situación y una realidad que no puede ocultarse y que el marxismo ha evidenciado en sus diversas versiones. La versión propuesta por el propio Marx, que pone de relieve el aparato de producción como motor de la vida económica, política y social, o el modelo consumista, propuesto por los neo-marxistas, criticado y analizado fuertemente por Jean Baudrillard. Si el empleo, en una sociedad gradualmente se va suprimiendo sin previsiones y regulaciones ciertas o claras, no sólo se van suprimiendo los medios que hacen posible el confort y la participación en la vida

¹²⁰ KWANT, Remy, C. Filosofía del Trabajo. Ed. Carlos Lohlé; Bs. As. 1967, pp. 17 y 20.

¹²¹ PIETRE, André. Las Tres Edades de la Economía. Ed. Rialp, Madrid 1962, p. 11.

social, también se va poniendo en grave riesgo la vida misma que puede terminar siendo simple vida biológica, sin posibilidad de trascendencia.

Para los expertos en temas de des-regulación económica y jurídica está claro que, la sociedad que acogió, moldeó y regularizó el pleno empleo, tiende a desaparecer. La des-regulación, fenómeno irreversible, expresión y síntoma de la globalización, nos conduce sin remedio a un replanteo del sistema de relaciones laborales. Sin embargo, éste fenómeno que, gradualmente ha venido ocurriendo de facto¹²² más que por reformas laborales concertadas entre trabajadores y empleadores, hace plantear las siguientes preguntas: ¿Cómo conseguirá el dinero la gente? ¿Cómo ocupará su tiempo? ¿Cómo medirá la riqueza, el éxito o la felicidad? ¿Qué estructuras encontrará para encarrilar sus existencias? Cuando el sistema de relaciones laborales tiende a cambiar, esta situación obliga a plantear una serie de cuestiones fundamentales en términos de humanidad, de dignidad humana. Por lo tanto, los cambios que se han dado en las dos últimas décadas no pueden verse como transformaciones meramente técnicas, ni menos como asuntos que sólo le competan al economista o al jurista y sus colaboradores. Se trata del tejido mismo y sensible que es la vida humana. En el capítulo anterior, veíamos cómo con el cambio en los modelos de producción se iba presentando un cambio en las relaciones de trabajo; cambio que progresivamente significaba nuevas formas de relación social y nuevos órdenes regulativos en el sentido político, económico, ético-axiológico y jurídico. Los trabajos en donde se requería la fuerza muscular se han venido extinguiendo y en su remplazo cobran cada vez más fuerza aquellos que requieren habilidad mental. Las industrias sustentadas en la mano de obra han terminado desplazándose hacia países en vías de desarrollo, aprovechando la oferta barata que compite, muchas veces, con la automatización.

3.1.2 Eficiencia Económica vs. Justicia Social. Casi siempre, cuando el modelo de producción cambia y crece la fuerza de trabajo, en ese mismo momento el empleo disminuye, lo que da como resultado un desequilibrio social, económico y político que podríamos denominar desempleo. Esta ha sido una constante que se ha dado especialmente desde el momento mismo en que nace la industrialización con sus consecuentes depresiones caracterizadas por la muy escasa actividad económica (bajo dinamismo), desempleo en masa, restricción de la circulación monetaria o deflación, escaso uso de recursos y muy bajo nivel de inversiones.

Frente a esta situación el BID y el FMI, a través de sus asesores más expertos, manifiestan que el desequilibrio puede ser compensado a través de dos salidas: 1. creando más puestos de trabajo; y si el trabajo resulta costoso, 2. creando nuevos

¹²² LOZANO, Wilfredo. Desregulación Laboral, Estado y Mercado en América Latina: Balance y Retos Sociopolíticos en revista *Perfiles Latinoamericanos*: Diciembre de 1998, p. 129.

negocios con mucho capital y poco trabajo. A lo primero se le ha dado más prioridad. Sin embargo, se trata de una propuesta que no se refiere a la generación del pleno empleo, sino a la generación del empleo, generación ya no solidaria sino rival, precisamente por el contexto competitivo que plantean y promueven las leyes del mercado donde la cooperación es sustituida por la individualización debido a la necesidad de mantener el empleo.¹²³

Esas propuestas, desde luego, se formulan en términos de empresas privadas y públicas sin hacer mención propiamente de la cuota o responsabilidad que debe asumir el Estado. Los empresarios generan empleo y al mismo tiempo gozan del mercado laboral. Mientras tanto, el Estado debe formular algún mecanismo para sostener a quienes, no pudiendo pertenecer al sistema de relaciones laborales, quedan en las filas del ocio forzoso. Esta fórmula puede ser aceptada en aras de la eficiencia económica pero es inaceptable en términos de justicia social. Empero, parece ser que lo primero es más práctico y realizable toda vez que los mismos socialismos del pasado, especialmente en el siglo XIX tuvieron que enraizar sus protestas teniendo como principio reformas económicas y no morales. Se estaría confirmando una vez más la tesis del jurista Gregorio Peces-Barba en el sentido de tener que dar, lastimosamente, prioridad a las necesidades económicas, más que a expectativas idealistas relacionadas con la exigencia de la autonomía moral.¹²⁴

Lo anterior, de todos modos, no niega que el aspecto dinámico, acelerado, desacelerado y cambiante del trabajo siempre comienza con la nueva tecnología, le sigue una nueva economía con nueva demografía; después, una nueva modulación normativa que termina en crisis cediendo su paso a la filosofía, especialmente a esa filosofía del derecho que llamamos iusnaturalismo, que aunque vista con cierto desagrado por no muy pocos abogados y operadores jurídicos, es la que termina señalando, así al comienzo se trate de algo utópico, nuevos derroteros regulativos en armonía con la sociedad y los valores que ella misma estima convenientes para su existencia. Óscar Correas hace referencia a lo mismo: “Allí donde hay peligro, nunca hay un positivista aunque puede haber muchos jusnaturalistas. Eso sí, cuando la tormenta pasa, están listos para ser los jefes de las secretarías de derechos humanos, de las supremas cortes y de las facultades de derecho.”¹²⁵

¹²³ LINHART, Daniele. Salarios amenazados y derechos sociales atacados: Ayer solidarios, ahora rivales; en revista, Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? EL Trabajo: Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza; Ed. Aún creemos en los sueños; 2007, pp. 23 - 29.

¹²⁴ ARCOS RAMÍREZ, Federico. La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social prestacional; Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho, 2000. Universidad de Almeida Disponible [en línea]. <http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm>;

¹²⁵ CORREAS, Óscar: “Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo)”; Ed Fontamara; México; diciembre de 1998; p. 25

CAPÍTULO IV

EL MODELO CLÁSICO DE LA RELACIÓN LABORAL

4.1 LA REGULACIÓN LABORAL COMO RESULTADO DE UNA DIALÉCTICA CON BENEFICIOS SOCIALES

Hagamos una mirada retrospectiva antes de continuar con la pugna entre eficiencia económica y justicia social. Sin duda, es la edad moderna la que va a ahondar en la reflexión teórica del trabajo y esto, como consecuencia práctica, se manifestará en el nacimiento de una nueva sociedad: la sociedad del trabajo. El trabajo no sólo es fuente de riqueza, como lo afirmara la filosofía liberal clásica, sino además, un factor de humanización tanto en el plano individual como en el colectivo. El hombre, entendido como especie, sólo sobrevive en la medida en que es capaz de transformar su entorno fijando unos objetivos que le permitan satisfacer sus necesidades básicas. Es de ese modo como va humanizando y espiritualizando el mundo. Esa acción humana y transformadora se diferencia de las acciones de otros animales porque no está compelida por la fuerza reiterativa e invariable del mero instinto. El trabajo en el hombre es una actividad intencional, sujeta a fines, planes proyectos y objetivos que han sido racionalizados previamente. Ese carácter intencional y consciente del trabajo, adquiere su mayor connotación cuando se le analiza como un proyecto histórico que ha cobijado todas las formas de evolución humana y social. El trabajo contiene dos finalidades o dos caras que lo caracterizan y lo identifican como una actividad propia del hombre: Por un lado, es una actividad particular de cada individuo, pero por otro, está orientado a la consecución de fines sociales con miras a la realización y el bienestar general.

El modelo clásico de la relación laboral, en la medida de su configuración, vino a ser la representación práctica de esa doble función que tiene el trabajo. ¿Qué significó esa relación? Jáuregui, Moltó y González, juristas e investigadores del derecho laboral en España, señalan que esa relación, por varias décadas, significó confortabilidad y estabilidad representadas en un contrato a término fijo; en una empresa que “crecía y cuyo prestigio social” iba más allá de los muros beneficiando también a la sociedad que la rodeaba, pues allí se trabajaba en función del progreso individual y colectivo... Los mismos hijos de los trabajadores, con el tiempo, también podían trabajar allí y cada negociación colectiva significaba el mejoramiento de las condiciones de vida para los trabajadores y sus familias...¹²⁶ Todo era “idílico” y el último peldaño de ese constante progreso culminaba con una segura jubilación.

¹²⁶ JAUREGUÍ, Atondo, Ramón y Otros. Un Futuro para el Trabajo en la Nueva Sociedad Laboral. Ed. Teoría, Valencia 2004, p. 19.

¿Qué permitió que todas esas garantías fueran una realidad? No podría darse una respuesta completamente segura, pero es posible indicar que todo ello se logró relativa y gradualmente por las acciones provenientes de políticas verdaderamente públicas, las cuales se desarrollaron en climas de convivencia democrática que exigían la permanente intervención arbitradora del Estado entre empleadores y empleados¹²⁷; éstos últimos respaldados por los convenios colectivos y los fuertes sindicatos. El Estado asumía claramente su responsabilidad pública frente al problema del empleo y de la promoción del mismo en condiciones dignas o, por lo menos, decentes.

4.2 LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COMO CLAVE DEL TRIPARTISMO EN LA RELACIÓN LABORAL CLÁSICA.

El modelo de relación laboral clásico, entendido como derecho laboral que, con el pasar del tiempo llega a configurarse como una disciplina jurídica autónoma, a partir de la evolución misma de la revolución industrial, comienza a hacer su aparición hacia la segunda mitad del siglo XVIII, se va consolidando durante el siglo XIX y alcanza su máxima expresión y maduración en el siglo XX. Hacia la segunda mitad del siglo XIX van apareciendo unos factores que serán decisivos en el origen de la nueva organización social, es decir, la sociedad del trabajo. Estos factores son: a) la división del trabajo, b) la organización industrial a gran escala tomando como referente máximo el modelo “taylorista” y “fordiano” de las famosas producciones en cadena, c) la producción automatizada de mercancías, d) las densas concentraciones de población urbana, e) el crecimiento de las ciudades, f) el aumento de movimientos políticos masivos que nacen en respuesta y superación de las democracias censitarias. Se extiende el derecho al voto a las clases trabajadoras.

En la tercera década del siglo XX, la década de la gran depresión económica, los resultados de la nueva organización social producto de esa transformación industrial, social y laboral, serán muy negativos especialmente en lo que tiene que ver con el desempleo y los paros masivos en buena parte de Europa y Norteamérica. Estados Unidos tendrá que asumir una tarea de reconstrucción y recuperación del tejido social con la ayuda del modelo Keynesiano, lo cual va a repercutir, con el tiempo, en casi todos los estados occidentales. Los orígenes del modelo Keynesiano se remontan al período comprendido entre la primera y la

¹²⁷ Lo que Jáuregui, Moltó y Gonzalez denominan el “modelo conflictual” en el que intervienen dialécticamente 3 sujetos en el modelo laboral clásico: individualismo (empresarios), Colectivismo (trabajadores y sindicatos con el consiguiente convenio colectivo) y Estado (árbitro de los conflictos laborales y conciliador de los mismos defendiendo la parte más débil en ese conflicto de intereses)... “Un Futuro Para el Trabajo...” p. 41 y ss.

segunda guerra mundial. En la primera guerra, los regímenes políticos que habían alcanzado mayor estabilidad y seguían apoyándose en ideas de la economía clásica (reglas de “laissez-faire”) empezaron a desarrollar, empero, ideas económicas con cierto sabor interventor, tales como garantizar el abastecimiento nacional de materias primas y efectuar el control de la industria básica para potenciarse militarmente. De alguna manera, influía el modelo estatista de los planes quinquenales de la Unión Soviética.

La crisis económica de 1929, que afectó de manera similar a todos los países vinculados con los mercados internacionales (Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia), tuvieron que adoptar abiertamente y a fondo medidas intervencionistas, abandonando la práctica abstencionista del “leseferismo”. El presidente Franklin Delano Roosevelt, consciente de la profundidad de la crisis norteamericana, por la depresión del aparato productivo, resolvió asesorarse de economistas críticos, capaces de proponer soluciones a la parálisis económica. Organizó el denominado “Brain Trust” o “equipo de cerebros” de alta competencia prospectiva y proyectiva, encabezado por el reconocido economista inglés John Maynard Keynes. La necesaria reforma constitucional norteamericana va a exportar el modelo intervencionista sugerido por el “Brain Trust”.

El intervencionismo público al estilo Keynesiano fue fuerte en Colombia desde la reforma constitucional de 1936 (López Pumarejo), que introdujo la fórmula del “Estado Interventor”, para superar los rezagos anárquicos del “leseferismo” del radicalismo liberal de finales del siglo XIX. Pero el neoliberalismo expansivo de la década de los 80s., traducido en la Constitución del 91, despotenció el poder interventor del Estado, que no desapareció del todo.¹²⁸

En cuanto a las categorías centrales del keynesianismo: ingreso, ahorro, consumo y pleno empleo, podría decirse que son objeto de estudio central de la macroeconomía y, adecuadamente organizados y regulados por el Estado, permiten que la economía funcione bien.¹²⁹ El ingreso es un factor determinante del equilibrio entre oferta y demanda (y en el fondo es factor determinante del

¹²⁸ Intervención del Estado en la Constitución del 91: “Acción limitada del Estado sobre la economía regida por los principios de la solidaridad y de la subsidiariedad, cuyos propósitos son cumplir la justicia social y evitar que la libertad económica y la iniciativa privada sean ejercidas sin respeto por los límites del bien común. El estado interviene en la economía para racionalizarla, para dar pleno empleo a los recursos humanos, para asegurar el acceso efectivo de todos los bienes y servicios básicos, y para promover la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La intervención se realiza por mandato de la ley, dentro de los términos en ella establecidos”. Arts. 15, 75, 76, 127, 150-21, 189-25, 334 y 335.

¹²⁹ HERRERÍAS, Armando. Fundamentos para la Historia del Pensamiento Económico. Ed. LIMUSA, quinta edición, México 2006. p. 294

bienestar social). Desde la perspectiva Keynesiana, el ingreso “es la fuente de todo poder de compra”¹³⁰, empero, el exceso de ingreso en una sociedad fuertemente monopolizada económicamente y sin el control estatal, puede ser factor de estancamiento de la economía, ya que, a mayores ingresos, mayores posibilidades de ahorro y menores posibilidades de consumo por parte de los que mayores posibilidades tienen de participar, de conmutar en el “juego” de la oferta y demanda.

Esta situación es la que obliga, entonces, a una mayor intervención del Estado como origen y regulación del ingreso nacional. Es decir, ya no son los monopolios privados los generadores del ingreso y el salario, sino que, ahora, esta situación pasa a ser función del Estado, precisamente con el fin de estimular el consumo, generando a través del incremento del gasto público, como la puesta en marcha de obras y programas de subsidio, mayores posibilidades de consumo, gasto y circulación de moneda. Este es, grosso modo, el ejemplo clásico a través del cual Estados Unidos pudo superar la recesión de los 30 durante el mandato de Roosevelt. Éste, generó empleo para millones de norteamericanos desempleados canalizando el río Missisipi.

La inversión dentro de la teoría Keynesiana, es una fuente de gastos, como debiera serlo también el ahorro. Sin embargo, el ahorro, en su forma más simple, es un ingreso que no se destina a consumo (que también se entiende como una forma de gasto)¹³¹; un ingreso corriente no gastado, lo cual en la propuesta de Keynes se representa como un dinero que habiendo sido pagado como ingreso por parte de la empresa o industria, no vuelve a fluir hacia ellas en la forma de gasto de bienes y servicios lo que termina desencadenando una excesiva oferta que por último termina desencadenando la disminución de la producción y, por ende, disminución del ingreso y el empleo en general: “Al ahorrarse no se invierte y al no invertirse no se crea demanda, y al no crearse demanda surge el desequilibrio y se crea desempleo”.¹³²

Para poder superar el desequilibrio entre ingreso y empleo generado por el ahorro, será necesario que el gasto en inversión sea igual al ahorro o al ingreso que no se gasta en consumo. Es decir que a mayores ingresos, se espera mayor consumo y, por su puesto, mayor inversión.¹³³ En la medida que crece el ingreso nacional debe crecer el consumo que, además de gasto en la teoría Keynesiana, se entiende como fuente básica para la creación de más empleo, pues en la medida

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 294.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 294

¹³² *Ibíd.*, p. 293.

¹³³ *Ibíd.*, p. 294 y ss.

en que crece el consumo, crece la demanda y de esta se deriva, gradualmente, más empleo, generándose lo que en términos Keynesianos se entiende como pleno empleo (hay vacantes de trabajo con salario equitativo o justo).

El desempleo, según Keynes, es uno de los fenómenos que se presenta cuando los mercados no están en equilibrio especialmente porque existe un excedente en la oferta y, del otro lado, una débil demanda. Los economistas clásicos anteriores a Keynes llegaron a pensar que la solución sería un recorte en los salarios, considerando, incluso, que ésto haría posible y lucrativo para los empleadores contratar nuevos trabajadores. Empero, y desde la teoría Keynesiana, en términos prácticos, las industrias no logran vender toda su producción, pues la demanda es insuficiente lo que las induce a reducir los precios y recortar el personal. De este modo, cuando existe exceso de demanda en el mercado de trabajo y exceso de oferta en el mercado de las mercancías e inclusive, aunque los precios sean flexibles, no habrá una tendencia natural al equilibrio de la economía y a que ésta salga de la recesión; en este caso la solución más a la mano será la que el Estado propicie la demanda aumentando el ingreso nacional a través de la financiación de “obras públicas con ingresos que reciba de carácter fiscal preponderantemente”.¹³⁴ Esta sería, de paso y en tiempos de Keynes, la forma de originar, para el capitalismo occidental, la fórmula del Estado interventor¹³⁵ como elemento indispensable del modelo laboral clásico.

Hasta aquí, el modelo de relación laboral clásico y su posterior regulación, es la síntesis de un proceso dialéctico (conflicto estructural o tripartismo¹³⁶) en el que intervienen tres actores: empresarios, trabajadores y Estado. El primero, es el protagonista del “laissez faire individual”, lo que generó posteriormente la depresión de los 30s. El segundo, en el modelo descrito, representa la parte débil de la relación laboral, pero que viene a fortalecerse a través de los sindicatos y los convenios colectivos logrados a través de huelgas y otro tipo de luchas obreras, lo que va representar un nuevo interés social y económico: el laissez faire colectivo. Por último, aparece el Estado interventor que se sitúa equidistante¹³⁷ entre las partes en conflicto (laissez faire individual – laissez faire colectivo) para tutelar esa relación conflictual asumiendo tareas, a veces de vigilancia y protección hacia los trabajadores, o asumiendo en casos extremos, como en el ejemplo de la depresión y la salida a esta crisis a través de la fórmula Keynesiana, el papel de máximo empleador.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 303.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 305.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 51 y ss.

¹³⁷ JAUREGUÍ, Atondo, Ramón y Otros. *Un Futuro para el Trabajo en la Nueva Sociedad Laboral*. Ed. Teoría, Valencia 2004.

Este modelo tripartito es lo que subyace en la relación laboral clásica y significó para muchas organizaciones sociales y políticas, para muchos Estados nacionales, estabilidad laboral o pleno empleo. Es en este esquema en el que vienen a aparecer códigos de protección especial para los trabajadores como el Código Sustantivo del Trabajo que en Colombia aparece durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez hacia 1950. El esquema, producto de relaciones de producción, reproduce reglas de derecho que establecen contratos bilaterales, onerosos y de de continuada subordinación, ejecución y dependencia, imitando un poco, muy a la distancia, las clásicas instituciones romanas de la locatio conductio operis y operarum.¹³⁸

¹³⁸ L.C. Operarum: Pone actividad profesional a disposición de otro que dirige; L.C. Operis: recibe una cosa para transformarla.

CAPÍTULO V. DEL TRIPARTISMO AL UNIPARTISMO: LA PRECARIZACIÓN DEL EMPLEO

5.1 EL PASO DEL ESCENARIO “SÓLIDO” (ESTADO, EMPLEADORES Y EMPLEADOS) A UN ESCENARIO “LÍQUIDO” (EMPLEADORES Y EMPLEADOS)

Escribía hace varios años el filósofo colombiano Daniel Herrera Restrepo: “Uno de los problemas más graves del país, sin duda alguna, es la violación del derecho al trabajo consagrado en la Declaración Universal de los Derecho del Hombre...nos encontramos situados frente a una de las más crueles violaciones de los derechos del hombre; igual, o quizá mayor, que la violación del derecho a la vida.”¹³⁹ Esta afirmación sigue siendo actual y para nada exagerada, máxime cuando el contexto actual, por el efecto de la globalización, ha venido transformando la relación laboral, generalizando y formalizando el empleo atípico frente al empleo tradicional. En Colombia, por ejemplo, con la introducción de la ley 50/90 y el gradual proceso de apertura económica, se ha venido legitimando esta situación que tiene como propósito fundamental fomentar la individualización y heterogenización de las relaciones laborales al margen de figuras normativas generales y previsivas como las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. Estamos pasando de una “autonomía de la sumisión” donde se reconocía la desigual relación laboral —con todas las ventajas y desventajas que materialmente eran observables y tangibles— a un modelo que coloca a trabajadores y empleadores en una “relación de igualdad”, donde el trabajador pasa a ser sujeto de relaciones civiles o comerciales con capacidad de negociación individual. Como si se tratara de otro empresario, lo que puede apreciarse en la caricatura anterior: “Mira, déjate de sindicatos e intermediarios y pactemos tú y yo, libremente, tus condiciones laborales”. Esto, desde luego, acaba con el modelo tradicional descrito anteriormente y deja de lado incluso ese argumento que pesaba jurídica y socialmente hablando, porque precisamente colocaba a la misma realidad desigual por encima de cualquier formalidad.

La Doctrina Social de la Iglesia, entendida como un cuerpo o conjunto de documentos reflexivos y críticos que han representado y representan la postura oficial de la iglesia católica ante los complejos problemas sociales de nuestro tiempo, ha tenido como uno de sus ejes cardinales de reflexión, precisamente el concepto del trabajo. Desde las primeras encíclicas que arrancan de 1891 con el Papa León XIII (Rerum Novarum) hasta la última, de Benedicto XVI, ha habido una

¹³⁹ HERRERA, Restrepo, Daniel: “El derecho al trabajo. Una aproximación fenomenológica”, en Revista: “Cuadernos de Filosofía Latinoamericana” No. 43 - 44; Ed. USTA, Bogotá. 1990, p. 54 y 55.

tendencia a pronunciarse de manera vehemente frente a las relaciones de equidad que deben darse entre trabajadores y empleadores, reclamando la intervención del Estado, a fin de que los primeros no queden librados a las reglas del mercado. Todo esto, con el propósito de procurar que el trabajo realmente fomente la dignificación del trabajador y la de sus familias. La DSI, en varias de sus encíclicas ha señalado que aquel no puede estar regido por las leyes del mercado.¹⁴⁰ Sin embargo, aclara que si esa es la situación más común y corriente, entonces el Estado debe actuar dando prontas soluciones, especialmente para quienes no hacen parte, ni son dueños del capital, ni de los medios de producción. La DSI, en ocasiones, se pronunció a favor del derecho a la sindicalización, a la contratación colectiva y a la huelga, reconociendo de paso, las posibilidades que podrían brindar los contratos laborales que permitieran a los trabajadores colocar su capacidad física y mental y, a los empresarios, poner su capital en un orden más cooperativo y ecuánime a fin de consolidar sociedades más humanas, más justas.¹⁴¹

Sin embargo, estos pronunciamientos, al igual que las diversas consideraciones y principios fundamentales que ha tratado de establecer la OIT a favor de los trabajadores, quedan cada vez más al margen de un nuevo modelo de relaciones laborales que va más allá de la estructura del tripartismo, colocando al Estado al servicio de intereses privados, especialmente de multinacionales que “fagocitan” a las industrias nacionales, sus mercados y sus empleos en países con economías precarias o en vías de desarrollo. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en la multinacional estadounidense productora de ropa deportiva Nike que a través de factorías ubicadas en países periféricos produce, con muy bajos salarios, nuevos modelos de ropa evitando invertir “capitales estacionarios”, es decir, evitando tener que colocar maquinaria, edificios y lugares tangibles de producción, así como establecer contrataciones directas entre ella y sus trabajadores periféricos.¹⁴² Si en el modelo clásico de relaciones laborales, descrito anteriormente, eran indispensables no sólo los productos logrados por el esfuerzo humano, sino al mismo tiempo la o las personas que participan en él, así como la maquinaria y los lugares de producción, en el nuevo modelo de relación sólo importa el producto de acuerdo a las tendencias consumistas del mismo, sin la necesidad de crear o trasladar plantas o industrias.

En ese sentido, en la causa de la relación contractual sólo cuenta la creación del producto, no importando ni la situación espacio temporal o el lugar de producción,

¹⁴⁰ CAMACHO, Laraña, Idelfonso. JUAN XXIII (1961) Criterios para un salario justo” en Doctrina Social de la Iglesia. Ed. Desclée, Bilbao, 2000, p. 105.

¹⁴¹ JUAN XXIII... La participación como exigencia el trabajo. p. 107 y 108.

¹⁴² GIRALDO, Mauricio y OSSA, Martín. El Alca y el Derecho al Trabajo Dignidad arrinconada; Diakonia, Bogotá, Colombia, 2004, p. 34.

ni tampoco el talento humano que se encuentre detrás de la misma creación de ese producto. No interesan las necesidades del empleado, pues ellas mismas son generadoras de una mano de obra que, por lo mismo, por la necesidad de subsistencia, se emplea sin importar los riesgos y, hasta los bajos salarios. La película “En busca de la felicidad”, protagonizada por Will Smith, permite visualizar ese drama humano en el que por un lado están los sueños y por el otro, la necesidad; se trabaja bajo cualquier condición, no importando si con ello se envilece la dignidad humana. Afortunadamente en el filme los esfuerzos del protagonista, a pesar de los arrinconamientos tanto sociales como laborales que tuvo que soportar, le permitieron alcanzar su meta: un trabajo digno y deseado. De todos modos, uno de los mensajes de la historia, es que en el mundo de las nuevas relaciones laborales han quedado por fuera esas características que hacían del trabajo una actividad humanizadora y dignificadora con su doble función individual y social.

El trabajo, por el nuevo modelo de relaciones económicas (efecto de la globalización) parece que pasa a ser, cada vez más, un factor de deshumanización: el individuo sólo trabaja por una motivación: la subsistencia, la necesidad económica de adquirir los bienes necesarios para la mera supervivencia (eso es lo que hace unos días manifestaban los moto-taxistas profesionales en Barranquilla que tuvieron que acudir a ese medio de sustento, pues de nada les sirvió haber adelantado estudios técnicos o de educación superior)... Parece que en este nuevo modelo, el trabajador (si es que consigue engancharse en alguna forma de empleo que no sea el que él mismo tiene que inventarse) observándolo desde la categoría “agambiana”, la “nuda vida”, está reducido a la mínima posibilidad vital (vida desnuda); es convertido, otra vez, en un simple instrumento de ganancia y explotación. El jurista español Manuel Alonso Olea escribió un texto acerca del paso de “La Servidumbre al Contrato de Trabajo”¹⁴³ apoyándose en una línea de reflexión sobre esa evolución que arranca con Francisco de Vitoria y culmina con Guillermo F. Hegel. Hoy, por el nuevo modelo de relaciones laborales, tendríamos que reescribir el título del siguiente modo: “De la Servidumbre al Contrato de Trabajo... Y **de éste nuevamente a la Servidumbre**”...

El modelo laboral, propio del tripartismo, significó continuidad y equilibrio; el nuevo modelo, producto de las nuevas tendencias económicas, el unipartismo, significa al mismo tiempo discontinuidad, flexibilidad y eliminación de “rigideces” en los costes que acarreaba un despido en el modelo anterior. Determinar exactamente la causa de este nuevo fenómeno ha sido una de las tareas que en la última década han tratado de abordar investigadores como la socióloga francesa Daniele Linhart, quien afirma que esa precarización, característica del nuevo modelo, no

¹⁴³ “De la Servidumbre al Contrato de Trabajo” de Manuel Alonso Olea, Ed. Tecnos, Madrid 1979.

tiene un origen único en la globalización y las leyes del mercado actual, sino en el comienzo de la década de los 70s., como una reacción que gradualmente los empresarios (“la patronal”) van a ir imponiendo, con la ayuda del Estado y de la ley a fin de evitar y poner freno a las luchas desestabilizadoras y desfavorables para sus propias empresas y sus economías, como las que ocurrieran en Francia durante el año 1968 a través de las revoluciones culturales, estudiantiles, sindicales y obreras, no sólo en Francia (“mayo del 68”), sino en buena parte de Europa con repercusiones en América latina en las décadas más recientes.¹⁴⁴

El esfuerzo patronal por contrarrestar gradualmente el poder de la sindicalización y las convenciones colectivas, empezó concentrando todos sus esfuerzos en gestionar sistemáticamente la promoción de la individualización laboral (contratos heterogéneos y atípicos para cada individuo, sueldos variables, horarios variables y duraciones flexibles) a fin de establecer contrataciones directas sin respaldos sindicales o estatales y de modo diaspORIZADO, de tal manera que ningún trabajador pudiera identificarse con otros trabajadores, evitando de este modo cualquier tipo de reclamación, oposición o protección colectiva. Ese fue, dice Linhart, un “verdadero caballo de Troya lanzado a la batalla para invertir una relación de fuerzas que se había tornado demasiado desfavorable para las empresas y vinculada a la dimensión de la clase obrera... con el fin de minar la capacidad de los asalariados para protestar de manera masiva...”.¹⁴⁵

El unipartismo se presenta, en primer lugar, como “des-solidarización” del trabajo con intención “personalizadora”, en sentido jurídico, no en el sentido ético. El sentido de “persona” desde este nuevo paradigma laboral, desecha el aspecto existencial de cada individuo y su telos “realizativo” entendido como promoción y crecimiento espiritual y material que la misma experiencia humana va reclamando a cada paso.¹⁴⁶ En este contexto, la idea de “personalización” se reduce, prácticamente, a un solo aspecto: la “competencia” del asalariado por sobrevivir, a pesar de las fluctuaciones de horario, la flexibilización salarial, el cambio abrupto de la razón social de la empresa y las condiciones precarias de vinculación y de despido, sin ningún tipo de respaldo tanto colectivo como estatal. Esa “personalización” supone una relación, ya no tripartita (trabajador (**convenio colectivo-sindicato**), Estado, empresario), sino dual, con la consecuente “abstracción igualitaria” y no real entre empleado y empleador, con marginación del Estado, abiertamente patronalista.

¹⁴⁴ LINHART, Daniele: “Todo comenzó en 1972...” en la revista Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? El Trabajo: Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza...”, Ed, Aún Creemos en los Sueños, Santiago, 2007, p. 31.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 32.

¹⁴⁶ HERRERA, Daniel, p. 55, 56 y 57.

Hablar del “unipartismo”, significa hablar del cambio laboral en el mundo y a su vez de las nuevas formas de relación y regulación laboral. Aquí, sale al escenario una forma de relación que coloca el contrato de trabajo en una situación de acuerdo de voluntades, sin prestar la debida atención a la parte subordinada. Es como si se tratara de iguales partes dominantes negocialmente hablando, y una con posibilidad y libertad aparente de moverse entre la independencia y la subordinación. Dos películas muy recientes nos muestran, más o menos, ese panorama “personalizador” que este modelo ha generalizado: “Las aventuras de Dick y Jane” (Jim Carrey) y “En busca de la felicidad” (Will Smith) de la que ya se hizo alguna referencia; de la que protagoniza Jim Carrey es posible observar cómo la competencia empresarial y mercantil, con sus respectivos ajustes hasta en los cambios de razón social de la empresa o su repentina liquidación, hacen que los trabajadores de un momento a otro se encuentren desempleados y empujados a un “paro” tan prolongado, que puede significar la pérdida de todo el confort que materialmente se había logrado por la misma acción del trabajo, llegando a la desestabilización de la unidad familiar, para luego tratar de ubicarse en cuanta oferta inestable de trabajo pueda haber y, luego, por la desesperación, acudir al robo. Aunque el filme, dentro del género de la comedia, le apuesta a todo el humor que puede causar esa situación, se puede percibir el drama humano y social que significa no tener empleo o contar con él, pero bajo unas condiciones que rebajan la autoestima y la misma condición moral, casi hasta el aniquilamiento de las relaciones sociales y de todo lo que signifique armónica convivencia, vivir en comunidad.

A la “competencia” del asalariado por sobrevivir se añaden otras dos características dentro de la unívoca connotación que contiene el nuevo modelo de relaciones laborales: **1. La rivalidad entre trabajadores, 2. Vivir trabajando sólo en función de la empresa.** En la primera, el asalariado es presionado subliminalmente para competir con sus compañeros. Desde luego, esa competencia se hace manipulando las frustraciones generadas por los bajos salarios, por la necesidad de sobrevivir. Las relaciones intersubjetivas entre trabajadores pasan de la civilidad y la convivencia, a la incivildad y la controversia; al choque, donde cada uno debe salvar su puesto como sea, incluso, sin descartar para ello, la posibilidad de arruinar o provocar el despido del otro o los otros. Es una situación que a diario se está viviendo, especialmente entre los trabajadores más jóvenes (profesionales recientes o sin profesión). La vida solidaria que antes se daba en la empresa no se funda ya en el respeto al otro, sino en la animadversión, considerándolo como fuente de la propia desdicha y obstáculo para el progreso personal.¹⁴⁷ Unos asalariados pasan a ser “sonderkomandos” de los otros, como ocurría en los campos de concentración nazis entre los mismos judíos. Muy en el fondo, los empresarios, subliminalmente, introducen interna y sistemáticamente conflictos laborales, pero tratando a toda costa que éstos no se

¹⁴⁷ Op. Cit., Linhart, p. 25.

eleven al plano colectivo y salgan de los muros de la misma empresa contra ellos. Esto, en últimas, es reproducir rivalidades sin posibilidad conciliatoria; es llevar a la máxima expresión y experiencia práctica el viejo dicho: divide y vencerás.

La segunda característica, la de vivir trabajando sólo en función de la empresa, consiste en propiciar un clima de extremada sumisión originada por la misma competencia interna a causa de la necesidad que tiene cada uno de subsistir. A esa sumisión se suma la obediencia incondicional, incluso para trabajar, sin ningún tipo de remuneración o contraprestación, jornadas nocturnas, sábados, dominicales y festivos. El trabajador debe ser materia disponible, pues uno de sus compromisos fundamentales es el de ser fiel e incondicional militante de la causa o misión de la empresa: ¡hay que ponerse la camiseta de la empresa! Todo distanciamiento o posible crítica a esa misión es considerado un acto de deslealtad con la empresa. En este sentido, la continuada subordinación y dependencia, más allá del significado literal que se encuentre en los códigos laborales, tiene otra connotación: “el tiempo del asalariado le pertenece al empleador que lo compró y puede usarlo de la manera que él considere más rentable”.¹⁴⁸ Sin que haya necesidad, legalmente, de colocar estas “reglas” en un contrato de trabajo, éstas se dan de entrada y de modo tácito a través de la imperiosa necesidad que el asalariado tiene de trabajar para subsistir. Podríamos estar hablando, en términos de derecho privado, de un contrato de adhesión sin fallas y sin negociación de ninguna índole por parte del empleado. No se puede dejar, al margen de esta situación, por supuesto, el acoso sexual del que son víctimas millones de mujeres en el mundo en una condición de mayor desigualdad en la relación laboral y con salarios más bajos que los hombres.

Todo lo anterior, puede resumirse diciendo que el empleado ya no pertenece más al mundo de las organizaciones colectivas; su contratación “personalizada” lo proyecta permanentemente a una situación de aislamiento, conflicto y competencia con sus “pares” laborales; sin garantía de estabilidad y salario; privado de su capacidad para ejercer su libertad y para orientarla hacia la preferencia de unos valores que promuevan su dignidad y la de su familia, pues son más importantes, valiosos y necesarios los “valores de la empresa”; no hay tiempo para el ocio en el sentido de los clásicos griegos: tiempo para la actividad libre, pues cada espacio de tiempo es necesario para la producción de la empresa; está marginado de la vida comunitaria dentro y fuera de la empresa; está desposeído del disfrute de la vida en familia e incluso, en casos como el de las “maquilas”¹⁴⁹ es compelido a incorporar, por la misma necesidad de subsistencia, tareas del trabajo en la vida familiar que no excluyen a niñas o niños.

¹⁴⁸ Op. Cit., Linhart, p. 28.

¹⁴⁹ GIRALDO y MARTÍN. Maquilas panacea para el capital en revista “ALCATEMAS”, p. 61 y 62.

El modelo unipartista es el síntoma de una crisis de los Estados-nacionales por la globalización de los mercados. Esto, ha hecho que los Estados que conocemos empiecen a ceder terreno gubernativo-financiero a entidades multinacionales o sociedades transnacionales¹⁵⁰ que pueden cumplir una doble función buena o mala: o garantizan la vida del Estado y su democracia, la promueven, o simplemente la conducen a su definitiva extinción. Estamos en un dilema que muy bien plantea el filósofo Giovanni Sartori en su libro sobre **qué es la democracia**, donde afirma que hoy estamos en una situación en la que es posible que el mercado exista sin la necesidad de la democracia, pero no es posible que exista la democracia sin la necesidad de mercados.¹⁵¹ Lo segundo, es cada vez más irreversible y los estados nacionales actuales, gradualmente, pierden capacidad y competencia para intervenir en las regulaciones laborales: “su capacidad de intervención en las condiciones laborales ya sea protegiendo el despido, regulando formas de contratación, jornada laboral, expediente de regulación, etc., es cada día más reducida, porque las empresas pueden responder deslocalizando sus producciones y provocando efectos económicos y sociales insuperables”.¹⁵²

5.2 EL NEOLIBERALISMO IMPONE EL CAMINO “UNIPARTISTA” Y EL ESTADO PASA A SER “OPTING – OUT”

Jaureguí, Moltó y González afirman que a la situación descrita en el subtítulo anterior, llegaron la mayoría de los Estados nacionales en Europa, en razón de que adoptaron medidas y principios del modelo neoliberal establecido gradualmente en EEUU (Ronald Regan) y el Reino Unido (Margareth Thatcher). Ese modelo, básicamente, hace mayor hincapié en la flexibilización de los marcos de regulación laboral insistiendo en que los déficits fiscales y el mismo desempleo, tienen como causa principal las cargas prestacionales que generan la mayoría de los empleados con el respaldo de los sindicatos y que eso sólo es superable a través de la fórmula individualizadora de las relaciones laborales. El pleno empleo para este modelo neoliberal significa problemas deficitarios tanto en el sector público, como en el privado. El empleo des-regulado con contrataciones flexibles y variables, significa una liberación de ese déficit y la progresiva generación de un superávit. A esa fórmula los gobiernos de Regan y Thatcher la denominaron “opting-out” (decidir no participar).¹⁵³ El pleno empleo es la causa de los problemas deficitarios: el Estado no se compromete y la mejor salida a esa crisis

¹⁵⁰ TEITELBAUM, Alejandro. “Características económico - financieras de las sociedades transnacionales” Al Margen de la ley: Sociedades Transnacionales y derechos Humanos”. Ed. ILSA, Bogotá, Colombia, 2007, p. 33 y ss.

¹⁵¹ SARTORI, Giovanni: “Lección 26 Democracia y Desarrollo” en La Democracia en 30 lecciones, Ed. Taurus, Colombia, 2009, p. 125.

¹⁵² JAUREGUÍ, Ramón y Otros. Un Futuro para el Trabajo en la nueva Sociedad Laboral. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 104.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 55, 104 y 105.

la representa un marco de relaciones laborales desregularizada, flexibilizada que, generando más empleos, no genere cargas prestacionales insostenibles para el mismo Estado. Esta política, no no compromiso gubernamental, que emerge en los años 80s, es prácticamente la que funda el nuevo modelo laboral bi-partsita permitiendo a los empresarios establecer unas condiciones de contratación más flexibles y libres de trabas sindicales y legales. Primero se instala en Europa y, luego, hacia los años 90s y en el presente, irradia casi toda América Latina, en algunos casos a través de los tratados de libre comercio como en México, Chile y Brasil.

Todo lo descrito hasta aquí, ha tenido consecuencias gravísimas para América latina y sus marcos de legalización laboral como las que denuncia y describe Alejandro Teitelbaum al explicar cómo el modelo laboral que imponen las transnacionales hacen incompatibles el derecho al trabajo (poder ejercer una ocupación remunerada) y los derechos en el trabajo (trabajar en condiciones dignas y satisfactorias).¹⁵⁴ Teitelbaum en su libro “Al Margen de la Ley...” describe esa escisión como la causa de omisiones a los tratados establecidos con la OIT frente a aspectos como el salario mínimo justo, las consideraciones especiales de género (mujer en el trabajo), la seguridad e higiene, el tiempo libre, la seguridad social, etc.¹⁵⁵

El trabajo a tiempo parcial, por cuenta propia y no calificado ha tenido un aumento significativo en Colombia. Seis de cada 10 colombianos no cuenta con un contrato de trabajo y devengan menos de un salario mínimo como lo reveló el diario El Tiempo hace algún tiempo¹⁵⁶. Esta situación, desde el punto de vista de la justicia social, obliga a reflexionar sobre lo siguiente: si el sistema de relaciones laborales en Colombia no puede ofrecer un trabajo para toda la vida a cada colombiano, ¿no sería más justo darle a cada uno un trabajo por una parte de su vida y no uno para toda la vida a unos pocos? Esta pregunta, algunas veces, ha sido más una afirmación que se sustenta en el principio de solidaridad para justificar la unificación de metodologías pensionales como en el caso del acto legislativo 01 de 2005. ¿Será que éste sacrificio tienen que asumirlo los mismos trabajadores, especialmente aquellos, que por sus convenciones colectivas y años de sacrificios, lograron acuerdos especiales para sus jubilaciones? ¿Éste no debería ser un sacrificio de todo el sistema de relaciones laborales que opera en Colombia y que cobija al sector público y privado, incluyendo aquellos regímenes como el de congresistas? Todos estos cuestionamientos exigen una minuciosa revisión,

¹⁵⁴ Op. Cit., TEITELBAUM, p. 62 y 63.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 72 y ss.

¹⁵⁶ EL TIEMPO. Trabajo por cuenta propia y no calificado ha tenido aumento. Publicada 2014. Disponible [en línea] URL: http://www.eltiempo.com/economia/finanzas-personales/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10577688.htm.

reconociendo que la crisis del empleo no es un asunto que puede superarse creando nuevas ofertas dentro del mercado laboral sin tener en cuenta las exigencias de orden social y moral que ello debe aparejar. El criterio desregulativo no puede desconocer aspectos de humanización, propios del Derecho Social. El empleo ya no significa pleno empleo, pero tampoco puede reducirse a una actividad des-personalizada cuyo interés sólo cobra valor en la medida de las nuevas formas de producción.

5.3 FLEXIBILIZANDO: ¿EN QUÉ ESCENARIO ECONÓMICO?

Como lo expone muy claramente el jusfilósofo Javier Hervada en su obra “Introducción Crítica al Derecho Natural”, una cosa es reconocer el derecho a algo (ius ad rem=derecho a la cosa) y otra, ya por las circunstancias reales, muy diferente, es que ese derecho pueda hacerse posible o efectivo (ius in re= derecho en la cosa). La Declaración Universal de los Derechos Humanos firmada por las Naciones Unidas poco después de la Segunda Guerra Mundial, señalaba tajantemente que “todo el mundo tiene derecho al trabajo” (ius ad rem). Sin embargo, desde hace algunas décadas esa afirmación no pasa de ser una promesa que cada vez se hace más irrealizable. No hay ningún país que pueda responder a esta promesa desde el punto de vista de su efectiva realización (ius in re).¹⁵⁷

En el primer capítulo se mencionaba cómo, desde la filosofía Kantiana del trabajo, se presentaban dos percepciones opuestas al momento de desear una actividad de trabajo: 1. (noumenón) un querer consciente y 2. (phainómenon) un tener que hacer consciente o inconsciente de una actividad de trabajo a la que estamos compelidos por razones de necesidad, de economía. La película “En busca de la felicidad” (Will Smith) es un fiel ejemplo de esta situación: por un lado el protagonista se siente identificado con el trabajo de corredor de bolsa, pero por otro, su situación económica lo obliga a sobrevivir vendiendo aparatos que miden la densidad ósea. Imaginariamente, aunque esto es comprobable en muchas ocasiones, alguien dice tener talento para la composición musical y albergar en su haber muchísimos temas que podrían ser éxitos rotundos en las diferentes estaciones de radio. Esta persona aspira trabajar en ello, pero como no hay quién pueda escucharlo para promoverlo, para ganar dinero —mientras tanto— vive de la “pluma”, es decir, desplumando gallinas en la plaza de mercado desde las 5:00 AM hasta las 6:00 PM... Así las cosas, el mundo del trabajo puede tornarse una situación desesperada y trágica, pues lo único salvable de esta actividad es la posibilidad de sobrevivir.

¹⁵⁷ HERVADA, Javier. Introducción crítica el Derecho Natural. Temis, Bogotá, 2000, p. 10 y 11.

Para la antigüedad grecolatina como también lo veíamos en el capítulo I, el trabajo era una actividad que rebaja a quien la realizaba, pues esta acción significaba un esfuerzo físico por mandato de otro quien era, en últimas, quien se beneficiaba del mismo. Dedicarse al estudio, la contemplación, la vida militar o la política, no era considerado como trabajo, pues estos oficios se realizaban por propia elección. En la antigüedad los griegos libres tenían esclavos que hacían el trabajo para ellos. Estos griegos libres, eran una élite que bien podía ocupar una pequeña ciudad nuestra o un municipio con cierto estatus económico. Sin embargo, los tiempos han cambiado y hoy el trabajo es un acción a la que se orientan todas las organizaciones o sociedades actuales. Hoy la elección es el trabajo como medio para la realización de fines personales y sociales. Los griegos libres no necesitaban trabajar para mantenerse, pues vivían de las rentas de su riqueza, pero esta es una situación imposible para millones de habitantes del mundo actual. Las mismas formas de empleo han sufrido cambios sustanciales. Es evidente que un porcentaje considerable de la fuerza de trabajo actual se ha vendido configurando a través de trabajadores con empleos a tiempo parcial, contratos atípicos y en la gran mayoría por cuenta propia, más por la necesidad que por la elección.

Es innegable que las sociedades actuales han tenido que adaptarse a los nuevos estilos del trabajo de manera forzada y con medidas muy de tanteo sin previa metodología desde el punto de vista político y jurídico. También es innegable que estos cambios forzados se imponen por la economía, la tecnología y la áspera realidad de las finanzas de algunos Estados Nacionales que por sus altos índices de corrupción despilfarran todo tipo de recursos. En algunos de estos casos y, desde el punto de vista del trabajo, se suma a lo anterior una situación que contabiliza sólo la oferta de trabajo reconocida oficialmente dejando por fuera del balance todas las formas que emergen vertiginosamente de la economía informal. Trabajar en la economía oficial sigue siendo la norma actual en casi todas las naciones occidentales y esa es la única que puede contar con un piso jurídico y garantista cierto, el problema es que ese piso no cobija sino a un sector muy reducido de la población que puede acceder a ciertos beneficios dentro de la distribución social de la “riqueza” y las “ventajas”, utilizando aquí categorías Rawlsianas.¹⁵⁸

En este tiempo, muchas sociedades siguen considerando la economía informal como un reducto o desagüe pero no como un espacio desde donde deben

¹⁵⁸ Haciendo alusión al segundo principio Rawlsiano que atiende, desde el punto de vista de la justicia distributiva, una preocupación propia del Estado Social de Derecho respecto al ahorro y distribución de la riqueza y los bienes primarios para acceder a una realización social más clara y justa. en “Teoría de la Justicia” Ed. Efe, México, 1985, p. 32 “3. La Idea Principal de la Teoría de la Justicia”.

generarse también políticas públicas que conduzcan a mínimos controles y garantías como ocurre en la economía formal. La economía informal es el escenario de la des-regulación y es muchísimo más amplio y complejo que el de las relaciones económicas formales. La mayoría de los seres humanos, por diversas razones que este trabajo no alcanzaría a describir, han sido catapultadas a ese terreno que para muchos ha sido el “escampadero” de la supervivencia. Este escenario de la informalidad ha tenido un tratamiento especial por parte del economista inglés Charles Handy,¹⁵⁹ quien propone su análisis desde tres grandes perspectivas económicas, que van desde el más precario y oscuro intercambio de bienes y servicios (informalidad oscura), pasando por el trabajo por cuenta propia (informalidad apenas visible), hasta llegar al más próximo y fluctuante escenario entre formalidad e informalidad (informalidad relativa). Se trata de las economías:

Economía Negra: Economía ilícita; el mundo de los negocios ilícitos, donde la vida y la muerte son también comercializables.

Economía Malva: Negocio casero y trabajo por cuenta propia. Variopinta gama de oficios que pueden tener una variación año a año, semestre a semestre, mes a mes, día a día, jornada a jornada, hora a hora, dependiendo de la necesidad.

Economía Gris: El trabajo doméstico que fluctúa entre cierta regulación y des-regulación dependiendo de la necesidad de quien se ubica en este “tono” de la economía. Este escenario da posibilidades para tratar el tema del derecho laboral de género en la actualidad.

¹⁵⁹ HANDY, Charles: “El Futuro del Trabajo Humano”; Ariel, Barcelona, 1986, p. 70.

CAPÍTULO VI DESREGULACIÓN DE LOS MERCADOS LABORALES Y VOCACIÓN FLEXIBILIZANTE

6.1 EL SIGNIFICADO DE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN EL ESCENARIO DE LA ECONOMÍA DES-REGULADA

La palabra flexibilidad laboral ha tenido un abordaje muy similar en todos los estudiosos del tema y desde que comenzó a despertarse un decidido interés reflexivo por éste, hace algo más de dos décadas. La visión común es la de analizarla desde una perspectiva crítica que hace referencia a la regulación jurídica del trabajo asalariado y su contraposición frente a la idea de competitividad en términos empresariales y de crecimiento económico en el acontecer regional y global. Desde finales de la década del 80 del pasado siglo, ésta contraposición ha servido para establecer una justificación en casi todos los sistemas de derecho laboral en el ámbito latinoamericano: se trata de fomentar la adaptabilidad empresarial a los cambios que generan las leyes del mercado a nivel global a fin de potenciar favorablemente el desempeño empresarial y, al mismo tiempo, generar nuevo empleo. Esta fórmula, común en casi todas las legislaciones donde ha habido reformas laborales, se entiende con frecuencia como el adiós al modelo de regulación laboral clásico.¹⁶⁰ Este ejercicio flexibilizador, en principio, podría resumirse del siguiente modo: des-regulando el mercado se logra mayor crecimiento económico y mayores posibilidades de generación de empleo, lo que redundará en mayores beneficios sociales. El único inconveniente es el que presentan las rigideces del modelo de regulación laboral. Por tanto, se hace necesaria su permanente flexibilización y en caso extremo, su des-regulación, es decir, su total desmonte. De un modo más preciso: para adaptarse a los cambios económicos y no desaparecer en ese río revuelto que genera la competitividad económica global a nivel público y privado, se hace prioritario reducir costes laborales.

Esa reducción ha tendido a entenderse en 2 sentidos: 1. sirve de respaldo especialmente para los empresarios o dueños, aunque la expresión suene un poco pasada de moda, de los modelos de producción, quienes casi siempre van a argumentar que tanta rigidez o protección legal en el orden laboral no motiva a generar nuevas plazas de empleo, opacando, incluso, las posibilidades de ofertar más y mejores salarios. Esta postura, como puede verse, más que flexibilizadora tiende a la des-regulación, pues en últimas, ni mínimos de legislación laboral resultan convenientes para lograr eficiencia económica y, por ende, bienestar social. Se hace necesario superar todo aquello que suene a garantismo laboral. 2.

¹⁶⁰ BRONSTEIN, p.16. OIT. 1998.

También sirve de respaldo a los empresarios, pero da opciones adaptativas desde el punto de vista regulativo. Lo que interesa en esta perspectiva, más que desregular, es dar un sentido dúctil a las normas laborales a fin de que todas ellas superen los impedimentos para el buen desempeño empresarial. En ambos sentidos el bienestar social obliga a una modificación del modelo clásico de relaciones laborales. Pasamos de una vocación universalizante a una heterogeneidad determinada por factores económicos desde una perspectiva globalizadora en sentido de globalismo económico.¹⁶¹

Este doble sentido de la flexibilización ha generado dos conductas extremas y en franca oposición:

a. **Dejar hacer individual, radical, vertical y hegemónico:** en los empresarios la fórmula revive el “laissez faire” individual¹⁶² y aviva una pretensión en la que hay que aprovechar el cambio sin diálogo. Es decir, que sea cual sea la fórmula flexibilizadora, el cambio es inevitable y el diálogo puede torpedear la adaptabilidad. Por esta razón, y es lo que se ha venido comprobando en esta investigación, la mayoría de las veces, con justificaciones no comprobadas o muy superficiales, no llevadas al máximo rigor de comprobación, sin más, el legislador va concediendo espacios flexibilizadores sin acuerdos colectivos; sin diálogo.

b. **Los trabajadores se niegan al cambio:** se genera una disposición defensiva frente al cambio. Cualquier cambio significa la muerte del derecho laboral. Si hay diálogo y acuerdo es para mantener el sistema de relaciones laborales tal como ha existido.

Como se puede observar, **a.** es una postura de adaptabilidad radical que expide certificado de defunción a la regulación laboral, y **b.** de no adaptabilidad, también radical que insiste en mantener y fortalecer las rigideces normativas. Ambas situaciones no alientan, ni animan realmente el progreso, si se le puede llamar de ese modo al posible y nuevo modelo de relaciones laborales que puede percibirse

¹⁶¹ En su libro “Qué es la globalización”, Ulrich Beck propone 3 neologismos a fin de establecer tres posibles “lecturas” de la globalización: 1. globalismo, 2. globalidad y 3 globalización. El primero es definido por Beck como una postura que solo asume, asimila y entiende la globalización desde una perspectiva económica, todo se reduce a factores económicos. Es a esa postura a la que se hace alusión en este trabajo. Véase p. 32.

¹⁶² En el libro “Un Futuro para el Trabajo en la nueva sociedad laboral”, Jáuregui, Moltó y González, teniendo como referente al clásico teórico del derecho Kahn Freund, utilizan la expresión laissez faire individual a fin de hacer referencia al primer origen de la regulación laboral que inclina favorablemente la balanza en favor y garantía de los industriales de finales del siglo XIX y comienzos del XX. Véase p. 48.

de fondo. Todo esto redundando en un ejercicio de recíprocas desconfianzas que no permite avanzar hacia un estadio de cooperación y diálogo en el nuevo mundo laboral que es innegable, inevitable.

Una postura intermedia entre **a** y **b** es la que aboga por una legislación laboral que ayude a facilitar el empleo coadyuvando de manera indirecta con el buen desempeño económico de manera local, regional, nacional, multiregional y global. En este sentido, la hipótesis que se ha llevado a la práctica en casi todo el Continente es la de “disminuir para aumentar”. Disminuyendo rigideces laborales o derechos del trabajo se puede aumentar y promover la contratación laboral. En este contexto, si las empresas aumentan sus vinculaciones laborales que, desde luego, ya no se regirán por el modelo conflictual clásico, reciben un incentivo que general y principalmente se debe traducir en exenciones tributarias. Esta medida, empero, ha tenido otra interpretación en la práctica como se corrobora en la legislación colombiana, más exactamente en la ley 789 de 2002 (Reforma Laboral), pues de ella debía deducirse la fórmula descrita, pensando en que al reconocer los recargos nocturnos sólo después de las 10 de la noche, esto generaría el aumento del empleo, por lo menos para el personal que contara con disposición para laborar en un horario de 10:00 PM a 6.00 AM.¹⁶³ Lo que ha ocurrido es que, al amparo de dicha Ley, muchas empresas prefieren ampliar la jornada horaria de sus trabajadores (pues la ley permite interpretar que la jornada horaria puede pasarse de las 8 horas), no contratar más personal y así evitar costes relacionados con el recargo nocturno.¹⁶⁴ Es de aclarar que la legislación laboral en cualquier sistema de derechos no tiene como propósito central generar empleo, sin embargo, si debe estar en disposición de ayudar a fomentarlo en el marco de una política económica del trabajo que garantice la protección de derechos fundamentales evitando su relativización, desconocimiento o desaparición.

En varios de los Estados latinoamericanos, finalizando el siglo pasado, comenzó a configurarse una fórmula flexibilizadora de orden institucional no pactada. Se trató de un ejercicio flexibilizador impuesto por el mismo legislador, donde se fue dando prelación hasta la actualidad al derecho laboral individual (de cualidades atípicas e inestables) sobre el colectivo. Éste último se fue restringiendo o limitando, reconociendo un amplio margen de libertad para que el empleador dispusiera cómo contratar y administrar su fuerza de trabajo.¹⁶⁵ La fórmula, en la práctica, ha sido desde aquella época hasta entonces casi la misma: va desde la posibilidad

¹⁶³ FEDESARROLLO. Informe mensual del mercado laboral. Disponible [en línea] URL: www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/.../1/IML_Julio_2014.

¹⁶⁴ GERENCIE.COM. Guía Laboral. Disponible [en línea]. www.gerencie.com.

¹⁶⁵ LÓPEZ, Diego. Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente. Disponible [en línea] www.iisg.nl/labouragain/documents/lopez-flexibilizacion.pdf.

del despido fácil, utilización frecuente de contratos de alta rotación, inferiores a un año y la ausencia de indemnizaciones, hasta la imposibilidad de buscar el amparo en la negociación colectiva. Ejemplos de esta práctica los encontramos en Chile (Decreto Ley 2.756 de 1979)¹⁶⁶ y Colombia (Ley 50 de 1990)¹⁶⁷, aunque con algunas diferencias de tiempo, pero con propósitos muy similares. Y, si se quiere, podemos ver prácticas análogas en Argentina con la Ley Nacional del Empleo (LNE 1991- 1995), en Brasil los Contratos de Trabajo de Duración Determinada (Ley CDT de 1998) que dan la posibilidad del despido por cualquier causa, o sin causa y, por supuesto, sin indemnización.¹⁶⁸

Como lo expone Diego López F., la flexibilización laboral en Europa ha tenido matices parecidos a los que se han implementado en estas latitudes, con la diferencia, claro está, de que allí, todo se ha dado en el marco de un “pacto social” a través de la negociación colectiva, con subvenciones provenientes del Estado para favorecer tanto a los desempleados, semi-empleados, como a los empresarios que acojan la fórmula de “disminuir para aumentar”. Todo está supeditado a acuerdos sociales que determinan la asignación salarial, la jornada de trabajo, la política de subsidios y la creación directa de empleos.¹⁶⁹ Aquí podemos ver cómo sigue vigente el esquema social del derecho laboral que impusieron los alemanes en los orígenes del derecho laboral. El caso contrario lo encontramos en Estados Unidos, en donde al igual que en Inglaterra ha prevalecido la ideología liberal o de la iniciativa privada sin restricciones.

Recapitulando el tema de las tipologías que nos propone Supiot, podemos ver que en estos dos países se conserva, por lo menos en algunos rasgos, el esquema económico del derecho del trabajo con una tesis de fondo: el precio del trabajo no lo señalan ni el gobierno, ni las negociaciones colectivas, ni la sociedad en su conjunto, lo señala, simplemente, el mercado. La ventaja de esta concepción es que, o se reducen las protecciones, o simplemente desaparecen y adicional a esto, no es necesaria una política salarial, pues ella será determinada también por el mercado para cada caso, para cada individuo, según sean las necesidades de cada empresa grande o pequeña, nacional o extranjera. De acuerdo con lo que expone López, esta va a ser la receta preferida y recomendada por el FMI (Fondo Monetario Internacional) para el logro de un buen manejo inflacionario.¹⁷⁰ Esta situación coincide perfectamente con aquello que Moltó, Jáuregui y González han

¹⁶⁶ ROJAS MIÑO, Irene. Las Reformas Laborales al modelo normativo de Negociación Colectiva. Universidad Estatal de Talca, Chile 2007. Disponible [en línea] www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art09.pdf. REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 13 - N° 2 195.

¹⁶⁷ SILVA, Romero, Marcel. Flujos y reflujos: Proyección de un Siglo de derecho Laboral Colectivo en Colombia. Ed. U. Nacional, tercera edición, Bogotá, 2005. pp. 233, 234, 235 y ss.

¹⁶⁸ Bronstein, p. 18. OIT. 1998

¹⁶⁹ Op. Cit. López, 2002, p. 6 y 7.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 8.

denominado la “ofensiva neoliberal”. De acuerdo con ellos, con la caída del Muro de Berlín, Estados Unidos y Gran Bretaña echaron a andar esta política flexibilizadora y la recomendaron para que en varios países se fuera inculcando gradualmente.¹⁷¹ Con lo descrito hasta aquí, podría deducirse que la flexibilización en América Latina ha tenido más en cuenta el referente neoliberal norteamericano e inglés, con un común denominador que lo caracteriza: la intervención legislativa a favor de esa iniciativa economicista (o “globalista”, en términos de Beck), que desprotege al trabajador dejándolo marginado, incluso, de la posibilidad de sindicalización. Para el caso colombiano baste con hacer una hermenéutica a la Ley 50 de 1990, así como la que sugiere el jurista Marcel Silva:

“ la visión de fondo de la Ley 50 de 1990 es totalitaria, no permite en la escena social, económica y política del país el funcionamiento de los sindicatos, tolera los existentes al momento de su expedición, pero a medida que se va llevando hasta sus extremos la aplicación de sus mandatos derriba las fortalezas sindicales... Los trabajadores misioneros... no pueden crear un sindicato de empresa porque no se conocen entre sí, tampoco pueden integrar un sindicato de industria porque no son trabajadores de las empresas usuarias y están siendo trasladados de una industria o actividad a otra. Si pudiesen integrar un sindicato de gremio, realmente sería inoperante para ejercer el derecho a la negociación colectiva... En definitiva, poniendo a operar la ley en realidad, les impide a los trabajadores misioneros construir sindicatos. Los trabajadores trashumantes, como los cosecheros e iguazus, tampoco pueden conformar sindicato de empresa pues hoy están en un sitio laborando y al mes en otro, mucho menos uno de industria. Los pocos sindicatos de gremio que han logrado constituir no tienen una verdadera vida precisamente por la trashumancia que incluso es internacional... Pero en general un trabajador contratado a término fijo no puede integrarse a ninguna clase de sindicatos, porque su contrato no será renovado”.¹⁷²

6.2 GARANTISMOS CONSTITUCIONALES VS. INICIATIVAS FLEXIBILIZADORAS

Existe otro elemento común desde la experiencia flexibilizadora latinoamericana, un elemento paradójico, y es el que tiene que ver con el choque entre garantismo constitucional y flexibilización laboral. Curiosamente, y es en casi todas las reformas constitucionales que van a ir apareciendo a comienzos de los años 90, se puede percibir en cada Constitución un propósito político-reivindicador. Reivindicador, en el sentido de incluir a toda esa humanidad que fue víctima de muchas formas de exclusión por causa de las dictaduras que florecieron en casi

¹⁷¹ *Ibíd.*, Futuro para el Trabajo, p. 104.

¹⁷² SILVA ROMERO, Marcel: “Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo en Colombia”. Ed. U. Nacional; Colombia, 2005, p. 235 y ss.

todo el Continente, por supuesto, con excepción, un poco de Colombia, pero donde también la violencia fue y ha sido pan de cada día, debido a la violencia partidista, la violencia del narcotráfico, la violencia de la guerrilla y la del paramilitarismo (por sólo enumerar algunas causas). Cada Estado latinoamericano plasmó en sus Constituciones ideales reivindicativos que, en la mayoría de los casos, aludieron y aún siguen aludiendo al compromiso social fomentando derechos sociales tales como el trabajo, la salud, la educación, la vivienda digna, etc. De todos estos derechos, se percibe que el del trabajo es el compromiso mayor para superar todo conflicto, toda violencia, toda forma de exclusión. Sin embargo, se puede observar que frente a estas pretensiones va a ser prioritario acomodar las políticas flexibilizadoras, pues en el fondo, resulta más importante afrontar la competencia mundial, en sentido económico, que la reivindicación de los valores nacionales.

Vista esta situación desde una perspectiva beckiana nos encontramos frente a una de esas paradojas del Estado transformado por la globalización que el sociólogo y filósofo alemán| Ulrich Beck denomina “proteccionismo negro”: “Los proteccionistas negros se debaten en una contradicción particular. Exaltando el Estado nacional lo desmontan mediante una ideología de cruzada neoliberal en favor del libre mercado mundial”.¹⁷³ La Constitución, por un lado, representa los valores nacionales pero, por otro lado, el Estado se abre a las dinámicas económicas neoliberales aniquilando el compromiso constitucional. Esto da como resultado la aniquilación de los derechos sociales y las determinaciones políticas internas que deben decidir sobre la realización de los valores nacionales.

Desde el punto de vista del derecho laboral (en su doble configuración: individual y colectivo) nos encontramos con Constituciones garantistas muy favorables a las libertades sindicales, la negociación colectiva y al trabajo individual. Pero, al confrontarlo con la realidad, la dirección del Estado y del legislador es otra: la casi omisión del derecho laboral colectivo y el fomento de la atipicidad – desestabilidad en el caso del derecho laboral individual. Se dice que esta situación, aunque contradictoria, tiene su justificación en las siguientes razones: **a.** crisis de la deuda externa, que arranca con la crisis del petróleo en 1973, **b.** apertura económica mundial. Ambas razones, sirvieron y aún siguen utilizándose como pretextos que obligaron a cuestionar la legislación laboral del momento, censurada y reprendida por su “rigidez” al servicio del impedimento para potenciar la competitividad económica lo que resultaría, a la larga, afectando el bienestar social, pues todo esto terminaría promoviendo más desempleo y pobreza. Esa apertura que se señala en el literal **b** en Colombia tuvo su acogida e inicia con un slogan: “Bienvenidos al futuro”; expresión que hoy pude resumir el compromiso asumido

¹⁷³ BECK, Ulrich. Qué es la globalización: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización; Ed. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona 1998. p. 233

durante el gobierno de César Gaviria y que significó la des-regulación de los mercados por recomendación del Consenso de Washington y con el ánimo de dar preferencia a “mercados cautivos” con el fin de evitar afrontar problemas de competencia de mercados externos.

De este modo, no sólo en Colombia, sino en otros pueblos del Continente, se va adoptando la idea de que las leyes laborales y sus códigos deben estar al servicio del buen desempeño económico, pues de otra manera, si continúan en la misma dirección, sus efectos serán nefastos para la creación de nuevos empleos, para la misma apertura económica y para el mismo bienestar social. Todo esto, desde luego, alimentado a través de las recomendaciones de la Misión Chénery y el Consenso de Washington al hacer también mención sobre la deuda externa, como se explicó en el capítulo anterior. Esta profecía es la que ha acompañado los vaivenes de la legislación laboral en todo el Continente, especialmente desde la década de los noventa, pero con presagios anunciados en la década anterior. Su problema, es que hasta la hora actual, no se ha comprobado. La legislación laboral anterior a la flexibilización no fue sometida a una comprobación fáctica que demostrara su ralentización frente a los nuevos fenómenos económicos y sus efectos desestimulantes. Hoy, tampoco se puede afirmar, tajantemente, que la legislación flexibilizada haya alcanzado un éxito rotundo con respecto a la estimulación laboral y por ende los beneficios sociales resultantes para todos. Por el contrario y, como lo señalan algunas investigaciones recientes, se ha dado un “relajamiento de las condiciones contractuales” favorable a los empleadores y un crecimiento desmesurado del empleo atípico que aunque ha logrado cierta calidad, los resultados son muy “modestos” en comparación con lo que señalaba la profecía respecto al mayor bienestar económico y social.¹⁷⁴ De lo anterior, podría concluirse que la fórmula des-regulativa de los mercados con su consecuente flexibilización del derecho laboral, no ha sido la panacea que conduzca a las sociedades latinoamericanas hacia una superación de la pobreza, como también lo señalaba la profecía y como lo denunciaba Joseph Stiglitz al hacer referencia a las “promesas rotas”.¹⁷⁵

Un ejemplo de “promesas rotas” y su respectivo diagnóstico puede deducirse de la obra “Patatas Arriba: la escuela del mundo al revés” del escritor uruguayo, Eduardo Galeano, quien nos ilustra a través de una “radiografía” que hace a su estilo en su visión del mundo al revés: “En América latina, la nueva realidad del mundo se traduce en un vertical crecimiento del llamado sector informal de la economía. El sector informal, que traducido significa trabajo al margen de la ley, ofrece 85 de cada cien nuevos empleos. Los trabajadores fuera de la ley trabajan más, ganan

¹⁷⁴ FARNÉ, Stéfano. La Calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI, U. Externad de Colombia, Bogotá, 2012, p. 27.

¹⁷⁵ STIGLITZ, E. Joseph. El Malestar en la globalización. Ed. Taurus; Colombia, 2002, pg. 49 y ss.

menos, no reciben beneficios sociales y no están amparados por las garantías laborales conquistadas en largos años, duros años, de lucha sindical. Y tampoco es mucho mejor la situación de los trabajadores legales: desregulación y flexibilización son los eufemismos que defienden una situación en la que cada cual debe arreglárselas como pueda.”¹⁷⁶ Para no extender la cita, la última parte del párrafo extractado hace referencia a un profesor de inglés que, en el Paraguay, vinculado laboralmente a través de reglas flexibilizadas, debe, de todos modos “rebuscársela” trabajando en una jornada de la noche y, además manejando un taxi, para poder mantener a su familia... sin derecho, por supuesto, al descanso, la recreación y, por qué no decirlo, el ocio mismo, lo que se va a traducir para este desdichado maestro en una somatización de enfermedades, todas causadas por el estrés, la angustia, la preocupación...

El caso expuesto por el escritor Eduardo Galeano, podría entenderse como una muestra, que en pequeño, puede ser y ha sido la situación a la que millones en el mundo se ven abocados en un afán por la sobrevivencia, sin posibilidades de proyección hacia una vida plena, de mayor confort y de realización libertaria, personal. El caso, puede ser entendido como el síntoma o el resultado que arroja el fenómeno de la tercerización, producto de las innovaciones tecnológicas y los nuevos planteamientos empresariales cohonestados por los Estados nacionales actuales, especialmente los Estados de sociedades en vías de desarrollo. Una gran cantidad de industrias han venido cambiando su modelo de producción para convertirse en empresas de servicios con atención en varios lugares del mundo y con esquemas de producción que se salen de sus fronteras realizando ensamblajes en regiones de economía emergente, donde los Estados permiten cierto tipo de práctica laboral no regulada, no amparada y garantizada.¹⁷⁷ Tal es el caso, por ejemplo, de la industria deportiva Nike, o la industria tecnológica Panasonic, las cuales producen en distintos lugares del mundo valiéndose de esquemas corporativos que sirven de intermediarios (pueden ser Empresas Temporales de Servicios o Cooperativas de Trabajo Asociado o, en el mejor de los casos las terribles maquilas). Es en estas condiciones que las fuentes de empleo se incrementan, pero se gana menos, se trabaja más y el beneficio social es casi nulo. A ello se suma la posibilidad del despido fácil amparado en la libertad de empresa y protegido legalmente a través de reformas laborales que, en la medida de su incrementación, van reforzando la autonomía de empresa sin la debida intervención estatal; lo que los juristas españoles Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey denominan libre desistimiento indemnizado que ayuda a poner fin al vínculo laboral dando fuerza radical a la libre voluntad del empleador quien a

¹⁷⁶ GALEANO, Eduardo. *Patas Arriba: la escuela del mundo al revés*. Ed. TM Editores, Colombia, 1999, p. 182.

¹⁷⁷ TEITELBAUM, Alejandro. *Sociedades Transnacionales y Derecho Humanos*. Ed. Ilsa, Colombia 2007, p 63 y ss.

pesar del despido injustificado puede aludir a cualquier razón de orden económico.¹⁷⁸

En España, nos encontramos con denuncias recientes en las que el escenario descrito en el párrafo anterior conduce a una visión despersonalizada con respecto a la figura del trabajador, haciendo marcado hincapié en la idea de eficiencia y competencia por encima de cualquier necesidad humana, llegando a la posibilidad del despido simplemente porque el trabajador no es “rentable” debido a una enfermedad que padece hace algunos años. El despido, desde luego, es considerado improcedente pero la misma legislación le da a la empresa herramientas para que prefiera o reintegrar o indemnizar, de tal manera que la empresa acceda con mucha facilidad a lo segundo, pues prevalecen los intereses de empresa por aquello de la competitividad.¹⁷⁹ Esto parece recordar aquella película de ciencia ficción protagonizada por Kurt Russell (actor norteamericano), quien interpreta a un soldado que después de varios años de servicio es considerado desecho y trasladado a un mundo de desperdicios tecnológicos y “humanos”.

6.3 FLEXIBILIZACIÓN Y DESPIDO SIN “TRABAS”: NUEVAS PROMESAS, NUEVOS INCUMPLIMIENTOS

La prevalencia del poder autónomo de la empresa y la potenciación de su libertad para despedir sin tantas “cortapisas” jurídicas hicieron resonancia en la legislación Colombiana, mucho antes de lo que está ocurriendo en España.¹⁸⁰ La Ley 50 de 1990, permitiendo bajar cargas parafiscales a las empresas a fin de ahorrarse costes laborales, dio también la posibilidad de acudir a estrategias como la de negociar con trabajadores (despido injustificado-indemnizado)¹⁸¹ que podían

¹⁷⁸ BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado; Ed. Trotta S.A. Madrid, 2009, p. 27.

¹⁷⁹ BENACH, Joan, TARAFÀ, Gemma, PERE, Jòdar; ALÓS, Ramón y JULÍA, Mireia. Yo no soy un esclavo. Sin trabajo, sin derechos, sin miedo. Ed. Icaria – Asaco, Barcelona 2014, p. 24 y 25.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Pg. 20 y ss. La denuncia que presenta el texto: “Sin trabajo, sin derechos, sin miedo”, hace referencia a la última reforma laboral impuesta en España en 2012 y con efectos ya negativos que despertaron toda clase de protestas, por su aplicación reciente en 2014.

¹⁸¹ Hubo entidades como bancos, universidades, empresas aeroportuarias, etc. Que entre finales de la década del 90 y comienzos del nuevo milenio obligaron a sus trabajadores a pasar del contrato a término indefinido al contrato a término fijo. Al ver que sus trabajadores podrían tener derecho a un contrato a término indefinido, digamos para siempre, porque cumplían más de diez años de servicio y la posible pensión sanción por despido injustificado, empezaron a aplicar esta política de cambio de contrato amparados en la Ley 789 de 2002 que en su artículo 28 modificaba el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, todos aquellos trabajadores que estaban entre los 8 y los nueve años fueron liquidados unilateralmente e indemnización. Este cambio, con pago de indemnización por despido injusto, aseguró para muchas entidades que los

retirarse recibiendo en compensación determinadas sumas de dinero, renunciando, incluso, a su jubilación. Todo con la idea de promover al trabajador para buscar nuevo o mejor empleo en un escenario que se suponía brindaría mayores y mejores ofertas de trabajo, pues la promesa era que serían beneficiarios de ser incorporados de manera directa a las empresas que llegarían al país debido a la liberación de la economía por efecto de la apertura económica o en la misma empresa en la que venían laborando volverían a re-vincularse, pero con un esquema regulativo más flexible, pues por razones económicas, de competitividad y de re-direccionamiento, era necesario fomentar nuevas formas de vinculación laboral, pues de otra manera la empresa tendería a su desaparición y, por supuesto, esto afectaría también al trabajador.” El resultado en la actualidad es que esa estrategia no dio con los propósitos esperados y el dinero que recibieron miles de empleados por la negociación sólo sirvió para cubrir ciertos rubros esenciales a la unidad familiar por un determinado tiempo. En algunos casos, terminaron montando negocios propios que los fueron dejando, gradualmente, fuera del mercado laboral.¹⁸² En eventos repetidos y de gran amplitud, se potenciaron los renglones de la economía “sumergida”, lo que equivale a hablar de economía informal; en otros, el antiguo trabajador por cuenta ajena pasó a enlistar las filas del “trabajo independiente”, “trabajo autónomo”, pero no en sentido positivo como se esperaba.¹⁸³ Esto fue despotencializando la mano de obra contratada de manera directa y “des-industrializando”¹⁸⁴ y, al mismo tiempo, fortaleciendo vínculos laborales atípicos, con el consecuente fomento del subempleo como último recurso a fin de no terminar desempleado.

El nuevo esquema económico, de acuerdo con lo anterior, nos permite observar un cambio en el que se reduce drásticamente el nivel del pleno empleo y aumenta, en su remplazo, y de modo vertiginoso la fórmula del empleo atípico, fácilmente detectado y definido en las cualidades que nos provee la reflexión de Galeano: “más horas de trabajo, menos salario y cero beneficio social”. Ésta sería también una manera sencilla de definir el concepto de flexibilización laboral. En el pasado las recesiones económicas desembocaban en desempleo generalizado. En la actualidad, la flexibilización laboral, producto de la des-regulación económica, se convierte en la clave que contrarresta los declives de una economía recesiva. Sin embargo, la flexibilización se volvió una fórmula que cobra sentido de

trabajadores siguieran haciendo los mismos trabajos con las mismas obligaciones pero por un contrato más precario y bajo presión intimidatoria. En muchos casos la fórmula sirvió para prescindir de los servicios de trabajadores que saltaron a las filas de la informalidad.

¹⁸² Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia, p. 292.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 291.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 291. *Resalta el Caso de San Gil, capital de la provincia de Guanentá en el departamento de Santander, donde 18 años después de iniciada la apertura se **desindustrializó** (resaltado fuera del texto) la región, generando migraciones a las capitales del país o migraciones internacionales. Es cierto que la región ha tenido un reacomodamiento hacia mercados diferentes como el turismo las “fábricas sin chimenea”... pero la vinculación de la mano de obra no ha sido, según expertos, nunca la que se tenía antes...”*

permanencia, haya o no recesión. Las fórmulas del empleo flexible, calificadas todas como atípicas se imponen por el mundo, y más en este Continente, como salidas no temporales sino pétreas para modelos económicos que padezcan o no los ciclos de la llamada recesión. La flexibilidad ya es muy bien conocida y suele manifestarse en contratos temporales de distinta modalidad, trabajo a tiempo parcial, contratación de ETS (Empresa Temporal de Servicios), Cooperativas de Trabajo Asociado (CTAS) en Colombia y maquilas como en México, Salvador y Guatemala. Esta situación permite hacer contrastes entre la precariedad y la calidad del trabajo que puede medirse entre trabajadores dependientes y trabajadores independientes. En estadísticas recientes que nos provee Stefano Farné podemos observar un importante cambio en las variables trabajo asalariado y trabajo independiente. El incremento de los trabajadores independientes va superando ampliamente el porcentaje de los asalariados, lo que además va originando diferencias en detrimento del independiente: menos ingresos, jornadas de trabajo más extensas, menor capacitación y escasa afiliación a la seguridad social y a la pensión. Todo esto hace que la fórmula de trabajo independiente pase a recibir el calificativo de precario.¹⁸⁵

6.4 FLEXIBILIZACIÓN O EL DISIMULADO RETORNO AL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

De la década del 90 hacia el presente, la fórmula flexibilizadora va configurándose legislativamente lo que va a desembocar en una nueva fase del Derecho del Trabajo caracterizado especialmente por una crisis de identidad en la que aparecen tres modos de interpretación: 1) los más pesimistas que anuncian el fin de esta área del derecho (“apocalípticos”); 2) “los “conservadores” quienes asumen que el derecho laboral no pierde su identidad a pesar de los vaivenes económicos y creen que las normas que regulan el trabajo subordinado siguen conservando su esencia¹⁸⁶, siguen siendo el centro de la juricidad laboral y 3) los que hacen un esfuerzo por ir más allá del pesimismo o el conservadurismo

¹⁸⁵. FARNÉ, Stéfano. La Calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI, U. Externad de Colombia, Bogotá, 2012, pg. 28.

¹⁸⁶ SILVA ROMERO, Marcel. Palabras Inaugurales. El Derecho Laboral que Hereda el Milenio (transformación de su enseñanza). Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1999, pgs. 14 y 15. Las expresiones “apocalípticos” y “conservadores” son utilizados por el que fuera decano de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional a finales de los años 90, el jurista y profesor Leopoldo Múnera Ruíz. Él utiliza estas expresiones haciendo referencia a dos modos de interpretación a través de los cuales se han encausado las reflexiones sobre la flexibilización laboral en Colombia y Latinoamérica; resaltando además que la una (la apocalíptica) promueve una visión demasiado pesimista: “nos vamos a perder en el vacío”; y la otra (la conservadora) se aferra a momentos “oxidados del pasado” sin percatarse de las nuevas formas del trabajo que afrontamos. Podríamos denominar a este enfoque, además de oxidado, de visión miope.

señalado¹⁸⁷, pues observan que se trata, más bien, de un nuevo escenario de lógica económica y social al que tendrá que adaptarse el derecho laboral sin perder su esencia y buscando la posibilidad de ampliar su marco regulativo más allá de la tradicional forma de relación laboral en la que el centro de imputación jurídica lo disputaban la empresa y la subordinación. El jurista español Antonio Baylos, nos dice que esa tutela del derecho laboral, hoy, termina siendo restringido, pues sus perfiles no reconocen un escenario de prestaciones de servicios, no desdeñable, y que se disciplina jurídicamente en régimen de “autonomía propia”, es decir, “el discreto retorno del arrendamiento de servicios”¹⁸⁸, lo que también podría denominarse la potenciación de la jurisdicción civil en detrimento de la laboral.

Lo anterior, deja clara la necesidad de ir reconociendo nuevas formas de subordinación que emergen de contratos que, en apariencia, no parecen ser laborales (prestación de servicios) y que, por lo mismo, fácilmente ocultan el carácter subordinante, lo que ha servido para el fomento de la explotación sin consecuencias jurídicas hacia las viejas y nuevas formas de empresa, incluyendo las transnacionales. Como puede evidenciarse, precisamente, en las denuncias que exponía en su momento el semanario Boyacá 7 días al hacer referencia del incremento de despidos, el fomento de contratos temporales, a lo que se añadiría la tendencia frecuente de respaldar esa contratación temporal a través de la figura de la “prestación de servicios”, que no hace mucho tiempo se le denominaba orden de prestación de servicios y ahora pasó a denominársele contrato por honorarios. En el fondo, las expresiones no tienen ninguna diferencia, terminan tendiendo el mismo significado con las mismas consecuencias descritas aquí, lo que debe quedar en claro es que esa figura contractual pasó de ser recurrente a frecuente y permanente hasta hoy. Esta figura contractual ha servido incluso para entidades públicas en las que conviven dos clases de nóminas: una, cada vez más reducida, denominada de planta, donde el “trabajador” cuenta con todos los mecanismos tuitivos del Derecho Laboral y que giran en torno a la subordinación; la otra, amplia y paralela a la primera, que alude al término “contratistas” (desde luego, no “trabajadores”), los cuales se rigen bajo la jurisdicción del derecho civil y comercial. Lo cierto de estas distinciones formales es que en la práctica se hacen

¹⁸⁷ BAYLOS, Antonio. Derecho del trabajo (modelo para armar), ed. Trotta, Madrid, 1991. p. 67. La postura intermedia, que es hacia donde se mueve la reflexión sobre la flexibilización, también desde la década de los noventa hasta hoy, puede recogerse del trabajo del jurista español Antonio Baylos que hace referencia a sistemas de regulación menos rígidos aplicados a una autonomía individual más allá de lo que él llama “las tentaciones californianas a la Silicon Valley”(excesivo relajamiento de las relaciones laborales con fuerte inclinación a las relaciones laborales individuales y casi anulación de las colectivas), o de las tendencias que denuncian una “conspiración” orientada a expedir certificado de defunción a la tutela que venía prestando el Derecho del Trabajo.

¹⁸⁸ BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: Modelo para armar. Ed. Trotta, Madrid, 1991, pp. 68 y 69.

indiferenciables, pues en los hechos, tanto “trabajadores” como “contratistas” se encuentran bajo subordinación. Hay casos, muy frecuentes, en los que el contratista debe cumplir horario y regirse a los parámetros estatutarios (reglamento interno de trabajo) y de labor que impone la empresa. A veces, la mayoría de “contratistas” son cuotas políticas concedidas como promesa de empleo por parte de “políticos” de turno que van en busca de votos y en contraprestación prometen vinculación laboral que en la práctica se traducen en “contratos de honorarios”.

Más allá de esta breve denuncia es importante recalcar que este tipo de contrato supone una libertad contractual que da prelación al libre acuerdo de voluntades y en este sentido, desde luego, cobra fuerza la figura del arrendamiento de servicios que no contempla propiamente una subordinación. El replanteamiento de esta figura corresponde a lo que se describía en párrafos anteriores en donde, por necesidades de reorganizar el aparato productivo, a raíz de la apertura económica, era necesario ir configurando una figura contractual que pusiera como centro la autonomía individual, lo que conllevaría, teóricamente, a que el trabajador libremente negociara sus condiciones de empleo y así lograra potenciar sus habilidades, su inventiva y su emprendimiento empresarial.¹⁸⁹ Del mismo modo, esto favorecería a nivel general la competitividad y el crecimiento económico. Expertos analistas de la economía del país apoyaban esta misma dirección ya que esto resultaba más provechoso y menos gravoso para el Estado y la industria en general a lo que se añadía el beneficio de superar altísimas tasas de desempleo.¹⁹⁰ Esto, por supuesto, fue colocando la relación obligatoria del contrato laboral (que reconocía la desigualdad económica de uno de los contratantes y la consiguiente subordinación a favor de la parte débil: el trabajador) por fuera las reglas de protección que aplicaba el derecho del trabajo.¹⁹¹ Así las cosas, la relación obligatoria en el contrato laboral fue asumiendo de manera casi natural y espontánea el contenido propio que le asigna derecho civil. Para el caso Colombiano, desde luego, la espontaneidad ha tenido el respaldo de la ley y está comprobado que esa práctica comercial de orden individual, derivada de allí, se prestó para malversaciones, ficciones y fraudes como en el caso de las CTAs a los que tuvo que poner coto la jurisprudencia constitucional hasta hoy, y desde luego, no para el abundante número de

¹⁸⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia. Ed. IEMP. Colombia, 2011. Cap. IX Como puede deducirse sobre toda la normatividad del trabajo asociado en Colombia desde el año 1963 y más hacia el presente con la ley 79 de 1988 (ley general del Cooperativismo en Colombia) y sus posteriores decretos hasta hoy. 30 años de encuentros y desencuentros”

¹⁹⁰ ECHAVARRÍA, Juan José y PARRA, Mónica. Empleo, flexibilidad laboral y crecimiento en Colombia. Empleo y Economía. Ed, Urrutia, Montoya Miguel (Banco de la República), Bogotá, 2001, p. 197 Y SS.

¹⁹¹ Op. Cit. BAYLOS, p. 69.

denuncias que reportaron organizaciones sindicales y algunos medios de comunicación escrita, televisiva y radial diferentes a RCN y Caracol.

6.5 FLEXIBILIZACIÓN Y COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: TENER TRABAJO (EN TÉRMINOS REALES) Y NO TENERLO (EN TÉRMINOS FORMALES); EL ETERNO PROBLEMA ENTRE LA VERDAD Y LA APARIENCIA

Antes de hablar de las Cooperativas de Trabajo Asociado en la actualidad, conviene hacer un breve repaso de sus antecedentes históricos los cuales se remontan a la doctrina del cooperativismo, muy consolidada y propuesta durante el siglo XIX, especialmente por los socialismos utópico y científico. Esta doctrina tuvo como propósito central fomentar una forma de trabajo en equipo a fin de mejorar el nivel de vida de los obreros, valorando fundamentalmente la iniciativa propia de cada uno y tratando de erradicar la finalidad del lucro en cabeza de un solo individuo mediante la acción mutua y voluntaria de quienes conformaban la cooperativa. De conformidad con esta finalidad, primaba la acción de las personas asociadas sobre los capitales, la igualdad entre sus miembros y la obtención de un beneficio común logrado por el esfuerzo común. De finales del siglo XIX al XX el cooperativismo comienza a tener un auge importante, especialmente hacia los Estados socialistas con fuerte inclinación marxista en el sentido de oponerse y minar la lógica de la empresa privada capitalista, lo que de paso permitía desplazar la economía política de la propiedad por la economía política del trabajo, pensando en la posibilidad de superar el conflicto entre el capital y el trabajo a fin de lograr que ambas realidades llegaran a una armonía indisociable.¹⁹² La propuesta cooperativa, en algunos casos prácticos, tuvo un buen comienzo, pero no un final feliz, especialmente cuando la voluntariedad de sus asociados, libre y autónoma, pasó a ser forzosa; impuesta por el Estado sin ninguna posibilidad de negociación, como ocurriera en la antigua Unión Soviética al morir Lenin (cooperativismo por libre voluntad de sus asociados), y ser colocado en el poder Stalin (cooperativismo forzado en función de los fines del Estado).¹⁹³

En América Latina, durante el período que comprende la conquista y la colonia, encontramos un antecedente remoto pero casi equivalente al del cooperativismo y es el que tiene que ver con el trabajo colectivo de las comunidades indígenas amparado en la legislación de indias. Allí nos encontramos con un sistema de cooperación como lo fue el de las cajas de censo y bienes de comunidad las cuales recogían los beneficios logrados por el trabajo comunitario para ser

¹⁹² MONSALVE, Ramírez, Alfonso. Trabajadores Empresarios. Ed. Ediciones Aurora, Quito, Ecuador, 2012, p. 134 y 135.

¹⁹³ *Ibíd.* p. 138.

repartidos de la misma forma entre cada indígena. El contexto de este ejercicio era el resguardo, institución indígena, reconocida por las leyes de indias, la cual imponía un servicio comunitario, advirtiendo que no se reconocía la propiedad privada, pues todo era de todos.¹⁹⁴

La historia del cooperativismo en el mundo se mueve entre claros y oscuros, sin embargo sigue siendo hasta hoy una fórmula propia de la economía solidaria en donde se pone el acento en la autogestión de la organización productiva en el sentido de que lo autogestionario hace referencia a una sinergia lograda por la unión de los trabajadores. En esa unión todos son simultáneamente copropietarios y trabajadores y al mismo tiempo en ellos recae el poder de decisión.

Actualmente en Colombia, las Cooperativas de Trabajo Asociado se pueden entender de dos maneras: 1) las de consumidores de bienes o usuarios de servicios que a través de la misma cooperativa suplen sus necesidades y, 2) las de trabajo asociado donde todos aúnan sus fuerzas en función de la producción de un bien o servicio, claro está, que como en el caso 1, buscando un beneficio logrado por la misma asociación. Estas organizaciones sin ánimo de lucro, como lo establece la ley 79 del año 88, pertenecen al sector solidario de la economía que permite la asociación de personas naturales, las cuales, de modo sinérgico y simultáneo, son a un mismo tiempo gestoras y aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de variadas actividades económicas, profesionales, intelectuales, lo que debe generar un bienestar recíproco: para quienes las conforman y para quienes se benefician de ellas, es decir la comunidad en general.¹⁹⁵ Cabe resaltar aquí que las Cooperativas de Trabajo Asociado y su legislación nacen con anterioridad al marco normativo que consagrará la Constitución Política del 91.

En resumen, el surgimiento y desarrollo de las CTAs, a pesar de su legislación y reconocimiento constitucional, se va a orientar hacia unas situaciones distorsionadas y antagónicas, opuestas, desde luego, a los principios que las animan y les dan vida. En Colombia, las CTAs, paradójicamente, serán la fórmula perversa para tergiversar precisamente su ánimo solidario y atentar contra sus mismos principios. Esto ya puede corroborarse a través de las siguientes denuncias que nos presenta el escritor Colombiano, afincado en Ecuador, Alfonso Monsalve Ramírez, quien toma como referencia y cita de modo explícito las denuncias hechas por el periodista colombiano Ricardo Aricapa para una investigación de la Escuela Nacional Sindical de Colombia:

¹⁹⁴. RIVERA, Campos. Derecho Laboral. Ed. Temis. Bogotá Colombia, 2003, p. 177.

¹⁹⁵ POLÍTICAS PÚBLICAS Y COOPERATIVISMO EN COLOMBIA. Cooperativas de Trabajo Asociado. p. 250.

“Bajo el gobierno del presidente... Álvaro Uribe Vélez... varias CTAs, se transformaron, como parte del compromiso “global” con el capital financiero de garantizar “flexibilidad laboral” a los inversionistas extranjeros en auténticas “tercerizadoras”, sin limitarse a las aberrantes condiciones de contratación que caracterizan esta retorcida figura laboral donde quiera que actúe, sino haciéndolas aún más inmisericordes y arbitrarias... retrocediendo a un capitalismo salvaje rayando en la esclavitud”.¹⁹⁶

A lo anterior, Monsalve trae a colación una denuncia que hace el periodista Aricapa sobre el manejo perverso de las CTAs en los ingenios del Valle del Cauca. Allí, miles de “corteros” (nombre que se utiliza para hacer referencia a los cortadores de la caña) no tienen una contratación directa, su vinculación se hace a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, las cuales comenzaron a suplir, bajo la figura de la subcontratación, el trabajo de otros “agentes económicos”.¹⁹⁷ Esto hizo que se difuminaran sus objetivos solidarios para terminar fungiendo como intermediarias, suministradoras de mano de obra; una mano de obra que no percibe salario (sino bonificaciones), ni prestaciones sociales, ni derecho de asociación ni de sindicación. Como lo muestra la denuncia que explicita Monsalve, los sectores de la economía que más se fueron beneficiando de dicha perversión fueron los de servicios, aseo, agricultura y textiles en los departamentos de Antioquia, Santander, Valle del Cauca y Cundinamarca¹⁹⁸ (sin mencionar a Boyacá, en donde también se aprovechó la misma modalidad de contratación).

Dentro de este contexto descrito vale la pena resaltar el siguiente comentario:

“Toda la terminología que rodea está sacada de los libros del cooperativismo. Se habla de asociados y no de obreros, se habla de oferta mercantil y no convención colectiva de trabajo; y a las prestaciones laborales no se les llama primas sino bonificaciones. Pero a la hora de la verdad funcionan más como bolsas de empleo que como cooperativas. Y con los trabajadores amarrados a ellas porque tienen que aceptar las condiciones de contratación que les impongan los dueños de las cooperativas, que actúan de común acuerdo con los ingenios. Porque el trabajador no se puede sentar a pensar si acepta o no el acuerdo que le ofrecen, porque de no aceptarlo cómo alimenta a su familia y paga el arriendo de su casa”¹⁹⁹

El fenómeno descrito, pasa a ser reconocido por el Gobierno Nacional tardíamente, admitiendo, de paso, que sus políticas públicas para la gestión,

¹⁹⁶ Op. Cit., MONSALVE, p. 147.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 148.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 150.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 50.

control, cuidado y supervisión a fin de evitar esta práctica cooperativista perversa se han hecho imposibles, toda vez que el mismo Estado ha recurrido a ellas.²⁰⁰ La imagen del modelo de Cooperativismo de Trabajo Asociado como se puede observar, se ve opacada y suplantada por acciones “pseudo-cooperativistas” promotoras de intermediación laboral en situaciones en donde las modulaciones normativas que no generan coherencia, ni sistematización, en lugar de poner coto a la práctica, terminan amparando esta forma de explotación laboral, pues generan zonas de penumbra jurídica que permiten cualquier tipo de interpretación, lo que casi siempre inclina la balanza a favor de las empresas evadiendo de esta modo sus responsabilidades laborales con los “cooperados”, que en los hechos reales, son trabajadores.²⁰¹

A través de la misma información suministrada por la Procuraduría General de la Nación en su texto “Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia (30 años de encuentros y desencuentros)” y, en aras de potenciar esta investigación, se reproduce a continuación el siguiente fragmento:

“Según la Escuela Nacional Sindical..., hay en Colombia un alto número de cooperativas de trabajo asociado que actúan como suministradoras de personal a distintas empresas privadas o públicas y que, aparte de no cumplir con lo que las obliga la ley, incumplen con la doctrina cooperativa y carecen de autonomía, pues están supeditadas a lo que las empresas contratantes las obliguen.

El interés al promover las CTA fue en sus orígenes para generar nuevos empleos, facilitando fuentes de trabajo, no para suplir el existente ni para facilitar condiciones a los empleadores públicos o privados para alcanzar propósitos perversos como “disminución de sus costos laborales, reducción o eliminación del espacio a los sindicatos, proscripción de la negociación colectiva, evasión de obligaciones parafiscales o hacerle un esguince a la ley”²⁰².

En otras partes del mismo texto (“Políticas Públicas...”):

“El Vicepresidente de la República (2010 – 2014), Angelino Garzón, se ha pronunciado en varias oportunidades frente al tema de las CTA desde su posesión en 2010, argumentando que dada su perversa proliferación, el camino es eliminarlas como forma asociativa en Colombia...”²⁰³

²⁰⁰ Op. Cit. Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia, p. 263.

²⁰¹ Ibid., p. 263.

²⁰² Ibid., p. 268.

²⁰³ Ibid., p. 266.

“(…) No puede haber democracia allí donde se atropelle a los sindicatos. Se elimina el derecho a la contratación colectiva para rebajar los salarios (…) Quien haya escuchado al señor ministro de la “desprotección social” pensará que hay una coincidencia muy grande entre los intereses del cooperativismo y el punto de vista del gobierno en este proyecto. No puedo compartir ese enfoque, porque todos sabemos que las famosas cooperativas de trabajo asociado se han tomado el nombre democrático y respetable del cooperativismo para poder proceder contra el espíritu del cooperativismo a esta especie de régimen de negros, recordando a los que raptaban esclavos negros del África para traerlos a trabajar a las colonias”. Fuente: Robledo, Jorge. Intervención en el Senado, Bogotá DC, Colombia, 17 de junio de 2008. Plenaria sobre Cooperativas”²⁰⁴

6.6 FLEXIBILIZACIÓN Y RESPUESTAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: VAIVENES ENTRE EL “TRIPARTISMO” Y EL “UNIPARTISMO”

Teniendo en cuenta lo que se expusiera en este mismo capítulo con respecto al paso del **tripartismo** (Estado, Empresas y Sindicatos), como elementos definidores de la clásica relación del derecho laboral, al **unipartismo** (Empresas – Trabajadores), como nuevo escenario de configuración económica con reducida protección jurídico laboral o abandono de la misma, se hace ahora necesario ver las respuestas que en clave de “**ratio decidendi**” va formulando la Corte Constitucional Colombiana en un período que arranca del año 1998 hasta el 2012. La exposición que a continuación se va a mostrar hace un análisis teniendo en cuenta los criterios que, o refuerzan la idea flexibilizadora (**unipartismo**), o inclinan la balanza hacia el amparo jurídico (**tripartismo**) o, se colocan como postura intermedia a través de la pregunta: ¿Cuál ha sido la tendencia de la Corte Constitucional Colombiana respecto a la flexibilización o desregulación del derecho laboral?

Tabla 1. Ratio Decidendi de la Sentencia C. 665 de 1998. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN SENTENCIA C-665 DE 1998
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 12 de Noviembre de 1998. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara Expediente: D - 2102
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Benjamin Ochoa Moreno)

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 293.

HECHOS RELEVANTES		
El demandante en la acción pública de inconstitucionalidad, considera que la norma acusada “limitó el alcance de la presunción de contrato de trabajo, consagrando dos casos que quedan exceptuados de ella, a saber: las personas que habitualmente presten servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal, y aquellos que lo hagan en desarrollo de un contrato civil o comercial”		
NORMA(S) DEMANDADA(S)		
Inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990		
PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-665 DE 1998		
¿El inciso demandado vulnera el principio de igualdad, por cuanto se exceptúan de la presunción del contrato de trabajo, y por ende deben probar la subordinación jurídica, las personas que habitualmente presten servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, cuando para los demás trabajadores basta probar la prestación del servicio para que se presuma la existencia del contrato de trabajo?		
RATIO DECIDENDI		
<p>“(…) si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una <u>subordinación</u> o <u>dependencia</u> con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica”. (Subrayado fuera del texto original)</p> <p>“Esto, desde luego, no significa que desaparezcan las posibilidades de contratos civiles o comerciales, o con profesionales liberales, desde luego, mientras no constituyan apenas una fórmula usada por quien en realidad es patrono y no contratante para burlar los derechos reconocidos en la Constitución y la ley a los trabajadores”.</p>		
Tendencia		
Flexibilización y desregulación del derecho del trabajo		Fortalecimiento del tripartismo en la normas que regulan las relaciones laborales

Como puede observarse en la ficha No. 1 la sentencia C - 665 de 1998 reconoce que puede existir vínculo laboral en los contratos civiles o comerciales. El vínculo a través de una orden de prestación de servicios o, lo que hoy se llama contrato

por honorarios, sigue siendo una modalidad que permite la rápida vinculación al empleo, pero también la posibilidad de evadir responsabilidades de orden laboral por parte de quien contrata, como se explicaba en las denuncias expuestas en las páginas 72 y 73, del presente capítulo y como podría deducirse de lo que describe Stéfano Farné al referirse a los modos de contratación “atípica” que sirven para trasladar al trabajador, que en apariencia es “contratista”, la responsabilidad y el costo de su protección social.²⁰⁵ Los contratos civiles y comerciales han sido en los últimos 20 años, maneras de generar nóminas paralelas en contraste con nóminas de contratos laborales. Esto, desde una perspectiva empírica, ha favorecido lo que la OIT llama la “carrera hacia abajo”, potenciado, de paso, la inestabilidad laboral.²⁰⁶

Tabla 2. Ratio Decidendi de la Sentencia C. 371 de 2000. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 29 de marzo de 2000 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz Expediente: P.E.010
SUJETOS RELEVANTES
Ministerio Público, Ministerio de Justicia y del Derecho, Departamento Administrativo de la Función Pública, ASOFONDOS, UCC, Red Nacional de Mujeres, Centro de Estudios en Género, entre otros.
HECHOS RELEVANTES
La Honorable Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones realiza la revisión del proyecto de Ley estatutaria "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones".
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara
PROBLEMA(S) DE LA SENTENCIA C-371 DE 2000

²⁰⁵ FARNÉ, Stéfano et al: “La Calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI”, U. Externad de Colombia, Bogotá, 2012. pp. 54 y 121. Al respecto se ha hablado de carreras hacia abajo, en el sentido de que la gran expansión de la oferta laboral tiende a incidir en el debilitamiento de las normas proteccionistas en la legislación laboral, con las consecuencias correspondientes para la calidad del empleo...

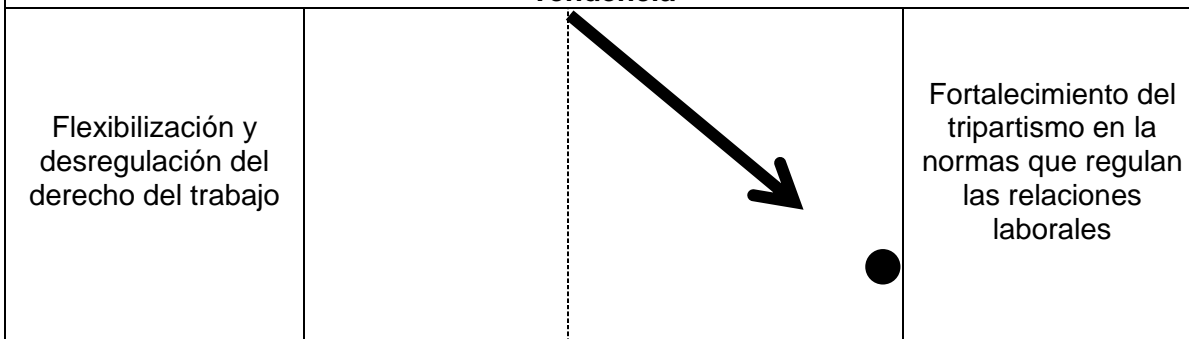
²⁰⁶ SENGENBERGER, Werner. Globalización y progreso social: la función y el impacto de las normas internacionales del trabajo. Ed. Fiedrich Ebert Stiftung - Nueva Sociedad, Bonn, 2002, p. 10.

- ¿La mujer carece de representación en los más altos niveles decisorios del Estado, y de participación en el sector privado y en las demás instancias de la sociedad civil?
- ¿Existen factores de orden cultural, económico, social o académico, que justifiquen ese estado de cosas?
- ¿Puede el Estado dar un tratamiento preferencial a la mujer para remediar esa situación?

RATIO DECIDENDI

- “A pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y la masculina, calificada para acceder a los más altos niveles decisorios, tal equilibrio no se refleja en la efectiva representación de uno y otro en dichos niveles”.
- “La precaria representación de la mujer obedece a un criterio irracional de discriminación, más que a supuestos factores de inferioridad natural o de formación cultural y académica, lo demuestra de modo contundente el hecho de que en la carrera administrativa, cuyos cargos se proveen por el sistema de méritos, la representación de la mujer llega incluso a sobrepasar a la del hombre”.
- “el reconocimiento de la igualdad permite que en algunos eventos se establezcan diferenciaciones, más aun tratándose de la promoción de personas o grupos que se encuentran en situaciones de desventaja; pero también se ha dicho que no toda norma que establezca un trato diferenciado, así persiga beneficiar a estas personas o grupos es, por esa sola circunstancia, constitucional. En cada caso, habrá de analizarse si la medida es razonable y proporcionada”.

Tendencia



La Sentencia C-371 de 2000, permite ver un reconocimiento especial al papel de la mujer en la participación de cargos directivos – decisorios en empresas públicas y, desde luego, la no discriminación en el concurso que oferta y promueve la Comisión Nacional del Servicio Civil. A pesar de que la presente investigación no hace un análisis puntual respecto a la flexibilidad en cuanto género, vale la pena resaltar que la informalidad, el subempleo y el tiempo parcial involuntario, así como otras posibles formas de labor flexibilizada recaen más en la mujer, lo que además trae como consecuencias, menos ingresos y menos cotización a la seguridad social para ellas, quedando en una situación de mayor desprotección y vulneración de sus derechos laborales, como lo afirma Farné: “...todavía persiste un importante diferencial de ingresos, del orden del 85 % a nivel agregado en contra de las mujeres... las mujeres ahora trabajan más, pero la brecha de género existente en materia de calidad del empleo, en su conjunto, no se ha venido

cerrando durante el período aquí analizado. Más aún algunos indicadores revelan exactamente lo contrario”.²⁰⁷

²⁰⁷ FARNÉ: Op. Cit., p. 146.

Tabla 3. Ratio Decidendi de la Sentencia C. 211 de 2000. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 1° Marzo de 2000 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz Expediente: D-2539
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Humberto de Jesús Longas Londoño)
HECHOS RELEVANTES
El demandante en la acción pública de inconstitucionalidad, considera que las normas acusadas “violan los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución, porque menoscaban los derechos de los trabajadores al consagrar que los trabajadores y gestores de las empresas cooperativas de trabajo asociado se rigen por el régimen de trabajo, previsión, seguridad social y compensación, establecido en los estatutos y reglamentos de la cooperativa, en razón del acuerdo cooperativo y no en el estatuto del trabajo”. - En suma, “Según el actor como el artículo 6 parágrafo 2 de la ley 454 de 1998 hizo extensivo el carácter de organizaciones solidarias a las empresas asociativas de trabajo reguladas por la ley 10 de 1991, la inexequibilidad de los artículos 59 y 135 de la ley 79/88 debe cubrir también a dichas empresas”. - Adicionalmente, “En cuanto a los artículos 154 de la ley 79 de 1988 y los numerales 6 y 7 del artículo 36 de la ley 454 de 1998, el demandante pide que se declaren exequibles en forma condicionada, en cuanto a límites y responsabilidad (...)”.
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 59, 135 y 154 de la ley 79 de 1988 y los numerales 6 y 7 del artículo 36 de la ley 454 de 1998.
PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-211 DE 2000
- ¿La autoerización que se confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación viola la Constitución? - ¿La no aplicación de las disposiciones del Código Laboral a los "trabajadores", de esa clase de organizaciones, viola el principio de igualdad en relación con los trabajadores dependientes? - ¿La indeterminación de la cuantía de los salarios mínimos que se puede imponer como sanción administrativa tanto personal como institucional a quienes incurran en ciertas faltas, viola el ordenamiento superior? ¿Va en detrimento de los fines que propone del derecho laboral?

RATIO DECIDENDI

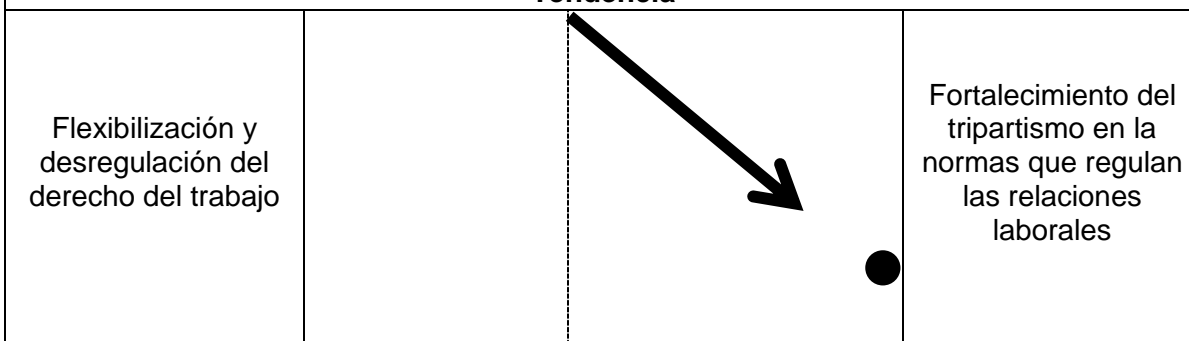
- “Si bien en desarrollo de la libertad de asociación las cooperativas están regidas en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones”. (Subrayado fuera del texto original).

- “Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador (...) Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario”. (Subrayado fuera del texto original).

“(...) Cuando dichas cooperativas contratan trabajadores dependientes (...) éstos se rigen por las normas consagradas para la generalidad de los trabajadores: la legislación laboral vigente, pues en este caso sí se dan todos los supuestos de una relación laboral subordinada, a saber: existe un empleador, un trabajador que labora bajo la subordinación de aquél, y una remuneración o salario. (Subrayado fuera del texto original).

- “En el caso bajo examen la ley señaló la sanción: multa, fijó su cuantía: "hasta de doscientos salarios mínimos", pero infortunadamente en los numerales acusados, no determinó si éstos salarios son mínimos o mensuales. Omisión que fue subsanada posteriormente en el decreto 1401 de 1999 "Por el cual se desarrolla la estructura y funciones de la Superintendencia de la economía solidaria y se dictan otras disposiciones", al repetir en el artículo 5, numerales 6 y 7, los mismos preceptos aquí demandados, y señalar que tales salarios mínimos son "mensuales". En consecuencia, ha de entenderse que aquellos a que alude el precepto demandado son "mensuales." (Subrayado fuera del texto original).

Tendencia



De finales de los años 90 a comienzos del nuevo milenio las CTAs aumentaron considerablemente y, como ya se ha dicho, comenzó a desviarse el propósito que las creaba y animaba, pues terminaron convirtiéndose en fachadas que de fondo funcionaban como bolsas de empleo o subcontratistas. Como puede verse en la

sentencia C. 211, se da un respaldo constitucional a las formas de las CTAs, así como a su naturaleza jurídica, su distinción y autonomía, pero advirtiendo que sólo en casos excepcionales y de modo ocasional o transitorio podrían vincular trabajadores no asociados quienes se registrarían por la legislación laboral. Esta medida, desde luego, no encontrará el eco esperado a nivel legislativo, se presentarán contradicciones y falta de unificación desde el punto de vista de la posición Estatal, ya que muchos grupos de poder con fuerte influencia en el Congreso afectarán la naturaleza jurídica de las CTAs como puede observarse en un intento de salvaguardar su finalidad (ver Decreto 4588 de 2006) o protegerla parcialmente (ver decreto 2025 de 2011).²⁰⁸

Tabla 4. Ratio Decidendi de la Sentencia C. 038 de 2000. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de Enero de 2004 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett Expediente: D-4361
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Enrique Borda Villegas)
HECHOS RELEVANTES
“El ciudadano Enrique Borda Villegas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra la totalidad de la Ley 789 de 2002 por vicios de trámite y por considerar que ese cuerpo legal califica, en forma ilegítima, al trabajo como una mercancía. Adicionalmente, y por otras razones, el actor solicita la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de esa misma ley que regulan el sistema de protección social, el trabajo ordinario y nocturno, el trabajo dominical y festivo, la indemnización en caso de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por falta de pago, la relación de aprendizaje, y la jornada laboral flexible”.
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30, 51 parciales de la ley 789 de 2002.
PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-211 DE 2000
- ¿Las disposiciones acusadas desconocen el derecho al trabajo y los principios fundamentales laborales establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos (CP arts 1°, 25 y 53), en especial en los Convenios de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

²⁰⁸ Cfr. “Políticas Públicas...”, p. 257.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

- ¿hasta qué punto es constitucionalmente legítimo reducir ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento con el fin de promover el empleo de quienes carecen de trabajo?
- ¿La indeterminación de la cuantía de los salarios mínimos que se puede imponer como sanción administrativa tanto personal como institucional a quienes incurran en ciertas faltas, viola el ordenamiento superior?

RATIO DECIDENDI

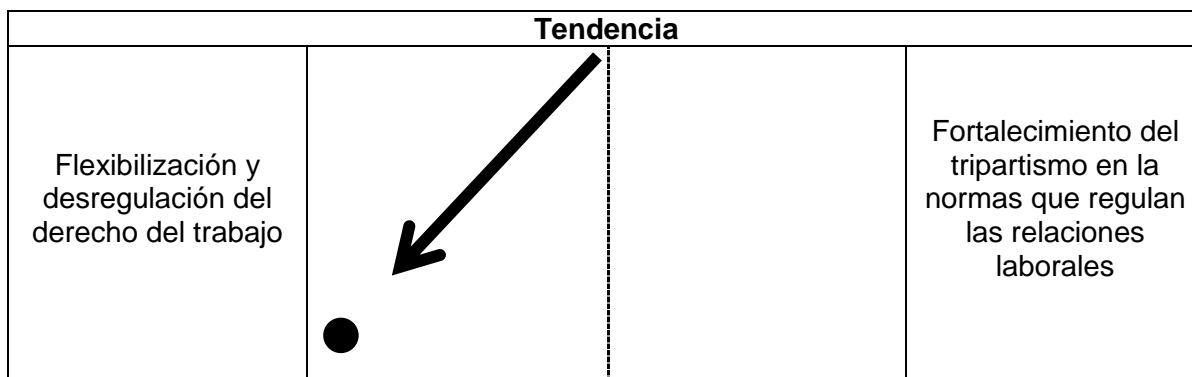
- “(...) la promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado. Entra pues la Corte a examinar la adecuación y proporcionalidad de las medidas atacadas (Subrayado fuera del texto original).

La justificación de la adecuación y necesidad de las medidas

- “(...) una estrategia de combate al desempleo, fundada en una determinada concepción económica, puede tomar algún tiempo en comenzar a rendir plenamente sus frutos. Y precisamente, en el presente caso, el propio Legislador fue consciente de la necesidad de evaluar, luego de un tiempo razonable, la eficacia de las medidas. La ley 789 de 2002 fijó un término para que las medidas empiecen a producir sus efectos (...) Esto significa que el propio Congreso determinó que dos años eran un plazo razonable para que se pudiera evaluar la eficacia de las políticas adoptadas. Y aunque eso no implica que la vigencia de las reformas de la Ley 789 de 2002 sea temporal, sí significa que en ese momento esas reformas están sujetas a una evaluación y debate, por mandato de la ley, y que esa evaluación debería conducir incluso a la derogación de aquellas medidas que no hayan sido eficaces en la promoción del empleo”. (Subrayado fuera del texto original).

- “La estrategia de reducción de los recargos por jornadas nocturnas o por festivos, o la flexibilización de la jornada de trabajo y de los días de descanso, son medidas que buscan tener efectos inmediatos en la promoción del empleo, pues pretenden una reducción de costos y una flexibilización de las jornadas de trabajo. La aplicación de esas medidas a los contratos acordados antes de la vigencia de la Ley 789 de 2003 tiene entonces lógica, pues permite inmediatamente a los empresarios reducir sus costos y flexibilizar sus procesos económicos, lo cual incentiva la contratación de nuevas personas. Por ello la Corte encuentra que la aplicación de esas medidas incluso para contratos establecidos con anterioridad a la promulgación de la Ley 789 de 2003 es compatible con el mandato de progresividad (...)”.(Subrayado fuera del texto original).

- Igualmente, la reducción de la indemnización por despido injusto establecida en el artículo 28 acusado busca esencialmente reducir el riesgo de contratación de los patronos, en la medida en que los costos de un eventual despido sin justa causa resultan menores. Esto significa que esa medida promueve el empleo, por cuanto reduce el riesgo de los empresarios a contratar, pues saben que si requieren despedir a ese nuevo empleado, les será menos costoso.



La Sentencia C - 038 inclina su postura hacia la flexibilización, reconociendo las bondades respecto a los propósitos de la Ley 789 de 2002, tales como la ampliación en la cobertura del empleo aduciendo a la **reducción de garantías laborales** como se puede ver en el resaltado de la ficha No. 4. Empero, estudios más o menos recientes advierten que los fines previstos no se cumplieron a cabalidad y que, en el balance general, el resultado vino a ser negativo toda vez que desmejoró la calidad del empleo, se redujo la cobertura de la empleabilidad formal lo que condujo a una escasa afiliación a pensiones y seguridad social.²⁰⁹ A ello, se pueden añadir otros comentarios que hacen referencia a la disminución de los recargos nocturnos (“la noche se volvió día”), facilitando el despido injustificado y disminuyendo la respectiva indemnización en un 50 %.²¹⁰ En otros informes, se resalta la importante contribución que hace la ley 789 a la contratación de aprendices y a una considerable disminución del subempleo en el sector servicios, pero se advierte que, en contra vía, la generación de empleo ha sido más inferior a lo esperado, lo que ha llevado al Gobierno actual a pensar en su desmonte.²¹¹

²⁰⁹ GUATAQUÍ, Juan Carlos y GARCÍA, Suaza Andrés. Efectos de la reforma laboral. ¿Más trabajos y menos empleos? Serie Documentos de Trabajo No. 63, 2009, pg. 39. Disponible [en línea] URL: www.urosario.edu.co/economía/documentos/pdf/dt63.

²¹⁰ GERENCIE.COM. ¿Seguro –que- la -ley -789- buscaba- generar- más -empleo?. Disponible [en línea] URL: <http://www.gerencie.com/html>.

²¹¹ FEDESARROLLO. Informe, 2014: pp. 3 y 4.

Tabla 5. Decidendi de la Sentencia T. 445 de 2006. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
<p>Corporación: Corte Constitucional, La Sala Tercera de Revisión, 02 de junio de 2006 Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Expediente: T-1323636</p>
SUJETOS RELEVANTES
<p>Ciudadano (Celina del Carmen Bedoya Ortiz), Cooperativa de Trabajo Asociado Participemos</p>
HECHOS RELEVANTES
<p>“La señora Celina del Carmen Bedoya Ortiz, (...) interpuso acción de tutela contra la Cooperativa Participemos al estimar que esta entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, el trabajo en condiciones dignas, los derechos del adulto mayor y el derecho al mínimo vital”.</p>
NORMA(S) DEMANDADA(S)
<p>Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 13, 48 y 53</p>
PROBLEMA(S) DE LA SENTENCIA T- 445 de 2006
<p>- ¿Podía la Cooperativa Participemos, sin desconocer el debido proceso, dar por terminado el contrato de asociación celebrado con la accionante, con base en la causal de abandono del cargo? - En caso de darse una respuesta afirmativa al anterior interrogante, la segunda pregunta que se formula la Sala es si una vez informada la Cooperativa de las razones por las cuales la accionante no acudió a su lugar de trabajo, ¿tenía ésta la obligación constitucional de volver a celebrar un contrato de asociación con la tutelante? - Las partes suscribieron un contrato que habría de regir las condiciones de sus relaciones, y que es obligatorio no sólo para la Cooperativa sino también para cualquiera de sus asociados. Además se previeron con claridad y precisión las causales de terminación del mismo. Ni en el régimen de trabajo asociado, ni en el reglamento general de trabajo asociado se prevé un mecanismo especial para dar por terminado el contrato (...) La exclusión del asociado no se enmarca dentro del conjunto de las sanciones disciplinarias que en el convenio de asociación se pactaron. Por lo tanto, para proceder a la exclusión considera la Corte que <u>bastaba con que la Cooperativa le informara a la afiliada la decisión, precisando la causal por la cual procedía a retirarla</u> de Participemos. Por ende, <u>no son exigibles otros deberes procedimentales por parte de la Cooperativa (...)</u>. (Subrayado fuera del texto original)</p>
RATIO DECIDENDI
<p>- “Estima la Corte que en la medida en que en las reglas pactadas por las partes no se previó nada al respecto y el contrato se dio por terminado por una justa causa, en el campo de la autonomía contractual no es constitucional obligar a la Cooperativa a suscribir un nuevo contrato con la señora Bedoya, lo que no obsta para que la Cooperativa, si a bien lo tiene, decida celebrarlo”.</p>

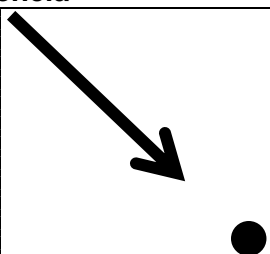
Tendencia		
Flexibilización y desregulación del derecho del trabajo		Fortalecimiento del tripartismo en la normas que regulan las relaciones laborales

En la Sentencia T- 445 nos encontramos nuevamente con el fortalecimiento de la flexibilización y el reconocimiento de las reglas propias de los estatutos del trabajo asociado, diferentes a lo que regula el Código Sustantivo del Trabajo. La sentencia concede a la Cooperativa la posibilidad de prescindir del servicio de su asociada, pues insiste en la no comprobación de un vínculo laboral. A este reconocimiento se añadirá, posteriormente, y en otra sentencia (la C- 855de 2009) la obligación de asumir pagos parafiscales como lo hacen empresas donde si existe el trabajo subordinado.²¹²

Tabla 6. Ratio Decidendi de la Sentencia T. 471 de 2008. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, La Sala Tercera de Revisión, 15 de mayo de 2008 Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Expediente: T-1.697.107 y T-1.697.108
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadanos (Luís Evelio Ruíz Aragón y Abad Montaña Boya), Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura
HECHOS RELEVANTES
Los tutelantes accionan a la sociedad portuaria “por vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, dado que la accionada no les permite ingresar a laborar, aduciendo que no exhiben el documento que certifica su afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social”.

²¹². GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio Sentencia C- 855 de 2009, M.P.: pp. 23 y 24.

NORMA(S) DEMANDADA(S)			
Ley 79 de 1988, Decreto 4588 de 2006			
PROBLEMA(S) DE LA SENTENCIA T – 471 de 2008			
“(…) a la Sala le corresponde Eresolver si vulneran el ordenamiento constitucional i) la exigencia de la Sociedad Portuaria accionada, relacionada con la afiliación a la seguridad social de quienes realizan labores permanentes e indispensables para la realización de su objeto, dentro de sus instalaciones y ii) el desentendimiento de la entidad, sobre la situación laboral de quienes prestan su concurso para adelantar actividades remuneradas, relacionadas con el objeto que la misma desarrolla”.			
RATIO DECIDENDI			
<ul style="list-style-type: none"> - “(…) la entidad accionada no puede impedir que los trabajadores ingresen al Terminal Marítimo a realizar labores que la benefician directamente, argumentando que sus empleadores no les garantizan el acceso a seguridad social, por el contrario, habrá de prestar su concurso para que sus contratistas y subcontratistas brinden a sus trabajadores condiciones laborales acordes con los principios mínimos establecidos en el artículo 53 constitucional y de no ser ello asumirá las prestaciones directamente”. - “No se explica en consecuencia la Sala cómo la accionada afirma desconocer las condiciones que rodean la prestación del servicio, en tanto no niega que los señores Ruíz Aragón y Montaña Boya ejecutan labores que la benefician directamente”. 			
Tendencia			
Flexibilización y desregulación del derecho del trabajo			Fortalecimiento del tripartismo en la normas que regulan las relaciones laborales

En la Sentencia T-471, trabajadores por contrato de honorarios o subcontratados no pueden ingresar al terminal marítimo porque no están afiliados a la seguridad social. La Corte exige el ingreso y además insta al accionado a asumir ese compromiso de dos maneras: a) recordarle a los contratistas y subcontratistas que esa es una de sus responsabilidades frente a sus trabajadores, b) en caso contrario, debe hacerlo la misma Sociedad Portuaria, pues los accionantes de la tutela prestan un servicio que beneficia directamente a esa Sociedad, y por ende, ella también debe hacerse responsable solidariamente de cubrir este tipo de

prestación social. Esta sentencia permite ver la manera como firmas de contratistas y subcontratistas, por medio de la figura de la prestación de servicios, buscan evadir, primero, la relación laboral y, segundo, los compromisos que en cuanto a seguridad social deben asumirse en caso de existir esa relación de trabajo.

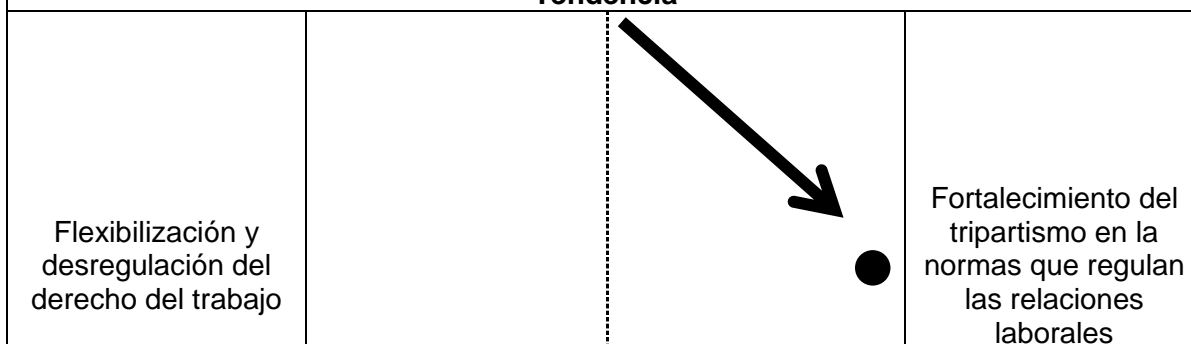
Tabla 7. Ratio Decidendi de la Sentencia T. 518 de 2009. Corte Constitucional. Fuente: elaborada por el autor de la presente investigación.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, La Sala sexta de Revisión, 30 de junio de 2008 Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Expediente: T- 2.207.962
SUJETOS RELEVANTES
Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos (SINALTRAINAL), Presidencia de la República, Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Defensa Nacional, entre otros.
HECHOS RELEVANTES
"Luís Javier Correa Suárez en calidad de Presidente y Representante Legal del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos (SINAL TRAINAL) y como agente oficioso de los 19.000 trabajadores y trabajadoras de la caña que desarrollan su actividad en el Valle del Cauca, presentó acción de tutela (...) por la violación de los derechos fundamentales a la reunión y asociación sindical previstos por los Art. 37, 38 y 39 de la C.P y los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo; los derechos a la igualdad, la estabilidad laboral, el mínimo vital y la alimentación adecuada previstos por los Art. 13, 25 y 53 de la C.P., y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los derechos a la vida y la integridad personal protegidos por los Art. 11 y 12 de la C.P."
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Constitución Política de Colombia, Artículos 11, 12, 13, 25, 37, 38, 39 y 53; Convenio 87 y 98 de la O.I.T.; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales.
PROBLEMA(S) DE LA SENTENCIA T – 518 DE 2009
"(...) corresponde a la Sala determinar si se están violando los derechos de los trabajadores sindicalizados representados en esta tutela, especialmente los derechos involucrados en el cese de actividades del gremio de la caña acaecido desde el mes de septiembre de 2008".

RATIO DECIDENDI

- “(...) un sindicato puede actuar tutelarmente a nombre de sus afiliados, como ocurría en el presente caso. Así, se puede concluir: (i) constitucionalmente los sindicatos son titulares directos de derechos fundamentales y, además, representantes de los derechos laborales de las personas a ellos afiliadas. Por tanto, actualmente no hay discusión acerca de su titularidad para ejercer acciones de tutela en favor de los trabajadores que representa; (ii) la Corte ha admitido que los sindicatos pueden instaurar acción de tutela cuando la protección gira alrededor del amparo de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas”. - En suma, recuerda la H. Corte que “que los asociados a estas organizaciones solidarias gozan, entre otros, de los siguientes derechos: (i) A no ser empleados como mano de obra a favor de usuarios o terceros beneficiarios de tal manera que se configure relaciones de subordinación o dependencia con sus contratantes. (ii) Recibir una compensación por la ejecución de su actividad que sea equitativa al tipo de labor desempeñada, el rendimiento y la cantidad aportada a la organización. (iii) Estar afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral “mientras dure el contrato de asociación”, esto es, su afiliación a los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales”. (Subrayado fuera del texto original)

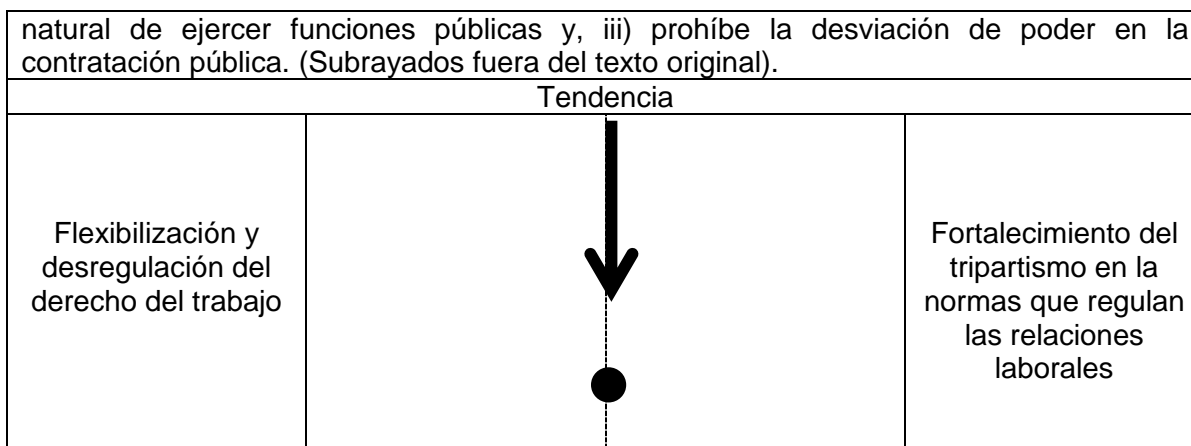
Tendencia



Como en la sentencia C-211 de 2000, se reitera la postura protectora del asociado o “cooperado” en el sentido de no desvirtuar el propósito de éste, convirtiéndolo en empleado a través de la intermediación laboral. Se deduce también, la importancia de reconocer, en caso de existir relación laboral, su condición de trabajadores y no de asociados a quienes deben tratarseles a través de la legislación laboral vigente. Volvemos a encontrarnos con una inclinación hacia el tripartismo y la debida tuición que de allí se desprende.

Tabla 8. Ratio decidendi de la Sentencia C. 614 de 2009. Corte Constitucional.

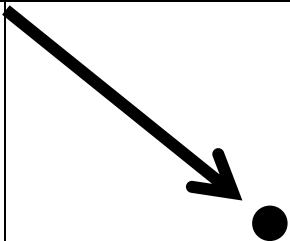
IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 02 de septiembre de 2009 Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB Expediente: D-7615
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadana (María Fernanda Orozco Tous)
HECHOS RELEVANTES
El demandante en la acción pública de inconstitucionalidad, considera que: - El legislador limita las formas de acceso al trabajo en las entidades del Estado y, de esa manera, impone “un obstáculo para que se pueda laborar para una entidad pública, frente al desarrollo normal de sus funciones”. - “La prohibición de celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes del Estado desconoce el artículo 25 superior (...)” - la norma impugnada viola el artículo 53 de la Constitución, “al ser la propia ley, la que está estableciendo límites para que no se celebren contratos de prestación de servicios como forma de desarrollar funciones públicas permanentes, en el entendido que se establece una restricción a la suscripción de contratos de prestación de servicios, como forma legal de laborar para las entidades públicas”
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.
PROBLEMAS DE LA SENTENCIA C.- 614 DE 2009
¿La expresión demandada vulnera mandatos Constitucionales como quiera que la prohibición legal para celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones de carácter permanente en la administración pública constituye una barrera de acceso al trabajo en el Estado, pues mientras la vinculación por contrato puede realizarse de forma expedita y oportuna, la creación de empleos requiere cumplir una serie de requisitos engorrosos, demorados e ineficientes?
RATIO DECIDENDI
“(...) esa prohibición legal constituye una <u>medida de protección a la relación laboral</u> , pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el <u>Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad</u> , o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. De esta forma, <u>el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos</u> porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y



De la sentencia C – 614 se puede deducir una postura intermedia. Por un lado, reconoce que puede haber contratos de prestación de servicios, pero, por otro, advierte que éstos no pueden ser permanentes, toda vez que esta modalidad se aprueba sólo como algo excepcional; sólo justificable en casos en los que deben atenderse funciones ocasionales y no centrales de la empresa pública. Cuando se está haciendo una advertencia de estas es porque muy seguramente la modalidad se hizo permanente en algunas empresas del Estado como ocurre, por ejemplo, con el caso que denuncia el semanario Boyacá 7 días y que ya se expusiera en páginas anteriores.

Tabla 9. Ratio Decidendi de la Sentencia T - 738 de 2009. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, La Sala Segunda de Revisión, 16 de octubre de 2009 Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Expediente: T-2311647
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Olmedo Collazos Carbonero), Ingenio del Cauca S.A. y ARP Liberty.
HECHOS RELEVANTES
“El demandante considera que la conducta desplegada por el Ingenio del Cauca S.A. ha vulnerado su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, por haberlo desvinculado en octubre de 2008, desconociendo que para esa época padecía una incapacidad permanente parcial de origen profesional, con una disminución laboral del 45.40%, adquirida durante el tiempo laborado para esa empresa (...) Sostiene que también se ha vulnerado su derecho a la igualdad frente a los demás compañeros, por cuanto el empleador conservó el vínculo laboral de los trabajadores que no padecían incapacidad por accidente o enfermedad alguna.”

NORMA(S) DEMANDADA(S)		
Constitución Política, Artículos 1, 2, 11, 13, 5 y 48		
PROBLEMAS DE LA SENTENCIA T – 738 DE 2009		
¿Vulneraron el señor José David Guaza Carabalí y/o el Ingenio Incauca los derechos fundamentales del actor a la vida, a la salud, al trabajo en condiciones dignas y justas, al mínimo vital, a la seguridad social, estabilidad laboral e igualdad, al dar por terminado el contrato de trabajo, sin consideración a su estado de salud, teniendo en cuenta que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó a su favor una pérdida de capacidad laboral permanente parcial de origen profesional del 45.40%?		
RATIO DECIDENDI		
<p>“(…) la Sala concluye que el Ingenio del Cauca S.A. –Incauca-, a través del señor José David Guaza Carabalí, es el empleador del accionante. La relación laboral se inició directamente con el Ingenio del Cauca S.A., el 5 de septiembre de 1994 hasta noviembre de 1998, continuó, a través del contratista José Ledezma Mancilla, de enero de 1999 al 10 de junio de 1999 y del contratista José David Guaza del 11 de junio de 1999 al 3 de octubre de 2006. El objeto de los contratos fue durante todo el tiempo el mismo: oficios varios. El lugar de trabajo: La Hacienda la Suiza, terreno del Ingenio del Cauca; la reubicación del señor Collazos; se produjo por instrucción del jefe de personal del ingenio quien autorizó al jefe de zona para la reubicación del trabajador; su seguridad social la cancelaba la secretaria de contratación externa del Ingenio del Cauca”.</p> <p>“Para la Sala de Revisión es claro, entonces, que la terminación del vínculo laboral tuvo como origen la incapacidad de carácter permanente parcial sufrida por el actor como consecuencia de su enfermedad profesional, adquirida durante la relación laboral, y no el mutuo acuerdo entre el trabajador y el contratista. En este punto debe señalarse que el requisito exigido por la Ley y la jurisprudencia constitucional, para terminar el vínculo laboral con una persona en condiciones de debilidad física manifiesta, no se cumple con la mera presencia inactiva de funcionarios de la oficina del trabajo. Tampoco se cumple si su presencia responde a solicitudes distintas a las de autorizar el despido de un trabajador en condiciones de debilidad física manifiesta. Es así que, en este caso, la conciliación adelantada entre el trabajador y el contratista del Ingenio no puede entenderse como la autorización de despido a que se refieren la ley, la jurisprudencia de esta Corte y la Constitución. Por lo demás, la conciliación se surtió entre el contratista y el trabajador, y no entre el empleador –que es el Ingenio- y el trabajador. En ese sentido, y aún si se considera que es posible conciliar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, en este caso la conciliación es ineficaz pues el contratista no tenía ninguna facultad para conciliar a nombre del Ingenio”.</p>		
Tendencia		
Flexibilización y desregulación del derecho del trabajo		Fortalecimiento del tripartismo en la normas que regulan las relaciones laborales

La Sentencia T – 738 muestra una inclinación especial a velar por el lado de la subcontratación y el despido injustificado yendo más allá de la intermediación y reconociendo, como en otras sentencias, que el despido, así como la conciliación estarían a cargo no del contratista o intermediario, sino de la empresa misma que es la beneficiaria de los servicios del trabajador. Aquí nuevamente se puede observar una preocupación de la Corte Constitucional por desbrozar la maraña que se teje entre las Empresas, sus intermediarios laborales y los trabajadores, por lo cual se concluye nuevamente una inclinación hacia el tripartismo.

Tabla 10. Ratio Decidendi de la Sentencia T - 003 de 2009. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, La Sala Séptima de Revisión, 14 de enero de 2010 Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB Expediente: T-2.193.962
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Robert Guerra Villamizar), Siderúrgica del Norte “Sidunor S.A.”, Cooperativa de Trabajo Asociado Gestionar.
HECHOS RELEVANTES
El accionante “solicitó al juez constitucional ordenar a la Siderúrgica del Norte y a la Cooperativa de Trabajo Asociado, su reintegro y reubicación en un cargo acorde con su estado de salud, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital móvil y a la seguridad social”.
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Constitución Política Artículos 1, 2 y 48
PROBLEMAS DE LA SENTENCIA T – 003 DE 2010
¿(...) se vulneraron derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social, del señor Robert Guerra Villamizar que fue separada de su trabajo y desvinculado en forma unilateral por la Cooperativa de Trabajo Asociado a la cual pertenecía, a pesar de sus precarias circunstancias de salud por sufrir las consecuencias de un accidente de trabajo ocurrido en ejercicio de sus funciones?

RATIO DECIDENDI

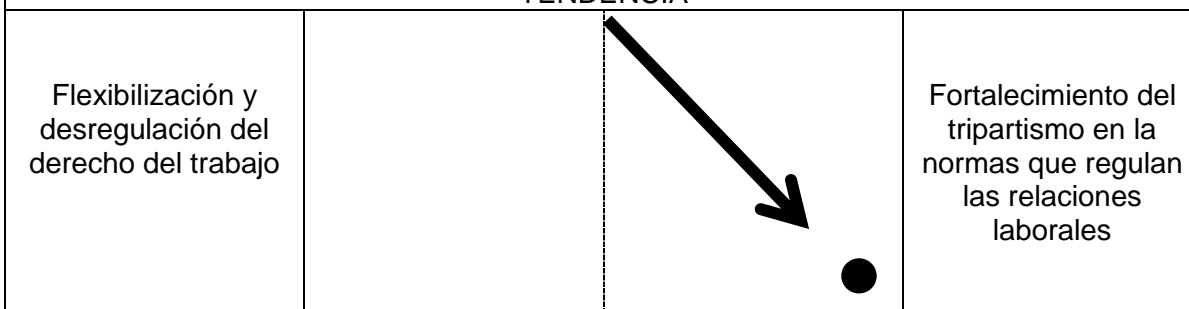
“La Sala considera, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestionar y la empresa Siderúrgica del Norte, infringieron la prohibición legal y los parámetros establecidos por este Tribunal Constitucional, al actuar la cooperativa como empresa de intermediación laboral y simular un vínculo cooperativo, respectivamente. Las empresa demanda exigió al demandante vincularse a la Cooperativa Gestionar, para poder laborar en la Siderúrgica del Norte, mediante el contrato de suministro de personal. De igual forma, del acervo probatorio se deduce que el señor Guerra Villamizar, se subordinó a la empresa accionada al cumplir horario, recibir órdenes y recibir un salario.

De esta forma, las conductas de las demandadas resultan violatorias de los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, porque con el argumento de no tener ninguna relación jurídica, se ampararon en el cooperativismo para no cumplir con las garantías del derecho laboral y despedir al accionante cuando estaba en estado de debilidad manifiesta por la incapacidad médica que gozaba.

Por lo anterior, la empresa Siderúrgica del Norte pese a no tener contrato directo con el actor, es responsable solidariamente con la Cooperativa Asociativa de Trabajo Gestionar por las obligaciones derivadas por la desvinculación del señor Guerra Villamizar en estado de debilidad manifiesta al estar incapacitado”. (Subrayado fuera del texto original)

“(…) esta Sala sostiene que la llamada flexibilización laboral que busca brindar facilidades a los empleadores en cuanto a formas alternativas de cumplimiento de los contratos o vínculos con sus empleados con el ánimo de mejorar sus índices de eficiencia financiera y económica –supuestamente en beneficio paralelo para los trabajadores o para las posibilidades de mayor empleo-, no puede versar sobre los contenidos mínimos de los derechos laborales. Sin duda, desconocer los derechos del trabajador afectado en su salud, bajo el supuesto de que no existía contrato laboral en forma, se traduce en una discriminación inaceptable para nuestra Carta Política. (Subrayado fuera del texto original)

TENDENCIA



La ratio decidendi de la Sentencia T – 003 sirve como un ejemplo contundente de la forma como las CTAs pasaron a ser figuras de intermediación laboral al servicio de intereses empresariales desvirtuando su finalidad. A ello, se suma la permanente elusión que buscan respecto a sus compromisos laborales. La Sentencia es clara y sirve de muestra para lo que ha venido atendiendo esta investigación con respecto a los movimientos de muchas empresas que buscaron “blanda flexibilización” con la intermediación de CTAs o, en casos extremos,

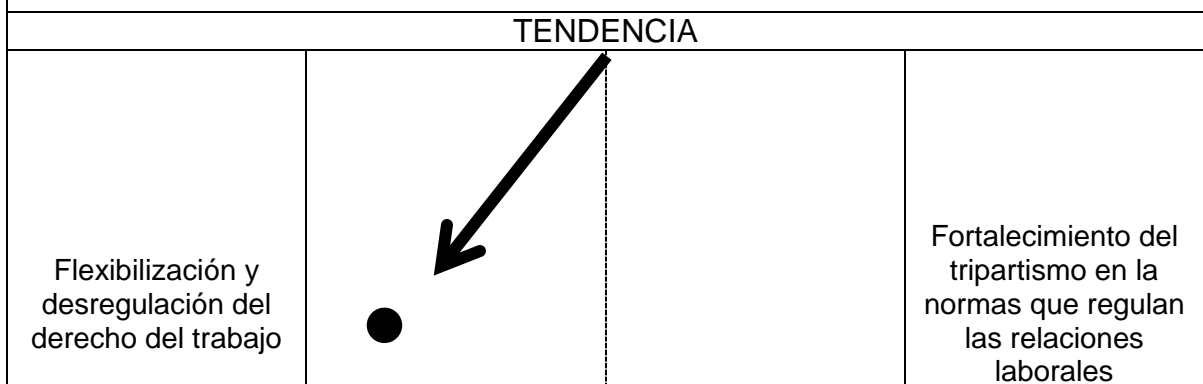
completa deslaboralización. Volvemos a encontrarnos con la responsabilidad directa que le es impuesta a estas empresas y no sólo a las Cooperativas.

Tabla 11. Ratio Decidendi de la Sentencia C - 228 de 2009. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 30 de marzo de 2011 Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Expediente: D-8216
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadanos (María Fernanda Orozco Tous y Nixon Torres Carcamo)
HECHOS RELEVANTES
Los actores consideran que, “la remisión que hace el artículo 6° del Decreto Ley 1282 de 1994 a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, es violatoria, a partir de esta modificación legal, del principio de progresividad contemplado del (sic) artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto hace más gravoso los requisitos de tiempo de cotización y monto de la pensión de los aviadores civiles, que estaban establecidos en los textos originales de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 (...)”
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 6° del Decreto Ley 1282 de 1994 y parcial de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003
PROBLEMAS DE LA SENTENCIA C – 228 DE 2011
¿La modificación del régimen especial transitorio para los aviadores civiles, como consecuencia de la reforma del Sistema General Pensional generada por la Ley 797 de 2003, vulnera los principios de progresividad y de favorabilidad laboral contenidos en los artículos (Sic) 48 y 53 de la C.P en torno al número de semanas cotizadas y monto de la pensión?
RATIO DECIDENDI
“Con relación al caso concreto encuentra la Corte que la remisión que hace el artículo 6° de la Ley 1282 de 1994 a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, que fueron modificados luego por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 1993, no se pueden considerar como arbitrarios, inopinados y abruptos por varias razones. En primer lugar, porque si se analizan las explicaciones de la reforma pensional de 2003, lo que se evidencia es que se realizó dicha reforma de manera general, es decir para todos los trabajadores que habían optado por el sistema de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993, ya que se había comprobado que el sistema se estaba haciendo insostenible financieramente”.

“Igualmente se debe resaltar que la promulgación de la Ley 797 de 2003 tuvo como finalidad la de hacer sostenible el sistema y reducir en alguna proporción el déficit generalizado del sistema de seguridad social en Colombia (...) Del mismo modo, se tiene que resaltar que la reforma legislativa se justificaba ya que las cifras macroeconómicas indicaban que en Colombia el número de afiliados era de 11.5 millones de personas, de los cuales solamente eran cotizantes activos 5,2 millones, frente a una población económicamente activa de 20,5 millones de personas. Estas cifras daban lugar a que el número de pensionados en Colombia alcanzaran solo a un millón de personas, frente a cuatro millones de personas en edad de jubilación”.

“(…) en este caso la reforma de la Ley 797 de 2003 no es desproporcionada ni arbitraria ni va en contra del principio de no regresividad de los derechos pensionales ya que para este grupo de aviadores civiles se mantienen las expectativas especiales en materia de edad de jubilación. Por otra parte considera la Corte que el cambio legal de número de semanas y monto de la pensión de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003 tuvo una explicación necesaria, idónea y proporcional de parte del legislador, que fue el sostenimiento del sistema de pensiones, sostenimiento que se relaciona con los principios de eficiencia, universalidad y equidad del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la C.P.”.

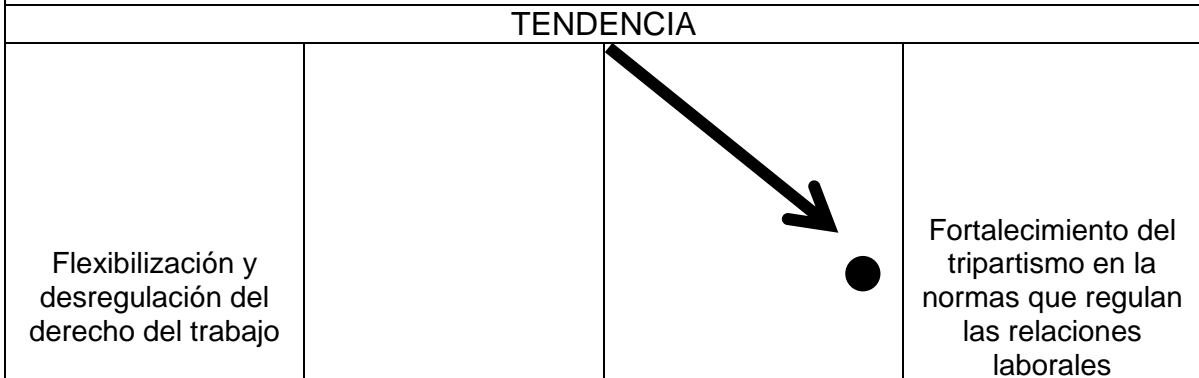


Con la Sentencia C – 228, nuevamente, son las razones macro-económicas las que justifican la posibilidad de regresión en el avance de derechos sociales, insertando una consideración importante: la no absolutez del principio de progresividad y no regresión, en razón a que era necesario el ajuste de semanas pensionales con el fin de lograr armonía entre los principios de idoneidad, universalidad y equidad.

Tabla 12. Ratio Decidendi de la Sentencia C - 645 de 2011. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 31 de agosto de 2011 Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Expediente: D-8428
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Jorge Eliécer Manrique Villanueva)
HECHOS RELEVANTES
El demandante considera que el aparte acusado del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 25, 38, 53, 83, 163 y 333 de la Constitución Política. Precisa que la demanda tiene por objeto, de manera principal, obtener la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada, y, subsidiariamente, que se declare que la misma es executable en el entendido de que, a las relaciones entre las cooperativas de trabajo asociado y sus asociados, se les aplicará la legislación laboral cuando la autoridad competente advierta una situación de fraude a la legislación laboral ordinaria.
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 63 (parcial) de la Ley 1429 de 2010, "Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo
PROBLEMAS DE LA SENTENCIA C – 645 DE 2011
¿la disposición acusada, al señalar que las pre-cooperativas y las cooperativas de trabajo asociado, sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables consagrados en la Ley 1233 de 2008, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a éstos y a los trabajadores asociados por sus labores conforme el Código Sustantivo del Trabajo, resulta contraria a los preceptos superiores que protegen al trabajo en todas sus modalidades y garantizan el derecho de asociación y la autonomía privada; es violatoria del principio de igualdad; desconoce el mandato constitucional de promoción al sector solidario y se opone al postulado de la buena fe?
RATIO DECIDENDI
“La norma acusada impone, si, una restricción a las cooperativas de trabajo asociado, pero, como se ha visto, la misma se desenvuelve en el ámbito de las consideraciones doctrinarias de la OIT sobre protección del trabajo decente, que admiten la autonomía de las cooperativas y la posibilidad de que operen bajo un régimen jurídico laboral distinto del propio del trabajo subordinado, siempre y cuando se respeten las condiciones que definen el trabajo digno, aspecto cuyo desenvolvimiento se inscribe dentro de la potestad de configuración del legislador”.

“(…) la disposición demandada no impide que las personas acudan a las cooperativas de trabajo asociado, que han sido reconocidas por el legislador como alternativas valiosas para la generación de empleo y la superación de la informalidad, y, por consiguiente, no desconoce aquella dimensión del derecho al trabajo que le impone al Estado la obligación de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para la satisfacción de sus necesidades. El deber que se impone a las Cooperativas de Trabajo Asociado, por su parte, se inscribe dentro del segundo de los componentes que, de acuerdo con la Constitución y con los tratados internacionales, tiene la responsabilidad del Estado frente al derecho al trabajo, cual es la adoptar las medidas que aseguren, de manera progresiva, que el mismo se desenvuelva en condiciones de dignidad compatibles con la noción de trabajo decente desarrollada por la OIT, y, en todo caso, con respeto de las garantías mínimas de los trabajadores”.




El Decreto 2025 de 2011 (Ministerio de la Protección Social), reglamenta parcialmente la ley 1233 de 2008 y el art. 63 de la ley 1429 de , con el propósito de dar respuesta a condiciones impuestas por los Estados Unidos para la firma del TLC, lo que va a tener comentarios negativos en el sentido de afirmar que “el decreto es un claro ejemplo de una norma inválida que vulnera disposiciones constitucionales y legales, que obedecen a una clara política de estado, cual es la de cumplir compromisos adquiridos con los sindicatos y los gobiernos extranjeros con el fin de poder suscribir un tratado de libre comercio”.²¹³ Frente a esta situación podemos observar que la postura de la Corte Constitucional se inclina hacia la protección del trabajador, sin desconocer los fines y derechos que se adquieren cuando se crean Cooperativas de Trabajo Asociado. Empero, reconoce el trabajo que allí se desarrolla y la necesidad de salvaguardar la dignidad de sus trabajadores de conformidad con las recomendaciones que la OIT hace respecto al trabajo decente.

²¹³ PROCURADURÍA NACIONAL. Políticas Públicas... Ed., pg. 259

Tabla 13. Ratio Decidendi de la Sentencia C - 171 de 2012. Corte Constitucional.

IDENTIFICACIÓN
Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 31 de agosto de 2011 Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Expediente: D-8428
SUJETOS RELEVANTES
Ciudadano (Jorge Eliécer Manrique Villanueva)
HECHOS RELEVANTES
El demandante considera que el aparte acusado del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 25, 38, 53, 83, 163 y 333 de la Constitución Política. Precisa que la demanda tiene por objeto, de manera principal, obtener la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada, y, subsidiariamente, que se declare que la misma es executable en el entendido de que, a las relaciones entre las cooperativas de trabajo asociado y sus asociados, se les aplicará la legislación laboral cuando la autoridad competente advierta una situación de fraude a la legislación laboral ordinaria.
NORMA(S) DEMANDADA(S)
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 63 (parcial) de la Ley 1429 de 2010, "Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo
PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-665 DE 1998
¿El artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, al consagrar que las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas, o con operadores externos, vulnera el derecho al trabajo de los servidores públicos –arts. 25, 53, 123 y 125 Superiores-, en razón a que permite el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales y promueve la deslaboralización al autorizar de manera ilimitada a las Empresas Sociales del Estado la contratación con terceros para desarrollar funciones permanentes o propias de estas empresas?
RATIO DECIDENDI
"(...) la Sala encuentra que se trata de una potestad o facultad de contratación con terceros, de manera que no constituye una obligación o imperativo para las Empresas Sociales del Estado el que tengan que operar a través de terceros o desarrollar sus funciones a través de contratación con terceros, de manera que no puede interpretarse en el sentido de que la norma obliga a las Empresas Sociales del Estado a operar o contratar el desarrollo de sus funciones con terceros, sino que queda abierta dicha potestad, facultad o competencia para estas empresas, con el fin de desarrollar sus funciones, esto es, permitir la correcta prestación del servicio de salud. En este sentido,

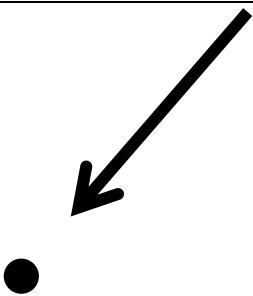
<p>se está ante la presencia de una autorización general para contratar con las personas naturales o jurídicas de que trata la norma, autorización expresa que sin embargo no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales, y la jurisprudencia constitucional en la materia, en relación con los límites a la contratación por parte de las entidades estatales, tanto en relación con los principios que deben regir dicha contratación[45], la selección objetiva de los contratistas, y la <u>prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados</u>". (Subrayado fuera del texto original)</p>		
TENDENCIA		
Flexibilización y desregulación del derecho del trabajo		Fortalecimiento del tripartismo en la normas que regulan las relaciones laborales

La Sentencia C – 171 deja ver una postura intermedia entre flexibilización y tripartismo. Reconoce las posibilidades que tienen las Empresas Públicas de acudir a la intermediación laboral en situaciones ocasionales. Sin embargo, recalca la prohibición de utilizar la figura del contratista para funciones permanentes y que no requieran conocimientos especializados.

Tabla 14. Ratio Decidendi de la Sentencia C - 428 de 2012. Corte Constitucional.

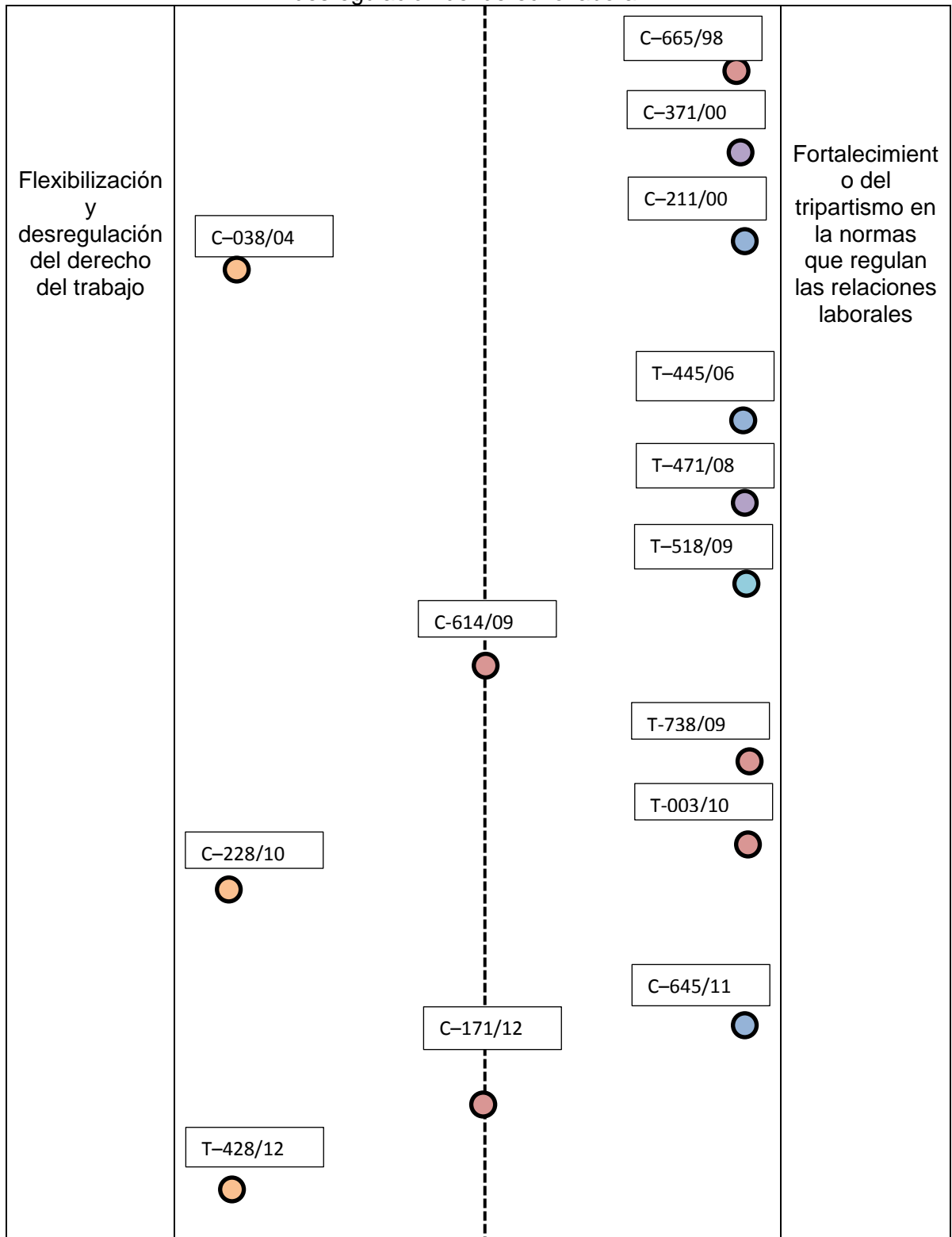
IDENTIFICACIÓN
<p>Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 07 de marzo de 2012 Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Expediente: D-8666</p>
SUJETOS RELEVANTES
<p>Ciudadano (Yesid Hernan Camacho Jimenez)</p>
HECHOS RELEVANTES
<p>El demandante en la acción pública de inconstitucionalidad, considera que la norma acusada - "(...) al permitir que las Empresas Sociales del Estado puedan desarrollar sus funciones de prestación de servicios de salud a través de contratación con terceros o con entidades privadas, está estableciendo que las funciones permanentes en las entidades públicas,</p>

<p>puedan ser desarrolladas por medio del contrato de prestación de servicios, lo cual acaba con la obligación de crear empleos públicos y con el contrato de trabajo”.</p> <p>- “(...) al permitir que las funciones de estas entidades puedan ser contratadas con terceros, establece claramente una forma legal de que no existan ni el empleo público ni el contrato de trabajo en las plantas de personal, haciendo que desaparezcan las mismas, como forma constitucional de desarrollar la función pública, permitiendo la deslaboralización en estas entidades públicas en contraposición de la obligación de generar empleo público y acabar con la tercerización laboral, como precedente judicial”.</p>
<p>NORMA(S) DEMANDADA(S)</p>
<p>Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud</p>
<p>PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-665 DE 1998</p>
<p>¿La Secretaría de Educación Departamental de Nariño violó el derecho a la educación y el debido proceso de los peticionarios, personas mayores de edad, al suspender la prestación del servicio de educación para jóvenes y adultos en el cuarto ciclo lectivo especial integrado, el cual les correspondía cursar por haber aprobado los tres ciclos previos, alegando que el MEN anunció que suspendería la apropiación y distribución de recursos para ese fin?</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>
<p>“(…) [la] prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de algunas facetas prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada.</p> <p>Sin embargo, esta Corporación ha considerado, en armonía con la doctrina autorizada del DIDH, que no toda regresión es arbitraria, pues la adecuada utilización de los recursos públicos y las necesidades más apremiantes que en cada momento enfrenta el Estado en materia social, pueden llevar a considerar como constitucionalmente válida o legítima la modificación de políticas públicas y normas jurídicas que impliquen un retroceso en la eficacia de un derecho, si esas medidas comportan a la vez una ampliación (de mayor importancia) del ámbito de protección de otro u otros derechos.</p> <p>Por esta razón, la prohibición de regresividad no es absoluta. La validez de normas, medidas o políticas regresivas en materia de derechos constitucionales está sometida a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.</p>

TENDENCIA			
Flexibilización y desregulación del derecho del trabajo			Fortalecimiento del tripartismo en la normas que regulan las relaciones laborales

La Sentencia C - 428 no es laboral, pero tiene un argumento interesante que llama la atención en esta investigación y que, obiter dictum, resulta conexas con el tema laboral: “la prohibición de regresividad, no es absoluta. La validez de normas, medidas o políticas en materia de derechos constitucionales está sometida a principios de razonabilidad y proporcionalidad”. Este argumento puede deducirse también de la sentencia C – 855 de 2009. La siguiente tabla resume el movimiento jurisprudencial descrito hasta aquí.

¿Cuál ha sido la tendencia de la Corte Constitucional respecto de la flexibilización y desregulación del derecho laboral?



- Principio de Progresividad y No Regresión
- Cooperativas de Trabajo Asociado
- Primacía de la realidad sobre las formalidades e intermediación laboral
- Derecho a un trabajo en condiciones dignas y medidas de protección laboral

Lo descrito y analizado hasta aquí, permite afirmar que se hace necesario ampliar el análisis y el horizonte jurídico laboral más allá de las fronteras que reguló, pues el concepto de subordinación, limitado exclusivamente a considerar el empleo asalariado, de tiempo completo y con un solo empleador, abandona su centralidad pasando a ser una forma más dentro de las formas de trabajo que deben regularse a fin de potenciar su legitimidad. Las sentencias analizadas, permiten ver que la legislación no alcanza a prever lo que la Corte Constitucional debe resolver a través de unos vaivenes que terminan haciendo más peso hacia la fórmula garantista que brinda el tripartismo, tratando de evitar lecturas e interpretaciones unívocas que conlleven a la lesión o vulneración de derechos laborales. La Corte, como se puede observar en casos especiales, tiene en consideración los derechos fundamentales que se encuentran en juego y que no pueden someterse a regateos de orden económico. Empero, pueden observarse eventos en donde inclina la balanza hacia un punto medio o, en casos especiales, en favor de la flexibilización, reconociendo la importancia del crecimiento económico como un generador de empleo, lo que justifica la idea de no absolutización de ciertas garantías tales como la progresividad y no regresión.²¹⁴

Este análisis permite afirmar que se va haciendo evidente la necesidad de ir re-estructurando las formas jurídico-laborales que deben ampliar su normalización hacía el trabajo autónomo o por cuenta propia. Por su puesto, esto ya tiene un antecedente en Europa donde incluso se cuestiona el nombre de derecho del trabajo y se habla del derecho “para” el trabajo²¹⁵ o derecho “al” trabajo buscando la manera de no acentuar la exclusión que se presenta en el dualismo que emerge del mercado de trabajo donde unos sobreviven (insider)²¹⁶ dentro de él y otros se encuentran excluidos (outsider: trabajo por cuenta propia, trabajo familiar no remunerado, subempleados, desempleados, etc.), por fuera del él.

²¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C – 428 de 2012, Sentencia que, aunque no es laboral, permite deducir lo dicho en el párrafo, así como la Sentencia C – 228 de 2009.

²¹⁵ ROMAGNOLI, Umberto, citado por BAYLOS, Antonio y LÓPEZ GANDÍA, Juan en conferencia titulada “ Umberto Romagnoli: un giurista racconta”; en “Globalización: el cambio del derecho del trabajo...” Ed. Rosario, Bogotá, D.C., 2011, p. 18.

²¹⁶ ROMAGNOLI, Umberto, citado por BAYLOS, Antonio y LÓPEZ GANDÍA, Juan. Las expresiones insider – outsider se utilizan en lecturas sobre flexibilización laboral, entre otros, y se pueden entender como lo que caracteriza al trabajador dependiente, calificado (insider), frente al trabajador independiente no calificado (outsider). Véase, por ejemplo, prólogo de Umberto Romagnoli en: “El despido o la violencia del poder privado” Ed. Tortta, 2009, p. 15.

Vamos viendo cómo se van dando ajustes estructurales en las relaciones que regula el derecho laboral por cuenta del cambio económico. Esos ajustes en América latina, y como se explicara en el capítulo anterior, comienzan a darse bajo la justificación y la necesidad de modernizar códigos laborales que nacieron entre finales de los años 30s. y mediados de los 40s. El propósito común, comenzado la década de los 90s., es el de modernizar en sintonía con las nuevas formas de relación que emanan de la economía de mercado. El problema que empieza a surgir de este propósito es la forma como aumentan las formas contractuales laborales atípicas y se hace más ausente el diálogo social que tendría una representación vital en el sindicalismo el cual tiende a desvanecerse en el nuevo escenario laboral. A ello, se suma el modo como va desvirtuándose el propósito que prioritariamente debía asumir el legislativo en materia de reformas laborales, las cuales terminaron sirviendo a una iniciativa que, desde, la “lex mercatoria”, no se encaminaría y, hasta el momento tampoco es percible, al fomento de una mayor y más potenciada equidad social como lo concluye Farné en su estudio sobre la calidad del empleo después de 10 años de imposición de leyes flexibilizadoras en toda América Latina.²¹⁷

El análisis de las sentencias expuestas, párrafos arriba, así como de otros textos, permiten analizar cómo ha existido una tendencia permanente que busca huir de la modulación normativa que impone el derecho laboral. Esta evasión se concreta en eventos frecuentes en los que, la terciarización, intermediación y subcontratación, así como la descentralización empresarial, buscan la manera de trasladar su responsabilidad a terceros. En la actualidad, a estas modalidades de evasión se les ha impuesto cierto freno por parte del poder legislativo, el ejecutivo (especialmente) y de la misma Corte Constitucional, como puede observarse. Sin embargo, esto no quiere decir que en el nuevo escenario del trabajo exista una nueva regulación, se trata más bien, aludiendo un poco a la metáfora que nos propone Romagnoli, de un elefante que creció dentro de una modesta embarcación, la cual no puede soportarlo a pesar de los intentos que hace para evitar que naufrague.²¹⁸ En cualquier momento está expuesta a naufragar, así se esté sacando el agua en la medida en que el bote se sumerge; como en las caricaturas donde van apareciendo huecos y llega un momento en donde no es posible taparlos todos. A esta metáfora se añadiría lo que puede percibirse a través de las medidas que imponen las altas Cortes o los Decretos que emanan del ejecutivo a fin de salvar la embarcación y esto se hace repetitivo en buena parte del Continente. Se puede observar en recientes reformas laborales tales como la de Chile, Perú, México, Bolivia y, desde luego, Colombia. Estas

²¹⁷ FARNÉ, Stéfano et all: “La Calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI”, U. Externad de Colombia, Bogotá, 2012. p. 17.

²¹⁸ ROMAGNOLI, Umberto; BAYLOS Antonio y LÓPEZ GANDÍA, Juan. Un giurista racconta”, en “Globalización: el cambio del derecho del trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras”, Ed. U. Rosario, p. 8.

disposiciones responden más a compromisos de eficiencia económica que a la situación más profunda que subyace allí: la condición humana del trabajador. Podría afirmarse, con mucha razón y volviendo a las metáforas, que nos encontramos frente a una situación tan compleja que no es posible resolverla con “paños” de “agua tibia”, o con lo que suele ocurrir con ciertos servicios de salud en los que un serio y crónico problema de rinitis es tratado permanentemente con “Loratadina”, medicamento que controla los síntomas, pero no los erradica.

Vale la pena retomar por un momento, como se hizo al comienzo de este capítulo, la etimología que con más frecuencia se utiliza al hacer referencia a la flexibilización laboral, aprovechando precisamente lo descrito hasta aquí. Al observar los procesos flexibilizadores que se han dado de manera general en casi todo el mundo, nos encontramos con dos formas: 1) la que busca la adaptabilidad contando con el poder de la negociación colectiva; 2) la que funge en un plano intermedio entre la adaptación y la derogación pero que es unilateralmente impuesta por ley o decreto y, desde luego, no reconoce el poder de la negociación colectiva. En la primera forma tenemos la flexibilización adaptativa que busca adecuar normas legales rígidas a las nuevas circunstancias del mercado sin descuidar el papel preponderante que tiene, en esa flexibilización, el poder de la negociación colectiva. En la segunda forma se alude a un reconocimiento del trabajador (“autonomía del trabajador”²¹⁹), pero ya no en una condición desigual en términos económico-sociales, sino en una situación contractual que da prelación al principio de igualdad formal, en un contexto que parece ser entre “iguales”. En ese terreno, el despido no significa propiamente una desventaja para el trabajador (“pérdida de puesto”), pues éste cuenta con la posibilidad de conseguir otro, moviéndose sin dificultad en nuevos escenarios del mercado laboral. Como lo describen Baylos y Pérez Rey al hacer referencia a la “violencia del poder privado” en las relaciones laborales y criticar aquello que actualmente en Europa se llama flexiseguridad: “...carece de sentido hablar en términos problemáticos de despido en tanto que pérdida de puesto de trabajo, dado que el énfasis se coloca en la capacidad de adaptabilidad y de recalificación profesional que tiene el trabajador en el futuro y cómo puede adquirirla o fortalecerla en el presente”.²²⁰

²¹⁹ BAYLOS, Antonio y PÉREZ – REY, Joaquín. Expresión que de manera implícita y con frecuencia se encuentra en el texto *El Despido o la violencia del poder privado* del quienes aluden a las relaciones laborales actuales como modos a través de los cuales se hace una exaltación de la autonomía individual y del poder privado que tienen los contratantes: trabajadores y empleadores. Véase pg. 36. Desde otra óptica, referida al tema de la calidad del empleo (medición hecha en 2012 para toda América Latina), pero que concuerda con el mismo planteamiento respecto a la “autonomía del trabajador”, Stefano Farné nos explica lo siguiente: “...para las empresas un buen empleo se asocia a trabajadores productivos y versátiles... aspectos como la estabilidad laboral y el derecho a las prestaciones sociales no son trascendentales”. Stefano Farné, “La calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI; ed. U. externado. p. 18.

²²⁰ Ibid. p 18.

A lo anterior podríamos añadir la definición que Emilio José González Cirano nos brinda en el Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo: “La flexiseguridad se relaciona con una corriente de pensamiento encabezada entre otros autores por James Buchanan que entiende que los Estados de Bienestar tradicionales Europeos resultan obsoletos y, por ende poco viables en el marco de una economía abierta por darse en ellos una paradoja: de un lado su carácter universal, fuertemente protector e insuficientemente vinculado al ámbito de la empleabilidad. De otro la existencia de políticas laborales rígidas que, al no tocar a los sectores de población con empleo fijo y estable y centrarse en el empleo de los grupos más vulnerables, segregan el mercado de trabajo, son discriminatorias y poco funcionales a las exigencias de mercados cada vez más dinámicos.”²²¹

Analizada de este modo la flexibilización, podría decirse que en América Latina ha prevalecido la segunda forma, cuestión que se ha traducido en desmejora laboral para millones de trabajadores que pasaron de la tipicidad contractual tradicional a la atipicidad sin una mejora salarial y, por ende, en la calidad de vida.²²² Es importante aclarar que el crecimiento del empleo atípico, sin embargo, no desarrolló completamente lo que presagiaban “posturas apocalípticas” aferradas al modelo de relaciones laborales propias del siglo XX, las cuales no aceptaban el cambio.²²³

La información que nos brinda Farné y su grupo de colaboradores, permite constatar que hasta ahora, en América Latina, no es posible establecer cuál es el grado óptimo de flexibilización que logre alcanzar un equilibrio entre lo que se propone la economía de mercado actual y lo que debe ser reconocido al actual trabajador en materia de derechos sociales. También se puede deducir de allí que existe una institucionalidad, desde el punto de vista jurídico, que no ha logrado modular normativamente ese nuevo escenario de relaciones laborales; no existe una institucionalidad óptima que pueda alcanzar plenamente el equilibrio y la disciplina regulatoria que requiere, como ocurriera durante la industrialización y casi durante todo el siglo XX, entre el conflicto capital y trabajo. Podría decirse, además, que, en el corto plazo, la acomodación y respectiva eficiencia de los sistemas jurídico - laborales a las nuevas demandas económicas tuvo un impacto negativo: desmejora en la protección de los trabajadores impuesta por la ley o a

²²¹ GÓMEZ, Ciriano, Emilio José: “Flexiseguridad: origen y contexto” en: “Diccionario Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social”; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 951.

²²² FARNÉ, Op. Cit. p. 17.

²²³ *Ibíd.* nos explica que “... a pesar del auge del empleo atípico y la desregulación de los mercados laborales experimentados en América Latina, prevalece una relación positiva entre la calidad de los empleos y su cantidad”. Esto, sin embargo, y como ya se ha mencionado en este mismo capítulo, no quiere decir que se haya cumplido con las expectativas orientadas a superar cierta línea de pobreza y lograr una armonía estable entre las variables crecimiento económico y desarrollo social. La brecha entre ambas aún sigue siendo muy amplia.

través de decreto con dudoso respaldo constitucional y legal (ver casos de CTAs o la figura de la prestación de servicios), marginación de la negociación colectiva y la autotutela, desentendimiento de los gobiernos de turno (y, por ende, del mismo Estado) frente a su responsabilidad promotora y protectora dejando al trabajador en el papel de negociador y reconocedor de las ventajas concedidas al empleador, falta de una política clara por parte del Estado con el fin de generar compensaciones referidas a un seguro de paro o al reconocimiento temporal de una renta básica. Sin embargo, hacia el mediano y largo plazo el efecto parece ser de signo contrario como lo muestra la medición hecha para América Latina con respecto a la calidad del empleo. Desde luego, se hace énfasis en la potenciación del crecimiento económico por efecto de la creación de empleos a través de fórmulas flexibilizadas, pero, cabe anotar, que el desarrollo social no ha ido en la misma dirección y aún la brecha entre el trabajo dependiente e independiente sigue siendo muy amplia, con efectos negativos hacia quienes hacen parte de éste último por efectos de la flexibilización.²²⁴

Ya para el cierre de este capítulo, vale la pena recalcar que uno de los aspectos más marginados del derecho laboral en la actualidad y que constantemente mencionan Farné y sus colaboradores, es el de la negociación colectiva representada en el sindicato. El nivel de participación sindical en casi todo el Continente se ha reducido al grado de des–potenciar, gravemente, el diálogo social.²²⁵ Desde 1998 hasta el presente, se observa una tendencia hacia la marginación del derecho colectivo, lo que se va evidenciando gradualmente en la poca o casi nula afiliación sindical, escasa cobertura de la negociación colectiva, incipiente intervención del Estado en lo que respecta a la promoción de incentivos para que los trabajadores se organicen en sindicatos y participen de modo decidido en la negociación de políticas flexibilizadoras. Los sindicatos y la negociación colectiva, en lugar de ser factores principales de adecuación flexibilizadora, como ha ocurrido en algunos lugares de Europa, por ejemplo, Alemania, pasaron a ser entes con poca influencia en los nuevos escenarios laborales, o porque adoptaron una postura misoneísta, o porque se fueron deslegitimando por sus vínculos estrechos con partidos políticos; o porque su accionar siguió orientándose hacia los viejos reclamos contra el Estado en lugar de orientarlo hacia las nuevas formas empresariales. Desde luego, que a esos factores debe sumarse el de la persecución y muerte de líderes sindicales cohesionados por el Estado en algunos casos, grupos paramilitares y empresas transnacionales que con el fin de implantar políticas laborales más allá del sano diálogo optaron por la fórmula de la violencia: las amenazas, la desaparición forzada y la muerte, como lo denuncia Teitelbaum.²²⁶ A ello, y como se explicó en

²²⁴ *Ibíd.*, p. 28.

²²⁵ *Ibíd.*, pp. 29, 30, 143

²²⁶ TEITELBAUM, Alejandro: “Al Margen de la Ley (Sociedades Transnacionales y derechos Humanos); Ilsa, Bogotá, Colombia, agosto de 2007, pp. 74 y 75: “*Estas prácticas de las*

este capítulo, también se suman las mismas reformas laborales que han dinamizado el poder que proviene de la negociación colectiva.

6.7 DERECHO IGUAL, DERECHO DESIGUAL: ESCENARIOS DE UN ESTADO DE DERECHO Y UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Entre los análisis críticos que se han hecho respecto al ejercicio del derecho y su función social, se destaca el que hace el jurista y filósofo español Elías Díaz al hablar de tres etapas que se contraponen: **a)** DERECHO DESIGUAL PARA DESIGUALES, propio del régimen feudal y de la monarquía absoluta: los derechos en beneficio de los poderosos; **b)** DERECHO IGUAL PARA IGUALES, que encubre las desigualdades: régimen liberal burgués; **c)** DERECHO DESIGUAL PARA DESIGUALES, el derecho afirma una igualdad básica, pero no encubre las desigualdades sociales o económicas²²⁷, base de instituciones tutelares, en la que podría colocarse como ejemplo la del derecho laboral.

En el primer caso, la desigualdad social y económica es directamente proporcional a la desigualdad jurídica y política. Se habla de un derecho desigual a favor del rico. En el segundo caso, hablamos de una igualdad abstracta, porque a pesar

sociedades transnacionales son moneda corriente en todo el mundo desde hace tiempo... En Colombia se está cometiendo desde hace varios años un verdadero genocidio de sindicalistas. En la 92 Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 2004 el delegado trabajador colombiano denunció que en los últimos 12 meses habían sido asesinados en su país 108 sindicalistas... La British Petroleum ha sido acusada en el Parlamento Europeo por el europarlamentario británico Richard Howe de violar los derechos humanos de campesinos, indígenas y sindicalistas en Colombia, aunque BP niega que financie a los grupos paramilitares, reconoce que financia al ejército colombiano... El 14 de marzo de 2002. El Sindicato de los Trabajadores del Acero de América (United Steel Workers of America), el Sindicato de Trabajadores Mineros de América (United Mineworkers of America) y la Fundación Internacional para los Derechos Laborales (International Labor Rights Foundation) presentaron una denuncia ante la Corte del Distrito Federal de Alabama (Estados Unidos) contra la transnacional Drummond Company Inc., Drummond Ltd., y contra su dueño, el estadounidense Garry Drummond. La demanda se interpuso en nombre del sindicato Sintraenergética de Colombia y de los familiares de los sindicalistas asesinados Valmore Locarno, Gustavo Soler y Víctor Oracasita que fueron, respectivamente, presidentes y vicepresidentes de Sintraenergética, seccional El Paso (departamento del Cesar, Colombia). Los demandantes consideran que tienen pruebas suficientes para poder denunciar que la Drummond utilizó los servicios de grupos paramilitares de la región para asesinar a estos tres líderes del sindicato, con el objetivo de librar a esta transnacional de los reclamos laborales de Sintraenergética... También la transnacional Nestlé promueve la violencia contra sus trabajadores. En 2002, en una de sus fábricas en Filipinas, los trabajadores que se encontraban en huelga desde hacía cuatro meses, fueron brutalmente golpeados por la policía. Los trabajadores estaban en huelga como protesta porque Nestlé viola los derechos establecidos por la Corte Suprema para los pensionados. Nestlé mantiene 200 agentes de seguridad privada en las dos puertas de la planta, a la vez que ésta le sirve de campamento a la policía filipina”.

²²⁷ DÍAZ, Elías. La Sociedad entre el Derecho y la Justicia, Ed. Salvat, Madrid 1985, pp. 28 y 29.

de existir la desigualdad material, sólo se tiene en cuenta la igualdad formal ante la ley, dando importancia a la libertad y a la participación política de modo censitario (censo de ciudadanos selectos, por tener propiedad, saber leer y escribir, y ejercer determinadas profesiones prestigiosas). Ya para la tercera etapa, volvemos al derecho igual para desiguales, en una perspectiva superadora de las dos anteriores. Se trata de reconocer todas las igualdades que reclaman los derechos humanos, pero sin desatender las desigualdades reales, que exigen justicia de “ojos abiertos” para tutelar al desfavorecido, creando mecanismos de inclusión y de alternatividad subsidiaria, como podría deducirse del modelo conflictual clásico propio del derecho laboral del siglo XX, que fue estableciendo una tutela en favor de la parte subordinada en los contratos laborales.

Teniendo en cuenta el esquema anterior y, haciendo analogía con el derecho laboral, se puede observar que el tránsito entre los estadios **b)** “derecho igual para iguales” (Estado liberal de Derecho) y **c)** “derecho igual para desiguales” (Estado Social de derecho), es al mismo tiempo el tránsito del modelo de relaciones contractuales civiles al de relaciones contractuales laborales. El estadio **c)** es prácticamente el contexto donde emerge y se configura el derecho laboral clásico; el derecho laboral del siglo XX. El Estado Social de Derecho actual, contiene el mismo espíritu que resume Díaz al hacer mención del derecho “igual para desiguales”, sobre todo, en materia económica. Lo que describe este capítulo es el modo como parece darse una regresión hacia el modelo clásico del derecho “igual para iguales”, el cual parece que trata de revivir, en el contexto globalizado actual, un sistema de derecho de “ficción igualitaria”, por imitación e implantación súbita de instituciones de sociedades más evolucionadas pero que en el fondo parecieran reproducir los mismos vicios censitarios y de ciudadanía selecta que prevalecieron durante el siglo XIX y en el apogeo de la industrialización. Ese modelo fue el que permitió que “los más iguales” gobernaran para sí mismos, haciendo invisibles a los “menos iguales” o profundamente desiguales. Pablo Neruda describía a este escenario encubridor de desigualdades como la “Ley del Embudo”. El nuevo escenario laboral no puede involucionar hacia ese pasado, ni tampoco estancarse en una acomodaticia postura dogmática que cree que no ha habido realmente cambio y que el derecho actual sigue sirviendo al mismo propósito económico- social de siempre.

Con la evolución del Estado Interventor hacia el Estado Bienestar no es suficiente garantizar la simple supervivencia, debe garantizarse la supervivencia con dignidad.²²⁸ Ahora se trata de propiciar un ambiente de armonía que reconozca, en un ejercicio de balanceos, derechos tanto a trabajadores como a empresarios, entre los cuales hay “trabajadores” que se separan del común del trabajo

²²⁸ BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres; Ed. Gedisa, cuarta reimpresión, abril 2011, Barcelona, p. 73.

subordinado constituyendo una nueva clase económica y social: la “**meritocracia**”, cuyo altísimo estatus le impide declarar su pertenencia al **mundo del trabajo**²²⁹. Lo anterior, va a significar, como ya se ha dicho en otros lugares de este trabajo, un período de “relajación” que servirá de prueba para que la Escuela Crítica y otras corrientes filosófico-sociales, comprueben y demuestren que el presagio marxiano de la nueva clase social a través de la lucha de clases, no será sino una apuesta hipotética y entusiasta de muy difícil realización. La clase trabajadora no va imponer una nueva clase social, simplemente accederá a ciertos beneficios y confort dentro de las mismas reglas que de modo espontáneo va imponiendo el capitalismo. Una buena parte de Europa, después de la posguerra, desarrollará esta “relajación”, en principio con la ayuda del Plan Marshall e imitando, en cierto modo, el método intervencionista que sugiriera Keynes a Roosevelt en la gran depresión de los 30. Luego, cada nación europea irá creando sus propios mecanismos para hacer del trabajo y el capital los medios por excelencia de la integración social.²³⁰ Lo mismo va ocurrir en América latina, por supuesto, guardadas proporciones y respetando los contextos en el orden cronológico e histórico, pero con consecuencias más o menos similares. Hasta aquí vale la pena afirmar que el Derecho Laboral será uno de los rostros importantes del Estado Bienestar, el rostro que atempera el conflicto capital-trabajo transformándolo en un asunto más civilizado, llamémoslo, la cara amable del conflicto.

Advierte Bauman que en ese mismo apogeo la tecnología avanza a pasos tan acelerados de tal modo que la productividad crece mientras va disminuyendo el empleo. “El progreso tecnológico llegó al punto en que la productividad crece en forma inversamente proporcional a la disminución de los empleos. Ahora se reduce el número de obreros industriales; el nuevo principio de la modernización es el downsizing (el achicamiento o la reducción de personal). Según los cálculos de Marín Wolf, director de Financial Times, la gente empleada en la industria se redujo en los países de la Comunidad Europea, entre 1970 y 1994, de un 30 a un 20%, y de un 28 a un 16% en los Estados Unidos. Durante el mismo período, la productividad industrial aumentó, en promedio, un 2.5% anual.”²³¹ Esta situación también va a tener casi los mismos síntomas en América Latina, a los que se suman otras dos causas: el fenómeno de la privatización y la fuerte entrada del mercado extranjero por aquello de la apertura económica.²³² Estos vertiginosos cambios harán que la centralidad de la producción, gradualmente, vaya siendo desplazada por el consumo. El deseo del consumo con

²²⁹ PIKETTY, Thomas: “El Capital en el siglo XXI”, FCE, Bogotá, 2014, p. 415 y ss.

²³⁰ No está de más recalcar en este punto la profunda incidencia que tendrán la social democracia y la democracia cristiana, sin dejar de lado, los reclamos, denuncias y recomendaciones que aportará la Doctrina Social de la Iglesia (DSI).

²³¹ BAUMAN, Zigmunt: Op. Cit., p. 45

²³² POLÍTICAS PÚBLICAS Y COOPERATIVISMO EN COLOMBIA. treinta años de encuentros y desencuentros; Ed. IEMP, Bogotá, julio de 2011, pp. 290 – 297.

su consecuente fugacidad hacía nuevos consumos irán haciendo emerger nuevos modelos de empresas con razones sociales que sólo sobreviven lo que el producto dure en el mercado y, desde luego, al gusto del consumidor. Dice Bauman: “En adelante, importará sólo la fugacidad y el carácter provisional de todo compromiso, que no durará más que el tiempo necesario para consumir el objeto del deseo (o para hacer desaparecer el deseo del objeto).”²³³ A esto se sumará la idea de que el crecimiento económico no vale más por su capacidad productiva que por su capacidad de consumo, pues el consumidor de hoy vive en un apetito que no debe saciarse nunca. Si el trabajo fue el elemento clave de la integración social, ahora lo es el consumo; el trabajo sólo sirve para generar más consumo y participar del consumo. Todo se jalona y queda supeditado a la iniciativa del consumidor.²³⁴ Este escenario derivará en una discontinuidad en las formas del trabajo, reducidas casi todas a las fluctuaciones del consumo. Continuidad y permanencia dejan de ser las cualidades centrales de cualquier trabajo. “Los nuevos puestos del trabajo suelen ser contratos temporales, “hasta nuevo aviso” o en horarios de tiempo parcial (part – time).”²³⁵ La regulación laboral frente a esto va resultando disfuncional, pues ella fue creada al servicio de la continuidad y la permanencia, no sirve para el “part–time”; por esto hay que acabarla o adaptarla al nuevo escenario.

De lo anterior emerge una categoría clave que Bauman nos provee en su obra: “el consumidor defectuoso”. ¿Quién es? Se trata de un sujeto que ahora se ve obligado a trabajar no simplemente por atender sus necesidades básicas, sino además para poder vincularse, acceder, al poder y la “magia” del consumo. Acceso que casi siempre es muy limitado o queda sujeto a opciones como por ejemplo: dejar de almorzar durante un mes para poder comprar el último celular de moda. Claro, la perfecta excusa será convencerse y convencer al mundo que lo rodea que está haciendo dieta... En últimas, es una medida “saludable”. Este nuevo tipo de trabajador ya no es movido por una ética del trabajo, sino por unos patrones estéticos de consumo. La aparente moralidad que impulsaba la ética del trabajo a fin de coercer al pueblo a trabajar, hoy es reemplazada por dispositivos estéticos fugaces que todos desean tener, consumir y devorar hasta que aparezcan nuevas “tentaciones”.²³⁶

¿Quién es el trabajador de hoy según Bauman? Un sujeto o millones de sujetos que se entienden como “pobres”²³⁷ en una sociedad de consumo, que los aplasta

²³³ BAUMAN, Zigmunt: Op. Cit., p. 46

²³⁴ *Ibíd.*, p. 48

²³⁵ *Ibíd.*, p. 49

²³⁶ *Ibíd.*, p. 59

²³⁷ Bauman: “La pobreza no se reduce, sin embargo, a la falta de comodidades y al sufrimiento físico. Es también una condición social y psicológica: puesto que el grado de decoro se mide por los estándares establecidos por la sociedad, la imposibilidad de alcanzarlos es en sí misma causa

y les obliga a estar en constante reubicación, pues su sueño es, como el niño que entra en una dulcería, poder hacer parte de ese mundo consumista donde el mismo trabajo es “hobby” y la vida se hace placentera precisamente porque ese trabajo proporciona la adrenalina que no puede entregar otro oficio: “estoy dispuesto a trabajar hasta las 24 horas”. Pero para poder llegar a esa meta, habrá que someterse a todo tipo de contratos laborales donde no existe el límite de horario, las prestaciones son casi nulas y el nivel salarial apenas alcanza para cubrir los rubros necesarios de la supervivencia. Se trata prácticamente de un círculo vicioso entre el trabajo precarizado y el afán de consumo. Las nuevas generaciones se encuentran en ese territorio; las generaciones intermedias quedaron en un “limbo” en donde por un lado son herederos del clásico trabajador y por otro, sin remedio, también están sujetos a las reglas del consumo. Es una generación que alcanzó a conocer algunas de las bondades del contrato a término indefinido; un día, no hace mucho, fueron expulsados de ese “paraíso”. Ahora son parte de la informalidad, la cuasi-informalidad o la temporalidad laboral.

Esta “expulsión del paraíso” según Bauman, es síntoma del debilitamiento del Estado Benefactor; a esta situación él la denomina el “Achicamiento del Estado Benefactor”, un “Estado Benefactor sin trabajo”.²³⁸ Si en los gloriosos tiempos de la regulación laboral clásica se necesitaba de mano de obra de reserva, preparada por el Estado Benefactor (gente con acceso a salud, vivienda, trabajo y educación) para atender todas las necesidades de la industria, hoy esa demanda ya no se necesita más. La única demanda que puede ser requerida es la de los trabajadores ocasionales (part-time) o “flexibles”. Los trabajadores del Estado Benefactor, por los mismos beneficios que obtenían de éste, se volvían calificados, especializados en su oficio. Hoy, ese trabajador calificado se hace menos indispensable, por resultar costoso, gravoso y, porque la temporalidad que surge del mismo consumo no lo requiere.²³⁹

El consumidor defectuoso que describe Bauman, es ese trabajador que entra en los avatares del trabajo ocasional o temporal, o precario. Podría decirse que se trata de una parte de la humanidad, especialmente de las generaciones que alcanzaron a conocer un poco los beneficios del Estado Benefactor y las generaciones actuales obnubiladas por un deseo de elección, pero hoy no en el sentido de la participación política, sino la que propicia el consumo. Elección consumista y Estado Benefactor se repelen. A ello, podría añadirse aquella situación en la que la ciudadanía democrática deja de ser el fuerte del Estado,

de zozobra, angustia y mortificación. Ser pobre significa estar excluido de lo que se considera una “vida normal”; es “no estar a la altura de los demás”. Esto genera sentimientos de venganza o de culpa que producen una reducción de la autoestima. La pobreza implica, también, tener cerradas las oportunidades para una “vida feliz”; no poder aceptar los ofrecimientos de la vida”. p. 64.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 81.

²³⁹ *Ibíd.*, pp. 83 y 86.

como ocurriera en el pasado, donde ella, potenciada por el asistencialismo brindado por aquel, tenía claro que había que buscar, a través de la decidida participación política y el diálogo social, la exterminación de males sociales tan delicados y sensibles como la pobreza y todo lo que ella desencadenaba.

La fuerza de la colectividad echaba a andar beneficios y compensaciones para los más débiles. Hoy, surge una generación, que motivada por el consumismo y celosa de su independencia dejó a un lado su compromiso societario, clave del verdadero ejercicio democrático. Como dice Bauman: “Los servicios sociales a cargo del Estado no llegaron a realizar el sueño de sus fundadores: exterminar de una vez y para siempre, la pobreza, la humillación y el desaliento. Pero surgió una generación educada, con buena salud, confiada, segura de sí misma y celosa de su nueva independencia; y esta generación rechazó la idea de que es deber de quienes han triunfado el ofrecer su ayuda a quienes siguen fracasando. En los oídos de esta generación, de estos hombres y mujeres que se “hicieron así mismos” gracias a la asistencia de un Estado dispuesto a ayudar, los argumentos sobre el impacto negativo de los servicios sociales resultan particularmente reveladores.”²⁴⁰

Este escenario de indiferencia por parte de la sociedad en general y, de escasa o nula protección por parte del Estado, se refuerza a través de una conducta y a la vez proceso que Bauman denomina “adiaforizar”²⁴¹. Adiaforizar significa neutralizar cualquier situación que pueda ser condenada moralmente. Adiaforizar es una conducta que evita el reproche o condena en el orden ético y moral. Cualquier anomalía que signifique pobreza o des-humanización connota grados de aceptabilidad. Todo procedimiento queda eximido de evaluación moral. Cualquier acto “repugnante” puede ser “liberado” de condena o reproche desde el punto de vista ético.²⁴² Bauman, sintetiza así la nueva ética del trabajo. Si la anterior obligó a trabajar a cualquier precio, la nueva hace una apuesta en términos que casi podría parecerse al darwinismo en donde cada quien consigue lo suyo y el valor de lo moralmente correcto o de la justicia en general se refunden, pues prevalece la ley de la supervivencia de los más aptos. La idea de justicia queda en los vaivenes de un mar abierto entre no existir o quedar sujeta a la selección natural humana donde es posible admitir ganadores y perdedores, la clásica idea del “justo medio” con arranque en Aristóteles y de toda la tradición aristotélica se desvanece.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 96.

²⁴¹ BAUMAN, p. 121. Adiaforizar es un neologismo creado por para explicar cómo una conducta inmoral puede ser liberada del reproche. Con este término Bauman cierra su obra respecto a la Ética del Trabajo y prácticamente concluye advirtiendo que esa sería la nueva Ética del Trabajo en el escenario consumista y de nuevos pobres. Disponible [en línea] URL: <http://etimologias.dechile.net/?adiaforizacio.n>. 22 de abril de 2015.

²⁴² *Ibíd.*, p. 121.

Este escenario, promovido por la “adiaforización”, encaja perfectamente con aquello que el economista y filósofo social Franz Hinkelammert llama vaciamiento de la democracia. En ese vaciamiento, el motor de las dinámicas económicas y políticas es la globalización económica que da prioridad a los siguientes elementos: deuda externa y capital soberano. Ambos, denuncia Hinkelammert, obligan a que cualquier democracia se someta a los parámetros del mercado “que no debe ser intervenido por ninguna voluntad humana, y por tanto tampoco a la voluntad expresada en las elecciones por el soberano popular”²⁴³ Los papeles en las actuales democracias, de acuerdo con esto, se cambian: el soberano pasa a ser el capital y la “soberanía” popular quien lo ratifica. “Por tanto, la soberanía popular que no afirma la soberanía del capital es antidemocrática. Incluso totalitaria.”²⁴⁴ Ahí es donde radica el vaciamiento de la democracia. Vaciamiento que significa someterlo todo a los parámetros del mercado, incluyendo la dignidad humana, quedando hasta ésta misma sujeta al cálculo de utilidades.

En el escenario laboral actual y, teniendo como base lo descrito, bien podría decirse que el legislador no es realmente el que conocemos; el legislador real es el mercado que, bajo una ética rigorista, impone relaciones donde todo parece estar dentro de los parámetros de igualdades económicas, acuerdo de voluntades en el orden contractual laboral, no existen subordinaciones, prevalece la propiedad privada y el cumplimiento ciego de los contratos, no existen razones para condenar o reprochar nada; así funciona y así debe seguir funcionando, dirían los más expertos economistas e, incluso, los más expertos legisladores.

Si tenemos en cuenta lo que se referenciaba párrafos arriba respecto a la encíclica *Caritas in Veritate*, todo lo anterior merece el reproche que de allí proviene y que podría resumirse del siguiente modo: el afán de lucro ha propiciado la convicción de que la base de la economía es el dinero y no la persona. Una economía siempre será indispensable para la ampliación y el fortalecimiento de la riqueza en cualquier nación, pero no puede ser aceptable que ello se traduzca, en términos reales, en una “adiaforización” que coloque a “mil millones de personas, abocadas al consumo irracional, obligando a seis mil millones a mantenerse en insoslayables niveles de pobreza.”²⁴⁵

Todo lo anterior, tiene que ver con el derecho y, especialmente con el derecho laboral si se entiende que entre ambos saberes (economía y derecho) debe existir

²⁴³ HINKELAMMERT, Franz: “Vaciamiento de la democracia y genocidios económicos”, en *Agenda Mundial Latinoamericana “La Otra Economía”* (2013). ; Ed. Verbo Divino, Bogotá 2013. p. 22.

²⁴⁴ *Ibíd.* Pg. 22

²⁴⁵ OLIVERES, Boadela, Arcadi: “La base de la economía son las personas, no el dinero”. en *Agenda Latinoamericana, Año 2013*; Ed. Verbo Divino, Colombia, 2013 p. 30.

una relación recíproca de mutua colaboración, pues lo que está en juego es la centralidad humana que generalmente expresamos a través del significante: dignidad humana. Estamos viviendo en un contexto en donde todo problema jurídico desemboca en un problema económico el cual termina siendo el rasero desde donde se debe resolver la condición humana del trabajador. Bajo ese esquema, difícilmente será posible recuperar las condiciones ético-axiológicas que comporta el trabajo y que deberían hacer nuevamente eco en el derecho, la economía y la misma realidad social. Esta tesis bien es coincidente con la propuesta que Adela Cortina hace al referirse a la economía actual: “es urgente plasmar una economía ética a la altura de las personas y de la sostenibilidad de la naturaleza.”²⁴⁶ Esta afirmación también debe replicar en el derecho, teniendo en cuenta, además, que ambas dimensiones (Derecho – Economía) no son saberes neutrales, sino que emergen y se legitiman a partir de auténticas democracias. Ambos saberes están al servicio de la persona y tienen la obligación de coadyuvar en la generación de buenas sociedades.

Para ello, cabe también la apuesta de Cortina, que aún al hacer sólo referencia a la economía y la política, se puede extrapolar al discurso jurídico-laboral como uno de los escenarios donde más se manifiestan las descripciones anteriores en detrimento de todo lo que hace referencia a ese valor intrínseco que llamamos **dignidad humana**. En últimas, la democracia como la mejor forma de gobierno, supone un ejercicio ciudadano de clara y abierta participación deliberativa, trátase de una democracia directa o indirecta, pues de todos modos, se busca que la sociedad ejerza realmente su soberanía en todo el amplio sentido que connota esta palabra. En este caso y, siguiendo a la filósofa española, un buen cambio de enfoque o paradigma, sin pretender volver a un escenario imposible y reconociendo que la globalización económica es inevitable, podría ser el de no perder de vista la idea de “**ciudadanía social**”. Concepto que subyace a toda forma de trabajo. Si en el pasado, como lo menciona Rogmanoli, la ciudadanía se lograba por medio del trabajo, ahora, es necesario reconocer que más allá del trabajo o detrás del trabajo está el ciudadano que no puede quedar reducido a mera experiencia vital (Nuda Vita²⁴⁷), mero consumidor defectuoso (como lo denuncia Bauman), sin verdadera capacidad de elección y preferencia política, moral, social, económica.

Frente a esto resulta analógico para esta investigación aquello que dice Cortina: “Es “ciudadano social” aquella persona que ve respetados sus derechos de primera y segunda generación: libertad de conciencia, expresión, asociación,

²⁴⁶ CORTINA, Adela: “Democracia auténtica: economía ética”, en “Agenda Latinoamericana: “La otra economía”; Ed. Verbo Divino, Bogotá, 2013, p. 44

²⁴⁷ AGABEM, Giorgio y AGAMBEN, Giorgio. Esta expresión es tomada de la obra de: “Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida”; Ed. Pre-Textos, Valencia 1998.

reunión, desplazamiento y participación; pero también sus derechos económicos, sociales y culturales, como son, entre otros, el derecho al trabajo, a la asistencia sanitaria, a la educación o a la cultura.

La ciudadanía social recoge los derechos de la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948, una declaración que compromete a todas las naciones que han firmado los pactos a esforzarse para que se vean protegidos en todos los países de la tierra.²⁴⁸

Pero es imposible proteger estos derechos, en el nivel local y global, si quien gobierna no son los ciudadanos a través de sus representantes y de la deliberación pública, sino un mercado financiero, opaco y omnipotente, insensible a los derechos y necesidades de las personas.”

El Consenso de Washington que suele entenderse como un modelo unívoco de estrategias y relaciones económicas en todo el mundo, se caracteriza por la propensión de las privatizaciones y el desmantelamiento de los servicios públicos y la especulación financiera, con visible representación, respaldo y ejemplo en los gobiernos Reagan y Thatcher, es un claro ejemplo de cómo la gobernanza es trasladada de la fórmula social clásica implantada durante la configuración y vigencia del Estado Bienestar, al “opaco” y “omnipotente” mercado financiero.

²⁴⁸ Op. Cit., Agenda Latinamericana, p. 44

TERCERA PARTE
JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y NUEVO ESCENARIO LABORAL

CAPÍTULO VII LA JUSTICIA Y SUS FORMAS

7.1 LA IDEA DE JUSTICIA

7.1.1 ¿Qué es la justicia?. Escribe Hans Kelsen en “¿Qué es la justicia?” acerca de cómo esa ha sido la “**sempiterna pregunta de la humanidad**”: “No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant.”²⁴⁹ Y continúa con pesimismo: “No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva: sólo cabe el esfuerzo por formularla mejor.”²⁵⁰ Kelsen cierra el IX capítulo de su opúsculo así: “Comencé este estudio con el interrogante: “¿Qué es la justicia?” Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso me hallo en buena compañía. Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la Humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa...”²⁵¹

A pesar del pesimismo kelseniano, la **idea de justicia** y, especialmente, de **justicia distributiva** (o social), es la que ha operado como **marco teórico de esta investigación** acerca del trabajo, su regulación gradual y ahora la flexibilización de sus instituciones protectivas. Ha llegado el momento de **explicitar** la noción de justicia que ha enmarcado este esfuerzo de comprensión y, sobre todo, por precisar el **alcance contemporáneo de la justicia distributiva**, que tanto ha preocupado a jusfilósofos y justeólogos, juristas y economistas políticos desde mediados del siglo XIX hasta comienzos del siglo XXI. No pretendo superar el tono modesto y resignado del gran jurista de “la teoría pura”, pero creo que vale la pena aproximarse al “esfuerzo por formular mejor” una vez más la “teoría” de la justicia y las justicias acudiendo a connotados pensadores, más optimistas, que han intentado recabar inspiración en las grandes tradiciones filosófico-teológico-jurídicas, y cuya razón práctica ha hallado útil conformarse con una “justicia relativa” que posibilite convivir y echar las bases de la “vida buena”, soñada por Aristóteles y por su discípulo el Aquinate; esperada por el mismo Kelsen cuando

²⁴⁹ KELSEN, Hans: “¿Qué es la justicia?”; Ed. Leviatán, BsAs, 1987, pp.7-8.

²⁵⁰ *Ibid.*, p.8

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 119 – 120.

concluye el capítulo IX: "...la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y junto con la ciencia la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia."²⁵²

7.1.2 Dar a cada uno su derecho. Según la autorizada opinión del jurista y jusfilósofo **Rudolf von Ihering** (1818-1892), la palabra **justicia** se compone de **ius** (= **derecho**) y **sístere** (= **establecer, colocar, poner**)²⁵³. Etimológicamente, pues, existe estrecha relación entre **actos de justicia** y **derecho**. Lo que se ignora, a primera vista, es si la justicia crea el derecho o si lo que hace es hacerlo imperar después de creado; en otras palabras, la sola etimología no es suficiente para averiguar si la justicia es acto primero y el derecho acto segundo o viceversa. Según la autorizada opinión del justeólogo Tomás de Aquino — quien recoge una fórmula inmemorial transmitida por Homero, Hesíodo, Platón, Aristóteles, Cicerón, Ambrosio, Agustín, el Corpus Iuris de Justiniano...—, "la justicia es el modo de conducta según el cual un hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, **da a cada cual su derecho**"²⁵⁴. Esta definición parece aclarar que la justicia **no** "establece" o "pone" el derecho, sino que tan solo lo **da**, una vez se lo ha reconocido como de alguien ("suyo"). En otro lugar Tomás confirma esta interpretación: "Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo **se constituye en propiedad de alguien**"²⁵⁵. Por eso, su "Tratado de la Justicia" se abre con una cuestión **sobre el derecho**, supuesto y objeto de aquella²⁵⁶.

Concluiremos, pues, que la justicia es **acto segundo**, que depende de un **acto primero creador del derecho**. Si algo se debe a alguien como suyo, **esa deuda** exige el acto segundo de justicia. Ésta da lo debido, pero no genera la deuda. Agrega Tomás: "El acto por el cual se constituye inicialmente algo como propio de alguien, no puede ser un acto de justicia"²⁵⁷.

²⁵² KELSEN, Op. Cit p. 120.

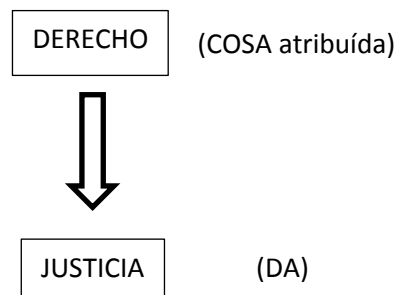
²⁵³ IHERING, Rudolf Von: "El fin del Derecho", Heliasta, BsAs, 1978, p. 179.

²⁵⁴ AQUINO, Tomás de: "Suma Teológica" (S.T.): II-II, 58, 1.

²⁵⁵ AQUINO, Tomás de: "Suma Contra Gentiles" (S.C.G.), L. II, c. 28.

²⁵⁶ S.T., II-II, 57.

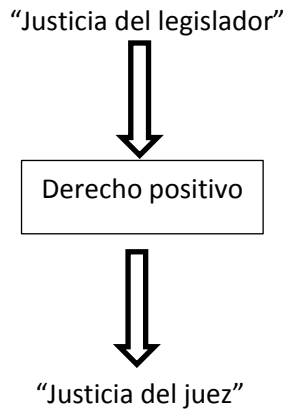
²⁵⁷ S.C.G., id.



¿Cuál es entonces el punto de partida de la justicia? Que los “derechos” están previamente establecidos; el hecho social de que las cosas están ya repartidas y que están o pueden estar en poder de otro, o que ese otro puede atacarlas y dañarlas. El “dar” de la definición alcanza así un sentido genérico; abarca tantas acciones como fueren necesarias para que las cosas estén efectivamente y sin mengua en la esfera de poder de cada **titular**: entregar, traidar, transferir, devolver, respetar, desalojar, etc. La co-existencia implica reparto de cosas y esferas de poder (derechos) y el reparto se traduce en formas de atribución (**títulos**), fuente u origen inmediato del derecho concreto.

De acuerdo con el jusfilósofo **Gustav Radbruch** (1878-1950), al hablar de justicia, hay que distinguir: “la justicia a tono con las exigencias del Derecho positivo, que es la **juricidad**, y la justicia como la idea del Derecho anterior y superior a la ley, o sea la **justicia en sentido estricto**. La primera es la justicia del juez; la segunda, la justicia del legislador”²⁵⁸. Esta distinción nos hace caer en la cuenta de dos cosas: 1) la **administración** de justicia “da” a cada cual, de manera particular o individualizada, lo que el Derecho positivo le atribuye; 2) los “derechos” ínsitos en el ordenamiento positivo son resultado de un acto de justicia anterior y superior que “da” a cada uno de manera mediata a través de la generalidad normativa.

²⁵⁸ RADBRUCH, Gustav: “Introducción a la Filosofía del Derecho”, FCE, Méx., 1974, p. 31.

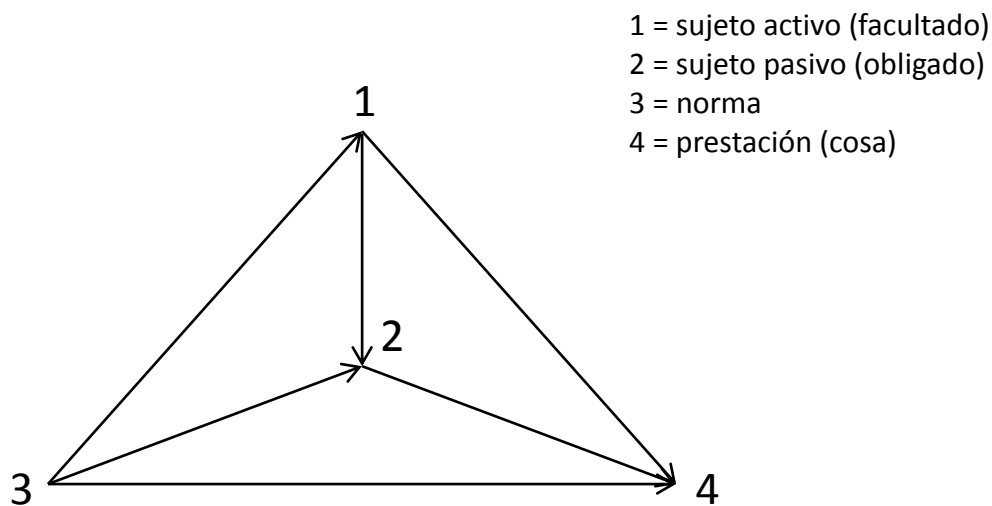


Surge una pregunta: si toda justicia es acto segundo, ¿quién ha repartido antes los derechos que el acto de justicia del legislador “da” por medio de las normas jurídicas, medida objetiva de aquellos? El **jurista positivista** se desinteresa por esta pregunta y se atiende simplemente a la “juricidad”. El jusnaturalista y el justeólogo, al contrario, se rebelan contra semejante indiferencia. A lo largo de la historia, han sido sobre todo éstos quienes se han inquietado por averiguar los criterios radicales de atribución que crean los derechos antes de que la justicia política los “dé”. Los **no-positivistas** (Robert Alexy) han considerado siempre que el papel de legislador y jueces es, en la vida práctica, indiscutible; pero no se fían totalmente de ellos: los primeros hacen los códigos en nombre de los poderosos y para proteger intereses compartidos con ellos; y los jueces o se contagian de la esclerosis de los códigos o se guían por los dictados de sus compromisos de clase. Unos y otros operan generalmente como marionetas del “establecimiento”.

¿Cuál es, pues, el acto primero que condiciona los actos de justicia del legislador? Los no-positivistas han manejado dos respuestas complementarias: la primera fundada en la “ley divina” y la segunda en las exigencias de vida humana plena (“ley natural”). Estas dos “leyes” constituyen el **acto primero** que establece o pone el derecho que luego las justicias positivas “darán”. Las primeras “leyes” enseñan que la **justicia**, más que “**administración de justicia**”, es “**acción por la justicia**” y que ésta no se deja limitar por “títulos” excluyentes o diferenciadores: va más allá del ordenamiento jurídico positivo en busca de la **dignidad humana** para reconocerles los “títulos” que la “juricidad” les niega. Los imperativos de una y otra “ley” fuerzan al no-positivista a relativizar y cuestionar su propio sistema jurídico y

a luchar por la revisión permanente del “**reparto**” **social** actual que funda o sirve de punto de partida a la “juricidad” y aun a la “justicia del legislador”.

7.1.3 El derecho, objeto de la justicia. ¿En qué consiste propiamente ese “derecho” que la justicia “da”? ¿Es la norma, es la facultad o es la prestación? Analicemos un poco la relación jurídica, que integra cuatro elementos esenciales e inseparables: norma jurídica, sujeto activo, sujeto pasivo y prestación. Los vértices del tetraedro regular pueden servirnos para visualizar la interdependencia existente, los vínculos entre un elemento y los demás.



Para todos es claro que el **sujeto activo** (persona natural o jurídica) es el titular del derecho, el beneficiario de la norma jurídica; que el **sujeto pasivo** (no en derecho penal) es aquel sobre quien recae la obligación de cumplir la norma, el deber de “dar”, a favor del titular. Y es igualmente claro que **la prestación** u objeto de la norma es la abstención o la actividad (dar, hacer) a que está obligado el sujeto pasivo; a su vez, la prestación tiene su objeto propio, que es **la cosa** sobre que recae la actividad o la abstención.

En el tetraedro de la relación jurídica están presentes los sentidos clásicos del “ius”: sentido normativo(3), sentido subjetivo como poder exigitivo(1), sentido subjetivo como deber o necesidad debitoria(2), sentido objetivo como prestación u objeto de la prestación(4). Trabada la relación jurídica, los cuatro sentidos estarán forzosamente presentes y cualquiera de ellos implicará o supondrá los demás. Desde este punto de vista, “dar” el derecho (“ius”) en el **acto de justicia** es tanto como poner a funcionar todo el tetraedro; no es posible la reducción de la relación a uno solo de sus términos. Olvidarse de la relación posibilita la reducción y exclusión de elementos; de ahí se pasa fácilmente a la hipertrofia: normativismo,

subjetivismo, objetivismo. Para el primero, el “derecho” es un sistema de normas; para el segundo, un haz de poderes o facultades; y para el tercero, un conjunto de cosas.

En América Latina, los justeólogos “de la liberación”, fieles al mensaje de los profetas y del Evangelio, enfocan siempre el tetraedro desde el punto de vista del **sujeto activo-prestación (1-4)** (“**tuve** hambre, y me **disteis de comer**” (Mt 25, 35)), haciendo hincapié en la prestación y su objeto (**acción-cosa**)²⁵⁹. No se hace abstracción de ningún vértice del tetraedro, pero el “ius” aparece en primer lugar como aquello que fundamenta la relación jurídica, aquello por lo cual se vinculan los sujetos: lo suyo de cada uno, **la cosa debida**²⁶⁰, la cosa justa. El derecho que “da” la justicia no es nada si no consiste en alguna **realidad exterior concreta** (prestación-cosa) que posibilite la realización social de las personas. No basta a nadie tener posibilidades normativas (3) ni posibilidades subjetivas (1) si a tales posibilidades “jurídicas” no corresponden posibilidades **reales** de ejercicio (4). El lazo de unión entre bienes externos y necesidad de realización de cada uno es lo que motiva la noción originaria de “ius”. Es curioso que en latín “ius” también significa caldo, salsa, sopa. “Ius” es, pues, ante todo algo para poder vivir: comida, abrigo, techo...; después es todo lo demás: norma, facultad, deber, y es todo esto en razón y en función de lo primero. Si no fuera así, el “ius” no serviría a las personas o giraría en el vacío, sin contenido real: normas que facultarían a todos sobre nada. La realidad exterior con su propia finalidad, con su aptitud para satisfacer necesidades humanas, es la que justifica y crea la relación entre dos o más personas y la que, por imperativos de la co-existencia, impone regular el “tráfico” interpersonal (norma-deber-facultad).

No se trata de afirmar que la primacía de la “cosa debida” inicia en Latinoamérica. Los teóricos latinoamericanos utilizan un contraste entre el normativismo y el realismo jurídico clásico, que viene desde Aristóteles y es desarrollado por el Aquinate —fundado en principios del derecho romano, como fórmula pauliana: “*ius non est lex, ius est ipsa res*”²⁶¹—, quien inicia su “*Tratado de Justicia*” con una teoría del “ius” como el objeto de la justicia, postura que fue seguida por la Escuela de Salamanca en sus *Tratados de “Jure et Justitia”*, tradición rescatada por los juristas realistas del siglo XX²⁶², como: Michel Villey, Giuseppe Graneris, Victor Cathrein, Javier Hervada, Juan Vallet de Goytisolo... Postura sostenida por la mayoría de los tomistas contemporáneos. Lo que hicieron los filósofos

²⁵⁹ Cfr. ZABALZA IRIARTE, Joaquín, O.P. *El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica*. USTA, Bogotá, 1993, p. 67 y ss.

²⁶⁰ Cfr. ZABALZA IRIARTE, Joaquín, O.P. *El derecho objetivo del 25%*, USTA, Bogotá, 1991, passim.

²⁶¹ “El derecho no es la ley, el derecho es la cosa misma” Tomás de Aquino, ST, II-II, q. 57, a. 1, ad 2m.

²⁶² VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, (2 Tomos), EUNSA, Navarra (Pamplona), 1979. GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, EUDEBA, Bs As, 1973. CATHREIN, Victor, *Filosofía del Derecho: Natural y Positivo*, REUS, Madrid, 1958. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bmchs, “El derecho en Santo Tomás de Aquino”, en *Actas del Congreso de la SITAE*, Barcelona, 2004.

latinoamericanos fue establecer el rendimiento de la primacía del derecho como cosa, naturalmente debida, frente al normativismo o al “objetivismo” del positivismo, que denomina “derecho objetivo” a la norma, con lo cual prima la voluntad política y legislativa de los centros de poder sobre las **necesidades reales de las personas**, verdadero “derecho objetivo”²⁶³.

No es indiferente **asumir** cualquier postura frente al tetraedro de la relación jurídica: las consecuencias sociales son distintas en cada caso. El **normativismo**, por ejemplo, deja en la sombra a las personas, las cosas y confunde el **orden jurídico** (que es vida social ordenada) con el **ordenamiento jurídico**, convertido en objeto de culto y de cultivo dogmático. Por el contrario, la teoría liberal del “derecho subjetivo” deja en la sombra la función normativa y la existencia social de las cosas y acaba concibiendo la vida social como mero resultado del ejercicio de facultades y poderes según el principio de la iniciativa privada o de la voluntad negocial; si esas facultades o poderes tienen objeto, si recae sobre algo, eso carece de importancia.

La óptica latinoamericanista, en cambio, intenta superar esas disociaciones integrando los elementos a partir del elemento básico que da origen a la relación (prestación-objeto: medios de vida); y, de ese modo, 1) evita el formalismo, 2) ofrece posibilidades reales de vida como contenido de las facultades, y 3) libera las finalidades propias de las cosas del capricho privado. Los no-positivistas contemporáneos conceden máxima importancia a estos dos últimos aspectos, ya que es ahí donde se agazapa la ideología individualista; esta ideología encubre las profundas desigualdades socio-económicas, en primer lugar, hipertrofiando los “derechos subjetivos” (efectivos solamente para la minoría propietaria), y, en segundo lugar, haciendo prevalecer la autonomía privada sobre las propiedades difusivas de los bienes (“función social”); la utilidad de un fundo se confunde con la utilidad-para-el propietario, a quien se considera causa u origen de la utilidad misma.

Acerca del segundo aspecto, precisa el jurista y jusfilósofo **Javier Hervada**: “No se trata de negar la existencia del derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa. Lo que queremos decir es que el **ius** o derecho del que hablamos no es el derecho subjetivo. Y que el arte del jurista no es el arte o la ciencia de los derechos subjetivos, como interpretaron algunos autores del siglo XIX. La justicia, al ser definida como la virtud de dar a cada uno su derecho, no puede definirse primeramente como la virtud de reconocer a cada uno su derecho subjetivo, porque esto cambia sustancialmente la definición de la justicia, en la cual **su derecho** es la cosa suya. El cambio en la definición —que se opera sobre todo a partir de la Escuela moderna del Derecho Natural— no es

²⁶³ Cfr. ZABALZA IRIARTE, Joaquín, O.P. El derecho objetivo del 25%, USTA, Op. cit., pp. 12-21.

indiferente, como alguno podría pensar. Si, por ejemplo, se reconoce a todo hombre el derecho a los alimentos, esto querrá decir —de acuerdo con la hipotética noción de justicia como **dar a cada uno su derecho subjetivo**— que se es justo con todos, cuando a todos se reconoce la facultad de adquirir los alimentos. **Se les reconoce la facultad, pero no se les da alimentos.** Esta es la **teoría individualista y liberal** de la justicia, basada en una **concepción egoísta de la sociedad**; es la justicia burguesa (de la burguesía liberal nacida a fines del siglo XVIII). En cambio, según la noción propia y estricta de justicia, como sea que el derecho o **ius de cada uno es una cosa**, afirmar de todos el derecho a los alimentos es reconocer que todos tienen como suya una parte alícuota de los alimentos producidos en el mundo, de forma que si uno pasa hambre mientras otro está sobrealimentado, con el hambriento se comete injusticia: los alimentos están, en este caso, no sólo mal repartidos, sino injustamente distribuidos. La confusión del **ius** o derecho objeto de la justicia con el derecho subjetivo tiene consecuencias importantes. Y especialmente en la teoría de los derechos humanos”²⁶⁴.

El filósofo y teólogo social **Jean-Marie Aubert** precisa el “sentido objetivo del derecho” enfatizando, especialmente, el tercer aspecto señalado antes: las finalidades propias de los sujetos no pueden adulterar las finalidades naturales y sociales propias de los objetos. “El derecho —escribe este autor— es ante todo y esencialmente la realidad exterior (objeto, acción que ha de realizarse o no) **que crea una relación** entre dos o más personas (derecho para una, deber para las otras). Esta relación nace, a la vez, de la estructura misma del objeto, de su finalidad propia, y al mismo tiempo, del lazo de unión que liga el objeto con una persona determinada (expresado generalmente por un título jurídico) capaz de ejercitar sobre él su libertad, y que encuentra en esta realidad un medio de realizarse, a condición de que no vaya contra la finalidad objetiva”²⁶⁵. Continúa Aubert: “**Olvidar esta perspectiva es correr el riesgo de no comprender nada de la doctrina cristiana** acerca de la naturaleza “común” del usufructo de los bienes poseídos por las personas privadas, ni de los límites aportados al derecho de propiedad en nombre del mismo bien común y de la finalidad objetiva de la cosa poseída (ejemplo: el propietario de un campo que lo deja inculto por negligencia, mientras que su cultivo podría ser útil a otras personas, puede verse expropiado con indemnización). Por otra parte, sobre este sentido objetivo, sobre la finalidad del objeto en cuestión y su relación con la persona, recae la exigencia del bien común; este último no aparece entonces como una pura restricción llegada de fuera para ceñir lo absoluto, es decir, el derecho subjetivo de los individuos, sino como la expresión de una finalidad superior y objetiva, la de la sociedad que orienta las finalidades particulares de los objetos creadores de relaciones entre los hombres, a propósito de las cuales

²⁶⁴ HERVADA, Javier: “Introducción crítica el Derecho Natural”, Temis, Bogotá, 2000, pp. 28-29.

²⁶⁵ AUBERT, Jean-Marie: “Moral social para nuestro tiempo”, Herder, Barcelona, 1973, p. 117.

nace el derecho. Resumiendo: la palabra **derecho** designa, ante todo, la **cosa justa debida** a una persona, realidad que inicia una relación singular entre varias personas.”²⁶⁶

La teoría liberal primitiva —y todavía en gran medida la contemporánea— prefería ver el tetraedro en estado puro, aislado, abstraído de la vida social y como producto de una libre voluntad de exigir (derecho subjetivo) que reclamaba el amparo coactivo o coercitivo de la norma a fin de ejercer “erga omnes” un dominio ilimitado sobre las cosas. Kelsen, crítico agudo de esta mentalidad, ha desenmascarado con claridad lo que ella pretendía y pretende encubrir, sobre todo al privilegiar el derecho subjetivo y presentarlo como subordinante del derecho objetivo (= conjunto de normas). Escribe en la “Teoría Pura del Derecho”: “En su significación primera **este dualismo** expresa la idea de que el **derecho subjetivo** es **anterior** al **derecho objetivo**, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los **derechos subjetivos nacen primero**, en especial el de **propiedad**, su prototipo, que es el resultado de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la **escuela histórica**, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la teoría general el derecho”²⁶⁷.

Aubert comparte el desacuerdo de Kelsen con una teoría que no ve sino pretenses independientes que convierten el ordenamiento jurídico en ordenamiento de bolsillo. Los sujetos cuentan, ciertamente, porque lo que funda el derecho (prestación debida) es el lazo de unión entre necesidades del ser humano y cosas externas imprescindibles para su realización; pero la determinación del derecho no resulta del nexo entre posibilidades del entorno y sujetos separados, sino del nexo entre aquellas y sujetos en co-existencia, es decir, en tanto que viven asociados con otros en un todo ordenado. Esto lo ha notado también Kelsen, quien concibe el derecho en función del orden jurídico total.

Refuerza lo anterior el ético y jusfilósofo **Arthur Fridolin Utz, o.p.**: “El punto de partida no puede ser el presunto derecho subjetivo del individuo, por mucho que deba apreciarse su dignidad de persona, sino el orden en el cual cada persona

²⁶⁶.Ibíd. , p. 117-118.

²⁶⁷ KELSEN, Hans: “Teoría Pura del Derecho”, EUDEBA, BsAs, 1979, p. 114.

humana ocupa el puesto que le corresponde”²⁶⁸. Así, pues, el tetraedro de la relación jurídica no es producto de la necesidad y la voluntad aisladas, sino de las exigencias de **co-participación** del orden social o del bien común, que impone finalidades supraindividuales tanto a las cosas —ese “campo” exterior en que las personas despliegan su actividad creadora y de autorrealización—, como a los fines particulares. Estos deben realizarse en su dimensión externa en cuanto ésta es compatible con los fines sociales.

Desde este punto de vista, el **vértice de la prestación** ya no queda librado al despotismo de la **facultad individual del poderoso** (que se considera siempre acreedor), ni reducido a pura **deuda privada caritativa**, garantizadas una y otra por el servilismo de la **norma**, sino que nace de antemano determinado, gravado, por **exigencias de bien común**, tan dinámicas como la vida social misma; estas exigencias son previas a toda relación y, desde el primer momento, limitan las **facultades**, redefinen **la deuda** y los deudores y orientan la función **reordenadora** de las **normas**. Este tipo de justicia, al servicio del Bien Común, en la que la propiedad es una función social con deudas permanentes, es la que se defiende en esta tesis, a fin de alcanzar esos valores de co-existencia y con-vivencia a que aludía Kelsen: la verdad, la sinceridad, la libertad, la paz, la democracia, la tolerancia, sin excluidos.

7.1.4 Criterio de atribución según la tradición judeocristiana

Categoría central de la Biblia es **la justicia**, pero entendida **no como actividad neutra**, imparcial, realizable con ojos vendados, dentro de un **orden** dado que **no se cuestiona** y tiende a perpetuarse, como ocurre con la idea de justicia imperante. El punto de partida de esta idea de justicia positiva, es el **reparto preestablecido** (“**derecho adquirido**”), el “suum” prefijado o asumido por el régimen hegemónico. Puesto que la justicia no establece o atribuye el “ius”, sino que solamente sigue después de esa atribución para “darlo”, sus actos de “dar” no pueden ocurrir sino estrictamente “dentro del orden”. En el seno de éste, a todos se les considera igualmente “personas” y a todos “iguales ante la ley”; estas presunciones abstractas —auténticas presunciones “iuris et de iure”— tranquilizan y garantizan que “todo está bien”, que más allá del “orden” no hay nada que buscar²⁶⁹.

Pero la justicia de los profetas de Israel y de Cristo es, por esencia, desordenadora, **des-estabilizadora**: no parte del orden establecido, supera

²⁶⁸ UTZ, Arthur F.: “Ética Social”, Herder, Barcelona, 1965, p. 167.

²⁶⁹ Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Luis José y SOLANO, Vicente. Teología de la liberación. USTA, Bogotá, 1977, p. 178 y ss.

continuamente los límites que éste impone, y su alegoría no admite vendas sino ojos bien abiertos, pues no pretende ser por principio “neutral” (latín: **neuter** = ni uno ni otro), sino —como decía Don Miguel de Unamuno— “alterutral” (lat.: **alteruter** = uno y otro, uno u otro). La justicia bíblica “mira” a uno y a otro, trascendiendo los “títulos” positivos y reconociendo a cada uno el **título radical**: ser “imagen de Dios”, la única verdadera “imagen” de Él. Yavé, el Dios bíblico, no admite ser representado en imágenes o figuras (Ex. 20, 4) ni de hombre ni de animal ni de cualquier otra cosa, porque **su auténtica “imagen” es cada hombre de carne y hueso**; ni las “personas” abstractas del lenguaje jurídico son “imágenes” de Dios, pues tales “personas” son apenas representaciones técnicas, sombras de las realidades subjetivas con quienes convivimos; por más que nuestro Código Civil afirme: “*Son **personas** todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*” (a. 74).

Ser “imagen de Dios” es el **criterio de atribución**²⁷⁰ fundante de todos los títulos naturales y positivos, el título de los títulos: por ser a semejanza de Dios, ningún ser humano puede ser tratado ni como cosa manipulable ni como animal; cada uno debe ser respetado como manifestación y revelación de Dios, y tener plena posibilidad de serlo y hacerlo. Ese título es el punto de partida del justeólogo bíblico; y al hallar que, en las relaciones interpersonales, tal título no es reconocido para muchísimos hombres y, por ello, son obligados a vivir como “caricaturas” o “imágenes” distorsionadas o grotescas del Creador —y por lo mismo, a vivir al margen de los beneficiarios del “orden”, en la exterioridad de éste—, el justeólogo de ambos Testamentos **se rebela** y su inicial actitud “alterutral” se vuelve parcializada: la justicia entonces se define como obligada **preferencia (no libre opción) por el “pobre”**²⁷¹.

En suma: si la idea de **justicia grecorromana** está en función del orden heredado, a fin de mantenerlo, reproducirlo, asegurando de manera neutral el tráfico de derechos entre los asociados, sin que incida para nada la situación socioeconómica de estos, la idea de justicia en la Biblia tiene un alcance opuesto: no está en función del orden, sino de la vida plena, de la liberación, de las “imágenes” oprimidas, esto es, **de los “pobres”**²⁷².

El justeólogo bíblico busca también los “títulos” convencionales, por ejemplo, el trabajo convenido: “El jornal de los obreros que segaron vuestros campos, por vosotros defraudado, clama, y los lamentos de los segadores han llegado a los oídos del Señor de los ejércitos” (Sant. 5, 4). No obstante, va más allá de los convenios interpersonales y rechaza la riqueza privada diferenciante y

²⁷⁰ Cfr. MIRANDA, José Porfirio S.J. *Marx y la Biblia (crítica a la filosofía de la opresión)*, Río Hondo, Méx., 1970, pp. 50 y ss.

²⁷¹ Cfr. *Op. cit.*, p. 150.

²⁷² Cfr. GUTIÉRREZ, Gustavo. *En busca de los pobres de Jesucristo. Verdad e Imagen*, Salamanca, 1993, p. 632 y ss.

excluyente que permite a algunos explotar a los demás, así sea mediante manifestación de voluntades. La condena a esta riqueza como acumulación individual es general a lo largo de la historia bíblica y continúa entre los Padres de la Iglesia. Si en la ideología liberal, casi se presume que el sujeto activo del tetraedro (acreedor) es un rico, en el pensamiento profético, al contrario, allí se coloca siempre a quien carece de títulos dentro del ordenamiento: al “pobre”; es a él a quien se le **debe**, es él el acreedor de los ricos, de la sociedad, del Estado, de la historia...

Claro está que la palabra bíblica “**pobre**” tiene un significado mucho más amplio que en el **lenguaje corriente**²⁷³. Reúne varias categorías o formas de opresión específicas con sus liberaciones también apropiadas: 1) los pobres socio-económicos; 2) los discriminados por raza, sexo, cultura, enfermedad o edad; 3) los “pecadores” o disfuncionales de la moral oficial imperante: prostitutas, ladrones, jugadores, dedicados a oficios poco “dignos”, LGTBI, etc., 4) los “pobres de espíritu”, que confían en Dios y ponen su ser y su poder al servicio de los demás “pobres”.

El “**pobre**”, pues, es todo oprimido y **no solamente el pobre socio-económico**; en el tetraedro profético el sujeto activo es cualquier oprimido de una u otra categoría. Sin embargo, la categoría de oprimido fundamental es la del pobre socio-económico, puesto que, no solo es la pobreza infraestructural, sino que frecuentemente conlleva las demás pobrezas, con lo cual se agrava su situación de modo insoportable: el pobre socio-económico es también el marginado por raza, sexo, cultura, edad, enfermedad y “pecado”. Abundan en las calles de “mala muerte” de las capitales latinoamericanas esas caricaturas humanas que son los más pobres de los pobres: pobreza absoluta, mujer, negra, niña, madre soltera, prostituta y ...enferma! Analfabeta! Naturalmente.

En cuanto al “pobre de espíritu” o “pobre evangélico”, bien puede serlo un importante jurista, un prestigioso abogado, cuando aprende a descubrir que toda conciencia de opresión lo hace apoderado o mandatario tácito de quienes sufren la opresión. “Pobre de espíritu” puede serlo igualmente el pobre socio-económico o cualquiera de las demás categorías, en la medida en que se descentre de sí mismo, ponga su seguridad en Dios y, a pesar de su desvalimiento material, se empeña en acciones solidarias de liberación. El pobre “de espíritu” está convencido con Bakunin: “No soy verdaderamente libre, sino cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres... No me vuelvo libre sino por la libertad de los otros”²⁷⁴.

²⁷³ Cfr. **NOLAN, Albert**. “¿Quién es este hombre?” *Sal Terrae, Santander, 1984*, p. 39 y ss.

²⁷⁴ Cfr. **MOUNIER, Emmanuel**: “El Personalismo”, EUDEBA, BsAs, 1965, p. 37.

El punto de partida de la **justicia bíblica** es el hecho de que todo hombre es “imagen de Dios” y como a tal hay que tratarlo y al mismo tiempo el hecho de que las “imágenes” pueden ser empañadas, distorsionadas, casi borradas y es preciso restaurarlas; como este es el hecho histórico generalizado, la justicia entonces se traduce en lucha franca contra la deshumanización y por la restauración (= liberación) de la dignidad humana de todo “pobre”, en especial del “más visible”.

Esta justicia, entendida ante todo como “darle lo suyo al pobre”, no puede quedarse en mero “asistencialismo” (de señoras sobrealimentadas y de buen corazón) ni en “reformismo” (programas para mejorar la situación de quienes están en “pobreza absoluta”, manteniendo las relaciones sociales tradicionales y la estructura básica de la sociedad). Esta justicia no es auténtica si no genera el proceso liberador del **Éxodo**; si no es denuncia y proyecto como en los **Profetas**; si no es resistencia y aun insurrección como en los **Macabeos**; si no cuenta con la sabiduría popular como en los **Sapienciales**; si no es utopía beligerante del **Reino** como en el **Evangelio**; si no prepara el Reino mediante el reordenamiento socio-económico de los **Hechos**...²⁷⁵ En otras palabras, la justicia bíblica no es tanto “dar” cosas a los **sujetos activos** (exigitivos) del tetraedro, como si fueran **receptores pasivos**, sino ayudarles a crear el “campo” de **posibilidades**, el “espacio” social indispensable para que se conviertan en verdaderos **sujetos activos**, es decir, protagonistas de su propia liberación. Esta visión, plenamente aceptada en figuras como Maritain o Sen, coincide con la socio-visión de la Universidad Santo Tomás; trabajada por los filósofos latinoamericanistas de la institución, desarrollada a través de Congresos Internacionales y explícita en el PEI.²⁷⁶

7.2 LAS FORMAS DE JUSTICIA

En el Libro V de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles, resalta la importancia de las tres formas de justicia de gran influencia posterior: la “justicia legal” que se ciñe a lo prescrito por la ley; la “justicia distributiva” que consiste en el reparto de honores, de fortuna y de todo lo repartible entre quienes participan de la “politeia”; y “justicia conmutativa (“correctiva” o “rectificadora”), que regula las relaciones de unos ciudadanos con otros. En la justicia distributiva interviene un tercero, mientras que en la conmutativa o rectificadora intervienen los interesados en el intercambio.

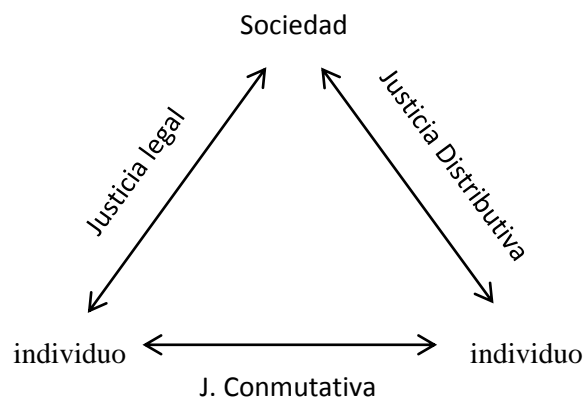
²⁷⁵ Cfr. GONZÁLEZ-SOLANO, Op. cit., pp. 177 y ss.

²⁷⁶ Cfr. Proyecto Educativo Institucional USTA, 2004, pp. 49, 91-93, passim.

Siguiendo a Aristóteles, Santo Tomás habla de tres clases de justicia, partiendo de las tres principales formas de relación entre los hombres o tres estructuras básicas de la vida común: las relaciones de los individuos entre sí (“ordo partium ad partes”); las relaciones del todo social para con los individuos (“ordo totius ad partes”); y relaciones de los individuos para con el todo social (“ordo partium ad totum”). A esas tres formas fundamentales de interrelación corresponden las tres formas de justicia sugeridas por Aristóteles: la **justicia conmutativa** que regula relaciones entre individuos; la **justicia distributiva**, que regula la relación del todo social para con sus miembros; y la **justicia legal** o general que regula la relación de los individuos frente a las exigencias del todo social. En cada forma de justicia, el sujeto obligado y lo debido son distintos.

Siguiendo a Aristóteles, Santo Tomás habla de tres clases de justicia, partiendo de las tres principales formas de relación entre los hombres o tres estructuras básicas de la vida común: las relaciones de los individuos entre sí (“ordo partium ad partes”); las relaciones del todo social para con los individuos (“ordo totius ad partes”); y relaciones de los individuos para con el todo social (“ordo partium ad totum”). A esas tres formas fundamentales de interrelación corresponden las tres formas de justicia sugeridas por Aristóteles: la **justicia conmutativa** que regula relaciones entre individuos; la **justicia distributiva**, que regula la relación del todo social para con sus miembros; y la **justicia legal** o general que regula la relación de los individuos frente a las exigencias del todo social. En cada forma de justicia, el sujeto obligado y lo debido son distintos.

El filósofo tomista Joseph Pieper²⁷⁷ sugiere una visualización de las estructuras relacionales y las correspondientes formas de justicia:



²⁷⁷ PIEPER, Josef: “Las virtudes fundamentales”, Rialp, Madrid, 1999, p. 125.

Santo Tomás, refundiendo fórmulas del Derecho romano, especialmente la del jurisconsulto Ulpiano, define la justicia así: “La justicia es el modo de conducta (habitus) según el cual un hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada cual su derecho”²⁷⁸.

El significante “justicia legal”, por su aparente connotación legalista y estatista fue preferido en el siglo XX por la alternativa, también tomista, de “justicia general”, que enfatiza el aspecto ético de la justicia y reúne el ejercicio de todas las virtudes, antes del régimen político y por encima de él, convocando a la construcción del bien común. A finales de siglo, se ha preferido denominar a la justicia legal justicia del bien común, aunque algunos han preferido llamarla “justicia contributiva”, que pone de relieve la responsabilidad de las personas en relación con el bien común²⁷⁹.

Desde finales del siglo XIX, los doctrinantes neotomistas sugirieron que había una cuarta forma de justicia, que haría interactivas la tradicional justicia legal y la distributiva, para optimizar la vida personal, sujeto activo de justicia conmutativa, a fin de hacerla competente para intervenir como agente del bien común. A esa justicia, cuyo significante no resultaba muy claro, se la llamó **justicia social**.

Porque, de todos modos, la idea de Bien Común por la práctica de las virtudes, más allá de la obediencia a las leyes positivas, venía influyendo (gracias al influjo de las virtudes cristianas) en las conciencias que evaluaban las secuelas aislantes y fragmentadoras, por no decir marginadoras, se empezó a hablar **justicia social**, que integra las justicias clásicas, exigiendo que la **legal** potencie el Bien Común como complejo de bienes culturales, espirituales, económicos de la vida colectiva, capaz de tornarse incluyente y distributivo, de tal manera que no haya sujetos excluidos de ejercer la **justicia conmutativa** con posibilidad de intercambiar toda suerte de bienes, convertidos, por consiguiente, en agentes activos, aportantes al Bien Común del Todo Social.

No resulta claro quién y cuándo echó a andar la expresión “justicia social”, posible eco lejano de la “dilectio socialis” de Tomás de Aquino, en el sentido de **solidaridad** entre los grupos sociales y como respuesta a las reivindicaciones socialistas. El primero que, tal vez, utilizó la nueva denominación referida a la justicia “de persona a persona” fue el sociólogo y jurista neotomista Luigi Taparelli,

²⁷⁸ S.T., II-II, 58, 1.

²⁷⁹ GROODY, Daniel: “Globalización, espiritualidad y justicia”, Verbo Divino, Navarra, 2009, pp. 168-171.

s.j. (m.1862). Antonio Rosmini²⁸⁰, al proponer un modelo de constitución política cristiana, utilizó en 1848 el término “justicia social” como principio orientador. Finalizando el siglo, algunos católicos denunciaron y rechazaron violentamente el significante y su aparente significado socialista como “fruto venenoso del modernismo.”²⁸¹

A pesar de las sospechas y gracias a la divulgación de la *Rerum Novarum*, el significante se difundió entre los escritores católicos y bajo Pío X logró carta de ciudadanía en los documentos oficiales de la Curia pontificia. No obstante, el significado seguía oscilante y poco claro. Pero en la encíclica *Quadragesimo anno* de 1931, de Pío XI, el término cobró centralidad con un intento de definición oficial. Con respecto a la expresión “justicia social” en Taparelli, explica Arthur Fridolin Utz, O.P.:

“el punto de partida de su teoría de la sociedad no es el Bien Común... sino el hombre como individuo, que ha sido dotado por Dios de determinados derechos subjetivos y que debe vivir en común con los demás hombres en la realidad concreta. Este punto de vista posee una fecundidad vital extraordinaria, porque concibe ante todo el obrar social no como la realización en común de un ideal y de un valor difícil de definir, sino compensación justa entre hombres concretos, cada uno de los cuales quiere realizar su fin personal con máxima libertad y sin ser molestado por los otros... Este punto de partida de la idea social parece ser muy individualista... Taparelli no es en modo alguno un individualista. Él mismo aclara expresamente que “el derecho social ha de ser preferido al derecho del individuo” y también que ha de preferirse “el derecho público al privado.”²⁸²

Taparelli no es individualista, sino personalista. Influyendo en él la idea tomista de que todo hombre, como realidad concreta, constituye un hecho real personalizado (centro de referencia abierto a los demás y al universo), que, aunque se debe al todo social, **no puede ser absorbido** por él “según todo lo suyo”. Lo supraindividual del Bien Común no puede negar la alteridad de cada sujeto, desde cuya actividad se van realizando el conjunto de bienes que constituyen el Bien Común colectivo y su poder distributivo. La necesidad de corregir los desequilibrios del Bien Común totalitario fuerza a reasumir las exigencias o necesidades de los individuos en particular con sus potencialidades, a fin de que alcancen la perfección de que son capaces.

A partir de la *Quadragesimo anno*, el término **justicia social** empieza a denotar la superación de toda distribución excluyente de bienes económicos, del trabajo, de

²⁸⁰ Utz, “Ética Social”, p. 245.

²⁸¹ *Ordo Socialis: Doctrina Social Cristiana*; Ed. Herder, Barcelona, 2001, p. 73

²⁸² UTZ, A.F.: “Ética Social”; Herder, Barcelona, 1961, pp. 241 y 242.

la familia, de la cultura, de la vida política, de las convicciones religiosas, a fin de alcanzar la participación de todos en algo, lo cual compromete tanto al Estado como a todos los sectores sociales, convocando a los mismos sectores más necesitados para que luchen por sus derechos.

Señalaba Pío XI en la Divini Redemptoris n. 51:

“Es propio de la **justicia social** exigir de los individuos todo lo que es necesario para el Bien Común. Ahora bien, así como en un organismo viviente no se atiende suficientemente a la totalidad del organismo si no se da a cada parte y a cada miembro lo que éstos necesitan para ejercer sus funciones propias, de la misma manera no se puede atender suficientemente a la constitución equilibrada del organismo social y al bien de toda la sociedad sino no se da a cada parte y a cada miembro, es decir a los hombres dotados de dignidad de persona, todos los medios que necesitan para cumplir su función social particular.”

La **justicia social** articula las tres justicias clásicas, con énfasis en la justicia distributiva, pero buscando siempre la máxima inclusión desde la consideración, no de las instituciones positivas nacionales, sino desde la naturaleza esencialmente social del hombre y de la finalidad social de la riqueza, en el contexto de las exigencias de los derechos humanos.

El significante **justicia social** ha sido mantenido, ampliando su significado, por los papas posteriores y el Concilio Vaticano II y sus derivaciones hasta hoy. El término justicia social se ha generalizado y secularizado, entrando al vocabulario político y jurídico, convertido en tópico para discurrir en todos los sectores de la opinión pública, gracias a la divulgación mediática. Los **nuevos teóricos de la justicia** como Rawls, Sen, Nussbaum, Sandel, utilizan la expresión, acentuando el principio distributivo sin exclusiones, que fue lo que motivó su aparición. La **justicia social** es justicia general del Bien Común, que exige la función distributiva de éste, comprometiéndolo a todos los sectores sociales, a fin de que no haya marginación ni discriminación frente al acceso a todos los bienes, a fin de que todos y cada uno puedan contar con los medios que posibiliten el florecimiento de las dotes y los proyectos personales.

Los economistas de la Escuela austríaca hacen énfasis en la **justicia distributiva** sobre la **justicia social**, por considerar que ésta se torna fácilmente autoritaria o estatista, hasta el grado de considerarla “inmoral”. Pero la tradición tomista y de la Doctrina Social de la Iglesia las vinculan estrechamente, potenciando lo **distributivo** con motivaciones de bien común o de “dilectio societatis”. Escribe el filósofo y teólogo Jean-Marie Aubert: “...

La **justicia distributiva** tomará un carácter general, como una de las dimensiones esenciales de la **justicia social**, que puede, de este modo, identificarse con la justicia general de Santo Tomás, al incorporar lo esencial de la **justicia distributiva**. Ésta, al enfocar directamente los bienes particulares, ha de ser tenida en consideración por la justicia en general, que debe ordenar el bien común a los bienes particulares.”²⁸³

Finalmente, en los discursos de los filósofos contemporáneos la **justicia distributiva** se usa en sinonimia con la **justicia social** y no se hace esfuerzo por distinguir sus matices. No obstante, John Rawls maneja la distinción y ubica la justicia social como condición estructural de la distributiva.

Vale la pena retener las diferentes especies de justicia enumeradas por el jusfilósofo, ya mencionado, A. Fridolin Utz: “Una vez que hemos comprendido la justicia en sentido de la integración plenamente humana en el bien común, se pueden enfocar fácilmente en ese sentido diferentes sectores de la justicia. En éste se advierten las siguientes especies:

- 1) La **justicia del bien común**, es decir, el orden humanitario prefijado a cada Estado particular.
- 2) La **justicia legal**, es decir, el orden total que concreta el bien común natural en forma limitada espacial y temporalmente.
- 3) La **justicia distributiva**, es decir, la satisfacción de las pretensiones individuales dirigidas al conjunto dentro del marco de la justicia legal y de la del bien común.
- 4) La **justicia conmutativa**, es decir, la satisfacción de las pretensiones mutuas que existen entre los distintos titulares de derechos, dentro de la justicia legal y la del bien común.

“La llamada **justicia social** se puede entender como justicia del bien común o como justicia distributiva, aunque habría en todo caso que tener en cuenta que aquí desempeña un papel decisivo la referencia al bien común natural.

“La **justicia internacional** es, por un parte, cumplimiento del orden humanitario (justicia natural del bien común natural), y por otra parte también, de la justicia distributiva en sentido de la fidelidad a los tratados entre diferentes Estados como sujetos de derechos.

²⁸³ AUBERT, Jean-Marie: “Moral social para nuestro tiempo”, Herder, Barcelona, 1973, p. 128.

“Así pues, de lo dicho resulta que atendiendo a la realidad tiene primacía el ordenamiento total, por tanto el bien común natural y consiguientemente la justicia del bien común. En este sentido parece difícil poder seguir ya la gradación puramente conceptual de la doctrina aristotélica sobre la justicia.

“...La realización de la idea de la justicia depende del grado de voluntad moral justa de los sujetos de derechos, comenzando por el legislador, incluyendo a los jueces, hasta llegar a los que están simplemente sujetos a la ley. Todos ellos colaboran en la edificación de un orden jurídico positivo...”²⁸⁴

La presente investigación considera importante el anterior esquema de las justicias, que puede funcionar como mapa de las distintas alternativas del “*sum cuique tribuere*”, que hay que vincular al accionar de la justicia distributiva, que opera como **centro articulador**, tanto en el interior de los Estados como a nivel internacional y supranacional. Este marco amplio de exigencias puede reforzar las luchas internas por alcanzar la concreción de los derechos humanos como criterio indiscutible para subsanar los vacíos de protección, efecto del globalismo flexibilizador y des-regulador.

7.2.1 La centralidad de la justicia distributiva. En el párrafo anterior, hemos denominado a la justicia distributiva “centro articulador”, porque la definición clásica de justicia alude a la esencia repartidora de los actos justos. Muchas autoridades jusfilosóficas y jurídicas han hallado la función primaria y articuladora de esta forma de justicia, ya analizada por la tradición aristotélico-tomista. Esta investigación se atiene a las conclusiones de autoridades de influencia internacional. Cuatro autores de distinta perspectiva teórica coinciden en señalar la **centralidad** de la Justicia Distributiva frente a las demás formas (legal o general, conmutativa, correctiva, contributiva, protectiva, social, etc.): a) Gustav Radbruch, b) Josef Pieper; c) Werner Goldschmidt, d) Arthur Kaufmann.

a) Escribía el jusfilósofo **GUSTAV RADBRUCH (1878-1950)**: “Si consideramos el derecho privado como el derecho entre personas equiparadas y el derecho público como el que rige entre personas supraordinadas y subordinadas, tendremos que la **justicia conmutativa** es la justicia propia del Derecho privado y la **Distributiva la característica del Derecho público**. La equiparación jurídica propia del Derecho privado es el resultado de un acto de justicia distributiva, pues para que la justicia conmutativa pueda llegar a aplicarse es necesario que se les reconozca capacidad jurídica igual a las personas interesadas en ella. Por donde la justicia **distributiva**, el “*sum cuique*”, es la **forma primaria** y la **justicia conmutativa una forma derivada de la justicia**”²⁸⁵.

²⁸⁴ UTZ, A.F.: “Ética Social”; t. II. Herder, Barcelona, 1961, pp. 122-123

²⁸⁵ RADBRUCH, Gustav: “Introducción a la Filosofía del Derecho”, FCE, Méx., 1974, p. 32.

Las fórmulas clásicas de la justicia responden al “suum cuique tribuere” ulpiánico, “a cada uno lo suyo” o su derecho. Son esencialmente definiciones de **justicia distributiva** como “**forma primaria**”: “cuique” y “cada” son **adjetivos distributivos**, punto de partida de los **repartos** que hay que hacer para asegurar cualquiera otra forma de justicia: “dar lo suyo” al todo social (en la justicia legal) o lo “suyo” (capacidad) a **cada persona** para que “**pueda**” **cambiar** (en la justicia conmutativa) o para que sea incluido en los beneficios sociales (justicia social).

b) Escribe el filósofo tomista **JOSEF PIEPER (1904-1997)**: “el que habla de la justicia distributiva no tiene más remedio que hablar también del **poder político**. Esta es la razón de que el estudio especial de la “iustitia distributiva” venga a **constituir el centro** de la teoría general de la justicia”²⁸⁶.

c) El jusfilósofo **WERNER GOLDSCHMIDT (1910-1987)**, en su “Dikeología” o “La Ciencia de la Justicia”, hace una teoría de la justicia distributiva, ante todo al afirmar: “...no resulta difícil darse cuenta de que la justicia distributiva constituye el **tipo fundamental de la justicia**. Con respecto a la **Justicia Social**, hay que admitir que, si se entiende “social” en sentido formal, toda justicia es social, así como todo círculo es redondo; este hecho deriva, por un lado, de la alteridad de la justicia, y por otro, de su relación con el bien común. En su sentido más especial, se entiende por justicia social la distribución justa de los bienes económicos, de la organización del trabajo y de los salarios de los obreros. En atención a este sentido, la justicia social aparece ora como distributiva, ora como conmutativa. Lo que el concepto de justicia social le da su fuerza motriz no es, sin duda alguna, su independencia conceptual, sino su contenido. La “iustitia legalis” constituye la justicia distributiva vista desde abajo... Pero inclusive la justicia conmutativa puede ser reducida a la justicia distributiva. Los repartidores, o sea, las partes contractuales o los jueces, reparten entre ellas mismas o entre los malhechores cosas iguales a los bienes dados o a los males atribuidos... El concepto de la **justicia distributiva** debiera haber **constituido el punto de partida de la comprensión de la justicia como reparto de todos los bienes y males entre todos los hombres**”²⁸⁷.

El leitmotiv de la extensa obra de Goldschmidt es el término “**reparto**”, que recoge sobre todo el capítulo III sobre axiología de la justicia. En la sección primera estudia una parte del **reparto** general: I- **Principios supremos** (humanismo y tolerancia), seguidos de tres formas de protección: 1) del individuo **contra sus prójimos** (contra otros individuos, contra el grupo, contra una fuerza superior); 2)

²⁸⁶ PIEPER, p. 136.

²⁸⁷ GOLDSCHMIDT, Werner : “*La Ciencia de la Justicia*”, Aguilar, Madrid, 1958, pp. 7-8.

del individuo contra otras fuerzas (soledad, miseria...); 3) del individuo contra sí mismo. II-**Principios generales**: preponderancia de lo bueno, “suum cuique”, “pacta sunt servanda”, “do ut des”, igualdad, conveniencia. III- **Conexión del reparo con sus criterios** (criterio directamente suficiente, indirectamente suficiente, juegos de azar). IV- **Conflictos** (entre individuo y comunidad).

Pasa después a la **parte especial**: los **repartidores**: I- los interesados. II- Los poderosos. III- El régimen democrático y el régimen autoritario. IV- la responsabilidad de los repartidores. V- La responsabilidad por un régimen. VI- El fraccionamiento de la justicia en el reparto autónomo y autoritario. Goldsmichmidt se refiere luego a los beneficiarios (hombres y otros), a los **objetos a repartir** (objetos indignos de ser repartidos, lo objetos repartibles), las formas del reparto (autónomo, autoritario)...

d) El jusfilósofo, discípulo de Radbruch, **ARTHUR KAUFMANN** (1923-2001), en su **Filosofía del Derecho**, dedica un capítulo al tema de la justicia como idea del derecho y afirma, cómo los demás autores citados: “La justicia distributiva es la **forma primigenia de la justicia**, pues la justicia conmutativa del derecho privado supone un acto público de la justicia distributiva; por ejemplo, la concesión de un determinado **status**, v.gr., la personalidad jurídica o la capacidad de contratación. De esta manera, se hace posible la fórmula del “**suum cuique tribuere**”, no entendida como igualdad uniformadora, que otorga a cada uno lo mismo, sino en el sentido de dar a cada uno lo suyo, es decir, la oportunidad para realizar lo que en él mismo existe de posibilidades positivas.”²⁸⁸ Y lo reitera páginas después “Para Aristóteles la forma determinante de la justicia es... la **justicia distributiva**, la igualdad proporcional en el trato de una pluralidad de personas: el reparto de derechos y deberes de acuerdo con la medida de dignidad, capacidad, necesidad... la justicia distributiva es, en otras palabras, el principio del “suum cuique tribuere”, ella es la forma primigenia de la justicia.”²⁸⁹

²⁸⁸ KAUFMANN, Arthur: “Filosofía del Derecho”, U. Externado, Bogotá, 1999, p. 297.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 304.

CAPÍTULO VIII LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

8.1 ALGUNAS TEORÍAS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

A efecto de precisar el papel y el campo de la **justicia distributiva**, haremos un acercamiento a algunas de las teorías más influyentes desde mediados del siglo XX. Siguiendo un orden cronológico, se tendrán en cuenta especialmente a John A. Ryan, Chaim Perelman, John Rawls, Amartya Sen, Martha Nussbaum y **John Finnis**. Los resultados de estas aproximaciones se resumirán en una recapitulación que puede funcionar como una teoría general tentativa, instrumento útil para hallar vías de solución al problema de la distribución en los grandes sectores de la economía contemporánea.

8.1.1 **JOHN AUGUSTINE RYAN (1869-1945)**

JOHN AUGUSTINE RYAN (1869-1945): Economista, teólogo, escritor, reformador social, seguidor de la Doctrina Social de la Iglesia, especialmente a tono con la Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, publicó en 1942 una especie de manifiesto acerca de “Justicia Distributiva”, en el cual, dentro del respeto a las instituciones económicas liberales, plantea el gran problema de la época: “La primera causa del desasosiego económico es la injusta distribución de la riqueza y los beneficios”. Divide la obra en cuatro partes: I. Moralidad de la propiedad privada de la tierra y de la renta; II. Moralidad del capital privado y del interés; III. Aspecto moral de las ganancias; IV. Aspecto moral de los salarios. Lleva implícita la obra la idea de **propiedad tomista**²⁹⁰, que —a diferencia del dominio romano con sus tres “iura”: *ius utendi*, *fructuendi* et *abutendi* (lo que convertía al propietario en absoluto irresponsable social)— convierte al **propietario en agente del Bien Común Distributivo**, pues afirma un “*ius utendi*” universal conectado con las dos obligaciones de “administrar” (*procurare*) y “distribuir” (*dispensare*)²⁹¹.

En la introducción a la “Justicia Distributiva” Ryan explica: “la justicia distributiva es principalmente un problema de **rentas** más que de posesiones. No concierne inmediatamente a las acciones ferroviarias de John Brown, a la casa de John White o al automóvil de John Smith. Se ocupa de la moralidad de tales propiedades de un modo indirecto y bajo determinado aspecto; esto es en la medida en que han sido adquiridas por medio de los ingresos. Más aún, se relaciona solamente con aquellos ingresos derivados de la participación en la

²⁹⁰ RYAN, Johan A.: “Justicia Distributiva”, Poblet, BsAs, 1950, p. 63 et passim.

²⁹¹ ST, II-II, 66, 1.

producción. Por ejemplo, considera los salarios del trabajador, pero no los subsidios que pueda recibir por caridad o amistad. Su materia no versa acerca de la distribución de todos los bienes del país entre toda la población del mismo, sino solamente en lo que respecta a la distribución de los productos entre las clases que han tomado parte en la obtención.

“Estas clases son cuatro, llamadas **terratenientes, capitalistas, empresarios u hombres de negocios**, y **trabajadores** o asalariados. El miembro individual de cada clase es un “agente” de la producción, y el instrumento o energía que aquel posee y aporta es un “factor” de la producción. Así, el propietario de tierras es un agente de la producción porque contribuye con el factor tierra, y el capitalista es un agente de la producción porque contribuye con el factor capital, mientras que el empresario y el trabajador son agentes no solo en el sentido de que aportan factores, sino también porque su cooperación implica continuo desgaste de energía humana.”²⁹²

En la parte III sobre **ganancias**, Ryan considera necesario analizar las principales reglas de justicia distributiva que podrían ser adoptadas en la distribución del producto de la empresa entre aquellos que participan activamente en el proceso productivo: 1) la regla de la **igualdad**, que se refiere no a la igualdad aritmética, sino a la igualdad proporcional en la distribución de “medios” en función del “bienestar” de cada uno; 2) la regla de las **necesidades** básicas proporcionales; 3) la regla de los **esfuerzos** y **sacrificios**. Ryan trata en primer lugar las tres reglas formalmente **morales**, que se basan en la dignidad y en el derecho de la personalidad. Trata luego las siguientes dos reglas, que tienen en cuenta más el valor económico que el mérito moral: 4) la regla de la **productividad**, en régimen de competencia; y 5) la regla de la **escasez de trabajadores**. Todas las reglas deben ser compatibilizadas y ponderadas entre sí, en función de la regla 6): regla del **bienestar**, que es el **fin** y **razón** de toda distribución. “Bienestar humano significa —explica Ryan— bienestar de todas las personas, consideradas individual o colectivamente. Incluye, pero no es idéntico al bienestar público y al bienestar social... La regla del bienestar humano incluye e involucra todo aquello que está comprendido en las otras cinco ya citadas. Este es su aspecto individual. Requiere que todos los seres humanos sean tratados como personas, como poseedoras de derechos naturales, es decir, igualitariamente. Exige que todas las personas que actúen en la economía reciban por lo menos la cantidad de ingresos necesaria para vivir decorosamente y desarrollar su capacidad individual: esto es el reconocimiento de las necesidades. La regla de bienestar humano declara que alguna consideración debe acordarse a las manifestaciones de buena voluntad de los que toman parte en el proceso económico, es decir, que deben reconocerse

²⁹² RYAN, Johan A.: “Justicia Distributiva”, Poblet, BsAs, 1950, p. 13.

8.1.2 CHAIM PERELMAN (1912-1984)

Cuando el jurista y jusfilósofo **CHAIM PERELMAN** (1912-1984) indaga por una noción de “justicia formal”, **busca lo común** a las clásicas formulaciones de la justicia, que son básicamente de justicia distributiva²⁹⁵:

1. A cada quien la misma cosa
2. A cada quien según sus méritos
3. A cada quien según sus obras
4. A cada quien según sus necesidades
5. A cada quien según su rango
6. A cada quien según lo que la ley le atribuye

Perelman se detiene en cada regla distributiva para descubrir, por último, qué **es lo común a todas**, traducido en una definición global, criterio de todo reparto concreto:

1. **A cada quien la misma cosa:** la justicia igualadora universal, por ejemplo por la muerte, que no reconoce diferencias ni de edad, ni de sexo, ni de salud, ni económica, ni social, ni de raza, ni de culpabilidad e inocencia, ni de virtud o vicio, ni de inteligencia o talento, ni de riqueza o pobreza. Pero se puede **aceptar** dar lo **mismo** a quienes forman parte de una **misma categoría diferencial**.

2. **A cada quien según sus méritos:** justicia que trata proporcional o ponderativamente según una escala de recompensas por competencias y esfuerzos.

3. **A cada quien según sus obras:** justicia también de proporción y ordenación, pero según el resultado de la acción. Justicia que inspira pagos salariales por cantidades y tiempo, o para calificar exámenes o concursos.

4. **A cada quien según sus necesidades:** justicia próxima a la caridad, encaminada a disminuir sufrimiento, atendiendo a los mínimos indispensables para sobrevivir. Aplicada en la legislación social de la economía liberal, emancipó el trabajo de la ley de la oferta y la demanda y favoreció la **regulación protectora**.

²⁹⁵ PERELMAN, Chaim: “De la Justicia”, UNAM, Méx., p. 17 ss.

5. **A cada quien según su rango:** fórmula de **justicia aristocrática**, que prioriza los “derechos” del status o de los estratos “superiores”. Justicia de apartheid.

6. **A cada quien según lo que la ley le atribuye:** justicia distributiva que parafrasea el “**cuique suum**” del **derecho romano** y se atiene a cuanto la ley prevé para cada cual. El operador jurídico es “justo” si aplica a las mismas situaciones las mismas leyes: “in paribus causis paria jura” (“en causas iguales, iguales derechos”). Todo depende de la justicia del sistema jurídico.

El análisis de las fórmulas distributivas ayuda a Perelman a descubrir lo **común en todas**: “ser justo es tratar de la misma manera a los seres que son iguales desde un cierto punto de vista, que poseen una misma característica.”²⁹⁶ “Se puede — explica Perelman— por tanto definir la justicia formal y abstracta como un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera”²⁹⁷. Hacer, pues, justicia implica explicitar las categorías desiguales para pasar luego a aplicar la primera fórmula distributiva — la única puramente igualitaria— a los integrantes de una u otra categoría: a cada quien la misma cosa. Hacer justicia tiene dos momentos: **desigualar** para luego **igualar**.

Cuando se tratan a la vez, por ejemplo, obras y necesidades, pueden resultar antinomias jurídicas porque se prefiere una característica esencial en detrimento de otra u otras. “Cuando las antinomias de la justicia aparecen —afirma Perelman— y la aplicación de ésta nos obliga a transgredir la justicia formal, se recurre a la **equidad**. A ésta se le podría considerar como la muleta de la justicia y es el complemento indispensable de la justicia formal siempre que su aplicación resulta imposible.”²⁹⁸

La **equidad** impone abandonar el formalismo y calcular proporcionalmente **el grado de importancia** que se quiere dar a cada característica o regla distributiva, sopesando la afectación a cada uno de los implicados, o ponderando en qué medida hacer pesar más un interés menoscabado que el que parece contradecirlo u oponerse. Es preciso establecer la importancia de cada razón en juego y calcular las condiciones de su hipertrofia o hipotrofia.

²⁹⁶ PERELMAN, Chaim, *Op. Cit.*, p. 27.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 28.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 46.

8.1.3 JOHN RAWLS (1921-2002)

El filósofo **JOHN RAWLS (1921-2002)**, en su “Teoría de la Justicia” vincula **justicia social** y **justicia distributiva**. La primera es condición de la segunda: “La justicia social ha de ser considerada como aquella que proporciona, en primera instancia, una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la **estructura básica de la sociedad**.”²⁹⁹ Por la importancia decisiva de la **justicia social**, ésta se torna en el gran tema de arranque: “...nuestro tema es la justicia social. Par nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la Constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales. Tomadas en conjunto, como esquema, las grandes instituciones definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre los que puede esperar hacer y sobre lo que haga. La estructura básica es el tema primario de la justicia porque sus efectos son muy profundos y están presentes desde el principio...”³⁰⁰

Echar las bases de las instituciones sociales implica tener en cuenta una “doctrina de economía política”³⁰¹, abierta a la elección entre una economía de propiedad privada y una economía socialista, señalando el papel de los mercados, el papel del ahorro y la justicia entre generaciones. “El sistema social —analiza Rawls— ha de estructurarse de manera que la distribución resultante sea justa ocurra lo que ocurra. Para alcanzar este fin, es necesario establecer el proceso económico y social en el medio de unas apropiadas instituciones políticas legales. Sin la estructuración adecuada de estas instituciones fundamentales, el resultado del proceso distributivo no será justo, por falta de una imparcialidad básica.”³⁰² Para que el “sistema social” garantice la justicia distributiva con imparcialidad, debe pensarse en “una sociedad bien ordenada, es decir, una sociedad en que las instituciones son justas, y este hecho es públicamente reconocido. Sus miembros tiene también un claro sentido de la justicia, un deseo efectivo de obedecer las reglas existentes, y de dar a cada una lo que tienen derecho... podemos suponer que todos tienen el mismo valor moral... Pero es evidente que, entendido de este modo, el valor moral igual de las personas no significa que las porciones distributivas sean iguales...”³⁰³

²⁹⁹ RAWLS, John: “Teoría de la Justicia”, FCE, Méx., 1997, p. 22.

³⁰⁰ *Ibíd.*, , p. 20.

³⁰¹ *Ibíd.*, p. 243.

³⁰² *Ibíd.*, p. 257.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 289.

La postura rawlsiana se inscribe dentro de la tradición del liberalismo contractualista. Por ello, están presentes Locke, Rousseau y Kant. Se concibe, pues, la sociedad como efecto de un pacto multilateral cooperativo entre individuos racionales y auto-interesados, aunque sin ventajas excluyentes. La libertad y la igualdad son condiciones para considerar justos los principios rectores de la cooperación.

El Estado contemporáneo no tiene por misión hacer felices a los ciudadanos, pues la **idea de felicidad** no es unívoca, sino, ampliamente pluralista. La tarea estatal es proporcionarles **a todos** los medios para que elijan con autonomía su proyecto de vida. Por eso, la justicia distributiva se refiere fundamentalmente al reparto de “bienes sociales primarios”, bienes que todo sujeto racional desearía poseer en lo posible y como mínimo en cuanto medio para lograr otros fines personalmente “felicitanes”. Esos **bienes** son: los derechos y libertades, el poder y las oportunidades, la riqueza y los ingresos, y la auto-estima.

¿Con qué principios se distribuirían tales bienes? Rawls hace un ejercicio mental al estilo del “estado de naturaleza”: imagina una “posición original”³⁰⁴ hipotética de individuos racionales auto-interesados que deben elegir el modelo de sociedad que prefieren, como si decidieran bajo un “velo de ignorancia”³⁰⁵ de las propios intereses o conveniencias para garantizar imparcialidad: sexo, raza, edad, religión, ideología, extracción social, nivel cultural y económico, la apariencia física o psicológica, la sociedad a la que pertenecen, todo ello es ignorado y puesto al margen, en actitud totalmente desinteresada. Así, no pueden pactar normas que los favorezcan. El proceso deliberativo sólo apunta a acordar libremente los principios que **garanticen a todos**, en lo posible, las condiciones indispensables para que cada cual pueda realizar el ideal de vida preferido.

A partir de la “posición original”, la concepción de justicia elegida se fundaría en dos principios, uno de ellos doble, más un criterio de prioridad. “**Primer principio**: Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos. **Segundo principio**: Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos

³⁰⁴ *Ibíd.*, p. 25.

³⁰⁵ *Ibíd.*, 30.

y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.”³⁰⁶

En cuanto al criterio de prioridad, establece Rawls que, en caso de conflicto entre los dos principios de justicia, **el primero ha de prevalecer** siempre sobre el segundo; y en caso de conflicto entre las dos partes del segundo principio, **la segunda ha de prevalecer** sobre la primera.³⁰⁷

Las libertades aludidas en el **primer principio** incluyen libertades políticas como derechos democráticos: la libertad de expresión y de reunión; libertad de conciencia y pensamiento; derecho a la vida y a la propiedad; amparo de la ley frente a la detención arbitraria. Todos esos derechos y libertades básicos se atribuyen por igual a todos los ciudadanos y los protege frente a cualquier discriminación política o religiosa, excluyendo toda forma de esclavitud o servidumbre, con lo cual favorecen el libre desarrollo de la personalidad.

El **segundo principio** se refiere a la distribución de la riqueza y los ingresos, lo mismo que de la autoridad y del poder. La alusión al ahorro justo excluye lo que pueda perjudicar a las generaciones futuras, que podrían nacer con excesivo endeudamiento público o con empobrecimiento de los recursos naturales hiper-explotados.

En la “posición original” y sin pretender ventajas egoístas (“velo de ignorancia”), sin perder el auto-interés, pero buscando lo razonable para todos, quienes deben optar elegirán la concepción de justicia explicada en los principios expuestos: los derechos y libertades que supone una convivencia digna, con el reparto proporcional de la riqueza y la influencia social, aunque admitiendo las desigualdades que redunden en beneficio de los menos favorecidos y posibiliten el acceso a responsabilidades públicas, sin desentenderse de las generaciones venideras.

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 280.

³⁰⁷ FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía* (Q-Z); Ed. Ariel Filosofía, Barcelona, 2001, pgs. 2997 y 2998. Advierte que los principios rawlsianos sirven de base a los conceptos de Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. El principio de libertad soporta el Estado de Derecho y el de la diferencia al Estado Social de Derecho.

8.1.4 AMARTYA SEN (1933)

El destacado economista y filósofo social **indio**, premio Nobel, **AMARTYA SEN** (1933...), tiene en cuenta la obra de Rawls, con quien dialogaba; pero hace varios reparos a sus planteamientos en “La Idea de la Justicia”. Considera que la noción rawlsiana de “bienes primarios” no parece conectarse con los deseos, intereses y sufrimientos de las personas de carne y hueso, en lo cual coincide —sin duda sin saberlo— con el arranque de la “justicia social” de un Taparelli. Sen prefiere recurrir a las nociones de “**funcionamiento**” y de “**capacidades**”, condiciones de “libertad positiva” y no meramente “negativa”, de acuerdo con la distinción de Isaias Berlin.

En “La Idea de la Justicia”, Sen estima que Rawls da primacía a los **medios** sobre los **finés**: “Mientras los “bienes primarios” son, en el mejor de los casos, **medios** para los fines valorados de la vida humana, en la formulación rawlsiana de los principios de justicia se convierten en cuestiones centrales para juzgar la equidad en la distribución. Yo he sostenido que esto es un error porque los **bienes primarios** son simples medios para otras cosas, en particular la libertad... El enfoque de la **capacidad** está en particular interesado en trasladar este énfasis en los medios a la oportunidad de cumplir los fines y a la libertad sustantiva de realizar esos fines razonados.”³⁰⁸

“No es difícil advertir —continúa Sen— que el razonamiento subyacente en este cambio de rumbo en favor de la **capacidad** puede marcar una diferencia significativa y constructiva. Por ejemplo, si una persona tiene un alto ingreso pero es también muy proclive a la enfermedad crónica, o está afectada por una seria discapacidad física, entonces no tiene que ser necesariamente considerada como muy aventajada por el mero hecho de su elevada renta. Ella tiene ciertamente más de uno de los medios para vivir bien (es decir, un elevado ingreso), pero tiene dificultades para convertir eso en buena vida (es decir, vivir de manera que tenga razón para celebrar) debido a las adversidades de la enfermedad y la discapacidad física. Tenemos que mirar más bien a la medida en la cual ella puede realmente lograr, si así lo decide, un estado de buena salud y bienestar para hacer lo que tiene razón para valorar. Comprender que los **medios** para una vida humana satisfactoria no son en sí mismos los **finés** de la buena vida... y el uso de la perspectiva de la capacidad empieza precisamente aquí.”³⁰⁹

Considera Sen que “los socorridos criterios económicos del progreso”, que se reflejan en estadísticas para establecer el PNB y el PIB³¹⁰, no se justifican a no ser

³⁰⁸ SEN, Amartya: “La Idea de la Justicia”; Ed. Taurus, Madrid, 2010, p. 264.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 264 y 265.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 255.

que como instrumentos para averiguar la calidad de vida de la gente, como era la intención de William Petty, el precursor del método estadístico en el siglo XVII³¹¹. Tales métodos se concentran en los “medios de vida” para evaluar los niveles de riqueza promedio sin llegar a establecer quienes llevan vidas libres y creativas, de tal manera que pueden realizar sus “capacidades” y hacerlas “florecer” dentro de la diversidad de posibilidades.

Porque las cifras globales del PNB pueden ocultar escandalosas diferencias de distribución, aunque se afirme el “per capita”, solamente definir cuáles son los **componentes de una vida humana digna** (“capacidades”) resulta útil para medir hasta qué punto se da el “funcionamiento humano” y su verdadero “florecimiento” como “vida buena”³¹².

La teoría de las “**capacidades**”³¹³ se convierte en criterio para valorar el bienestar y la libertad de las personas y, por ello, en fundamento para formular demandas o tomar decisiones de justicia distributiva. Sen sostiene que el desarrollo de la expansión de las capacidades y libertades necesarias para garantizar que los “agentes” alcancen los “funcionamientos” que se consideran valiosos deben convertirse en fin y meta de las políticas públicas. Y llama la atención a quienes consideran que las demandas de justicia se deben hacer en reclamo de recursos físicos y bienes primarios, olvidando lo que las personas pueden lograr con ellos.

8.1.5 MARTHA NUSSBAUM (1947)

La filósofa norteamericana, **MARTHA NUSSBAUM** (1947...), en “*Las fronteras de la justicia*”, prefiere hablar de “justicia social” para afrontar tres problemas aún no resueltos por el contractualismo de Rawls: “En primer lugar, encontramos el problema de la justicia hacia las personas con discapacidades físicas y mentales... En segundo lugar, encontramos el problema urgente de extender la justicia a todos los ciudadanos del mundo... Por último, debemos afrontar las cuestiones de justicia relacionadas con el trato que dispensamos a los animales no humanos...”³¹⁴ Nussbaum reconoce que la “tradición occidental ha producido muchas teorías de la justicia social. Una de las más poderosas y duraderas ha sido la idea del contrato social, según la cual un conjunto de individuos racionales se unen en busca de un beneficio mutuo, y acuerdan abandonar el estado de naturaleza para gobernarse a sí mismos a través de la ley. Dichas teorías han tenido una enorme influencia histórica, y recientemente han encontrado un

³¹¹ *Ibíd.*, p. 256.

³¹² *Ibíd.*, pp. 255 y *passim*.

³¹³ *Ibíd.*, p. 283 y *passim*.

³¹⁴ NUSSBAUM, Martha C.: “*Las fronteras de la Justicia*”; Paidós, Barcelona, 2007, pp. 21-22.

desarrollo de gran profundidad psicológica en la importante obra de John Rawls...”³¹⁵

No obstante, los tres problemas apuntados resultan difíciles de resolver por el contractualismo rawlsiano. Se impone, aunque se conservan elementos rawlsianos, buscar una nueva teoría: “Mi proyecto es a la vez crítico y constructivo. En relación con los tres problemas bajo consideración, pretendo defender que la versión del “enfoque de las capacidades” que llevo largo tiempo desarrollando aporta ideas prometedoras, superiores a las ideas que propone la tradición del contrato social en relación con estos problemas en particular.”³¹⁶

Nussbaum se confiesa cercana al enfoque de Amartya Sen, y precisa en qué se diferencia: “La alternativa es, pues, el “enfoque de las capacidades”, el cual ha sido desarrollado en sentidos algo distintos por mí misma, en filosofía, y por Amartya Sen, en economía. Sen centra el enfoque en una evaluación comparativa de la calidad de vida, aunque también le interesan las cuestiones de justicia social. Yo lo he usado, en cambio, como base filosófica para una teoría de los derechos básicos de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados por los gobiernos de todos los países, como requisito mínimo del respeto por la dignidad humana.”³¹⁷ Nussbaum entiende por “capacidades humanas” “aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano.”³¹⁸

Nussbaum justifica “una lista de diez capacidades como requisito para una **vida digna**... Se entiende que estas diez capacidades son metas generales que luego podrán ser especificadas por cada sociedad, en el proceso de elaborar una versión de los derechos básicos que esté dispuesta a reconocer. Pero de un modo u otro se afirma que todos forman parte de una teoría mínima de la justicia social: una sociedad que no las garantice a todos sus ciudadanos, en un nivel mínimo adecuado, no llega a ser una sociedad plenamente justa, sea cual sea su nivel de opulencia.”³¹⁹

Las diez capacidades constituyen “una descripción de los derechos sociales mínimos, y es compatible con diferentes respuestas para las cuestiones de justicia

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 22

³¹⁶ *Ibíd.*, pp. 24-25.

³¹⁷ *Ibíd.*, pp. 82-83.

³¹⁸ *Ibíd.*, p. 83.

³¹⁹ *Ibíd.*, p. 87.

y distribución que se plantearían una vez que todos los ciudadanos se hallaran por encima del umbral mínimo.”³²⁰

En 2006, Nussbaum proponía una lista abierta, susceptible de modificarse, de **capacidades humanas básicas**:

1. **Vida.**
2. **Salud física.**
3. **Integridad física.**
4. **Sentidos, imaginación y pensamiento.**
5. **Emociones.**
6. **Razón práctica.**
7. **Afiliación.**
8. **Otras especies.**
9. **Juego.**
10. **Control sobre el propio entorno**

Se entiende que las capacidades se dan en plexo y que se refuerzan mutuamente, aunque es posible “que a nivel práctico sea necesario fijar prioridades temporales.”³²¹

8.1.6 JOHN FINNIS (1940)³²²

La “*Ley natural y los derechos naturales*”³²³ (construida en **tres partes** con 13 capítulos) del jurista australiano Finnis, es en alguna medida una **teoría de la justicia**, que recupera y actualiza la teoría clásica aristotélico-tomista, en el

³²⁰ *Ibíd.*, p. 87-88.

³²¹ *Ibíd.*, p. 87.

³²² Hizo estudios de doctorado en Oxford bajo la supervisión del destacado positivista H. L. A. Hart. En 1966 recibió el encargo por parte de Hart de escribir un libro titulado *Natural Law and Natural Rights*. A pesar de que Finnis se había formado en la tradición del positivismo jurídico analítico, no discutió el título y entregó el libro en 1980. El resultado cambió en buena medida la opinión prejuiciosa que mantenían los positivistas del círculo Kelsen-Hart. En su honesta investigación, Finnis fue descubriendo que el iusnaturalismo del realismo clásico (distinto de los realismos jurídicos americano y escandinavo), contenía algo más que oscuridad y superstición. Su encuentro con Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino, ayudado por tomistas críticos como el teólogo católico Germain Gabriel Grisez (1929) y la influencia del epistemólogo B. J. Lonergan (1904-1984), lo llevaron a superar su positivismo purista y a convertirse en tomista competente. Fue miembro de la *Comisión Teológica Internacional* de la Santa Sede de 1986 a 1991.

³²³ FINNIS, John. *La ley Natural y los Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Bs As, 2000.

contexto de una **teoría de los bienes humanos básicos**. El mismo autor advierte: “*El núcleo de este libro es su segunda parte*”³²⁴, que va del capítulo III al XII, y esbozan una filosofía política y una jusfilosofía, en las cuales se enfatizan las exigencias del **bien común**³²⁵, en cuanto integrador de todos los bienes humanos en el seno de una determinada comunidad, **marco** de las distintas **formas de justicia**, que parten del reconocimiento de los derechos naturales (humanos o morales). Al servicio del bien común y de la realización de la justicia (general, distributiva, conmutativa) se afirma la necesidad de la autoridad para pasar a analizar el derecho positivo, derivado de la ley natural, y su poder de imponer obligación y deber. El capítulo XII se refiere a las leyes injustas, una preocupación subordinada de la teoría de la ley natural.

Antes de hablar del bien común (tema de los capítulos V y VI), Finnis (en el capítulo IV), expone su teoría de los **siete bienes básicos**, próximo a las preocupaciones de Sen y Nussbaum por el “*florecimiento humano*”, de longeva inspiración aristotélica, desarrollada por Tomás de Aquino en su afirmación de la necesidad de la búsqueda de la perfección personal, mediante el desarrollo de las propias capacidades, fin directo de la *educatio* en cuanto “*traductio et promotio usque ad statum perfectum hominis, inquantum homo est*” (= “*conducción y elevación al estado perfecto de hombre en cuanto hombre*”)³²⁶.

Finnis acude a Tomás de Aquino para establecer cuál es el arranque de la razón práctica y se atiene a lo que éste dice en la ST, I-II, 94, 2: “*Los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos. ...El primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la **noción de bien**, y se formula así: “el bien es lo que todos apetecen”. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: “**El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse**”. Y sobre este se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, ... en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano. ...De aquí que el **orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales...**”*

Para establecer **qué es un bien**, el Aquinate recomienda que la razón práctica se atenga a las intuiciones universales sugeridas por las tendencias o inclinaciones

³²⁴ FINNIS, Op. cit., p. 33.

³²⁵ Define Finnis el bien común: “*un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o) negativamente (en una comunidad)*”, Op. cit, p. 184.

³²⁶ “*Non enim natura intendit solum generationem proles, sed etiam traductionem et pormotionem usque ad perfectum statum hominis inquantum homo est, qui est virtutis status*” (La naturaleza no solamente tiende a la generación de la prole, sino también a la conducción y promoción de la misma hasta el estado perfecto de hombre en cuanto es hombre, esto es el estado de virtud) (ST. Sup. III, 41, a. 1).

básicas propias del fenómeno humano³²⁷: la **autoconservación**, la **unión** entre los **sexos** y la **educación** de los hijos, la inclinación a **conocer** y **vivir en sociedad**. De esa manera, la razonabilidad natural puede derivar muchas formas de bien que hacen posible la vida humana autosostenible y creativa, formas de bien que se convierten en pautas de la vida moral y política, y que sirven de criterio para la acción del legislador al crear la ley positiva, traducción del bien común, objeto propio de la justicia general y punto de partida de las demás formas de justicia.

El anterior **plexo tendencial** es el que impulsa al hombre a su realización, que consiste en alcanzar su bien específico, es decir, la felicidad (plenitud de la vida racional) posible históricamente, la cual prepara su felicidad definitiva, señalada por el hábito operativo teologal de la esperanza. Pero cada una de las tendencias, a su vez, va indicando los objetos, bienes o fines más o menos inmediatos, que funcionan como **realizativos** dentro de los proyectos intersubjetivos: **tales objetos** (las cosas corporales o incorporeales, las relaciones, las acciones de otros, las omisiones, todo aquello sobre lo cual puede recaer un posesivo: mío, tuyo, suyo) constituyen los **distintos “derechos”** que es preciso **dar en justicia**.

Finnis, atendido a la razonabilidad práctica tomasiana, propone sus propias **siete formas básicas de bien**³²⁸:

- a) **La vida**: “*un primer valor básico, correspondiente al impulso hacia la propia preservación*”.
- b) **El conocimiento**: “*considerado como deseable por sí mismo, no solo instrumentalmente*”.
- c) **El juego**: “*Cada uno de nosotros puede ver el sentido de ocuparse en realizaciones (performances) que no tienen otro sentido que la realización misma, que se disfruta por sí misma*”.
- d) **La experiencia estética**: “*La experiencia estética, a diferencia del juego, no necesariamente supone la acción de uno mismo*”.
- e) **La sociabilidad (amistad)**: “*que se realiza en su forma más débil por un mínimo de paz y armonía entre los hombres, y que atraviesa las formas de*

³²⁷ “Y así encontramos, ante todo, en el hombre **una inclinación que le es común con todas las sustancias**, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. ...Por razón de esta inclinación, pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a la conservación de la vida humana e impide su destrucción... **En segundo lugar**, encontramos en el hombre una inclinación hacia bienes más determinados, según la naturaleza que tiene en común con los demás animales. Y a tenor de esta inclinación se consideran de ley natural las cosas que “la naturaleza ha enseñado a todos los animales”, tales como la unión del marido y la mujer (“*ut est coniunctio maris et feminae*”), la educación de los hijos y otras cosas semejantes... **En tercer lugar**, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, pertenece a la ley natural... evitar la ignorancia, respetar a los ciudadanos y todo lo demás relacionado con esto.” (ST., I-II, 94, 2).

³²⁸ Finnis, Op. cit., pp. 117-121.

comunidad humana hasta su forma más fuerte en el florecimiento de la amistad plena”.

- f) **La razonabilidad práctica:** “existe el bien básico de ser capaz de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente (en el razonamiento práctico que da por resultado una acción) a los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter”.
- g) **La religión:** “¿Cómo se relacionan todos estos órdenes, que tiene su origen inmediato en la iniciativa humana y desaparecen con la muerte, con el orden perdurable de todo el cosmos y con el origen, si hay alguno, de ese orden?”

Precisa Finnis: “Ahora bien, aparte de la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la racionalidad práctica y la religión, hay innumerables objetivos y formas de bien. Pero yo sugiero que, al analizarlos, se verá que estos otros objetivos y formas de bien son maneras o combinaciones de maneras de buscar (no siempre con sensatez) y de realizar (no siempre con éxito) una de las siete formas básicas de bien, o alguna combinación de ellas.”³²⁹

En el capítulo V, Finnis analiza “Las exigencias básicas de la razonabilidad práctica”³³⁰, en nuestra búsqueda de bienes, atendida a la pauta de los siete señalados. Pone en ejercicio el bien “ f ”, que tiene en cuenta el ejercicio de la “*phronesis*” aristotélica y la “*prudencia*” aquiniana. Nuestra razonabilidad se funda en los nueve tipos de razones “*por las que (y de este modo las formas en que) hay cosas que moralmente (no) deben hacerse*”³³¹: 1) un plan de vida coherente; 2) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; 3) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; 4) imparcialidad; 5) el compromiso; 6) relevancia (limitada) de las consecuencias: eficiencia, dentro de lo razonable; 7) respeto por todo valor básico en todo acto; 8) las exigencias del bien común; 9) seguir la propia conciencia.

El producto final de todas esas exigencias en la búsqueda del bien por el esfuerzo de la razonabilidad práctica es “la moral”. Así, el proceso educativo, por ejemplo, madura en un proyecto como el que propone del Aquinate: alcanzar, tras etapas de maduración, no dejadas al capricho del educando, el estado de hombre “prudente”, es decir, dueño de su personal razonabilidad o capacidad estimativa en situación, bien en contextos de certeza o bien en contextos de incertidumbre.

³²⁹ Op. cit., p. 121.

³³⁰ Op. cit., p. 131.

³³¹ Op. cit., pp. 134-155.

8.2 ENSAYO DE RECAPITULACIÓN-INTEGRACIÓN

Antes de pasar a definir las **tareas** de la JUSTICIA DISTRIBUTIVA en relación con los problemas de las **des-regulación económica** y la consiguiente **flexibilización laboral**, que sacrifica aspectos claves de la legislación protectora, alcanzada tras las luchas de los trabajadores a lo largo de más de 100 años, intentaremos una rápida recapitulación de las teorías expuestas y resumiremos los resultados que es preciso retener:

1) No se puede desechar el esfuerzo de Aristóteles por elaborar una comprensión sistemática de la justicia como contexto para definir la **justicia distributiva**, materia que recobra Tomás de Aquino en su Tratado de la Justicia, en la II-II, 57-79, de la Suma Teológica, sirviendo de puente para la reflexión de los teólogos y filósofos católicos de los siglos siguientes, hasta alcanzar los afinamientos aplicativos de la Doctrina Social de la Iglesia, siendo tenida en cuenta por filósofos sin afiliación religiosa.

2) La **justicia distributiva** constituye la forma básica de toda idea de justicia (Gustav Radbruch, Josef Pieper, Werner Goldschmidt, Arthur Kaufmann), aunque sin desligarse de las demás formas, con especial vínculo con la llamada **justicia social**.

3) La **Justicia Distributiva** prioriza el aspecto económico y social de las distribuciones, atendiendo a las demandas de los sectores productivos (Ryan), a partir de una idea de propiedad justificada por su función social.

4) La **justicia Distributiva** es un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera (Perelman), “igual consideración y respeto” en términos de Dworkin.

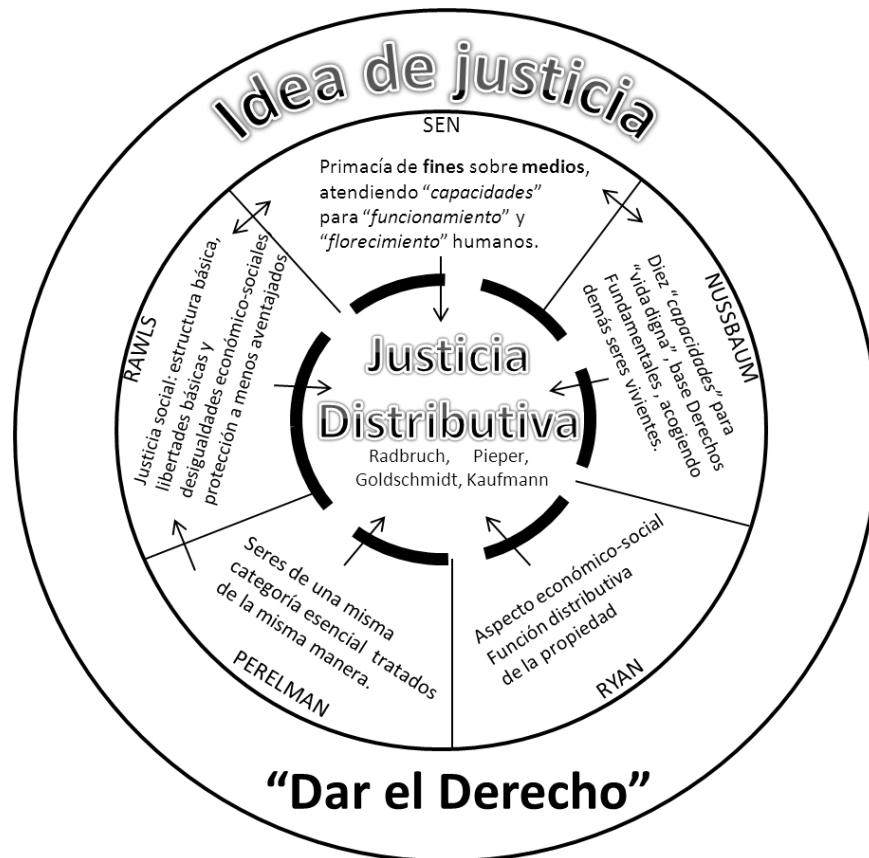
5) La **justicia Distributiva** supone el ejercicio de la **justicia social** como estructura política mediante instituciones que establezcan libertades básicas para todos, reconociendo las desigualdades económicas y sociales, con beneficio para los menos aventajados (Rawls).

6) La **justicia Distributiva** debe dar primacía a los **finés** sobre los **medios**, con el objeto de que, más allá de los recursos económicos, se atienda a cómo

lograr que las “capacidades” se desarrollen y permitan el “funcionamiento” y el “florecimiento” humanos (Sen).

7) La **justicia Distributiva** tiene en cuenta **diez capacidades** que giran en torno a la “vida digna” integral, base de los Derechos Fundamentales (Nussbaum), diez capacidades que son extrapolables a todos los seres vivientes.

8) En el contexto del **bien común**, integrador de los **siete bienes comunes básicos** (Finnis), las tres justicias aparecen como funciones interdependientes a partir de la **justicia general**, pauta de una **razonabilidad imparcial** (que busca toda forma de bien), por efecto de la cual se afirma la **justicia distributiva** en estrecha conexión con la **justicia conmutativa**, siempre en el seno de las exigencias de la vida comunitaria.



El anterior diagrama parte de la convicción kelseniana de que no existe una respuesta definitiva sobre la justicia, sino el esfuerzo de muchos por formularla cada vez mejor, respondiendo a los requerimientos de distintas situaciones consideradas injustas. Una respuesta al problema no puede pretender la exclusión o la negación de las demás. Una teoría no viene a barrer la anterior, sino a reformular o complementar. De ahí que cada nuevo pensador deba partir del estado en que otros dejaron sus respuestas. La reflexión filosófica no es sustitutiva sino acumulativa. Explicando el gráfico, visualizamos cómo, por lo pronto, no podemos hacer borrón de los clásicos (realismo aristotélico-tomista) y cómo se puede hacer una teoría unificada abierta que articula las distintas respuestas sobre justicia distributiva. El gráfico reúne a algunos miembros connotados del “colegio invisible” que ha privilegiado la justicia distributiva desde un énfasis especial por parte de cada uno.

El esfuerzo reflexivo y analítico de los anteriores filósofos de la Justicia Distributiva ha coincidido en el problema de las relaciones entre “**diferenciación social**” y “**desigualdad social**”, pues la primera situación es connatural a todos los seres humanos y depende de algo que desborda el ámbito de la ética y la moral: el azar que condiciona cada existencia: “naturalmente tenemos distintas cualidades individuales en nuestras características biológicas, psicológicas, históricas, en los roles sociales que asumimos, las tareas y ocupaciones que desarrollamos, sin que ello implique que estas diferencias se deban ordenar de manera jerárquica. Aunque, sin lugar a dudas, establecen el escenario para la desigualdad y la estratificación social cuando no se establece ni se garantiza adecuadamente la igualdad como criterio de justicia.”³³²

La segunda situación “no es natural sino contextual y se relaciona con las diferentes posiciones que ocupan las personas en la estructura social de la sociedad de que se trate implicando distintas desigualdades que surgen generalmente por dos razones básicas: debido a la evaluación social de las diferencias sociales que hace que las características del individuo y los diferentes roles sociales puedan ser considerados de forma desigual u ordenados jerárquicamente (desigualdad social en términos de prestigio u honor), o debido a que algunas posiciones sociales colocan a ciertas personas en condiciones de adquirir una mayor proporción de bienes y servicios valorados como satisfactores (desigualdad social en términos de acceso a posiciones preferentes en la sociedad) .”³³³

³³² RIBOTTA, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 59.

³³³ *Ibid.*, p. 59.

Si la “diferencia” natural **no es**, en primer lugar, el **objeto de la justicia distributiva**, sin embargo termina integrado al objeto propio de la misma: cómo alcanzar “igualdad” en las distribuciones o en los repartos, de tal modo que no haya excluidos de las ventajas de la co-existencia y de la convivencia. Las **“diferencias sociales”**, de todos modos, aparecen como condiciones para la desigualdad y la estratificación social: diferencias biológicas, psíquicas, de salud, de sexo, de raza, de nación, de religión, de herencia sirven de base para que se establezca la desigualdad. Las “diferencias”, aunque posiblemente naturales, pueden fácilmente convertirse en causas de exclusión y discriminación.

Las “diferencias” naturales: saludable, blanco, europeo, inteligente, creativo, elegante, se convierten fácilmente en ventajas que posicionan mejor frente a la distribución colectiva de oportunidades para acceder al saber, a la formación, al trabajo, a los bienes económicos. El diferente privilegiado recibirá más que el enfermizo negro africano de escasa inteligencia y poca creatividad. Y si es inteligente y muy creativo, tendrá que esforzarse mucho para poder competir.

Ryan no parte de las diferencias naturales, sino de las **desigualdades sociales** heredadas, que no se cuestionan, pero que hay que relacionar a fin de generar procesos re-distributivos que aseguren la paz social. Perelman tampoco parte de las diferencias naturales. Rawls tiene en cuenta la correlación entre diferencias naturales y desigualdades sociales. Sen retoma ese contraste y se refiere especialmente a las **diferencias naturales** que reclaman atender las “capacidades”. Los esfuerzos por equilibrar las desigualdades sociales no son suficientes si no se atienden las diferencias naturales (discapacidades). Lo mismo hace Nussbaum. Todos, finalmente, atienden la **desigualdad social** con ánimo re-distributivo, pero cada vez se tiene más en cuenta el choque que preocupa a Sen y Nussbaum. **Finnis se aproxima a las preocupaciones de Rawls, a quien menciona y de Sen y Nussbaum, a quienes no menciona, para alegar su propia idea de justicia distributiva, dependiente de la justicia general o justicia del bien común.**

8.3 JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y ECONOMÍA POLÍTICA

Sobre **economía política y justicia distributiva** había escrito Israel M. Kirzner en 1989: “Discovery, Capitalism, and Distributive Justice”: “Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva” (Folio, Barcelona, 1996). Inscrito en la tradición de la Escuela Austríaca de Economía, Kirzner se propone defender la altura ética del capitalismo. “Gran parte de la animadversión contra el sistema se disolverá por sí misma una vez que el lector entienda el modo en que el mercado permite y fomenta la compasión individual, a la vez que permite y fomenta el que los individuos creen

para si los ingresos de los que sean capaces.”³³⁴ Esta postura de Kirzner fue acogida por el Papa Juan Pablo II en la encíclica “Centesimus annus” de 1991. Las cabezas más destacadas de la Escuela Austriaca sostuvieron varios encuentros con el pontífice. Al hablar de justicia distributiva (fomentadora de la creatividad personal), Kirzner tiene buen cuidado en distinguirla de la “**Justicia Social**”, calificada de “inmoral” por desconocer los derechos de propiedad privada, por exigir la coacción redistribuidora y por desestimular la creatividad empresarial³³⁵.

Hoy, el economista francés Thomas Piketty, en su muy celebrado libro: “El Capital en el siglo XXI”, que nos recuerda el celeberrimo “Capital” de Carlos Marx (el Capital del siglo XIX), relaciona “**justicia social**” y “**distribución**” con “**Economía Política**”, lo que le permite inscribirse dentro de una larga tradición que, temáticamente, lo vincula con la filosofía política desde Platón, Aristóteles, los romanos, los medievales, entre los cuales sobresale Tomás de Aquino, hasta conectar con los teóricos **mercantilistas** del siglo XVII, especialmente **Antoine de Monchrestien**, quien echa a andar el significante “Economía Política”, con su doble intención de **ciencia de la economía** y **moral de la economía**, en una época en que era difícil separar los dos intereses.

Montchrestien publicó su libro “Traité d’oeconomie politique” en 1615, con dedicatoria a Luis XIII, adoptado como texto por el cardenal Richelieu, quien ordenó que en su Colegio se enseñara **economía política**³³⁶. Desde las primeras páginas Montchrestien rechaza la idea de que la acumulación de metales preciosos constituya la verdadera riqueza: “No es la abundancia de oro y plata, o la cantidad de perlas y diamantes, lo que hace a los Estados ricos y opulentos; es la consecución de los bienes necesarios para la vida. Es cierto que somos más ricos en oro y plata que lo fueron nuestros padres; pero no por ello vivimos mejor que ellos”³³⁷. Montchrestien concluye: si la riqueza es la masa de los bienes consumibles, un país será tanto más rico cuanto más produzca y distribuya para fortalecer el trabajo: “para la felicidad se requiere la riqueza y, para ésta, el trabajo...; el hombre ha nacido para vivir continuamente atareado.”³³⁸

El significante “economía política” fue precisando su significado desde Montchrestien a los economistas clásicos, hasta llegar a establecer su objeto en el siglo XIX: ciencia histórica que estudia las leyes que, en cada sociedad y época, rigen la producción, la distribución, el cambio y el consumo de los bienes materiales. Así entienden Marx y Engels el concepto, tema del “El Capital”, antecedido por la “Contribución a la crítica de la Economía Política” donde trata: 1)

³³⁴ KIRZNER, Israel M.: “*Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*”, Folio, Barcelona, 1996, p. 16.

³³⁵ *Ibid.*, p. 27.

³³⁶ JAMES, Emile: “Historia del pensamiento económico”, Aguilar, Madrid, 1974, p. 36

³³⁷ *Ibid.*, p. 40.

³³⁸ *Ibid.*, p. 15

de “la producción en general”; 2) de la “relación general de la producción con la distribución, el cambio y el consumo”; 3) del “método de la economía política”; y 4) “de la producción, los medios de producción y relaciones de producción”. Marx enfatiza la **“brutal disyunción de la producción y la distribución”**.

Piketty, por su parte, quiere enmarcar su investigación en esa tradición y explica: “No me gusta mucho la expresión “ciencia económica”: me parece terriblemente arrogante y podría hacer creer que la economía ha logrado un estatuto científico superior, específico, distinto de las demás ciencias sociales. Prefiero sin duda la expresión “economía política”, tal vez un poco anticuada, pero con el mérito de ilustrar lo que, a mi parecer, es la única especificidad aceptable de la economía dentro de las ciencias sociales, es decir, **su intención política, normativa y moral**”.³³⁹ Enfatizaba antes: “...no concibo otro lugar para la economía que como una sub-disciplina más de las ciencias sociales, al lado de la historia, la sociología, la antropología, las ciencias políticas y tantas otras”,³⁴⁰ entre ellas la filosofía y la ciencia jurídica. Como en su economía política hace Marx, Piketty también recalca la **centralidad del enfoque histórico** que relativiza toda conclusión con pretensión de definitividad.

Convencido de la actualidad de la “economía política”, el joven economista francés explica: “Cuando nació la economía política clásica en el Reino Unido y en Francia, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, la **distribución** ya era el **centro de todos los análisis**. Todos veían claramente que habían empezado transformaciones radicales, sobre todo con un crecimiento demográfico sostenido —desconocido hasta entonces— y los inicios del éxodo rural y de la Revolución Industrial. ¿Cuáles serían las consecuencias de esos trastornos en el reparto de la riqueza, la estructura social y el equilibrio político de las sociedades europeas?”³⁴¹ Se detiene a analizar brevemente los temores y las previsiones de Thomas Malthus —impresionado por los relatos de viaje de Arthur Young y las noticias de la Revolución Francesa—, David Ricardo, Marx —predictores apocalípticos— hasta llegar al optimista Simón Kuznets a mediados del siglo XX. Ricardo y Marx, “sin lugar a dudas, los dos economistas más influyentes del siglo XIX... imaginaban que un pequeño grupo social —los terratenientes, en el caso de Ricardo; los capitalistas industriales, en el de Marx— se adueñaría inevitablemente de una parte siempre creciente de la producción del ingreso”.³⁴²

³³⁹ PIKETTY, Thomas: “El Capital en el siglo XXI”, FCE, Bogotá, 2014, p. 645.

³⁴⁰ Ibid., 20.

³⁴¹ Ibid., p. 17

³⁴² Ibid., p. 19

“Al pasar de los análisis de Ricardo y Marx en el siglo XIX a los de Simón Kuznets en el XX, se puede decir que la investigación económica pasó de un gusto pronunciado —y sin duda excesivo— por las predicciones apocalípticas a una atracción no menos excesiva por los cuentos de hadas, o al menos por los finales felices. Según la teoría de Kuznets, en efecto, la desigualdad del ingreso se ve destinada a disminuir en las fases avanzadas del desarrollo capitalista, sin importar las políticas seguidas o las características del país, y luego tiende a estabilizarse en un nivel aceptable. Propuesta en 1955, se trata realmente de una teoría para el mundo encantado del período conocido como los “Treinta Gloriosos” (tres décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial).”³⁴³ Explica Piketty: “Para entender bien la considerable influencia de la teoría de Kuznets, por lo menos hasta la década de 1980 – 1990, y en cierta medida hasta nuestros días, debemos insistir en el hecho de que se trataba de la primera teoría en este campo basada en un profundo trabajo estadístico.”³⁴⁴ Crítico del optimismo de Kuznets, el autor francés, no obstante, amplía los métodos innovadores del primero, aplicándolos a escala internacional mucho más amplia.

Piketty abre su libro con un epígrafe tomado de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común” (art. 1), pues a lo largo de su investigación, a pesar de la igualdad abstracta del viejo jusnaturalismo, hay que atender al hecho de las **diferencias** y las **desigualdades**, que condicionan la **voluntad distributiva: todos deben recibir**, aunque puede resultar injusto que reciban “lo mismo”. Desde Aristóteles y Tomás de Aquino se habla de “**proporcionalidad**”, según dignidad, mérito, capacidad, necesidad..., lo cual desiguala, pero resulta aceptable si se funda en la “utilidad común”, en el “bien común” —en palabras del Aquinate—.

Piketty introduce su obra con preguntas de largo alcance: “**La distribución de la riqueza** es una de las cuestiones más controversiales y debatidas de la actualidad. Pero ¿qué se sabe realmente de su evolución a lo largo del tiempo? ¿Acaso la dinámica de la acumulación del capital privado conduce inevitablemente a una concentración cada vez mayor de la riqueza y del poder en unas cuantas manos, como lo creyó Marx en el siglo XIX? O bien, ¿acaso las fuerzas equilibradoras del crecimiento, la competencia y el progreso técnico conducen espontáneamente a una reducción y a una armoniosa estabilización de las desigualdades en las fases avanzadas del desarrollo, como lo pensó Kuznets en el siglo XX? ¿Qué se sabe en realidad de la evolución de la distribución de los ingresos y de la riqueza desde el siglo XVIII y qué lecciones podemos extraer para el siglo XXI?”³⁴⁵

³⁴³ *Ibíd.*, p. 25

³⁴⁴ *Ibíd.*, 18

³⁴⁵ *Ibíd.*, p. 15.

Esas son las grandes preguntas a las que intenta responder en su investigación. Acepta que tales respuestas serán imperfectas e incompletas; pero tienen la ventaja de basarse en datos históricos y comparativos mucho más amplios que en otras indagaciones, además de cubrir tres siglos y contar con información de más de 20 países, entre ellos los emergentes y los pobres. Naturalmente, privilegia la información de los países desarrollados, sobre todo, Francia, Reino Unido, Estados Unidos. Como busca una visión global, procura extrapolar conclusiones para hallar constantes que ayuden a iluminar las megatendencias del siglo XXI.

Una lección general: la evolución de la economía de mercado y de propiedad privada sin control contiene fuerzas convergentes que tienden a la difusión del conocimiento y la calificación de las oportunidades, pero igualmente fuerzas divergentes que amenazan las democracias y los valores de la “justicia social” o justicia distributiva que las fundan. “Cuando la tasa de rendimiento del capital —explica el autor— supera de modo constante la tasa de crecimiento de producción y del ingreso —lo que sucedía hasta el siglo XIX—, el capitalismo produce mecánicamente desigualdades insostenibles, arbitrarias, que cuestionan de modo radical los valores meritocráticos en los que se fundamentan nuestras sociedades democráticas”.³⁴⁶

La fórmula $r > g$ (en que r indica rendimiento del capital y g crecimiento de la producción y del ingreso), expresa la contradicción central del capitalismo. Explica Piketty: “La desigualdad $r > g$ implica que la recapitalización de los patrimonios procedentes del pasado será más rápida que el ritmo de crecimiento de la producción y los salarios. Esta desigualdad expresa una contradicción lógica fundamental. El empresario tiende inevitablemente a transformarse en rentista y a **dominar cada vez más a quienes sólo tienen su trabajo**. Una vez constituido, el capital se reproduce solo, más rápidamente de lo que crece la producción. **El pasado devora el porvenir**”.³⁴⁷ “La experiencia histórica —continúa el autor— indica, además, que fortunas tan desmesuradamente desiguales tienen poco que ver con el espíritu empresarial y carecen de utilidad para el crecimiento. Retomando la bella expresión del art. primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la que empieza este libro, **no son de utilidad común**.”³⁴⁸

Piketty sugiere algunas soluciones: el impuesto progresivo sobre el capital, lo cual exige muy alto grado de cooperación internacional y de integración política regional; apostar por la democracia “hasta sus últimas consecuencias”; fortalecer el Estado-nación. “El Estado-nación sigue siendo el escalón pertinente para

³⁴⁶ *Ibíd.*, 18.

³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 643.

³⁴⁸ *Ibíd.*, p. 644.

modernizar profundamente muchas políticas sociales y fiscales, y, hasta cierto punto, para desarrollar nuevas formas de gobernanza y propiedad compartida, a medio camino entre la propiedad pública y la privada, que es una de las grandes apuestas para el futuro. Sin embargo, sólo la **integración política regional** permite considerar una reglamentación eficaz del **capitalismo patrimonial globalizado** del siglo que empieza”.³⁴⁹ El Estado-nación no goza de la soberanía autosuficiente que se le atribuía y debe integrarse con otros Estados para resistir el poder del capital supranacional que tiende a subordinarlo todo, especialmente por el fenómeno del “globalismo” de que hablaba Ulrich Beck. Se impone, para resistir, afirmar la importancia de lo que se ha denominado política “glocal”, de acuerdo con la cual lo “local” (a nivel micro y a nivel regional) puede, en cierta medida, equilibrar la voracidad transnacional.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 645.

CAPÍTULO IX DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

9.1 LOS DERECHOS HUMANOS, CRITERIOS POSITIVOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La filósofa española Adela Cortina (1947...), repetidamente, ha señalado los derechos humanos como **criterios de justicia distributiva**. En “Alianza y Contrato”³⁵⁰ ensaya una “historia de la justicia”, una de las posibles formas de interpretar la historia de Occidente, que desemboca en la **nómina de los derechos humanos**, la cual se ha venido ampliando desde la Declaración de 1948. Esa larga historia ha consistido en “la progresiva realización de la idea de la justicia, de forma tal que aquellos derechos que en un tiempo se entendieron como necesidades que deben satisfacerse **por beneficencia**, pero no por justicia, han ido reconociéndose paulatinamente como derechos que deben ser atendidos **en justicia**, de forma tal que quienes no los atiendan caen bajo mínimos de justicia”.³⁵¹

Cortina distingue entre “bienes de justicia” y “bienes de gratuidad”. Y explica: “...Bienes de justicia son aquellos que componen lo que hoy llamamos una vida con un mínimo de calidad. Alimento, vivienda, vestido, trabajo, libertad civil y política, atención social en tiempos de especial vulnerabilidad, los elementos para no tener que avergonzarse en público, son aquellos bienes que un ciudadano, por el hecho de serlo, puede exigir en su comunidad política con **todo derecho**. Pero no sólo eso: son aquellos bienes que toda persona, por el hecho de serlo, puede exigir a la humanidad en su conjunto con **todo derecho**. No hablamos aquí de regalos, ni de favores, sino de **exigencias de justicia** a las que corresponden **deberes igualmente de justicia**. No hablamos aquí de concesiones, sino de **mínimos de justicia exigibles**.”³⁵²

Robert Alexy, por su parte, en “Institucionalización de la Justicia”³⁵³, propone precisamente el “núcleo jusfundamental” de la Constitución Nacional como criterio para alcanzar la “corrección” del derecho, cuya justificación no puede reducirse a la validez formal o positiva, ni a la validez sociológica o eficacia. La validez material o justificación ética se la proporciona el **núcleo de derechos humanos** que funda la justicia de toda distribución normativa y jurisdiccional.

³⁵⁰ CORTINA, Adela. Alianza y Contrato, Trotta, Madrid, 2001.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 56

³⁵² *Ibid.*, pp. 165 -166

³⁵³ ALEXY, Robert: “La institucionalización de la justicia”, COMARES, Granada, 2005, pp. 7-10

La Teoría de la Justicia fundada en un “núcleo de derechos humanos” sigue los siguientes pasos: 1. establece la inclusión de la perspectiva moral o ética. 2. supera el normativismo positivista, 3. la justicia es institucionalizada. 4. esa institucionalización implica la institucionalización de los derechos humanos básicos. 5. el “mínimo ético” son los derechos humanos, 6. es injusto lo que atenta contra el núcleo jusfundamental, 7. el mínimo de justicia del núcleo jusfundamental es universal, respetando las diferencias culturales no lesivas, 8. La corrección del derecho exige argumentación racional, respetando la libertad, la igualdad, la neutralidad a partir del núcleo jusfundamental de la Constitución Nacional, 9. las normas de justicia tienen estructura de principios cuya aplicación exige ponderación, 10. La concepción racional y ponderativa de la justicia excluye el fanatismo, 11. La teoría de la justicia exige un derecho no reducido a las normas positivas, sino interpretado y aplicado contextualizadamente en el seno de una interacción-jurídico-moral-político-social, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho que no sacrifique la dignidad de las personas a la dinámica neutral del capitalismo globalizado.

Escribe el jurista y jusfilósofo Robert Alexy: “Justicia es corrección en la **distribución y la compensación**, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de **distribución y compensación**. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales. Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral. Esa vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral sino también jurídicamente. De esta manera la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho. Esto tiene consecuencias fundamentales para la imagen del derecho.”³⁵⁴

También Piketty está de acuerdo en que los nuevos ejercicios distributivos deben estar pautados por el reconocimiento de derechos básicos: “la **redistribución moderna** no consiste en **transferir las riquezas** de los ricos a los pobres, o por lo menos no de manera tan explícita; reside en financiar **servicios públicos e ingresos de reposición** más o menos iguales para todos, sobre todo en el ámbito de la **educación, la salud y las jubilaciones**. En este último caso, el principio de igualdad se expresa mediante una casi proporcionalidad al salario obtenido durante la vida activa. En lo tocante a la educación y la salud se trata de una verdadera igualdad de acceso para cada individuo, sin importar sus ingresos o los de sus padres, por lo menos así asumida como principio general. La redistribución

³⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 22 y 23

moderna se edifica en torno a una lógica de derechos y a un principio de igualdad de accesos a cierto número de **bienes considerados fundamentales**.³⁵⁵

Los jusnaturalistas pensaban que los “derechos naturales” y el “jus Gentium” atributivo, como forma semipositiva del “derecho natural”, constituían el “reparto” antecedente **a todo acto de justicia, concebida como “acto segundo**”: “dar lo suyo a cada uno”. El justeólogo Francisco de Vitoria definía en el siglo XVI el “jus gentium”: “se llama derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre todos los pueblos”. Desde esa época, “jus gentium” era la denominación tradicional de los juristas para referirse al Derecho Internacional Público. El filósofo John Rawls (1921–2002) devolvió su dignidad tanto al significante como al significado en su “Derecho de gentes”, ensayo de fundamentación teórica del DIP, orden jurídico de la comunidad de pueblos ordenados y decentes, tanto democráticos como jerárquicos³⁵⁶, **en cuyo seno se aplican y respetan los “derechos fundamentales**”, cuya vigencia asegura la **justicia distributiva**, es decir, la circulación de bienes que garantiza el bienestar general y la convivencia pacífica.³⁵⁷

Los derechos humanos de “primera generación” o “civiles y políticos” se consideran fundamentales y son “justiciables”, esto es, reclamables ante la justicia. Se debate aun la justiciabilidad de los derechos de “segunda generación”, lo cual supone pasar del Estado de derecho al Estado social, de la mera democracia política a la democracia económico-social. Por lo pronto, los derechos civiles y políticos constituyen —utilizando la distinción propuesta por el filósofo ruso-británico Isaiah Berlin— las “libertades negativas” (“libertad **de**”), de resistencia a la opresión. Los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, constituyen las “libertades positivas” (“libertad **para**”) o de participación, que dependen de la gestión económica y administrativa del poder público, y se consideran de realización gradual, según el grado de desarrollo de una sociedad³⁵⁸.

El Derecho Internacional de los derechos humanos es una rama del DIP o “jus gentium”, que positiviza en forma puntual las antiguas exigencias de racionalidad del derecho natural, cuya inspiración sigue implícita en las grandes declaraciones. Esta rama del DIP se centra en la protección de la **dignidad humana** —originaria idea agustiniana³⁵⁹— y de las libertades fundamentales derivadas de ella —como ya lo demandaba en 1511 el profeta y activista fray Antón de Montesinos, en pleno

³⁵⁵ PIKETTY, Thomas: “El Capital en el siglo XXI”, FCE, Bogotá, 2014, pp. 528-529.

³⁵⁶ RAWLS, John: “El derecho de gentes”, Paidós, Barcelona, 2001, passim.

³⁵⁷ NARVÁEZ, Luis Carlos. Compensaciones y Justicia Social distributiva, U. La Gran Colombia, Bogotá, 2011, p. 121.

³⁵⁸ VALENCIA VILLA, Hernando: “Diccionario de derechos Humanos”, Espasa, Madrid, 2003.

³⁵⁹ SAN AGUSTÍN. La Ciudad de Dios, Porrúa, México, 1988, L. II, c. 29.

proceso de conquista y colonización españolas—. Instrumentos normativos, organismos y procedimientos internacionales y regionales se han encargado de ir aclarando y desarrollando la lógica de la derivación de derechos a partir de la afirmación de la dignidad humana. “En sentido material o sustantivo —explica Valencia Villa—, esta tradición está formada por las tres generaciones de derechos humanos: los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos y de los pueblos, tal como están codificados en las declaraciones, los pactos, las convenciones y los protocolos de los cuatro grandes sistemas de protección internacional: el mundial o de la ONU, el europeo o del Consejo de Europa, y el interamericano o de la OEA y el africano o de la OUA.”³⁶⁰

Los derechos civiles y políticos parten de las declaraciones revolucionarias burguesas del siglo XVIII y de las Constituciones nacionales del siglo XIX. Son los siguientes: a la libertad; a la igualdad; a la dignidad; a la vida y a la seguridad personal; a no ser torturado ni sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, o tráfico de seres humanos; a la personalidad jurídica; a la justicia; al “habeas corpus”; a la defensa o debido proceso; a la presunción de inocencia; a la intimidad o privacidad; a la libre circulación y al domicilio; al asilo; a la nacionalidad; al matrimonio y a la familia; a la propiedad privada; a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión; a la libertad de opinión y de expresión; al derecho de reunión y de asociación; a la participación política (sufragio y acceso a la función pública). Precisa Valencia Villa: “Sean 21, 25 o 28, los **derechos civiles y políticos** constituyen la condición de posibilidad de la vida en sociedad, y su vigencia efectiva establece la diferencia entre la barbarie y la civilización.”³⁶¹

Si los derechos civiles y políticos provienen de las revoluciones burguesas que remplazaron las monarquías por las repúblicas y crearon el constitucionalismo como sistema de frenos y contrapesos para la defensa del individuo frente a la prepotencia del poder, los **derechos económicos, sociales y culturales** son fruto del revolucionarismo nacionalista y socialista que **superó el Estado gendarme** (en apariencia neutral) por el **Estado interventor** y posibilitó la inclusión de las masas antes marginadas. Su primera consagración fue mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Los derechos de segunda generación son, por lo pronto, 17, que arrancan de la Declaración Universal: al trabajo; a condiciones de equidad, dignidad, seguridad e higiene en el trabajo; a la asociación sindical, huelga y negociación colectiva; a la

³⁶⁰ VALENCIA, Op. Cit., pp. 122 – 123.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 132.

protección especial de madres y menores trabajadores; a la seguridad social; a la calidad de vida; a la salud; a la educación, a la cultura, el arte, la ciencia; a un orden social e internacional propicio para la práctica de todas las libertades; a la orientación y a la formación profesionales; a la asistencia médica; a los servicios sociales; a la protección especial de los minusválidos y los trabajadores extranjeros; al medio ambiente sano; a la alimentación; a la protección especial de los ancianos.

La Declaración Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, reconoce: “Todos los derechos humanos son Universales, interdependientes e indivisibles y están relacionados entre sí”. El universalismo de los derechos humanos, acogiendo el cosmopolitismo estoico y cristiano —asumido por el jusnaturalismo—, constituye la principal justificación de los mismos como teoría y práctica de la solidaridad entre todos los miembros de la humanidad, respetando la diversidad nacional o regional. “Interdependencia” significa que cada derecho depende de los demás para su reconocimiento y ejercicio. Cada uno funciona dentro de un complejo dinámico de garantías. “Indivisibilidad” significa que los derechos de primera generación no pueden separarse de los de la segunda generación. Unos y otros derechos no constituyen compartimientos estancos que podrían aislarse y oponerse. No hay derechos autosuficientes.³⁶²

Por su interdependencia e indivisibilidad, los derechos de cada generación interactúan en forma de **plexo** o **red**, lo que impide su fragmentación: el derecho a la vida, por ejemplo, condición de posibilidad de todos los demás derechos, hace que éstos sólo tengan sentido y razón de ser en la medida en que se practiquen en función de la existencia autónoma y digna de la persona. Como núcleo inderogable del plexo de derechos, el derecho a la vida, se refiere no solamente a la existencia biológica, sino también y forzosamente a la existencia socio-económica, cultural, política y moral en condiciones decorosas y productivas.³⁶³

La jurisprudencia constitucional contemporánea de varios países, entre ellos España y Colombia, utilizan la expresión técnica: “bloque de constitucionalidad” para referirse al sector normativo mediante el cual ciertas reglas internacionales, como las relacionadas con la protección de los derechos humanos, forman parte material de la Constitución nacional, tienen la misma jerarquía y deben aplicarse de manera directa dentro de la nación. El “bloque de constitucionalidad” es “ius cogens” o derecho internacional obligatorio de naturaleza garantista.

³⁶² VALENCIA, Op. Cit., passim.

³⁶³ VALENCIA, Op. Cit., passim.

Alegar los derechos humanos como criterios de **justicia distributiva** equivale a contar con un marco de “ius cogens” que, sin duda, potencia el alcance político y jurídico de los actos de justicia como actos de “dar a cada uno lo suyo”. Pero la demanda jusfundamental puede quedarse en mero “ius ad rem” abstracto sin concretarse en efectivo “ius in re” personalizado. Parece que esto sobre todo afecta a los actos de justicia relacionados con derechos de segunda generación, no “justiciables” y no siempre considerados fundamentales, que pueden quedarse en meras expectativas genéricas. Entre tanto, los gobernantes deciden que tales derechos no obligan y que las soluciones a las necesidades que ellos ofrecen son “gratuitas”, regalos de pura liberalidad y benevolencia. Como las casas gratis del actual gobierno colombiano (Juan Manuel Santos Calderón 2010-2018).

Analizando el alcance del “a cada uno” en la fórmula de la justicia, dice el jusfilósofo Javier Hervada: “Al contrario de la palabra “dar”, la expresión “a cada uno” es extremadamente precisa. La justicia no consiste en dar o repartir cosas a la humanidad, a la Clase Obrera, a la Nación o al Pueblo; no se refiere a los “derechos de la mujer” a los de la “Raza Negra”, a los “de los marginados”, o a los “del Niño”. Esta justicia moderna que mira a las abstracciones o a los grandes grupos como tales grupos, a las estructuras o a las clases sociales, poco tiene que ver con la justicia de la que aquí hablamos, la modesta justicia del jurista.”³⁶⁴

9.2 DEL MÍNIMO PODER REGULATIVO DEL ESTADO GENDARME A LA DES-REGULACIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN.

El Estado fue ampliando su radio de acción al compás del desarrollo tecnológico y económico. Cuando en 1900 no existían leyes ni autoridades de tránsito era porque no había automóviles. Cuando no había fábricas ni problemas laborales no había leyes de protección para los obreros. Los gobiernos democráticos que surgieron de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX tenían un poder regulativo escaso y débil. No tenían más funciones que las de defensa, policía y justicia y para ello cobraban impuestos. Frente a los procesos de producción, transporte y actividad bancaria, los gobiernos eran pasivos agentes de policía, con el único deber de garantizar el funcionamiento de las instituciones heredadas. Se consideraba que la economía tenía sus propias leyes naturales inmutables, que no debían ser interferidas. Por eso este modelo de Estado fue llamado “Estado Gendarme”, al margen del cual, se daba una desigual lucha entre fuertes y débiles, en la que sobrevivían los más fuertes.

³⁶⁴ HERVADA, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Bogotá, Temis, 2000, p. 22.

El obrero, apremiado por la necesidad de subsistir no podía negociar con el patrón; tenía que aceptar el salario que se le ofrecía; las pequeñas empresas sucumbían por la imposibilidad de competir con los grandes negocios; el crédito bancario era para éstos, que podían ofrecer suficientes garantías; los consumidores, sin conciencia de sus derechos, eran víctimas de la mala calidad y los altos precios de las mercancías, fijados arbitrariamente por los productores. Todo el poder económico y su reflejo en el poder político se fueron concentrando en monopolios que imponían su ley, sin posibilidad de hacer eficaces los **reclamos distributivos**. La misma dinámica productiva, con mínima apertura distributiva, trajo contradicciones internas que se tradujeron en profundas crisis del sistema capitalista. Lo que llevó a la convicción generalizada de que era necesario corregir el desorden colectivo.

Así fue madurando la necesidad de poner freno al Estado liberal anárquico, dotándolo de nuevos poderes más allá de la defensa, la policía y la justicia. Así surgió el “Estado liberal interventor”, que nació en la expedición de leyes protectoras de los trabajadores, los consumidores, los arrendatarios, regulando al mismo tiempo, las libertades empresariales, enfatizando la función social de la propiedad, criterio básico de la moral política, forma concreta de justicia distributiva, de alguna manera atenta a la moral distributiva de los modelos socialistas.

La intervención del Estado en el proceso económico, exigencia de la moral política como mecanismo para reducir el desnivel entre los diversos sectores de la producción y las formas de distribución de la riqueza y de las oportunidades, entre las distintas zonas de un mismo país y entre las diferentes naciones en el plano internacional, fue frenando las perturbaciones del proceso capitalista, disciplinando la competencia y mejorando las ofertas del mercado y regulando en alguna medida las condiciones del trabajo asalariado, mediante la creación de estatutos y códigos del trabajo. En la Constitución colombiana anterior, se decía que el Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. El Estado interventor se fue convirtiendo en empresario de transportes y comunicaciones y en servicios de energía, acueducto y teléfonos, finanzas y corporaciones de fomento y aún empresas manufactureras. Fue surgiendo así un capitalismo de Estado, considerado un peligro por parte de los partidarios de la libertad absoluta de empresa, dispuestos a recuperar un modelo neoliberal semejante al primitivo modelo “leseferista” del “Estado Gendarme”.

El Estado Interventor se fue debilitando especialmente cuando pareció agotarse con el debilitamiento del Estado de Bienestar, que era su forma más madura, que

podía hacer frente a los desafíos de los Estados de socialismo real, que también terminaron por derrumbarse. La caída del muro de Berlín fue como el signo del doble derrumbe y el anuncio del neoliberalismo esperado por muchos, favorecido por el proceso de globalización del capitalismo, que afirmó la libertad de competencia para las empresas transnacionales y los mercados mundiales.

La **globalización económica** de las finanzas y del comercio trajo como consecuencia las inversiones internacionales y el incremento de las exportaciones, elementos dinamizadores de la actividad económica, lo que se tradujo en generación de empleo, que no beneficia a todos, sino preferentemente a naciones, sectores, individuos aptos para integrarse. Se trata de un fenómeno concomitante de inclusión y de exclusión. Los cuatro mundos reciben distintos o desiguales efectos. Los Estados del tercero y cuarto mundos, en desigualdad de condiciones para competir, tienen que resignarse a aceptar la movilidad de capitales transnacionales, restando efectividad a los instrumentos internos de equilibrio, sometidos a un nuevo “laissez faire” trabajosamente contenido por los ordenamientos jurídicos internos, que deben entrar en franca **flexibilización**.

La economía transnacional del nuevo orden global se caracteriza por convertirse en un sistema intrínsecamente **no regulado** y emancipado del control político público. Los mecanismos estatales internos de producción y flujo de capitales pierden gran parte o toda su efectividad. El triunfo del mercado global sobre los gobiernos no fue sólo resultado del desarrollo de aquél, sino de la contemporánea aplicación de políticas deliberadas de desmonte por parte de los gobiernos de los países más influyentes desde el punto de vista económico y político y también de los organismos financieros internacionales. Es decir, los Estados nacionales se auto-debilitan y exportan sus modelos internos a los países más débiles.

El desmonte de los mecanismos de equilibrio construidos a lo largo de siglo y medio **afecta de manera directa el ordenamiento jurídico laboral**. La **globalización des-reguladora** del aparato productivo mercantil-financiero vacía en buena parte el poder regulador del derecho del trabajo sobre las condiciones de trabajo en el seno de cada país, tanto las regulaciones estatales como las de índole colectiva, obtenidas cuando los sindicatos eran fuertes.

Al desaparecer las normas protectoras del mercado nacional frente a la competencia externa, que implicaba la protección de la fuerza de trabajo, rompió el **equilibrio tripartito** que garantizaba la vigencia de la legislación del trabajo: empresario, Estado fuerte mediador, trabajador agremiado. La tripartición dialogante se pierde al fortalecerse la posición negociadora del empresario, convertido en el león de la fábula, enfrentado a dos animalejos asustados: el nuevo Estado sin poder y el trabajador solitario sin relación sindical. La liberalización de los movimientos de capitales, el desarrollo de modernas tecnologías permiten a las

grandes empresas situar su producción en cualquier lugar del globo, desplazarla con facilidad, aprovechando ventajas de las zonas con menos costos laborales y de protección social.

Los avances tecnológicos cooperan en la **des-localización** y la **fragmentación**, sin perder integración en un proceso globalmente coordinado por la empresa matriz. La presión empresarial, su amenaza de desplazarse, sobre el Estado y las organizaciones de trabajadores para debilitar o aminorar los niveles tutelares, traen como consecuencia la negociación de nuevas condiciones cada vez menos favorables para los intereses internos del mercado nacional y del mercado laboral, llamado a resignarse a la subcontratación.

Las estrategias de re-localización de la producción y la subcontratación a escala internacional son formas de eludir los ordenamientos laborales y los convenios colectivos, que van quedando como formas de **justicia distributiva positiva** que no se aplica o se aplica en condiciones de máxima flexibilización.

Tenemos nuevos Estados Gendarmes, que se vienen especializando en los mínimos de seguridad colectiva, con **escaso poder regulativo**. A consecuencia de la desaparición de barreras arancelarias y demás medidas protectoras estatales para las empresas nacionales, éstas se ven obligadas a competir con empresas extranjeras por un mercado que ya no es propio, ni existiendo físicamente en el propio territorio. Las empresas nacionales deben adaptar sus estrategias competitivas y para ello tienen como primera opción la reducción de costos de producción y como un elemento de la misma la reducción de costos laborales. Los empresarios nacionales apuntan a ubicarse mejor en el plano internacional y adoptan medidas encaminadas a reducir el empleo, a reducir el salario y las condiciones de trabajo y a debilitar al máximo el poder sindical.

El **principio de justicia distributiva** que presidía los **antiguos códigos laborales** y que en Colombia se mencionaba como principio de “coordinación” (a. 1, C.S.T.) de intereses entre empresa-trabajadores (en sentido individual y colectivo) ya no compromete ni a las partes contratantes, ni al Estado árbitro. Pero como el estado de cosas no puede perpetuarse indefinidamente, pues lesiona los derechos fundamentales especialmente de los más débiles, en nombre de estos derechos se ha de **buscar nuevas formas de justicia distributiva** que reequilibren coactivamente no solamente el ámbito de las oportunidades sino el mínimo de la posición inicial de las personas para que hallen espacio de realización en el seno de su sociedad. Y ya se sabe que no hay que esperar que la **justicia distributiva** sea exclusiva competencia de los agentes del Estado, sino que **compromete a todos los miembros de la sociedad**, sin que haya sujetos activos privilegiados

frente a sujetos pasivos reducidos a sus expectativas. Al respecto, Amartya Sen insiste en que todos los sectores sociales se comprometan en la creación de ambientes que aseguren el desarrollo de las “capacidades”, conditio sine qua non del “human functioning”, como base del “florecimiento humano”³⁶⁵, teniendo en cuenta que no bastan las ventajas económicas para que se den las capacidades.

³⁶⁵ Cfr. SEN, Amartya: “La Idea de la Justicia”; Ed. Taurus, Madrid, 2010, p. 255 y passim.

CAPÍTULO X EL ACCIONAR DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

10.1 PLANOS DE RESPONSABILIDAD DISTRIBUTIVA

Los clásicos —en contexto de *statu quo*— pensaban que los responsables del **Bien Común Colectivo (BCC)** eran, por función propia, los encargados del **Bien Común Distributivo (BCD)**, funcionarios del “dar a cada uno lo suyo”. A los gobernantes, pues, se atribuía la tarea de reparto. Pero hoy el BCC y su dinámica distributiva (BCD) se consideran responsabilidad compartida tanto de los poderes públicos como de la sociedad civil con sus distintos cuerpos y funciones interactivas, que se traducen en la **forma de operar de la democracia** (con sus representantes, partidos, fuerzas políticas para tomarse el poder o influir sobre él). Por ello, el **accionar de la justicia distributiva** compromete distintos **planos de responsabilidad**, evitando la exclusión de los considerados antes sujetos pasivos. No obstante, tales **planos de actividad distributiva**, no pueden aislarse ni oponerse, sino que tienden a articularse y aún a integrarse en conjunción de fuerzas que bien pueden ser representados por un sólido geométrico en cuyo interior actúan todos los sujetos que reclaman una porción de lo que les corresponde. Esto exige no sólo **convergencia de los planos de acción** sino fusión interactiva, a fin de que se mantenga la armonía social. Un **sólido** como un CUBO bien serviría de metáfora modélica práctica para referirse al complejo accionar del **esfuerzo inter-distributivo**.

10.2 TEORÍA DE LOS MODELOS EPISTEMOLÓGICOS

Hagamos un breve “excursus” acerca de los **modelos** utilizados especialmente por los filósofos, los lógicos, los epistemólogos y los científicos. Se ha hablado de modelos metafísicos, estéticos, éticos y epistemológicos³⁶⁶. Nos interesan sobre todo estos últimos, a los que se atribuye especial función heurística. Se habla de modelos mecánicos, modelos icónicos (dibujos, diseños, diagramas, maquetas...), modelos sistémicos, etc. Un modelo en estos sentidos se funda en las relaciones entre una visualización espacial y un referente teórico, el cual se busca explicar por las analogías que resultan entre algo sensorial y algo abstracto. Los diagramas de Venn son representaciones geométricas para aclarar problemas lógicos. Los esquemas y planos de los científicos naturales operan en sentido semejante. Los volúmenes (tetraedros, pirámides, cubos y cuerpos semejantes) son utilizados como metáforas alusivas a interrelaciones, interdependencias, interacciones... En

³⁶⁶ FERRATER, Mora, José: “Diccionario de Filosofía”; Ed. Ariel Referencia, Barcelona, 1994, pp. 2432 y 2433.

general, los modelos lógicos y científicos ayudan a descubrir aspectos que la misma teoría que los utiliza llevaba implícitos o aún no precisados. Escribe el lógico y epistemólogo polaco I.M.Bochenski en su obra “Los Métodos Actuales del Pensamiento”: “Por modelo se entiende un producto físico, observable en principio a simple vista, que tiene la misma forma que el objeto o contenido representado en el enunciado científico... Tal modelo no siempre puede ser construido, pero si “pensado”, es decir, imaginado.”³⁶⁷ Por su parte, Katz, Doria y Costa Lima, en su “Diccionario básico de comunicación”³⁶⁸ definen modelo así: “La descripción simplificada que señala o destaca las relaciones significativas y relevantes de un acontecimiento o proceso o fenómeno cualquiera.”³⁶⁹

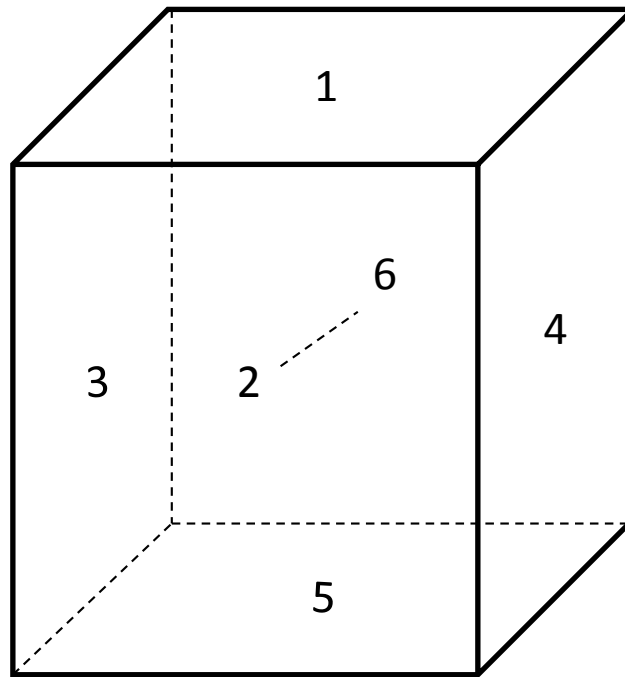
El sólido geométrico que se utiliza en este apartado también es un modelo epistemológico, que ayuda a integrar y permite visualizar relaciones interactivas. El CUBO, en esta investigación, se inspira en el “**cubo**” propuesto por Bochenski para explicar la tridimensionalidad del signo en la semiótica.³⁷⁰ Este modelo debe interpretarse como un intermediario entre la realidad conocida y la teoría que de ella se desprende a fin de comprender la co-presencia e interactividad de sus **seis aspectos básicos** (sugeridos por los resultados de los diagnósticos críticos de los capítulos anteriores), que se convierten en condiciones del **ejercicio de la justicia distributiva futura**, factor complejo y dinámico que asegurará la plausibilidad ética de las nuevas relaciones de trabajo frente a las demandas insoportables del capitalismo neoliberal globalizante, que privilegia el lucro sobre la dignidad y los derechos de las personas.

³⁶⁷ BOCHENSKY, I.M.: “Los métodos actuales del pensamiento”, Ed. Biblioteca del pensamiento actual, Madrid, 1962, p. 86.

³⁶⁸ KATZ, Chaim, S., DORIA, Francisco A y COSTA, Lima Luiz en: “Diccionario Básico de Comunicación”; Ed. Nueva Imagen, México, 1987, p. 354 y 356.

³⁶⁹ KATZ y Otros, p. 353.

³⁷⁰ BOCHENSKY, pp. 73 – 75.



Las seis caras del cubo sirven bien para representar los seis planos de acción que esta investigación ha venido descubriendo, avaladas por autoridades de reconocida solvencia científica:

1. Plano Institucional (Supiot, Romagnoli, Baylos, Pérez Rey, Sanguinetti, Ferrajoli)
2. Plano Iusfundamental (Alexy, Ferrajoli, Habermas, Rawls, Amartya Sen, Meda, Adela Cortina...)
3. Plano del diálogo entre poderes (Montesquieu, Haoriou, Gargarella...)
4. Plano del dialogo social (Habermas, Rawls, Zen, Piquetty, Cortina...)
5. Plano glocal (Bauman, Beck, Stiglitz, Elías Díaz...)
6. Lucha por el derecho (Von Ihering, Sousa, Rodríguez, Soto, Ferrajoli...)

Obsérvese, en la transparencia del cubo, que una línea punteada parece conectar el plano 2 (anterior) con el plano 6 (posterior), pues, al invitar a la **lucha por el Derecho** en el último plano, existe una guía no solamente moral, sino de **pleno Derecho positivo** de alcance constitucional, que es la reivindicación continua del plano iusfundamental. En toda lucha por el Derecho, antes que los vaivenes individuales o colectivos, deben primar los Derechos reconocidos por la ética contemporánea y reflejados en la positivización jurídica, que alimenta las tendencias morales vigentes. De esa manera, no se propician “luchas” caprichosas que descarrían la convivencia y sirven a oscuros intereses guerreristas bajo capa de afanes legítimos. Ferrajoli afirma el “indudable nexo entre Derechos

fundamentales y Paz, afirmado en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948... La presión de los excluidos sobre nuestro mundo privilegiado no asumirá la forma de la violencia incontrolada...”³⁷¹

1. El **PLANO INSTITUCIONAL** se refiere al proceso des-regulador y flexibilizador que, no obstante, **mantiene las instituciones laborales básicas** (derecho individual, derecho colectivo, seguridad social y procedimiento), susceptibles de aplicarse de acuerdo con la tradición jurisprudencial o en adaptación creativa.

El proceso de formación de la legislación laboral en América Latina, en palabras de Arturo S. Bronstein, se inició con el siglo XX, “en respuesta a reclamos obreros que se expresaban a menudo bajo formas violentas. En el segundo decenio ya adquirió contornos más precisos —y una orientación definida— como resultado de la influencia de la Constitución mexicana de 1917, y de la fundación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919. A partir de los años XX se profundizaron sus rasgos más predominantes —y en particular su espíritu tuitivo— en gran medida bajo la influencia de los cambios **modernizadores** del entorno político, y de la acentuación de la intervención del Estado en la economía. Esta tendencia persistió por lo menos durante cuatro decenios y dio origen a un neologismo, el **garantismo laboral**... Quizás su punto culminante se alcanzó con el Código de Trabajo de Panamá, de 1971.

“Por cierto que esta evolución no estuvo exenta de cuestionamientos, que en su mayor parte hacían hincapié en los efectos económicos adversos, o presuntamente adversos, de una legislación que al aumentar la protección del trabajador también aumentaba los costos laborales de las empresas, afectando su competitividad... El argumento de pérdida de competitividad tropezaba ante una realidad que mostraba que todas las empresas debían competir en un mismo mercado, con el mismo tipo de costos laborales... Sin embargo, ya a partir de los años 70 un número creciente de Estados dejó de lado el proteccionismo, para adoptar políticas neoliberales y a veces inclusive ultraliberales. En este nuevo contexto se sostuvo que la legislación laboral constituía un elemento crítico de la competitividad; razón por la cual se acentuó su cuestionamiento, el que se centraba en aspectos de la legislación laboral que se consideraban rígidos. De ahí que se tomó prestada una terminología que ya se había difundido en Europa occidental unos años antes, y fue así que se comenzó a hablar de la flexibilidad laboral.”³⁷²

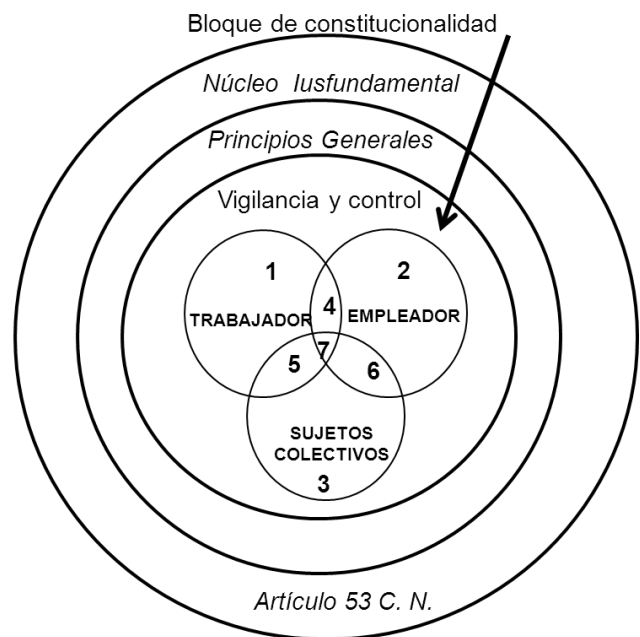
³⁷¹ FERRAJOLI, Luigi: “El garantismo y la filosofía del derecho”, Externado, Bogotá, No. 15, 2000, p. 186.

³⁷² BRONSTEIN, Arturo S.: “Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina”; www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/.../pasado.htm/

La codificación de las instituciones laborales en América Latina comenzó hacia 1931 con el Código de Trabajo de Chile y la Ley Federal del Trabajo de México, que definieron una especie de codificación “tipo”, de enorme influencia continental. Siguió varias codificaciones: en Venezuela (1936), en Ecuador (1938), en Bolivia (1939), en Brasil y Costa Rica (1943), en Nicaragua (1945), en Guatemala y Panamá (1947) hasta llegar en 1950 al Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, seguido por los Códigos de República Dominicana (1951) y de Honduras (1959). El ciclo se cerró en 1961 con el Código del Trabajo de Paraguay.

El siguiente diagrama de Venn, que recoge las instituciones laborales colombianas, puede ayudar a visualizar lo que resulta común en todas las codificaciones mencionadas:

1. Autonomía del Trabajador.
2. Autonomía del Empleador.
3. Autonomía de los sujetos laborales colectivos.
4. Contrato individual:
 - Salario (acto distributivo)
 - Jornada
 - Descanso
 - Prestaciones
 - Reglamento
 - Higiene y seguridad
5. Sindicatos:
 - Organización
 - Personería
 - Facultades y Funciones
 - Régimen Interno
 - Fuero
 - Trabajadores Oficiales
 - Federaciones
6. Conflictos:
 - Arreglo directo
 - Mediación
 - Huelga
 - Arbitramento
 - Cierre de empresas
 - Pactos y contratos colectivos
7. Procedimiento Laboral y Seguridad Social.



El anterior diagrama procura mostrar la **interdependencia** de las **instituciones laborales** consolidadas hace 65 años en Colombia, pero que no se separan de las codificaciones continentales. El diagrama evidencia los espacios de **autonomía** de los sujetos de la relación de trabajo, que parecen aproximarse en plena libertad e igualdad “dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (C.S.T., a. 1). A pesar del espíritu de “coordinación”, que **supone igualdad** entre

los sujetos, de todos modos la **finalidad primordial** del Código es “lograr” la **justicia** en las relaciones **entre desiguales**, tal como lo evidencia el artículo 23 del mismo Código y el artículo 53 de la Constitución Nacional. Se trata, sin duda, de una invocación a la **justicia distributiva**, enmarcada en previos actos de **justicia social**.

Las cuatro intersecciones indican los ámbitos de interactividad interinstitucional: 4 = interacción trabajador-empleador desde el punto de vista contractual; 5 = interacción trabajador-sindicato desde el punto de vista de la reivindicaciones colectivas; 6 = interacción sindicato-empleador desde el punto de vista de los conflictos, pactos y convenios. En cuanto a la triple intersección 7, se refiere a la **función jurisdiccional** del Estado, vinculante de los derechos individuales y colectivos del trabajador y los derechos del empleador (que puede ser individual o colectivo).

El Código Sustantivo del Trabajo colombiano ha institucionalizado, entre los principios generales, la definición de trabajo: “El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.” (a. 5).

Ciertamente la estructura de nuestra codificación refleja una estructura del sistema productivo hoy profundamente cambiada: el antiguo modelo fordista, que aún tenía en cuenta al trabajador en masa y en grandes fábricas, ha pasado de moda. Es evidente que códigos tan antiguos deben ser reelaborados teniendo en cuenta las nuevas formas de trabajo y la nueva protección que ellas requieren. La vocación de los códigos fue darle preponderancia a la ley; pero hoy, de acuerdo con el esquema, cobra preponderancia la Constitución, que será la guía para la protección de las nuevas formas de trabajo, a la luz del núcleo jusfundamental y de las exigencias del llamado “bloque de constitucionalidad”. Por eso las instituciones codificadas aparecen circundadas, con intención subordinante, por normas superiores a la voluntad política de los legisladores. De ahí la flecha que penetra desde las demandas de los Derechos Humanos.

Es posible que la necesidad de actualizar una codificación desueta constituya un factor de “flexibilización” encubridora, que no pretende precisamente renovar la función tuitiva o protectora que exige la perspectiva de justicia distributiva, encargada de “equilibrar” las nuevas relaciones, con atención a las exigencias que corresponden a imperativos constitucionales y meta-constitucionales, teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de

república unitaria, “**fundada** en el respeto de la dignidad humana, en el **trabajo** y la **solidaridad** de las personas...” (C.N. a. 1).

Las instituciones mencionadas, a pesar de su aparente desuetud, aún tienen arraigo en nuestra realidad jurídica y pueden ser esgrimidas por los jueces, de tal manera que la jurisprudencia pueda hacer valer su carácter protectorio, como se evidenció al analizar 15 jurisprudencias de la Corte Constitucional, la mayoría concordantes en dar prevalencia al sistema “tripartito” que inspira nuestra codificación.

La violencia estructural que nos acompaña desde hace 5 décadas ha tenido repercusiones delicadas en el **sindicalismo**³⁷³. Sin embargo, no pueden dejarse de lado y, en especial, en estos últimos 20 años, factores de orden global y nacional relacionados con las políticas neoliberales que fueron penetrando el Continente a través de la llamada apertura económica. El debilitamiento del sindicalismo en la primera década del presente siglo tiene como causa principal la apertura económica que incidió de modo negativo en la capacidad productiva industrial y agropecuaria potenciando de paso la informalización de la economía.

A ello se suma la des-regulación que, desde el punto de vista laboral, desembocó en la flexibilización de la fuerza de trabajo³⁷⁴; flexibilización que, las más de las veces, ha servido para fomentar esa categoría de trabajador que algunos expertos llaman “outsiders”³⁷⁵ y que suele evidenciarse en sectores de la economía en las que se acude con frecuencia a las Cooperativas de Trabajo Asociado o Maquilas, sin dejar de lado, desde luego, otras formas menos agresivas de flexibilización, pero que también terminan promoviendo la **no sindicalización**, como lo son los contratos a término fijo o la fórmula des-laboralizada del contrato de prestación de servicios, al que se acude con mucha frecuencia no sólo en instituciones privadas sino públicas.

³⁷³ Dos obras recientes sobre el sindicalismo en Colombia presentan estadística de cómo la violencia ha acallado voces de líderes sindicales. Estos dos trabajos hacen balance desde la masacre de las bananeras (“El Sindicalismo en Colombia: una historia para resurgir” María Alicia Cabrera Mejía, Ed. Nomos S.A, 2005) hasta las denuncias de desapariciones y desplazamiento como violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en la última década del presente siglo XXI, sobre todo durante el doble mandato Uribe Vélez (“Violencia contra el sindicalismo 1984 - 2010”; Mauricio Archila Neira y Otros, Ed. Cinep y Programa para la Paz, Bogotá, 2012).

³⁷⁴ ARCHILA, Neira, Mauricio. “Violencia contra el Sindicalismo 1984 – 2010”, Ed. Cinep y Programa por la Paz, Bogotá, Agosto de 2012, p. 16.

³⁷⁵ Baylos y Pérez Rey, así como Francois Dubet.

Más allá de las formas radicales de la violencia contra el sindicalismo, aquellas que han significado muerte, desaparición o desplazamiento forzado, cabe aclarar que la flexibilización se vuelve una forma silenciosa de violencia³⁷⁶, toda vez que ella ha servido para acallar las posibilidades de una verdadera ciudadanía; esa que se expresaba a través del sindicalismo. Hoy, precisamente por ese debilitamiento, se teme que la defensa y realización de los derechos sociales y económicos se debiliten, lo que de paso afectaría también la garantía de los derechos civiles y políticos.³⁷⁷

A todo lo anterior, se suma la cada vez más escasa capacidad de acción y de autonomía que tienen los actuales sindicatos con poco o nada de respaldo estatal y sobre todo en sectores y lugares de la economía donde éste hace mayor presencia a través de su fuerza pública y casi nula presencia institucional que impulse y respalde la regulación social.³⁷⁸ Esa falta de acción autónoma se refleja en **bajas cifras de sindicalización** (o afiliación a sindicatos) comparables a las de hace sesenta años.³⁷⁹ Esa afiliación, casi en su totalidad, se concentra en el sector servicios y, de modo más concreto, en los trabajadores del Estado que aún sobreviven bajo las fórmulas del clásico pleno empleo. Podría afirmarse que casi son los únicos que logran visibilidad y organización como antes ocurriera con sectores sindicalizados de la industria privada. Las razones, por lo menos para la presente investigación, hacen referencia al fenómeno des-regulación económica y flexibilización laboral, como ya se había descrito atrás con la denuncia que hiciera el juslaboralista colombiano Marcel Silva Romero.

2. **EL PLANO IUSFUNDAMENTAL** reivindica la primacía de los derechos fundamentales en juego en la relación empleador–trabajador, en la que tiene que operar el principio de ponderación. En 2012, escribía el destacado laboralista peruano-español Wilfredo Sanguineti Raymond: “En las últimas décadas las estructuras tradicionales del Derecho del Trabajo, articuladas en la mayor parte de países a partir de la necesidad de introducir elementos de equilibrio en el seno de una relación estructuralmente desigual como es la de trabajo, se han visto sometidas a duros y constantes ataques, todos ellos dirigidos a tratar de

³⁷⁶ ARCHILA NEIRA y Otros: “Nos explicamos. La negativa a reconocer sindicatos, la oposición a la negociación colectiva que derive en convenciones colectivas, la violación del Código Sustantivo del Trabajo y la ausencia de institucionalidad estatal para regular el mundo laboral, aunque no clasifican dentro de las formas de violencia física consideradas en esta investigación, se articulan con ellas y las alimentan, provocando en ciertas regiones y sectores verdaderas espirales de violencia...”. p. 27.

³⁷⁷ ARCHILA, Neira, Mauricio. *Violencia contra el Sindicalismo 1984 – 2010*, Ed. Cinep y Programa por la Paz, Bogotá, Agosto de 2012, p. 17.

³⁷⁸ ARCHILA y Otros, p. 21.

³⁷⁹ ARCHILA y Otros. En verdad, el sindicalismo colombiano vive una marcada crisis organizativa desde los años 70. Un indicador es la tasa de sindicalización, que hoy es casi la misma de 1947 (4.6%). p. 23.

subordinar su construcción a los requerimientos de la **economía**, interpretados éstos en clave de supresión o aligeramiento de todas aquellas instituciones o mecanismos que traben o dificulten la libre actuación de los sujetos económicos dentro del mercado.”³⁸⁰

Pero en este mismo período, reconoce Sanguinetti, “el Derecho del Trabajo ha experimentado, por paradójico que pueda parecer, una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante,... los últimos años han sido testigos del tránsito, de la tutela exclusiva del trabajador como productor y sujeto de una relación jurídica de dependencia, a una visión más amplia u holística del mismo, que añade a la perspectiva clásica su consideración como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano...”³⁸¹

Explica Sanguinetti que en la base de esta evolución hay que reconocer “el avance imparable experimentado en las últimas décadas por el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho como forma política y la consecuente expansión y generalización de la exigencia de respeto de los derechos fundamentales que le es inherente. Su resultado final ha sido, en todo caso, por decirlo con una expresión que alcanzó fortuna en Italia en los años 70 del siglo pasado, el “ingreso de la Constitución en la fábrica”³⁸². Esto quiere decir que el “tripartismo” de la relación de trabajo, que dejaba al Estado “por fuera” de la vida de la empresa, en cuyo seno el empresario ejercía autoridad indiscutible, éste ha empezado a experimentar una nueva “forma de estar” en clima de exigencias jusfundamentales (vida, integridad física, psíquica, moral, libre desarrollo de la personalidad, libertad ideológica y religiosa o de conciencia, de expresión e información, de intimidad personal y familiar, de reunión y asociación, etc.).

De la jurisprudencia comparada, especialmente a nivel constitucional, registra Sanguinetti importantes signos de evolución en el reconocimiento y regulación del ejercicio del “núcleo iusfundamental” por parte de los trabajadores: “Una primera y más elemental respuesta adoptada por los jueces consistió en enfocar el problema en términos de **adaptabilidad** del ejercicio de los derechos fundamentales al **marco** de derechos y obligaciones propio del **contrato de trabajo**.”³⁸³ Pero esta primera respuesta práctica evidenciaba una **subordinación** de los derechos fundamentales a la lógica del contrato de trabajo.

³⁸⁰ SANGUINETI R., Wilfredo: “Derecho del Trabajo: nuevos escenarios”, IJSA, San José, 2012, p. 12.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 13.

³⁸² *Ibid.*, p. 14.

³⁸³ *Ibid.*, p. 19.

Progresivamente, sin embargo, se avanzó hacia un enfoque distinto, en la perspectiva de la “**colisión de derechos**”, que ha venido siendo superado con la ayuda del “**principio de proporcionalidad**”, “de acuerdo con el cual el sacrificio de un derecho fundamental —sea éste de titularidad del trabajador o del empresario— sólo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en la medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente.”³⁸⁴ Explica Sanguineti que pueden existir principios y derechos potencialmente contradictorios entre sí y que es preciso reconocer “que éstos no pueden ser objeto de una aplicación absoluta e ilimitada, sino más bien condicionada a la medida en que resulten compatibles con el resto de bienes y derechos reconocidos por la propia norma fundamental, pudiendo experimentar limitaciones recíprocas cuando entren en conflicto unos con otros...”³⁸⁵

Explica Sanguineti que el “juicio de proporcionalidad” se descompone en una triple valoración: a) **juicio de idoneidad**, b) **juicio de necesidad**, c) **juicio de proporcionalidad** en sentido estricto, mediante la realización de la **ponderación**, de fuerte sabor alexyano, que consiste en “sopesar” en la balanza de la racionalidad argumentativa los distintos intereses. Se trata de determinar a cuál de las distintas pretensiones en colisión es posible atribuirle mayor respaldo desde el punto de vista de la “**optimización**” de la aplicación de la Constitución en la aplicación de los principios y valores constitucionales.

A propósito de la necesidad de “**sopesar**” en la práctica de la justicia, escribe Robert Alexy: “La justicia como **ponderación** tiene, además, una ventaja adicional. Expresa la idea de la medida correcta, idea clásica para la justicia. Excluye, así, cualquier forma de fanatismo. El postulado de la disposición a la ponderación es un postulado esencial del discurso racional de la justicia. Expresa el respeto de los principios de justicia de los otros y, con ello, es un corolario del reconocimiento de los otros como interlocutores del discurso en igualdad de derechos y miembros de una sociedad de libres e iguales.”³⁸⁶

3. **EL PLANO DEL DIÁLOGO ENTRE PODERES** se refiere a la colaboración estrecha de los mismos, sin olvidar sus competencias propias, permanentemente abiertos a acoger las demandas políticas de las distintas fuerzas que representan los derechos del trabajador o de cualquier ciudadano.

³⁸⁴ *Ibíd.*, p. 20-21.

³⁸⁵ *Ibíd.*, p. 21.

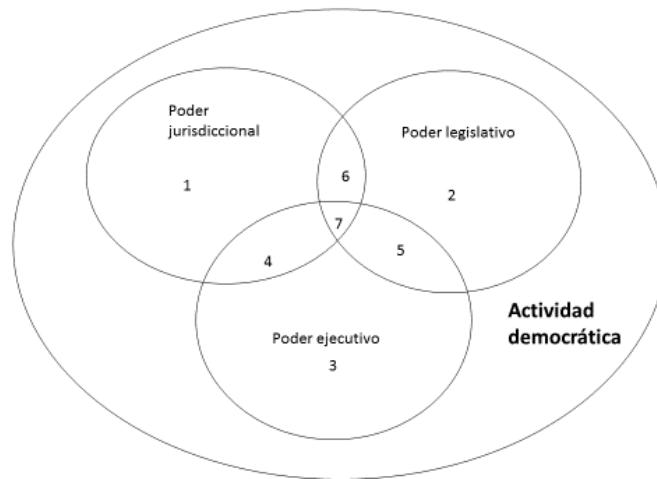
³⁸⁶ ALEXY, Robert: “La institucionalización de la justicia”, Comares, Granada, 2005, pp. 66-67.

De diálogo de poderes se viene hablando desde 1982, cuando en Canadá se empezó a hablar de “constitucionalismo dialógico”. Entonces se comenzó a discutir por qué un tribunal o una Corte podían revisar los contenidos de una ley para determinar su validez. Según Gargarella³⁸⁷, ese poder especial de los jueces plantea al menos tres preguntas de indudable relevancia pública: 1. ¿por qué los jueces y no los legisladores se encargan de la tarea principal en la hermenéutica constitucional? 2. ¿Es aceptable que en el marco de una comunidad democrática los jueces asuman el derecho de pronunciar la última palabra? 3. ¿Por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido en que los jueces determinan la validez de una ley en términos de “todo o nada”, en vez de pensar que los jueces y el poder ejecutivo “vetador” ayuden y cooperen con los legisladores para que éstos mejoren lo que han hecho? ¿Y no se debe involucrar también a la propia ciudadanía, en la que radica el poder constituyente?

Gargarella trae un ejemplo de experiencia dialógica entre poderes: “cuando en el caso de la contaminación del Riachuelo, la Corte Suprema en Argentina convocó a una serie de audiencias públicas en las que intervinieron representantes de los distintos poderes y las distintas jurisdicciones involucradas, tanto como representantes de los grupos más afectados por la contaminación, a los efectos de encontrar colectivamente una solución al tipo de problemas estructurales que estaban en juego... contra lo que era habitual la Corte no dio por sentado que los problemas constitucionales en cuestión referían a temas sobre los cuales los tribunales podían reflexionar y decidir con independencia de lo que sostuvieran los poderes políticos. Por el contrario, la Corte entendió que esos asuntos requerían la intervención de todas las ramas del poder, y de los ciudadanos afectados.”³⁸⁸ Si se tratase de un caso relacionado con la jurisdicción del trabajo, con paro generalizado, el asunto no podría quedar en el ejecutivo y el poder policial, sino que debería convocar tanto a los ciudadanos afectados como a los representantes de los demás poderes del Estado.

³⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. Por una justicia Dialógica. Ed. Siglo XXI, Derecho y Política; Bs. As, 2014, pp. 9 – 13.

³⁸⁸ *Ibíd.* pp. 10 y 11



El anterior diagrama de Venn nos presenta siete ámbitos de relación que nos ayudan a descubrir siete posibilidades dialógicas entre poderes: 1. suficiente competencia de los jueces; 2. suficiente competencia legislativa; 3. suficiente competencia ejecutiva. En los tres casos, sin embargo, interacción en los tres sentidos. 4. Convergencia dialogal forzosa entre la rama jurisdiccional y el ejecutivo, con iniciativa alternativa; 5. convergencia dialogal forzosa entre ejecutivo y legislativo, con idéntica iniciativa alternativa; 6. convergencia dialogal necesaria entre jurisdicción y legislatura, con indispensable iniciativa alternativa; 7. encuentro dialogal de los tres poderes en búsqueda de acuerdos, equilibrados por los “pesos y contrapesos” que corresponden a la autonomía relativa de cada poder. El diagrama está rodeado por el círculo que representa la actividad democrática, pues los tres poderes representan la voluntad del “demos”.

4. El **PLANO DEL DIÁLOGO SOCIAL** que alimenta a las distintas fuerzas políticas que intervienen en el ejercicio de la **democracia representativa**, permeada por el ejercicio de las distintas formas de **democracia participativa** o directa.

La experiencia flexibilizadora del último cuarto de siglo permite afirmar que el crecimiento económico, por sí mismo, no determina la disminución de las tasas de desempleo y, de igual forma, una mejora en la superación de este fenómeno. La globalización de los mercados, con su consiguiente des-regulación y propuesta de nuevas y mayores formas de acumulación de la riqueza, dejan ver que sólo han servido para propiciar mayor inequidad social y potenciación del empleo atípico de escasa o nula protección. A ello, debe sumarse la manera como se fueron desmontando los escenarios negociadores que emergían del poder de la fuerza colectiva y, en últimas, del diálogo social.

América Latina, en el mismo momento de los cambios mencionados, experimentaba cierta estabilidad laboral y económica que repercutía en un desarrollo sostenido en clave de diálogo entre las variables crecimiento económico y desarrollo social.³⁸⁹ Sin embargo, en ese mismo momento se creyó conveniente reorientar esa sostenibilidad hacia las exigencias de la globalización con el argumento de generar más eficiencia económica y, por lo mismo, más y mayor riqueza. La promesa no se cumplió, y casi todos los sectores de la economía, sin necesidad, fueron introduciendo fórmulas flexibilizadas en materia laboral, desmantelando gradualmente toda posibilidad de negociación colectiva, generando una diáspora de diversas formas contractuales laborales, cohonestadas por la legislación que se colocó al servicio de la liberación económica, brindando herramientas de vinculación y despido al servicio de los empleadores (fortalecimiento del *ius variandi*).³⁹⁰ Esto, desde luego, puede considerarse como el inicio de un escenario unidireccional (sin diálogo) muy desfavorable para toda la fuerza de trabajadores que venía de un **modus operandi negociador** y las nuevas generaciones del trabajo que ya no cuentan con respaldo en la fuerza de la colectividad.

Una de las recomendaciones que más va calando como modo de superar lo anterior y dar nuevo equilibrio a las relaciones contractuales laborales actuales a fin de recuperar en ellas el sentido de la solidaridad y el desarrollo sostenido de una economía al servicio de las personas y no al revés, ha sido, precisamente, la de **recuperar el diálogo social** como clave legitimadora de los nuevos escenarios laborales y modo de ejercer inspección y control para lograr beneficios sociales y compensatorios para todos a través de las ganancias que generan las nuevas formas de producción y consumo; las nuevas formas de acumulación y riqueza. Por todo esto, es conveniente aclarar **qué es el diálogo social** y cuáles serían las claves para que ese diálogo prosperara en términos de nuevo equilibrio social y económico, nuevas formas de empleabilidad con calidad al servicio de las personas y de la productividad en general.

Definitivamente sigue siendo clave hoy aquello que Juan Pablo II reiterara en *Laborem Exercens* al hacer referencia a que el verdadero protagonista del progreso económico no es el capital, sino el hombre.³⁹¹ Y a ello, siempre debe añadirse no el hombre en solitario, sino como sujeto que sólo hace posible su existencia en un mundo de relaciones sociales. Su carácter de persona está ligado a la vida en sociedad y es allí de donde parte la idea del diálogo social. En

³⁸⁹ PASCO, Cosmópolis Mario. Crisis económica mundial y derecho del trabajo. El derecho del trabajo y de la seguridad social (discusiones y debates). Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 16.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 28.

³⁹¹ CAMACHO, Laraña, Idelfonso. Doctrina Social de la Iglesia: quince claves para su comprensión. Ed. Desclée de Bouver, Bilbao, 2000, pp. 112, 113, 114 y 132.

Aristóteles ya encontramos esta clave de lo social a través del “zoon politikón” (convertido en “**animal social**” por Tomás de Aquino), concepto que hace referencia al hombre como un animal que sólo puede definirse inmerso en dos dimensiones que sólo son propias de la especie humana cuando vive en comunidad: la social y la política. Ambas son bases de la formación para la participación pública y el fortalecimiento de la libertad.

Esta idea de lo social nuevamente es acogida en la filosofía tomista y el propio Aquinate la denomina “dilectio socialis” o “dilección social” lo que hace referencia a la disposición que en cualquier comunidad hay hacia la realización del Bien Común. Disposición que parte de un afecto con los otros y se potencia en la medida del diálogo. Nuevamente en Jacques Maritain encontramos un interés similar por esta idea de lo social que el filósofo francés denomina “amistad recíproca”, necesaria para una vida cívica y en sociedad, herramienta que sirve además de control a las posibles “perversiones” del Estado.³⁹²

Vemos entonces que hay una importante línea filosófica que alude de modo directo en el fomento y realización del diálogo social como clave para la configuración de la verdadera ciudadanía democrática. Todo este recurso filosófico va a servir de base para que la condición de ciudadano cuente con la garantía de sus derechos de primera y segunda generación. Los primeros aludiendo a la libertad de conciencia, expresión, asociación, reunión, movilidad y participación política; los segundos, haciendo referencia a los derechos económicos, sociales y culturales entre los que se destacan el derecho al trabajo, a la educación, la salud, la vivienda y la cultura. Esta concepción de ciudadanía, en clave de diálogo social, recibe un blindaje a través de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y de los pactos y tratados orientados a promover la protección de esos derechos. Estas protecciones y garantías tendrán su tránsito y debido acogimiento en ese escenario laboral homogéneo que se caracterizó por el logro de constantes beneficios para todos. La regulación laboral se legitimaba a través del diálogo que propiciaba el tripartismo, herramienta que en clave inclusionista generaba en los trabajadores una protección comparable con aquella muñeca rusa construida por niveles. De la más grande a la más pequeña encontramos la misma figura y la pequeña parece estar protegida por los niveles más amplios. Lo mismo podríamos decir de los trabajadores, su primera expresión e identidad era la colectiva y la expresión más pequeña era la individual. Ambas, desde luego, en una conexión armónica a pesar del tamaño de una frente a la otra.

El tripartismo legitimó la regulación laboral en el pasado y fue la herramienta clave de la deliberación pública. Con la globalización, este ejercicio de diálogo se va

³⁹² MARITAIN, Jacques. El Hombre y el Estado. Ed. Encuentro, Madrid, 1993 p. 24.

difuminando y el poder legitimador va pasando del tripartismo, como gobernanza social, a las manos del poder financiero como unipartismo con el agravante de que allí prevalece una conducta opaca, inestable e insensible frente a los derechos descritos. Esto, bien podría interpretarse como un despertar “crematístico”, sólo orientado a la acumulación de la riqueza, así como lo señala Bauman al hacer referencia al exagerado e indiferente interés acumulativo propio de la “estética del consumo”.³⁹³ Frente a esta situación, el remedio para su superación parte de reconocer que el Estado–Nación sigue siendo elemento indispensable de la organización social, núcleo que estructura y fomenta toda forma de sociabilidad. Es evidente que sus funciones, por efectos de la misma liberalización de los mercados, tienden a cambiar, pero su papel de armador y árbitro no puede refundirse. Ahora su tarea sería la de servir de mediación y arbitraje a fin de fortalecer el consenso entrecruzado que genera el diálogo social entre empresarios, trabajadores y la misma sociedad en general, lo que podría entenderse como una democracia social-laboral y pasaría a denominarse **tetrapartismo**.

Es claro que no se busca reproducir el mismo tripartismo del pasado; esta herramienta, ahora **tetrapartista**, debe cobrar nueva significación con nuevas consecuencias, pues no se trata sólo de otorgar ganancias a un actor o a otro, sino de reconocer que las pérdidas también deben ser compartidas así como el conflicto mismo, ya que éste es el elemento que dinamiza la constante actualización del derecho laboral y permite el tránsito hacia un estadio de real equidad. La paz social no es la superación de un conflicto hasta llegar a alcanzar el grado cero. Esto no pasaría de ser una ilusión que en la práctica se materializaría como la paz de los cementerios. En la naturaleza humana pervive el elemento conflictual y lo significativo de ese elemento es su carácter dialéctico que ha permitido avances hacia estadios que generan mayor empoderamiento negocial y libertario.

La dialéctica conflictual de las relaciones laborales del pasado, elevada al plano tripartito, fue lo que permitió el ascenso hacia modos más civilizados de saber vivir entre el conflicto, logrando mayor estabilidad entre las partes. Hoy, debe continuar, a través del diálogo social, el reconocimiento del conflicto. Si no se da ese reconocimiento, por un lado, la “crematística” del poder financiero seguirá desentendiendo su papel dialogal y, por el otro, el Estado continuará inclinando su balanza al servicio de esa “sordera” financiera.

³⁹³ BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, Consumismo y nuevos pobres. Ed. gedisa, Barcelona, 2011, pp. 106 – 119.

El actual estado de cosas en el contexto dialogal laboral se ha des-dinamizado, precisamente por la “sordera” que el poder financiero en complicidad con el Estado promueven. Pero a ello debe sumarse la dinámica negocial que los sindicatos desarrollan. Esta dinámica no ha evolucionado al mismo ritmo de los nuevos escenarios económicos y laborales, lo cual, queriendo o sin querer, ha terminado favoreciendo la práctica de “sordos”. El sindicalismo actual funge en un aislamiento que sólo protege y respalda a un “inmensa” minoría de afiliados. A ello, debe sumarse que su compromiso hace mayor énfasis en lo sectorial, en perspectiva micro-sectorial, más que meso-sectorial o macro-sectorial. El diálogo y el apoyo confederado o intersectorial, entendido como unidad macro sindical, no existen. A esto también se suma la no apertura dialogal hacia la sociedad civil, representada en diversidad de movimientos sociales y políticos que hoy cuentan con fuertes herramientas de comunicación como las que brindan las **redes sociales** a través de los cada vez más sofisticados servicios de Internet.

Ante este panorama, lo primero que debe reconocerse en el marco del diálogo social es la necesidad de superar las “sorderas” y una de las claves de esa superación tal vez parte de un cambio de mentalidad en el sector sindical y más concretamente en su accionar colectivo que casi siempre se visibiliza en la huelga y el paro. Este mecanismo parece que debe ser superado, re-direccionando el ejercicio negociador hacia el poder de confianza y persuasión que brinda el diálogo. Si se logra esta primera línea de acción, se va superando un error de fondo: las animadversiones que han caracterizado la conducta de trabajadores y empleadores. Los primeros, convencidos de ser “explotados” por el “patrón”. Los segundos, seguros de estar asumiendo compromisos salariales que “desangran” la empresa, sintiéndose, incluso, “robados” por el trabajador. Huelga y paro fueron herramientas clave de lo contencioso en el derecho laboral colectivo. Podríamos decir que fueron acierto histórico en el momento de configurar el derecho laboral. Empero, y desde hace algunas décadas, esta salida resulta cada vez más gravosa para todos y no hace verdadera justicia a la realidad económica actual. El conflicto laboral fue desembocando en una desconfianza mutua que fue inoculándose de modo espontáneo y natural en cada uno de los actores sociales. Esta práctica de la desconfianza mutua coloca de entrada y por encima el principio de la mala fe sobre la buena fe, cosa que sólo es superable repensando el diálogo con claves que partan del reconocimiento de las nuevas verdades económicas; reconocer hacia dónde se mueve el interés económico y qué disposición se tiene para afrontarlo en una perspectiva colectivizada y solidaria entre trabajadores y empleadores.

Es importante aclarar que en los sujetos del diálogo, desde luego, debe aflorar una voluntad racional abierta al ejercicio comunicativo, reforzada por aquello que en la teoría rawlsiana se denomina “obediencia parcial”. La “obediencia parcial” alude a un comportamiento propio de ciudadanos que actúan por la convicción de las

normas que surgen de lo pactado y no por la coerción de las mismas impuestas a capricho. La parcialidad consiste precisamente en acudir a una estrategia racional que permita establecer qué es lo justo y qué debe ser superado como injusto.³⁹⁴ Todo esto, desde luego, en aquello que John Rawls denomina “equilibrio reflexivo”.³⁹⁵ Esos sujetos, en caso de sentirse presionados y afectados en su misma libertad, acuden a los mecanismos propios de una actitud que, aunque opuesta a lo normativo, sigue la línea civilizada que arranca con la desobediencia civil y, en caso extremo, puede elevarse a la doctrina de la guerra justa y de la misma revolución.³⁹⁶ No se trata, por supuesto, de llegar a la violencia connatural al proyecto de “lucha de clases” del socialismo real. Se trata más bien de fomentar, a través del diálogo, compromisos insustituibles que adoptan el carácter de contratos, acuerdos y formas de derecho. El reconocimiento en el tiempo de dichos pactos se volvería garantía para pensar en la estabilidad de lo acordado, desde el punto de vista laboral.

Lo anterior requiere de un ejercicio racional, que en perspectiva, ahora habermasiana, fomente y promueva la comprensión del sentido mismo de las formas jurídicas, de tal manera que se entiendan como instrumentos que permiten formular consensos y conservarlos en el tiempo, de tal manera que su cumplimiento pueda ser exigido, si fuere necesario, inclusive coactivamente. Esta comprensión del derecho exige de las partes que llegan a dichos acuerdos un mínimo de compromiso y autenticidad, gracias a los cuales los contratantes pueden confiar mutuamente en el valor de la palabra y en su cumplimiento. A esto, en el lenguaje habermasiano, se le denomina: actos ilocutivos.³⁹⁷ Se trata de actos de habla en los cuales las intenciones se explicitan y lo acordado se cumple, precisamente por el valor que cobra aquí la palabra dada. El principio discursivo de derecho en Habermas, está pensado en clave ilocutiva. La democracia participativa en la teoría de Habermas se construye a partir de actos y procesos ilocucionarios y el derecho, en este contexto, es el resultado logrado por dichos procesos, los cuales producen un cambio en éste: del derecho como instrumento de dominación, al derecho como instrumento de emancipación; del derecho como mera acción instrumental, al derecho como acción comunicativa producto de acuerdos se vuelve ahora “juridiformidad horizontal”.³⁹⁸ Derecho y sociedad se van haciendo nuevamente “co-originales”.³⁹⁹

³⁹⁴ RAWLS, John: “teoría de la Justicia”; Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pg. 25.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 38.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 25.

³⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*; Ed. Trotta, Valladolid, 2000, pp. 172 y 173. El concepto de ilocución es tomado de la lingüística y en Habermas es la clave con la que desarrolla su Teoría de la Acción Comunicativa la cual soportará, más adelante, su trabajo sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.

³⁹⁸ *Facticidad y Validez*, p. 188.

³⁹⁹ *Ibid.* p 187.

Con base en lo anterior, las formas jurídicas del derecho laboral, progresivamente, se van convirtiendo en una producción social y cultural (“sociación horizontal de los ciudadanos”⁴⁰⁰), dinamizada por la actividad política, la cual la legitima y le da nueva validez en términos de lógica normativa, eficacia social y justificación axiológica. Siguiendo estos preceptos y, con ayuda de la teoría habermasiana del derecho, pasaríamos de una **racionalidad estratégica** al servicio del poder del capital que coloniza el “**mundo de la vida**” comercial y laboral, a una **racionalidad estratégica** que re-humaniza el sentido del poder económico y la acumulación al servicio de las personas en términos de un “**mundo de la vida**” solidario. En este sentido el “**suum cuique tribuere**” laboral que busca como resultado final el equilibrio social, no descuida su misión de coordinación económica en un contexto de desiguales pero con propósitos idénticos en relación con las satisfacciones que proveen el capital y el trabajo. Desde esta perspectiva el diálogo social, que ya no es tripartito sino tetrapartismo, sugiere cuatro actores:

1. Los trabajadores (individual y colectivamente)
2. El Estado
3. Los Empresarios
4. La Sociedad civil (grupos sociales, grupos políticos, redes sociales y especialmente redes transnacionales activistas).

1. Los **trabajadores** que ya no son aquellos con contrato laboral estable y respaldo sindical. Si es verdadero diálogo, deben incluirse las nuevas formas de trabajo precarizado e incluso los que en apariencia parecen ser independientes o trabajadores de profesiones u oficios liberales. ¿Por qué estos últimos? Porque en la presente investigación, a través del análisis jurisprudencial, se logró detectar cómo la figura del trabajador independiente se puede prestar para eludir responsabilidades sociales que ocultan la verdad subordinada.

2. El **Estado**, porque a pesar de su crisis en términos de la debilidad gubernativa que padece, sigue siendo el núcleo que orienta y administra las decisiones en el orden social y político. En este sentido su papel mediador es clave, ya que es quien reconoce las divergencias en el conflicto laboral facilitando los espacios para la debida y civilizada negociación. El primer actor en el escenario dialogal,

⁴⁰⁰ HABERMAS, Op. Cit., p. 199. Con esta expresión de “sociación horizontal”, hace referencia a aquella idea de que un sistema de derechos no es legítimo si se soporta en la dominación política. La verdadera legitimidad proviene de la formación discursiva de los ciudadanos, más allá de partidos, banderas o representaciones políticas. Se trata de un ejercicio político que no puede quedarse en el reduccionismo de los partidos políticos y, por ende, del aparato legislativo que funge en una verticalidad no consensuada por los ciudadanos. La idea de lo normativo aquí, hace referencia a que cualquier norma sólo será justa, válida y democrática, si realmente es decidida y aprobada por todos los ciudadanos que hayan podido participar de ella.

llamado a reconocer el conflicto de intereses y no la “armonía” de intereses, como lo sugieren las leyes del mercado, es el Estado. Éste sujeto debe seguir siendo el amigable componedor entre quienes abogan por el incremento de la inversión y quienes abogan por el incremento en la calidad de vida. Ambas verdades son ciertas y necesarias, además de complementarias. Requieren de un Estado capaz de establecer entre ellas puentes que generen equidad a lado y lado y, en caso contrario, sanciones económicas o penales, en casos extremos. Todo esto, desde luego, en sintonía con las recomendaciones que hace constantemente la OIT y los convenios ratificados en este sentido.

3. Los **empresarios**, en la superación de una “conducta inculta”, como lo exponen algunos expertos iuslaboralistas,⁴⁰¹ en la que se olvidan de reconocer la libertad en el sentido de la organización, la asociación, etc. Esta conducta debe ser superada por un estadio de negociación, cooperación e integración que debe orientarse a la percepción de un interés común entre empresarios y trabajadores a fin de conseguir una competitividad más humana y de verdadero desarrollo sostenido. La competitividad es un objetivo empresarial, ésta también puede ser una meta para el trabajador que, motivado hacia ese fin, busca mejorar su cualificación, mejorando su empleabilidad, y consciente de que su meta no puede reducirse a permanecer estancado hasta su jubilación en una determinada empresa. Por un tiempo, no necesariamente a largo plazo, trabajador y empresario comparten un mismo propósito siempre sujeto a un marco de diálogo.

4. La **sociedad civil**, como vigía y garante del cumplimiento de lo pactado, e incluso como denunciante del incumplimiento tanto a las autoridades competentes como a la sociedad mundial en general. Hoy, más que nunca, muchas denuncias promueven los mejores sentimientos solidarios a través de las redes sociales y la sociedad civil en general. La sociedad civil es en últimas la generadora de nuevas legitimaciones. Tenemos el caso que expone César Rodríguez, donde Nike asume el compromiso de firmar un código de conducta con los trabajadores precarios y las empresas terciarizadoras que los explotan. Este acuerdo se logra precisamente utilizando como medio de presión y control las redes sociales activistas que comenzaron a denunciar todas las formas de trato inhumano que Nike propiciaba a través de la subcontratación en Brasil y Guatemala.⁴⁰² Esta denuncia empezó a afectar sus ventas, pues la sociedad en general se vio alentada a no comprar productos de Nike, lo que dio como resultado una negociación que originó un

⁴⁰¹ JAUREGUÍ, Moltó, de Lena, pg. 125. La expresión “empresarios incultos” es acuñada por los autores del texto “Un Futuro para el Trabajo en la Nueva Sociedad Laboral”, sobre todo cuando se niega lo conflictual y el empresario no reconoce al sujeto trabajador como la contraparte dialéctica.

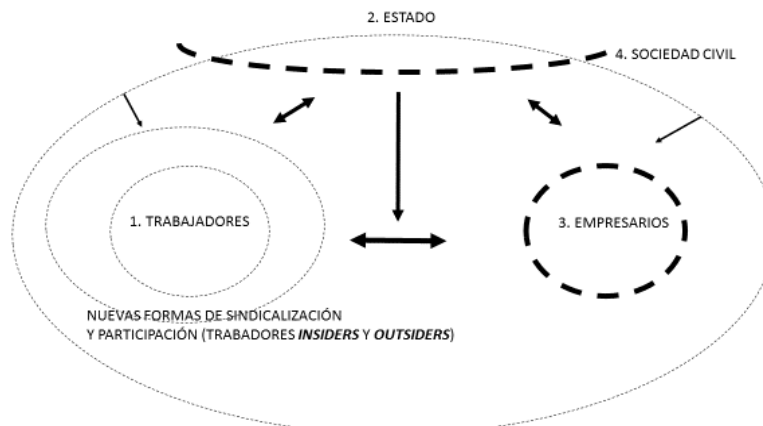
⁴⁰² DE SOUSA, Santos, BOAVENTURA y RODRÍGUEZ, Garavito, César: “El derecho y la globalización desde abajo (hacia una legalidad cosmopolita)”; Antrhopos, Barcelona, 2007. pp. 67 – 76.

código ético orientado a hacer cumplir compromisos laborales entre Nike y sus trabajadores en el mundo.

Siguiendo a Adela Cortina, el núcleo de la sociedad civil está constituido por “organizaciones e instituciones del mundo económico”, por “asociaciones voluntarias” y por la “esfera de la opinión pública”⁴⁰³, a ello, desde una perspectiva rawlsina, cabría añadirle aquello que el filósofo norteamericano llama “identidad de intereses” y “conflicto de intereses”.⁴⁰⁴ Dos situaciones que animan la vida social y que, aunque opuestas, pueden alcanzar armonía y acuerdo siempre y cuando opere el sano equilibrio reflexivo, la racionalidad estratégica y lo razonable. Si se observa el caso de Nike, puede verse que allí todo comenzó bajo la perspectiva del conflicto de intereses (instituciones económicas. Prevalencia del interés sólo económico), pero primando después la solidaridad que emergió por vía de redes sociales (oposición desde la opinión pública y búsqueda de negociación) y, desde luego, el compromiso de asumir responsabilidades laborales no sólo en el orden legal, sino moral. Estos eventos dejan ver la importancia vital del pluralismo social y, desde luego, de la manera como debe educarse para ello. Una sociedad justa es una sociedad pluralista donde saben convivir no sólo trabajadores, empresas y Estado. En una sociedad pluralista, a través de consensos entrecruzados, conviven las cooperativas, las familias, los vecindarios, la iglesia, las asociaciones cívicas, los movimientos sociales, las redes sociales y todas las maneras de sociabilidad que hacen que no se hipertrofien ni el individualismo, ni el colectivismo; la idea de persona se vuelve el centro de todas estas complicidades que supone sociedad civil. El nuevo derecho laboral tendrá que ser un constante resultado perfectivo que se corresponde armónicamente con las fases del desarrollo social y económico que cualquier nación debe afrontar frente a la globalización. Todo ello, desde luego, en una clara perspectiva de diálogo social.

⁴⁰³ CORTINA, Adela: “Sociedad Civil” en “10 Palabras Clave en Filosofía Política”; Ed. Verbo Divino, Navarra, 1998, pg. 379.

⁴⁰⁴ Rawls, Op. Cit., p. 20.



El presente gráfico ilustra el modo como el diálogo social debe activar una confianza mutua entre las partes que ya no son tres, sino cuatro. Las líneas demarcadoras del Estado y los empresarios se resaltan más que las de los trabajadores, en razón a que ellas representan los modelos de producción y consumo; el capital está en sus manos. Empero, la demarcación se hace discontinua precisamente para indicar la voluntad de diálogo que allí debe generarse frente a los trabajadores y la sociedad civil en general. Las líneas de demarcación de los trabajadores también se visualizan discontinuas mostrando el mismo ánimo abierto al diálogo, pero también haciendo énfasis en la debilidad económica que allí impera y que sólo encuentra respaldo en una renovada solidaridad sindical que abarca todas las formas de empleabilidad. Los conectores o flechas representan las vías de diálogo que especialmente deben reforzarse entre los trabajadores y los empleadores a fin de alcanzar formas de autorregulación con escasa intervención del Estado o, en caso contrario, de fuerte intervención por parte de éste y de la sociedad en general, siempre reconociendo el conflicto de intereses y la identidad de intereses que surge de las relaciones laborales.

5. El **PLANO GLOCAL** tiene que ver con el hecho innegable y seguramente irreversible de los efectos subordinantes de la globalización, que sin embargo no operan sino de manera local (micropolítica municipal, mesopolítica nacional o regional, macropolítica continental...). No es posible que los procesos globalizadores hagan tabla rasa de los intereses de los sujetos que reciben su influencia de manera delimitada por el espacio y el tiempo. Lo **local** alude a una porción del territorio, incluida dentro de porciones mayores que conforman la dimensión espacial de una nación o de una región mayor. Lo local comprende el conjunto de actividades económicas, sociales y políticas que desarrollan actores determinados dentro de un territorio más o menos reducido, en el cual una

comunidad comparte un sistema de valores y costumbres que le confieren identidad colectiva propia⁴⁰⁵.

Los sujetos “in situ” deben cobrar conciencia de que constituyen un sujeto “colectivo-para-sí” y no reducibles a fungir como “sujetos-para-otro”. Portadores de identidades diferenciadas, su papel público, frente a las pretensiones transnacionales, deberá ser reivindicar lo propio, esgrimiendo los **derechos humanos esenciales** para poder seguir siendo o convertirse en ciudadanos del planeta.

Lo **local** mínimo (localidad) y micro (municipio) no podrán ejercer resistencia a la penetración global, pues dependen de instituciones que los sobrepasan, por ejemplo, las instituciones laborales. El plano **local** que puede ejercer protagonismo en los procesos de negociación con entidades transnacionales es del orden nacional, al frente del cual se halla la organización estatal con suficientes posibilidades de **governabilidad** y de **governanza**. Pero nuestros Estados han sido penetrados por los intereses globales y han desregulado y flexibilizado las normas protectoras del **derecho social**, debilitando su poder, de tal manera que el “tripartismo” terminó por favorecer los proyectos de los empresarios nacionales, internacionales y transnacionales.

La institución laboral del **sindicato** fue debilitada al máximo, especialmente en la relación de trabajo privada. En general, aún tiene cierto poder negociador el sindicalismo público. Lo **local** mínimo y micro podrán tener cierto grado de eficacia en las pretensiones de **justicia distributiva** en el ámbito laboral si se integran en **redes de acción** cada vez más amplias, ojalá trasponiendo las fronteras del propio país y buscando confederarse con organismos de reivindicación internacional. De esa manera —extrapolando el lenguaje del lógico William Hamilton—, se lograría activar una resistencia “**parti-total**”⁴⁰⁶, es decir, desde la dispersión de localidades mínimas hasta las alianzas regionales o continentales frente a las pretensiones del **globalismo depredador**, que fragmentó las localidades y desterritorializó su poder negociador, con la consecuencia de que impidió las relaciones de **solidaridad “parti-parcial”**.

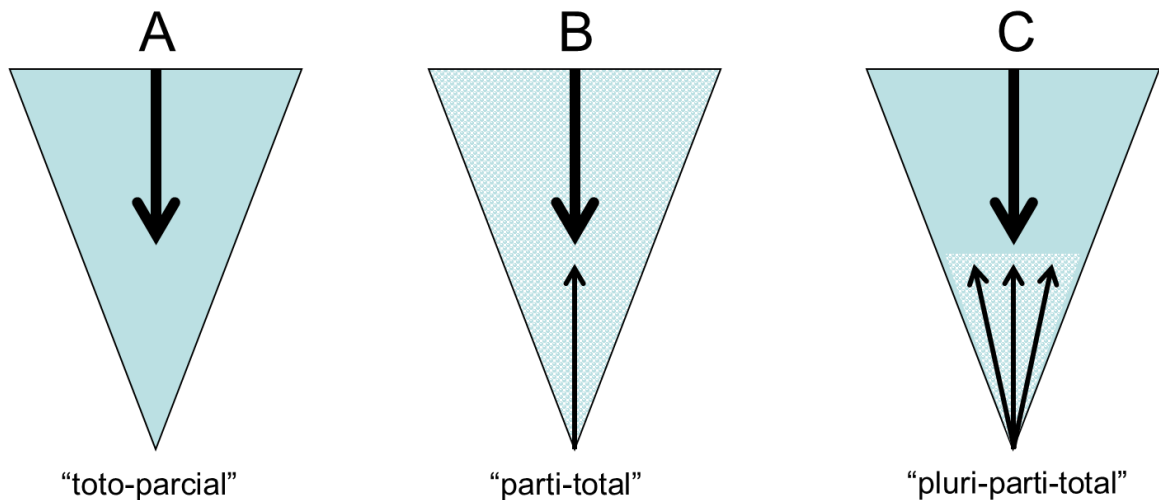
⁴⁰⁵ BUCHARD y DILLA: “Mercados globales y gobernabilidad local”, Nueva sociedad, Caracas, 2001, p. 45 y ss.

⁴⁰⁶ Se utilizan expresiones del lógico inglés William Hamilton (1788-1856), quien estaba interesado en la cuantificación de las proposiciones: sujeto universal o particular, predicado universal o particular.

La desregulación del mercado de trabajo ha operado como instrumento para aumentar la competitividad especialmente en los mercados externos. Esto ha propiciado la **deslocalización** de las actividades productivas, lo que ha conllevado a un proceso de desterritorialización de la fuerza de trabajo, incapaz de hallar vínculos para la reivindicación de sus derechos (“syn”, “diké” = sindicato). La política globalizante, con la cooperación omisiva o activa por parte del Estado, ha sido un proceso de curso “**toto-parcial**”, bajo el principio de “divide y vencerás”.

Los tres triángulos invertidos anteriores (de la base al vértice, del todo hasta las partes, de lo **global** a lo **local**) ayudan a visualizar tres momentos de la dialéctica entre **globalismo** y situación **local** dentro de las distintas culturas y sus correspondientes procesos económico-políticos: **A** = momento invasivo **toto-parcial**, de acuerdo con el cual los proyectos globales penetran en territorios delimitados sin conciencia de los receptores, que permanecen pasivos: el todo es engullidor de la parte; **B** = momento dialéctico **parti-total**, de acuerdo con el cual la parte cobra conciencia de las ventajas de la oferta, de las nuevas posibilidades y de la necesidad de afirmar su derechos y entrar a negociar con el “monstruo”; **C** = momento dialéctico **pluri-parti-total** de las alianzas entre las partes a fin de fortalecer las resistencias y las nuevas exigencias. Si se niegan las posibilidades dialécticas, se llegará a un mundo de homogeneidad **toto-total**, en el cual no habrá ni multiculturalismo ni pluralismo que reivindique alternativas o diferencias.

GLOCALIZACIÓN



6. El **PLANO DE LA LUCHA POR EL DERECHO** acoge la gran tradición de la resistencia civil y de la desobediencia civil contra las tiranías, asumida por las formas contemporáneas de reclamo del derecho, según el modelo trans-institucional propuesto por Von Ihering o según los distintos recursos de la propuesta del uso alternativo del derecho. En el celeberrimo ensayo “La lucha por el derecho” de Rudolf Von Ihering afirma: “El que se ve atacado en su derecho, debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas. Pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el Derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el Derecho. El hombre sin Derecho se rebaja al nivel del bruto.”⁴⁰⁷ Y cierra su opúsculo: “...lejos de expulsar la lucha por el Derecho, la moral la proclama un deber... La lucha es el trabajo eterno del Derecho.”⁴⁰⁸

Y en 2000, Luigi Ferrajoli se hace eco de Von Ihering, al hablar del constitucionalismo del futuro: “La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva ampliación de la esfera de los derechos... Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído jamás desde lo alto, sino que han sido conquistados por movimientos revolucionarios... Todas las generaciones de derechos, bien podemos decir, equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: liberales, socialistas, feministas, ecologistas, pacifistas.”⁴⁰⁹ Y reitera más adelante: “Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, no caen nunca desde lo alto, sino que se afirman sólo cuando la **presión** de quien es excluído, a la puerta de quien está incluido, se hace irresistible.”⁴¹⁰

En este proceso de concientización, reivindicación, organización, el papel de juristas y abogados es clave; buscando nuevos modelos de servicio jurídico o legal, es decir, usos alternativos del derecho, pueden lograr que los magistrados tomen conciencia de los pocos derechos que el sistema les garantiza y que articulan acciones colectivas de **presión** y/o reclamo. Debe llevarse el concepto de servicio jurídico popular más allá del terreno judicial convencional y de la defensa de casos individuales; es preciso hacer énfasis en las demandas colectivas, en la asesoría a grupos, en la capacitación jurídica de comunidades; es preciso que individuos y grupos se desempeñen lúcida y críticamente frente a las instituciones legales. El jurista que lucha por el derecho tiene como papel

⁴⁰⁷ IHERING, Rudolf Von: “La lucha por el derecho” en “Estudios jurídicos”, Heliasta, BsAs, 1974, p. 26.

⁴⁰⁸ *Op. Cit.*, IHERING, Rudolf Von, p. 85.

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi: “El garantismo y la filosofía del derecho”, Externado, Bogotá, No. 15, 2000, pp. 178-179.

⁴¹⁰ *Op. Cit.*, FERRAJOLI, Luigi, pp. 185-186.

generar –como dice el penalista argentino E. R. Zaffaroni- “un solidarismo diferente de la beneficencia”.

Los seis planos anteriores reclaman como punto de partida la **realidad espacio-temporal** a la que se refiere el **plano glocal**, que podría considerarse la **base del cubo**, punto de partida de la comprensión pertinente de las demandas de las distintas formas de relación laboral. Podría pensarse que, como en un juego de dados, el cubo se sustenta en cualquiera de sus caras, según la importancia que la dinámica histórica señala a cada uno de los planos. Pero no se puede jugar a los dados o dejarlo todo al azar. Los seis planos son solidarios y son todos concomitantes, así se le dé especial importancia a la **glocalización** de la perspectiva elegida para atender las eventuales urgencias.

Un problema de **justicia distributiva** no podrá soslayar el plano institucional “in situ”, es decir, debidamente situado en su contexto geográfico e histórico, que cuente con la índole de la tradición jurídica concreta. Ni se puede desechar el alegato jusfundamental, como exigencia de la operancia misma de las instituciones aceptadas, especialmente tratándose del bloque de constitucionalidad que prolonga más allá de un país las posibilidades del derecho nacional, más allá del Estado westfaliano, ni se puede desechar el diálogo entre poderes, ni el diálogo social. Existe una situación límite que posibilitaría la secundarización de los cuatro primeros planos, cuando no queda otro recurso, como última ratio, que romper la estabilidad opresiva mediante el recurso a la resistencia o a la desobediencia civil. Los planos del cubo de que hemos venido hablando expresan que la **justicia distributiva** clásica, **positivizada** por los códigos civiles y por las diferentes codificaciones de derecho social, ente ellas la codificación laboral, instrumento bastante eficaz propio del siglo XX, no gozará de la estabilidad indiscutida que le permitía definir lo **suyo de cada uno**, tal como las luchas sociales del siglo XVIII y XIX habían concretado. En el siglo XXI, por **efecto de las des-regulaciones** y consiguientes **flexibilizaciones**, la **JUSTICIA DISTRIBUTIVA** vuelve a ser objeto de conquista y de redefinición que hay que lograr con las seis formas de accionar señaladas, que desbordan las instituciones del Estado Nacional Social de Derecho, dada la mundialización de la política y del derecho, como efecto de la globalización o globalismo económico, que da preponderancia a los intereses del capital y a la dinámica de los mercados supranacionales.

Luigi Ferrajoli, en “Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional”, utilizando la realidad italiana como referente analógico, insiste en rescatar la **democracia fundada en el trabajo** como uno de los planos claves que puede determinar la suerte de todos los aspectos de la Justicia Distributiva, en cuanto voluntad y poder de re-distribución de bienes sociales, económicos, culturales sin formas de descarte o exclusión. Alerta sobre el agotamiento del espíritu público

que impide el diálogo social auténtico, la lucha por el derecho y la concreción del núcleo jusfundamental, base del plano institucional. Escribe: “Esta depresión del espíritu público, juntamente con la devaluación de los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de la persona, ha sido generada sobre todo por la **agresión al trabajo**. Italia es una República democrática fundada en el trabajo”, dice el artículo 1.1 de la Constitución, cuya abrogación ha sido propuesta...”⁴¹¹ También la Constitución Colombiana dice que “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizada en forma de República unitaria... fundada en el respeto de la dignidad humana, **en el trabajo** y la solidaridad de las personas...” (Art. 1).

Continúa Ferrajoli: “Nuestra democracia fundada en el trabajo, puede ser debilitada, como está sucediendo, a través del ataque al trabajo y a los derechos de los trabajadores. El ataque se ha producido en varias direcciones: a la estabilidad del trabajo a través de su precarización, que priva de hecho a los trabajadores precarios de las garantías más elementales, haciendo imposible su lucha contra el propio empleador... El objetivo de esta políticas es la división y el desarme del conjunto de los trabajadores: por el debilitamiento de las tradicionales formas de solidaridad basadas en el sentido común de pertenencia a la misma condición; por la competición en el mundo del trabajo inoculada por el desempleo creciente y por la multiplicación de las figuras atípicas de trabajo precario; por la general desvalorización del trabajo provocada por la posibilidad de deslocalizar las producciones fuera de las fronteras nacionales... En la consiguiente disolución del derecho del trabajo en su totalidad y en el carácter abiertamente absoluto y salvaje reivindicado para sí por los poderes empresariales.”⁴¹²

⁴¹¹ FERRAJOLI, Luigi: “Poderes Salvajes...”; Ed. Mínima Trotta, Madrid, 2011, p. 70.

⁴¹² Op. Cit., pp.70,71,72

CONCLUSIONES GENERALES

De la primera parte:

1. Para comprender el escenario actual del derecho laboral, es necesario hacer un repaso histórico de su evolución, lo que, desde luego, no parte de las primeras formas regulativas o de la mensuración normativa (cada vez más prolija y tuitiva) que va apareciendo con la evolución y el gradual y progresivo ascenso de la industrialización. Su historia parte de ese fenómeno humano que al mismo tiempo es antropología y evolución histórica: el trabajo.

La historia del trabajo comienza afectada negativamente por la idea primitiva de que la actividad transitiva productiva era indigna del hombre libre, cuya realización dependía de la actividad no subordinada, dedicada a la creación estética, reflexiva, lúdica (mundo de la “sjolé” u “ocio”). En la cultura greco-romana, la mitología y la misma filosofía, presentaban el trabajo como castigo deshumanizador. Esta visión, en el Cristianismo, adopta una nueva connotación, ahora se trata de una sanción impuesta por haber transgredido el orden divino: el pecado original. Pero esa sanción, paradójicamente, además de ser castigo, redime, permitiendo que el ser humano pase a ser un co-creador con Dios; un colaborador en la gran creación divina.

2. La filosofía clásica (grosso modo, desde la edad media hasta el Siglo XIX) mantiene el pesimismo sobre el valor del trabajo pero da pistas sobre su papel liberador frente a los desafíos de la naturaleza y del modo como ésta comienza a ser domeñada por herramientas que, volcándose hacia estadios de mayor necesidad y sociabilidad y, configurando un mundo cada vez más industrializado, van generando nuevos “ocios” y, al mismo tiempo, nuevas “alienaciones”. Será la filosofía alemana, en ese escenario de afluencia y movilidad del campesino hacia las grandes ciudades a fin de enlistarse en las grandes filas de los trabajadores de las fábricas, la que fijará la atención sobre el trabajo como productor de medios de vida, de riqueza, y como manera de transformar la naturaleza y al mismo tiempo al sujeto productor. El trabajo es aliado del “Espíritu”, dirá la fenomenología Hegeliana.

3. En la historia de Occidente se pasa de una larga etapa de explotación del hombre por el hombre mediante el trabajo subordinado de la esclavitud y de la servidumbre, a una etapa gradualmente emancipadora del trabajo asalariado, que da posibilidad al trabajador de reivindicar derechos mediante la organización gremial, entre ellos cierta posibilidad de “sjolé” o actividad libre (descanso, festivo,

vacaciones, 8 horas de formación, 8 horas de descanso). Antes de llegar a la concreción de estas bondades no está demás recalcar que a ellas antecedió una propuesta liberal adornada con ese concepto que Zygmunt Bauman denomina “ética del trabajo”. Bauman aclara que la ética del trabajo no hace referencia precisamente ni a una actitud de caridad, ni de altruismo. Alude a una disciplina impuesta por la misma economía liberal que va sugiriendo la metodología para que la industrialización de los siglos XVIII, XIX y comienzos del XX consiga mano de obra dispuesta a someterse a un régimen casi militar y dictatorial, donde la capacidad de pensar por sí mismo y ejercer autonomía se pierda, de tal modo que quien alquile su fuerza física sólo esté dispuesto a recibir órdenes y producir.

4. La industrialización de los siglos mencionados demanda una gran cantidad de mano de obra y para ello nada mejor que inocular una idea en la que quien no trabaja se vuelva una carga hasta para las mismas instituciones asistenciales del Estado. De este modo se va generalizando la idea de que resulta más rentable trabajar que terminar en asilos diseñados, no para tratar de mantener lo poco que queda de humanidad y dignidad, sino para acabar de destruirla.⁴¹³ “Trabaje o muera”, esa es la consigna. Marc Plana menciona una experiencia que ocurriera en la Inglaterra de la naciente industrialización a través de los centros “workhouses”, asilos donde se encerraba a los pobres a cambio de trabajo, pues “era preferible eliminar cualquier posibilidad de supervivencia alternativa (por ejemplo, la caridad) con el fin de llevar a los pobres a la fábrica de manera natural.”⁴¹⁴ La economía liberal en representación de una amplia gama de autores referenciados por Bauman (Mill, Bentham, Watt, Ricardo, Malthus, etc.) va a ir señalando cómo, por unas pocas monedas, miles de seres humanos estarían dispuestos a rifarse su vida hasta en los oficios más riesgosos o sórdidos con tal de percibir una ganancia que sólo sirva para la mínima sobrevivencia.

⁴¹³ BAUMAN, en su obra “Trabajo, consumismo y nuevos pobres”, hace constante referencia a las sugerencias de algunos autores sobre este punto como las siguientes: “si se les hace la vida imposible, necesariamente se reducirá el número de mendigos. Es un secreto que todos los cazadores de ratas conocen: tapad las rendijas de los graneros, hacedlos sufrir con maullidos continuos, alarmas y trampas, y vuestros “jornaleros” desaparecerán del establecimiento. Un método aún más rápido es el arsénico; incluso podría resultar más suave, si estuviera permitido... menor derecho a asistencia no ganada mediante el trabajo. “Menor derecho” significaba que las condiciones ofrecidas a la gente sostenida con el auxilio recibido, y no con su salario, debían hacerle la vida menos atractiva que la de los obreros más pobres y desgraciados... Cuanto más aterradoras fueran las noticias que se filtraban a través de las paredes de los asilos, más se asemejaría a la libertad esa nueva esclavitud del trabajo en las fábricas; la miseria fabril parecería, en comparación, un golpe de suerte o una bendición”.pg. 27 y 28 Todo esto corresponde a recomendaciones hechas hacia finales del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX.

⁴¹⁴ PLANA, Marc: “Trabajar para vivir” en “Agenda Latinoamericana: “la otra economía”; Ed. Verbo Divino, Bogotá, 2013. Pg. 128.

5. La primera consigna de la ética del trabajo consistió en superar los tradicionalismos que antecedieron a la industrialización, en donde la mayoría de trabajadores, en este caso artesanos o labriegos, sólo dedicaban una parte de su tiempo a alquilarse y el resto al tiempo libre. Por esta razón, se va imponiendo la idea de que no es correcto y está mal visto que alguien se conforme sólo con lo ya conseguido y no dedique su tiempo en conseguir algo más.⁴¹⁵ Con esta tesis la sociedad preindustrial compuesta de artesanos, mendigos y vagabundos, se va transformando gradualmente en una sociedad capitalista de masas, a lo que de un modo más formal, denominamos sociedad industrial. Dedicar “tiempo al tiempo libre” es una tarea inútil que no conduce a mayores ganancias. En este caso es importante sacar hasta el último beneficio que produzca el trabajo.

La ética del trabajo sirvió para colocarlo en una posición central dentro de la vida social con la posibilidad de fomentar la elección por trabajar; pero una vez conseguido, perder la posibilidad de decidir o elegir, pues el ritmo de la producción colocaba a unos con posibilidad de concebir (capitalistas) y a otros en el extremo sólo de ejecutar (obreros), someterse a la disciplina productora.⁴¹⁶ El modelo de obrero logrado por la ética del trabajo era un sujeto no movido por una profunda convicción moral, sino simplemente por su entusiasmo al ser “recompensado” por un billete. Con esto desaparecía la idea del ennoblecimiento y se promovería la idea de trabajar más allá de cualquier previsión a través de un incentivo o recompensa monetaria.⁴¹⁷

6. En esa historia del trabajo asalariado, gracias a las luchas obreras, se llega a un **régimen tripartito** en el que no sólo se vinculan mediante el contrato el patrono y el trabajador, sino también el Estado, como veedor y protector de la parte más débil en esas relaciones de orden económico que surgen allí, las cuales, por supuesto, no se dan en plano igualitario, lo cual hace que el Estado asuma un papel de arbitraje, acomodándose de modo equidistante entre esos dos rostros visibles de las sociedades industrializadas: el empleador y el trabajador. Esto será lo que comenzará a denominarse “tripartismo”.

El régimen tripartito corresponde a la regulación protectora del derecho del trabajo y de los trabajadores, que se refuerza con la institucionalización del “Estado Interventor” (especialmente por las crisis de la gran Depresión de los años 20 del pasado siglo XX), el cual evoluciona hacia una forma insitucionalizada todavía más amable, creativa, participativa y tuitiva como lo va a ser el “Estado

⁴¹⁵ Cfr. BAUMAN, Zygmunt: “Trabajo, consumismo y nuevos pobres”; Ed. Gedisa, cuarta reimpresión abril 2011, Barcelona, pg. 17.

⁴¹⁶ Cfr. BAUMAN, Zygmunt: Op. Cit., p. 37

⁴¹⁷ Cfr. BAUMAN, Zygmunt: Op. Cit., p. 41-42.

Benefactor”. En los cimientos de ese “Estado Benefactor” encontramos lo que Supiot denomina “los modelos nacionales del derecho del trabajo”; modelos que hacia finales del siglo XIX e inicios del XX, surgen por el distanciamiento con el paradigma del “ius commune” (herencia románica que divide el derecho en público y privado), para configurar una forma intermedia, muy apegada a las necesidades nacionales en el orden económico y social. Esos modelos tienen una representación nacional en países como Alemania, Francia y Gran Bretaña. Los tres, de modo casi natural, experimentan las maneras en que la industrialización muta al cambiar sus fuentes de energía: del carbón y el vapor (barcos, trenes, etc.) al petróleo (autos, aviones, grasas, aceites, armas, etc.).

7. Cada nación tendrá sus peculiaridades. **Alemania** abogará por un derecho laboral, de fuerte **contenido social**, muy sintonizado con los problemas sociales especialmente los de la pobreza, la guerra, las comunidades profesionales y la escasez de medios de subsistencia. Este derecho laboral se dinamizará entre un Estado paternalista y una organización social co-gestionaria. **Francia**, por su parte, configurará un derecho laboral de fuerte **contenido político** en el que las normas laborales adoptan el carácter de orden público con representación y participación de los partidos políticos. Los contratos laborales pueden mantener la figura del derecho privado pero con sujeción a parámetros del orden político a fin de proteger a la parte débil que se subordina. Por último, **Gran Bretaña** hace mayor hincapié en **lo económico**, dando mayor chance a lo reconocido por las mismas negociaciones que se dan entre empleadores y trabajadores (industrial relations – “voluntarismo laboral”) que por lo que diga el derecho o decida un juez (“abstencionismo laboral”).

8. Esos modelos se vuelven fuente de inspiración de sistemas de regulación laboral en casi todo Occidente, convirtiéndose, además, en el rostro más civilizado y homogenizado de los conflictos laborales alrededor del mundo. A toda esta evolución en ascenso y positivo progreso regulativo se suman las recomendaciones que en el orden ético-axiológico propone la Doctrina Social de la Iglesia haciendo señalamientos en los que la **dignidad de la persona** no puede ser ocultada por el ánimo de la acumulación de nuevas riquezas; recalcando que el verdadero protagonista de toda la evolución industrial es el hombre mismo y en función de él deben girar los beneficios tanto para los dueños del capital como para sus trabajadores a quienes es necesario reconocerles siempre un salario justo, una jornada justa, un descanso justo y unas prestaciones sociales justas. Para la Doctrina Social de la Iglesia (DSI), ni capital ni trabajo deben ser realidades excluyentes, como tampoco las variables que sirven de base a ese escenario: crecimiento económico y desarrollo social.

9. Lo anterior, no puede precisarse de modo exacto en términos de espacio y tiempo, de fecha y año exactos, pero es posible hablar que ocurre en un tiempo aproximado de 3 décadas del siglo XX, durante el período de posguerra y la segunda mitad de los años 80. A esas tres décadas suele llamarse época “dorada” y de “relajación”. Época “dorada”, pues se trata de un mundo en el que, a pesar de ciertos conflictos bélicos, una parte de la humanidad comienza a vivir en el confort que genera una vida estable respaldada por un pleno empleo, financiada, en muchas ocasiones, por el Estado. El empresario da trabajo y el Estado asume los costos sociales, por lo menos en lo que tiene que ver con subsidios a la salud, la educación, la vivienda y el transporte. Como se puede deducir del análisis que nos Brinda Bauman, para que el empresario contratara y, además, contratara personal calificado, el Estado asumía ese costo social relacionado especialmente con rubros como la educación, vivienda y salud.

Se reitera aquí que se habla de las bondades y no de las posibles patologías que hayan podido ocurrir en ese mismo panorama. A ese tiempo también se la califica de “relajación” porque no ocurrió aquello que Marx y sus adláteres presagiaran con respecto a una nueva revolución social y una nueva clase social superadora del capitalismo. Se pensaba, desde el punto de vista de Marx y de su corriente de pensamiento, que si las clases sociales eran producto de constante acontecer dialéctico, la nueva clase social que superaría al capitalismo sería la trabajadora. Sin embargo, ese presagio parcialmente se cumplió y el trabajador, en la medida de su progreso económico y familiar, desistió de esta idea de revolución. Su meta pasó a ser la de alcanzar un modo de vida cada vez más acomodado y menos inestable. El trabajador aprendió a acomodarse a las reglas del capital y vivir con él, pero no alejado de él.

De la segunda parte:

10. La presente investigación ha hecho un recorrido con respecto a la regulación del trabajo. Desde la historia que antecede esa regulación, es decir, desde la actividad misma del trabajo, hasta llegar a las complejidades regulativas que toman forma durante todo el siglo XX y luego sufren crisis identitaria por causa de la globalización comenzando el nuevo milenio. El derecho del trabajo del siglo XX nació de una crisis, resultado de una industrialización que basó su fuerza de producción en la mano de obra masificada, efecto de una expansión demográfica y de un proceso de hominización que precisamente hunde sus raíces en esa actividad transitiva que llamamos trabajo; actividad que cualifica la originalidad de la especie humana frente a otras especies.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Esta idea de cualificación hace parte de aquello que describe la filósofa francesa Dominique Méda en su obra “El Trabajo, un valor en peligro de extinción” (Ed, gedisa Barcelona, 1998).

Así, y en la medida de la evolución del derecho del trabajo, esta **actividad regulada** pasará a ser la forma más elevada de legitimidad de la renta, de acceso a los derechos sociales y por ende a la acción ciudadana. Hoy, se presenta un cambio de esos elementos que definieron el trabajo para el siglo XX; los sistemas productivos cambiaron; el proceso histórico continuó su marcha, que cada vez más hace imposible aferrarse de modo nostálgico a esa primera evolución. En ese esfuerzo de comprensión que presenta esta investigación subyace la categoría de ciudadano, concepto que al decir del juslaboralista italiano Umberto Romagnoli, envuelve dos connotaciones históricas: es el paso del **ciudadano trabajador** (ciudadanía industrial, siglo XX) al **trabajador ciudadano** (ciudadanía “industrial”, siglo XXI).⁴¹⁹

11. Con lo anterior, podría hablarse de dos abordajes modernos: “avance en primera modernidad” y “avance en segunda modernidad”. En el primero, la mayoría de los países occidentales industrializados disfruta de aquello que suele llamarse los “treinta años dorados”. Tres décadas que van a significar el máximo esplendor del Estado Bienestar, homogenización y unidad de criterios en los sistemas de relaciones laborales cuyo corpus normativo se centra en la figura del **trabajador subordinado**, dirigido. Todo ello, logrado por luchas sociales que sirvieron de soporte y portal de entrada a toda esa tuición regulativa y casi universalizante que inicia desde el período de posguerra hasta mediados de la década de los años 80. El “avance en clave de segunda modernidad” haría referencia a una situación, por ahora, en declive, toda vez que los logros anteriores comienzan a entrar en cierto desuso, ya que la tutela en la estabilidad en el empleo se diluye en situaciones de “precariedad”, alta rotación y temporalidad contractual, promovidas en un contexto globalizado que obliga a repensar el derecho laboral en una emergencia continua más allá de la estática y el confort que logró al configurarse durante casi treinta años.⁴²⁰

Precisamente allí, la autora habla de corrientes que colocan la categoría trabajo como centro de todo desarrollo histórico social. La categoría trabajo es antropológica y sin ella difícilmente se puede hablar, incluso, del proceso de hominización. Véase pg. 20

⁴¹⁹ La ciudadanía industrial hace referencia a aquel trabajador que, vinculado en el mundo de las relaciones laborales estables, era la viva representación de aquello que proponía el Estado Bienestar en los términos de una justicia social que buscaba nivelar las posiciones sociales convirtiendo como centro de este propósito el trabajo asalariado en símbolo jurídico de contornos precisos: “*puesto estable, salario garantizado y pensión pública*”. La ciudadanía industrial corresponde a una categoría hipotética de sujeto que, en el amplio mundo de relaciones laborales-comerciales que genera la globalización, se encuentra en una situación no estable y segura desde el punto de vista jurídico. A lo cual el derecho laboral debe brindar nuevas formas de tuición centradas en nuevas formas de subordinación no estables, ni homogéneas. Vid. www.fder.edu.uy/contenido/rrii/.../entrevista-umberto-romagnoli.pdf

⁴²⁰ Cfr. BAYLOS, Antonio y GANDÍA, Juan López: “Umberto Romagnoli: un giurista racconta” en “Globalización, el cambio del derecho del trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras”; Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. 7.

12. En ese avance, en clave de segunda modernidad, nos encontramos con un sistema de relaciones laborales que opera tal y como lo describe Umberto Romagnoli a través de la metáfora inspirada en esas imágenes de los westerns en donde el pianista de la cantina sigue tocando a pesar de la súbita violencia de los disparos, a pesar de que “la acción va por otro lado”. Estamos hablando de una postura acomodaticia no cambiante que sigue actuando sobre una sociedad que ya no existe o se encuentra en proceso de extinción.⁴²¹ Ante esto, se hace evidente que el derecho laboral deberá ahora responder por relaciones de trabajo que no necesariamente encajan dentro de los contornos de la industrialización del siglo XX. Ahora deberá moverse hacia un terreno que le exige mayor adaptabilidad que en el pasado, pues la figura del trabajador colectivizado es desplazada por la del individual, sujeto a las permanentes y cambiantes reglas del mercado.⁴²²

13. Primera y segunda modernidad, a pesar de los grandes cambios, comparten una misma base: la construcción antropológica del derecho del trabajo en el pasado y en el presente son casi similares, pues el derecho del trabajo arrancó de la inadecuación de reglas, problemas de identidad y desorganización en general. El **actual derecho del trabajo** parte, por lo menos en principio, de los mismos problemas, su vocación protectora no es eterna, ni atemporal, la crisis misma es su oportunidad. Eso es tal vez lo que le ha permitido servir de regulador en el curso de la economía que tampoco es estática. Reguló ese curso en el siglo XX partiendo de la crisis descrita y ahora debe hacerlo para el presente siglo. El siguiente pasaje tomado de los juslaboralistas Baylos y Gandía al hacer referencia a las metáforas de Romagnoli sirve para ilustrar esas dos modernidades descritas aquí: “La situación actual del derecho del trabajo, dice Romagnoli, muestra la inestabilidad de una barca con un elefante. El derecho del trabajo corre el riesgo además de que, después del naufragio, se quede sólo en la barca con un rinoceronte, que ni siquiera puede ser ya nutricio, a diferencia del consolatorio de E la nave va. La metáfora del elefante, del crecimiento excesivo, del animal pesado y de movimientos difíciles es reveladora, como la de los buques petroleros, que viran y maniobran con ritmos lentos, igual que los sindicatos y el propio derecho de trabajo ante la rapidez de los cambios.”⁴²³

14. La primera modernidad construyó la “barca” en términos de derecho laboral, ahora esa barca, en la segunda modernidad, debe adaptarse y ampliarse a

⁴²¹ Ibid. p. 8

⁴²² Cfr. www.fder.edu.uy/contenido/rrll/.../entrevista-umberto-romagnoli.pdf. pg. 6 - Diciembre 14 de 2014.

⁴²³ Vid. “Globalización, el cambio del derecho del trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras”; Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, pg. 8.

nuevas condiciones que le exigen quienes quieren estar seguros en ella y no en los vaivenes del mar abierto con el riesgo inminente de naufragio. Esa embarcación en el siglo XX soportó a una generación que “llegó a buen puerto”; ahora no es una, son muchas más, nacidas en un mundo de fuertes inestabilidades económicas propiciadas por la globalización, donde todos pueden ser beneficiarios y al mismo tiempo víctimas de ella.

15. Un elemento que coadyuvó en la dinamización de las democracias, fue precisamente el derecho laboral por su vocación normalizadora en términos de conceder o favorecer equilibrios y compensaciones de uno y otro lado (capital y trabajo). Esa capacidad de respuesta atemperadora y al mismo tiempo promotora de las libertades aquí (empresarios) y allá (trabajadores), entre el viejo pero nunca completamente superado conflicto entre capital y trabajo, no puede refundirse en los nuevos acontecimientos económicos, políticos y tecnológicos. Se dice que una democracia sin economía de mercado no puede funcionar, pero a ello habría que añadirle que tampoco funcionaría si no está presente un derecho laboral regulador de esa simbiosis (democracia-mercado), como ocurrió en el pasado entre democracia y economía nacional,⁴²⁴ tal y como lo describen Baylos y Gandía: “El sistema capitalista se desarrolló históricamente gracias al derecho del trabajo, no a pesar de él, como a veces se quiere hacer ver desde “posiciones revisionistas”, gracias a la mediación que ejerció, en el siglo XX, para corregir el funcionamiento de la economía y del libre mercado, de forma tal que resultara más “presentable” socialmente. Fue, junto con el Estado bienestar, un recurso indispensable del sistema de producción industrial de masas.”⁴²⁵

16. El nuevo escenario, democracia-economía de mercado, comienza a generar un choque y a la vez un nuevo reto atemperador para el derecho laboral. Por un lado, choque, pues la laboriosidad que fundó la sociedad industrial del siglo XX, soportada en una ética del trabajo que no se desprende precisamente de ideales altruistas, generó una clase obrera acostumbrada a un ejercicio rutinario, fuertemente disciplinado, todo en función de la producción. La película “Recursos Humanos” (Laurent Cantent, 1999), nos da cuenta más o menos de ese sujeto, sobre todo en la figura del padre del protagonista (Jalil Lespert), quien después de una dura faena en la fábrica reproduce la misma disciplina en su tiempo de ocio, cuando baja a su sótano para hacer muebles y armarios. El actual trabajador no encaja en esa laboriosidad fuertemente disciplinada, pero muy respaldada desde el punto de vista cooperativo y solidario. A ello, debe sumarse que los modos de vida hoy están más ligados al consumo, el centro no es la producción. Y ese

⁴²⁴ FDER.EDU. Si las democracias sobreviven, ello quiere decir que han aprendido a regular el nuevo curso de la economía como lo consiguió el derecho del trabajo del siglo XX. *Entrevista Umberto Romagnoli*. Disponible [en línea] URL: www.fder.edu.uy/contenido/rtrll/.../entrevista-umberto-romagnoli.pdf pg. 2. - 23 de enero de 2015.

⁴²⁵ *Ibid.*, pg. 11.

consumo, por supuesto, da prelación a un mundo con marcada tendencia individualizada, con propios intereses ante los mercados y la vida mediática.

17. De otro lado, el reto para el derecho laboral, consiste precisamente en ampliar su marco regulativo otorgando un horizonte en donde las subordinaciones no son tan fácilmente identificables como en el pasado, debido precisamente a una generalidad de contratos que formalmente no serían de la competencia jurídico-laboral, pero en la práctica real sí, todas las veces que el “trabajador independiente” de hoy, no es tan independiente como se describió en el capítulo anterior, ya que su piso económico se hace movedizo a causa de las trepidaciones que produce la globalización económica.

18. Esa globalización económica, descrita anteriormente, por ahora, ha sacado de su centro el típico contrato a tiempo indefinido, dejándolo en una situación muy excepcional. Esto, desde luego, tiene y ha tenido repercusiones sociales delicadas que hacen que millones de ciudadanos, por las formas atípicas de su relación de trabajo se vean afectados en su capacidad de consumo, endeudamiento e incluso su vida privada familiar. La “Encíclica Caritas in Veritate”, del Papa Benedicto XVI, describe la fenomenología del proceso desregulador: “... cuando la incertidumbre sobre las condiciones de trabajo a causa de la movilidad y la desregulación se hace endémica, se crean formas de inestabilidad psicológica, de dificultad para abrirse caminos coherentes con la existencia, incluido el del matrimonio. A consecuencia de ello se producen situaciones de deterioro humano y de desperdicio social. Respecto a lo que sucedía en la sociedad industrial del pasado, el desempleo provoca hoy nuevas formas de irrelevancia económica, y la actual crisis sólo puede empeorar dicha situación. El estar sin trabajo durante mucho tiempo, o la dependencia prolongada de la asistencia pública o privada, mina la libertad y la creatividad de la persona y sus relaciones familiares y sociales, con graves daños en el plano psicológico y espiritual.”⁴²⁶ Y recalca el Pontífice, especialmente a los gobernantes, la **clave ética** que debe orientar su poder de decisión: “Desearía recordar a todos, sobre todo a los gobernantes que se ocupan en dar un aspecto renovado al orden económico y social del mundo, que el primer capital que se ha de salvaguardar y valorar es el hombre, la persona en su integridad: el hombre de hecho es el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social.”⁴²⁷

19. Millones de seres humanos hoy, si no están desempleados y dependen de la asistencia pública o privada, se encuentran en una situación laboral que en la mayoría de los casos fluctúa entre el desempleo y el empleo precario o

⁴²⁶ CARITAS CARITAS IN VERITATE. Ed. Paulinas, Bogotá, 2009, pg. 42

⁴²⁷ *Ibid.*, pg. 42. Haciendo referencia a la encíclica “*Gaudium et spes*”.

subempleo, lo que conlleva a una situación como la que denuncia la Encíclica. El trabajador por cuenta ajena, asalariado, propio de la sociedad industrial y de la fábrica como institución total va desapareciendo de un modo vertiginoso. En su remplazo va apareciendo un **nuevo trabajador** que ya no está preocupado por lograr su ciudadanía, sino por potenciarla participando cada vez más del consumo. No es heredero de las generaciones que casi marchaban al mismo tiempo bajo la disciplina impuesta por las fábricas al estilo fordista, donde la mayoría vestía de overol y olía a grasa, aceite, vapor de máquinas y carbón.⁴²⁸

Este nuevo trabajador ya no es un continuador de esta tradición. En apariencia, su vida parece más confortable, pues en ella van prevaleciendo las oficinas, la red y los servicios que cada vez requieren de una formación escolar muy avanzada y especializada. Este sujeto no es estacionario, se mueve de unos lugares a otros en situaciones que pueden generar variaciones altas o bajas en sus ingresos. Al lado de este trabajador que ya se encuentra en un **escenario flexibilizado**, nos encontramos con otro que da continuidad al trabajador industrial, pero ahora en unas condiciones que se cierran a los principios de la progresividad; se cierran al ascenso, la mejora en el salario y la afiliación a la sindicalización. Es un trabajador que se ubica en economías emergentes y casi siempre en condiciones muy inferiores a las del pasado trabajador del siglo XX. Estas dos clases de trabajadores comparten algo en común, a pesar de la precariedad del segundo sobre el primero, y es la inestabilidad que provocan las nuevas formas de empleabilidad.

20. Ni con la primera modernidad laboral, ni con la segunda se cumplió la profecía marxista que tanto predijo el cambio hacia una nueva clase social: la del proletariado. Tanto en la primera como en la segunda modernidad el progreso laboral condujo al engrosamiento de la clase media. El problema que se observa en la segunda modernidad es que la centralidad del trabajo caracterizada por la industrialización viró hacia un nuevo horizonte con nuevas maneras de interpretación de la relación social y la supervivencia, y es allí hacia donde debe orientarse la regulación laboral, sin perder su esencia protectora hacia la parte más débil y noble del desarrollo social: **la persona**. En esa dirección el derecho laboral frente a un nuevo escenario con nuevos sujetos y nuevos valores sociales, deberá solucionar nuevos problemas y conservar aquellas soluciones que fomenten toda forma de paz social, integrando al mismo tiempo y de modo armónico el crecimiento económico y el desarrollo social como en el pasado siglo XX lo sugería Pablo VI en la Encíclica "Populorum Progressio"⁴²⁹. Desde luego, con nuevos criterios de armonización, pero siempre teniendo presente que lo que

⁴²⁸ FDER.EDU, Op. Cit.

⁴²⁹ CAMACHO, Idelfonso. Doctrina Social –, pp. 125, 126, 127.

está en juego es la persona del trabajador, y más allá de ese ropaje o cualidad, la persona misma.

21. En el siglo XX el trabajo era el pasaporte a la ciudadanía, dicho de otro modo, la ciudadanía se legitimaba a través del trabajo.⁴³⁰ Esa era una de las prioridades fundamentales. Hoy el legitimador de la ciudadanía es el ciudadano mismo quien debe buscar la manera de que su poder legitimador abarque todas las formas de trabajo que hoy se dan en las sociedades actuales y que no pueden reducirse ni solucionarse bajo la fórmula normalizadora del trabajo subordinado y por cuenta ajena. La organización social del trabajo y con ella el propio mercado laboral, desde hace 20 años, han sufrido profundas transformaciones contrarias a eso que en los “treinta años de oro” significó la construcción colectiva de la comunidad laboral. Los prototipos normativos homogenizadores del trabajo subordinado resultan insuficientes frente a los modos de relación de trabajo que han imperado por cuenta de la apertura económica y desde luego, por la misma globalización.

22. Esos nuevos retos que debe asumir la **nueva regulación laboral** no pueden desentenderse de cómo los contratos de trabajo no son pasaporte de ingreso a una vida social en ascenso, sino más bien promueven un desencantamiento, especialmente en la generación más joven, que ya no ve en el trabajo la fórmula de la independencia como la vivieron sus antecesores. Las ofertas de empleo no son atractivas, resultan sólo por temporadas y, queriendo o sin querer, favorecen el paso hacia la marginalidad o la exclusión, especialmente de esa vida de consumo que se ha impuesto en las dos últimas décadas.⁴³¹

23. El sueño de los jóvenes sigue siendo el **ascenso social** (capacidad de consumo), pero **por vía rápida**, que no implique prepararse para el trabajo, sino para alcanzar el “éxito” **mediante los milagros de la pantalla o de la fama lúdica**. Se cree que antes que satisfacer esenciales demandas humanas es preferible optar por satisfacer las **necesidades masivas del espectáculo catártico**, paliativo de vidas siempre insatisfechas, recurso explotado por el afán comercial. Los adolescentes creen posible convertirse en “triunfadores” de altas ganancias, sin mayor esfuerzo, por la vía corta del espectáculo, en vez de escoger el largo camino de los “perdedores”, entre los cuales se cuentan los de ganancias modestas, dedicados a estudiar, investigar o enseñar...

Millones sueñan con los actos de magia del “Harry Potter” del fútbol, el nuevo nombre del triunfal James. Cada vez será más difícil hallar vocaciones para el esforzado **trabajo** de los grandes creadores, de los científicos, de los inventores, de los pensadores, de los expertos en distintas formas de hacer o de transformar,

⁴³⁰ Op. Cit. Baylos... pg. 14

⁴³¹ Op. Cit. Baylos...pg. 15

que prefieren cultivar sus dotes y aptitudes antes que exhibir los **símbolos del tener**. Se pregunta el sociólogo y politólogo Juan Carlos Monedero: “¿Es justo que un futbolista de éxito gane más que el resto de miembros de su equipo? ¿Es justo que un futbolista gane más que una maestra o que alguien que investiga el cáncer? ¿Es justa una sociedad donde los estímulos generan desigualdades?”⁴³²

24. Volviendo a la metáfora de Romagnoli, aquella de la “barca” que ya no puede soportar a un “elefante” crecido, ahora se hace necesario que la barca se amplíe y resista nuevas generaciones que, como las del pasado, buscan llegar a buen puerto atravesando ese mar “abierto incierto” que ha generado el mundo globalizado actual. ¿Cómo? Esa es una respuesta que, aunque difícil, puede encontrar alternativas en el despertar de contenidos ético-axiológicos propios de una **justicia distributiva** para el derecho laboral a fin de que su vocación tuitiva no se desvanezca. Sirvió a una primera modernidad, ahora debe extender su juridicidad a un nuevo escenario, una segunda modernidad, más compleja, pero con nuevas aptitudes frente a los retos que imponen las nuevas civilizaciones y las nuevas tecnologías; una humanidad que sigue buscando su ciudadanía social y la garantía de su dignidad como sujeto con plenitud de derechos.

De la tercera parte:

25. Durante el auge y apogeo del Estado Bienestar, todo su aparato administrativo era garante de cierta “alterutalidad” social⁴³³ (con unos y con otros), y por lo mismo, un defensor de los derechos de todos. Ésta, incluso, era la nueva apuesta política y económica con la que muchos pueblos latinoamericanos buscaban su reivindicación interna a través de la formulación del Estado Social de Derecho y de nuevas consignas constitucionales a finales de la década del 80 y comienzos de los 90. Empero, y con la apertura económica de esa misma época, los Estados se tornan fieles servidores de las recomendaciones de Washington y con ello, se ponen al servicio del poder privado, especialmente extranjero, supeditando a ello, de todos los bienes sociales, uno de ellos, el trabajo. En este escenario el modelo de trabajador asume un compromiso que dista mucho de aquel que acudía al ejercicio colaborativo y de diálogo social. Este trabajador se esmera por una sobrevivencia individual y autogestionaria donde, todo bienestar sólo depende de él. Nada puede ser recibido ni con ayuda del Estado, ni de la sociedad misma. Todo se torna en un crecimiento individualista, “sordo” a lo que tenga que ver con las relaciones solidarias. Esta es la situación que ha tenido

⁴³² MONEDERO, Juan Carlos: “Curso urgente de política para gente decente”; Ed. Planeta, Bogotá, 2014, pg. 48.

⁴³³ Op. Cit., Elías Díaz, pg. 31.

decidido impulso en Estados Unidos y Europa con resonancia, desde luego, en Latinoamérica en las dos últimas décadas.

26. Debe advertirse que esa voluntad autogestionaria se asume como una respuesta necesaria y suficiente sin tener en cuenta las desigualdades que padecen millones de seres humanos catapultados a esa conducta, no por convicción, sino por una imposición cohonestada por políticas que se desprenden del mismo Estado con sus respectivas legislaciones, los capitales internos y extranjeros, así como los esnobismos que promueven las relaciones sociales actuales muy dependientes de los modernos medios de comunicación y de todas las tecnologías de punta generadores de toda forma de redes sociales. **Ser y tener** quedan envueltos en esa individualización.

27. Como puede observarse, éste puede ser un adiós al Estado Bienestar y a toda conducta de integración dialógica. Así las cosas, el ciudadano no actúa con miras al bienestar común, sino al propio interés que se expresa en el sálvese quien pueda. ¿Qué solución puede revertir este fenómeno? Sabemos que, y se ha dicho reiteradamente aquí, la globalización económica es irreversible. Empero, esa irreversibilidad no puede significar la pérdida de principios éticos que van desde el mismo compromiso con los otros, hasta la gradual re-conversión de lo económico y lo jurídico al servicio de la persona. Economía y derecho deben interactuar colaborativamente como el resultado de un proceso político-dialógico. En este caso, la conciencia ciudadana debe recuperar su conciencia “deliberativa”, como lo señala Adela Cortina⁴³⁴. El punto de partida en esta re-conversión, antes que las instituciones mismas, es la sociedad pensada en términos de **nuevo contrato social**, como se entiende en la teoría rawlsina de la justicia al hacer referencia a una situación inicial de acuerdos para concebir los principios que darán origen a una justicia como imparcialidad.⁴³⁵ Toda transformación social y re-conversión debe partir de un nuevo contrato en donde el centro gravitatorio sean los ciudadanos promovidos nuevamente en términos de colaboración y no, aisladamente, preocupados por acumular patrimonio o simplemente sobrevivir. Ese ciudadano debe despertar nuevamente su conciencia hacia el poder de la democracia como una forma de ejercer presión en defensa de los débiles y “de algún seguro colectivo contra la debilidad.”⁴³⁶

28. Esa forma de democracia puede conllevar tres resultados: 1. real y contra-hegemónico como en el sonado caso de Nike y las redes transnacionales activistas, 2. teórico, pero garante del trabajo como derecho fundamental a través

⁴³⁴ Vid. Agenda Latinoamericana, 2013. Adela Cortina, p. 44., Lo deliberativo para Cortina supone una ciudadanía activa que sabe elegir bien a sus representantes, sabe exigirles cuentas claras y sabe participar decididamente en la vida política.

⁴³⁵ Vid. John Rawls, “Teoría de la Justicia”, pp.32 y 33.

⁴³⁶ Vid. Bauman, p. 87.

de una Corte Jurídica Internacional que pueda imputar responsabilidades económicas y, si es el caso, penalizar a aquellas empresas que vulneren derechos del trabajo en cualquier parte del mundo y 3. generar nuevamente obligaciones sociales a todo el capital que existe en el planeta como lo sugiere el economista Thomas Piketty⁴³⁷, por medio de un impuesto gradual al capital, destinado a fortalecer la **distribución de la riqueza** atendiendo primeramente la necesidad y la capacidad de las sociedades antes que el mérito individualizado. La Doctrina Social de la Iglesia sugiere una Autoridad internacional⁴³⁸ que arbitre todos los problemas de injusticia distributiva del planeta.

29. Lo que a continuación se va a desarrollar tiene que ver con una propuesta que debe darse en términos de justicia distributiva, pues al fin y al cabo, esa ha sido la base originaria del derecho laboral y cambiarle ese cimiento podría significar su colapso definitivo. Cualquier cambio en la regulación laboral debe partir de su base, y esa base en términos teóricos es la **justicia** de que habla, entre otros, el Código Laboral colombiano. Un derecho laboral, en cualquier parte del mundo no genera empleo, pero sí tiene el deber de propiciar la justicia que lo respalde buscando de este modo favorecer el desarrollo humano en todas sus dimensiones. Esto quiere decir, procurando condiciones óptimas al reconocimiento de la dignidad del trabajador y más allá de esa condición: en su condición también de ciudadano.

30. A pesar de que la idea de justicia ha estado implícita regulando los distintos juicios de valor que acompañan los descubrimientos de la presente investigación, se impone detenernos en un análisis que recoge, brevemente, la herencia de la idea de justicia que trataron de tematizar los clásicos especialmente Aristóteles y su heredero Tomás de Aquino, que nos enseñaron a pensar que el **derecho** es el objeto de toda justicia, ya se trate de la justicia general o legal, de la justicia distributiva o de la conmutativa, hasta alcanzar la reintegración que logra la nueva denominación para potenciar la justicia distributiva: la justicia social (enfaticada por la Doctrina Social de la Iglesia Católica). Los grandes jusfilósofos contemporáneos descubren que la justicia distributiva tiene **centralidad formal** (Radbruch, Pieper, Goldschmidt, Kaufmman) y por eso da sentido a toda fórmula de la justicia: “dar a cada quien lo suyo”, pero recogiendo la propuesta rawlsiana de que toda distribución parte de la pre-distribución de la **estructura básica de la sociedad** (justicia social) condición para que opere la fórmula central.

31. El siglo XX ha sido fecundo en **propuestas** teóricas de **justicia distributiva**, con énfasis mayor o menor, en el punto de partida social; pero este trabajo se ha

⁴³⁷ PIKETTY, Thomas: “El Capital en el siglo XXI”, FCE, Bogotá, 2014, p. 645.

⁴³⁸ Caritas in Veritate, pp. 74 y 75.

limitado a hacer aproximaciones a **seis autores** (Ryan, Perelman, Rawls, Sen, Nussbaum, Finnis), que, aunque no pertenecen a la misma escuela de pensamiento, a pesar de sus posibles discordancias, son **básicamente articulables**, con lo cual se alcanza una meta-comprensión que enriquece o equilibra cada una de los desarrollos particulares: la **justicia distributiva actual opera ante todo en el mundo de la repartición** económica; no pretende dar a todos lo mismo, sino que atiende a los principios distributivos clásicos de la necesidad, la capacidad y el mérito; antes de distribuir a cada uno, es preciso un pacto social que estructure el todo social con criterios de libertad y diferencia (de recursos económicos), teniendo en cuenta la situación de desventaja, **sin olvidar los derechos de las futuras generaciones**; pero no es suficiente la solución económica, si no se atienden los requerimientos de las **capacidades** (que podrían concretarse en un syllabus de diez mínimos), **traducibles en derechos fundamentales**, que no pueden desconocerse ni ser objeto de regateo. **Los siete bienes buscados por la razonabilidad práctica y sus nueve exigencias en John Finnis, ofrecen una guía natural y estable para fundar las capacidades radicales del “perfeccionamiento” humano, en el marco del bien común.**

32. Frente a la ciencia económica, considerada aparte dentro de las ciencias sociales, con fuerte recurso al lenguaje matemático, con tentaciones epistemológicas que la obligan a mirar hacia las ciencias naturales, la economía política, heredera de los clásicos griegos y medievales, que armoniza lo político, lo económico, lo ético y lo moral, preocupada desde sus orígenes por la producción y la distribución de bienes de consumo y de uso, es un recurso importante para orientar hoy la voluntad política y económica de justicia distributiva. La Escuela Austriaca de Economía y los nuevos economistas críticos, al escribir sobre los rumbos económicos, no tienen reparo en reconocer que propiamente sus problemas de investigación son problemas de justicia distributiva.

33. Al buscar criterios para la operatividad de la justicia distributiva, que no puede desconocer la **centralidad de lo económico**, se ha terminado por reconocer que no se trata de criterios del arbitrio político, de la caridad generosa o de principios filantrópicos dejados a la buena voluntad. Los filósofos sociales y los jusfilósofos han concordado en que esos criterios no pueden ser sino el núcleo jusfundamental que da sentido a las Constituciones y que recogen los derechos de primera y segunda generación, con especial énfasis en los derechos del trabajo, engastados en todos los derechos concordantes del llamado “bloque de constitucionalidad”, que conduce más allá de las fronteras de los Estados nacionales.

34. La última conclusión de esta investigación, sin pretender dar recetas para los problemas que evidencian los procesos des-regulativos y flexibilizadores, en contexto globalizador, gira en torno a las **seis posibilidades**, sugeridas aquí y allá a lo largo del trabajo, como alternativas conexas para el **accionar de la justicia distributiva**:

1. Plano Institucional
2. Plano Iusfundamental
3. Plano del diálogo entre poderes
4. Plano del dialogo social
5. Plano glocal
6. Lucha por el derecho

Para el análisis de estos planos interactivos se ha recurrido a la metáfora de los seis planos del cubo, señalando cómo el primer plano parte del reconocimiento de las instituciones positivas del derecho laboral; cómo el “núcleo jusfundamental”, en cuanto criterio distributivo, trasciende los límites de las legislaciones y las codificaciones que tienden a cerrarse sobre sí mismas; cómo se imponen dos diálogos cruciales: el diálogo entre las grandes instituciones del Estado y el diálogo entre los sectores sociales (trabajadores en voluntad colectiva, empresarios (individuales o colectivos)), distintas fuerzas y grupos de presión de la sociedad civil, representantes del Estado, bajo la vigilancia de la opinión pública nacional e internacional y la capacidad de pronunciamiento público de la OIT; cómo la dimensión local de las relaciones económicas puede reaccionar, en reivindicación de derechos propios, frente a las pretensiones hegemónicas de los poderes globalizadores; cómo, finalmente, los **derechos que debe dar la justicia distributiva**, no serán resultado de concesiones de los centros de poder económicos y políticos, sino consecuencia de conquistas por las que deben luchar las organizaciones de los sectores débiles, de los menos incluidos o excluidos. Se supone que es preciso buscar alianzas de todos los sectores nacionales, con miras a federaciones o confederaciones internacionales. El siglo XXI ha cobrado conciencia de que la justicia distributiva no es sólo resultado de las atribuciones del poder, sino efecto de solidaridades en lucha: la justicia distributiva se da, se reconoce, se pide, se reclama con recursos jurídicos o de usos alternativos del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida; Ed. Pre-Textos, Valencia 1998.

AGUILERA, Miguel. La Justicia Laboral en la Historia (Cap. VIII), en. Historia extensa de Colombia; Ed. Lerner, Bogotá, 1965.

AGUSTÍN, San. La Ciudad de Dios, Porrúa, Méx, 1988.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia, Comares, Granada, 2005.

ALONSO, Olea Manuel. De la Servidumbre al Contrato de Trabajo, Ed. Tecnos, Madrid 1979.

APARICIO, Tovar, Joaquín. La Transnacionalización del Derecho del Trabajo y la responsabilidad del empresario; en Revista. Globalización Laboral y de la Seguridad Social, Ed. U Rosario (Colección Textos de Jusrisprudencia), Bogotá, 2007.

AQUINO, Tomás de. Suma Contra Gentiles (S.C.G.); Ed. BAC (2ed). Madrid, 1967.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica (S.T.); Ed. BAC, Madrid, 1952.

AQUINO, Tomás. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles; Ed. Eunsa, Pamplona, 2001.

ARCHILA, Neira, Mauricio. Violencia contra el Sindicalismo 1984 – 2010, Ed. Cinep y Programa por la Paz, Bogotá, Agosto de 2012.

ARENDT, Hannah. La Condición Humana, Paidós Surcos 15, Barcelona 2005,

ARVON, Henry. Filosofía del Trabajo; Ed. Cuadernos Taurus 67, Madrid 1965.

AUBERT, Jean-Marie. Moral social para nuestro tiempo, Herder, Barcelona, 1973.

BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres; Ed. Gedisa, cuarta reimpresión abril 2011, Barcelona.

BASUALDO, Victoria y MORALES, Diego. La Terciarización Laboral; Ed. Siglo XXI, Bs.As., 2014.

BAYLOS, Antonio y GANDIA, Juan. Umberto Romagnoli. un giurista racconta en Globalización, el cambio del derecho del trabajo. de un derecho de frontera a un derecho de fronteras; Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado; Ed. Trotta S.A. Madrid, 2009.

BAYLOS, Antonio y PÉREZ, Rey, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado; Ed. Tortta, 2009.

BAYLOS, Antonio. Derecho del trabajo (modelo para armar), ed. Trotta, Madrid, 1991.

BECK, Ulrich. Qués es la globalización. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización; Ed. Paidos Estado y Sociedad, Barcelona 1998.

BENACH, Joan, TARAFA, Gemma, PERE, Jódar; ALÓS, Ramón y JULÍA, Mireia en Sin trabajo, sin derechos, sin miedo; Ed. Icaria – Asaco, Barcelona 2014.

BIRGIN, Haydée (Comp.). Ley, Mercado y Discriminación (El Género del Trabajo); Ed. Biblos, Bs. As., 2000.

BOCHENSKY, I.M.. Los Métodos Actuales del Pensamiento; Ed. Biblioteca del pensamiento actual, Madrid, 1962.

BUCHARD y DILLA. Mercados globales y gobernabilidad local, Ed. Nueva sociedad, Caracas, 2001.

CABRERA, Mejía, Alicia. El Sindicalismo en Colombia. una historia para resurgir, Ed, Nomos S.A, 2005

CAMACHO, Laraña, Idelfonso. Doctrina Social de la Iglesia. quince claves para su comprensión; Ed. Desclée de Bouwer, Bilbao, 2000.

CÁRDENAS PATIÑO, Alberto. Núcleos problemáticos; Ed. USTA Módulo Siglo XXI-Facultad de Derecho, Códice, Bogotá, 2002.

CÁRDENAS, Carlos y GUARÍN Edgar. Tomás de Aquino en Diálogo con Bobbio, Chomsky , Rawls y Alexy; Ed. Usta, Bogotá, 2010.

CATHREIN, Víctor, Filosofía del Derecho: Natural y Positivo, REUS, Madrid, 1958.

CAVALIÉ, Cabrera Paul. Importancia de un título preliminar; en Los Principios del derecho laboral en la nueva Ley general del Trabajo; Ed. Congreso de la República del Perú – Centro de Investigación Parlamentaria. Perú, 2004.

CERVANTES, Saavedra, Miguel. Don Quijote; Ed. Aguilar, 1960.

CORREAS, Óscar. Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo); Ed Fontamara; México; diciembre de 1998.

CORTINA, Adela. Alianza y Contrato, Trotta, Madrid, 2001.

_____. Democracia auténtica. Economía ética, en Agenda Latinoamericana. La otra economía; Ed. Verbo Divino, Bogotá, 2013.

_____. Sociedad Civil en 10 Palabras Clave en Filosofía Política; Ed. Verbo Divino, Navarra, 1998.

COUSIN, Víctor. Discurso preliminar de Du vrai, du beau et du bien, Didier, París, 1854.

DE SOUSA, Santos, Boaventura y RODRÍGUEZ, Garavito, César. El derecho y la globalización desde abajo (hacia una legalidad cosmopolita); Anthopos, Barcelona, 2007.

DÍAZ, Carlos. El Hombre, animal no fijado; Editorial PCP, Madrid 2001.

DÍAZ, Elías. La Sociedad entre el Derecho y la Justicia; Ed. Aula Abierta Salvat, Barcelona, 1985.

DURÁN MANTILLA, Juan Guillermo. Introducción a la Filosofía del Derecho, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010.

ECHAVARRÍA, Juan José y PARRA, Mónica. Empleo, flexibilidad laboral y crecimiento en Colombia en. Empleo y Economía; Ed, Urrutia, Montoya Miguel (Banco de la República), Bogotá, 2001.

_____. Sollicitudo Rei Socialis. Doctrina Social Cristiana; Ed. Herder, Barcelona, 2001.

_____. Ordo Socialis. Doctrina Social Cristiana; Ed. Herder, Barcelona, 2001.

FARALLI, Carla. La Filosofía del Derecho Contemporánea. los temas y los desafíos; Ed. U. externado de Colombia, Bogotá 2007.

FARNÉ, Stéfano et all. La Calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI, U. Externad de Colombia, Bogotá, 2012.

FINNIS, John. La ley Natural y los Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Bs As, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho, Externado, Bogotá, No. 15, 2000.

_____. Democracia y garantismo; Ed. Trotta, Madrid, 2008.

_____. Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional; Ed. Mínima Trotta. Madrid, 2011.

FERRATER, Mora, José. Diccionario de Filosofía Q-Z, Ed. Ariel Filosofía, Barcelona 2001.

GAJATE, José. La Escuela de Frankfurt en Historia de la Filosofía; Ed. Buho, Bogotá, D.C., 1995.

GALEANO, Eduardo. Patas Arriba. la escuela del mundo al revés, Ed. TM Editores, Colombia, 1999.

GALGANO, Francesco. La Globalización en el espejo del derecho; Ed. Rubnizal – Culzoni; Bs. As. 2005.

GARGARELLA, Roberto. Por una justicia Dialógica; Ed. Siglo XXI, Derecho y Política; Bs. As, 2014.

GIRALDO, Mauricio y OSSA, Martín. Dignidad arrinconada en. Revista ALCATEMAS. El ALCA y el Derecho al Trabajo; Diakonia, Bogotá, Colombia, 2004.

GOLDSCHMIDT, Werner. La Ciencia de la Justicia, Aguilar, Madrid, 1958.

GÓMEZ, Ciriano, Emilio José. Flexiseguridad. origen y contexto en. Diccionario Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GRANERIS, Giuseppe, Contribución tomista a la filosofía del derecho, EUDEBA, Bs As, 1973.

GROODY, Daniel. Globalización, espiritualidad y justicia, Verbo Divino, Navarra, 2009.

GUITTON, Jean. El trabajo intelectual. Porrúa. México. 1994.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez; Ed. Trotta, Valladolid, 2000.

HANDY, Charles. El futuro del Trabajo Humano; Ariel, Barcelona, 1986.

HART, Herbert, L. A.. El Positivismo y la independencia entre el Derecho y La Moral; Abeledo Perrot, Bs. As., 1998.

HATTENHAUER, Hans. Conceptos Fundamentales de Derecho Civil; Ed. Ariel Derecho; Barcelona 1987.

HERRERA, Restrepo, Daniel. El derecho al trabajo. Una aproximación fenomenológica, en Revista. Cuadernos de Filosofía Latinoamericana No. 43 - 44; Ed. USTA, Bogotá. 1990.

HINKELAMMERT, Franz. Vaciamiento de la democracia y genocidios económicos, en Agenda Mundial Latinoamericana La Otra Economía (2013). ; Ed. Verbo Divino, Bogotá 2013.

IHERING, Rudolf Von. El espíritu del derecho romano, Oxford, Méx., 2001

IHERING, Rudolf Von. El fin del Derecho, Heliasta, BsAs, 1978.

IHERING, Rudolf Von. La lucha por el derecho en Estudios jurídicos, Heliasta, BsAs, 1974.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Luis José y SOLANO, Vicente. Teología de la liberación. USTA, Bogotá, 1977.

JAMES, Emile. Historia del pensamiento económico, Aguilar, Madrid, 1974.

JAUREGUÍ, Ramón y Otros. Un Futuro para el Trabajo en la nueva Sociedad Laboral; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho, U. Externado, Bogotá, 1999.

KATZ, Chaim S. y Otros. Diccionario Básico de Comunicación; Ed. Nueva Imagen, México, 1987.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?; Ed. Leviatán, BsAs, 1987.

KIRZNER, Israel M.. Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva, Folio, Barcelona, 1996.

KUWANT, C. Remy. Filosofía del Trabajo; Ed. Carlos Lohlé, Bs. As. 1959.
Ley 79 de 1988 (ley general del Cooperativismo en Colombia)

LINHART, Daniele. Salarios amenazados y derechos sociales atacados. Ayer solidarios, ahora rivales; en revista. Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? EL Trabajo. Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza; Ed. Aún creemos en los sueños; 2007.

LINHART, Daniele. Todo comenzó en 1972... en la revista Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? El Trabajo. Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza..., Ed. Aún Creemos en los Sueños, Santiago, 2007.

LINHART; Daniele. Salarios amenazados y derechos sociales atacados. Ayer solidarios, ahora rivales; en revista. Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? EL Trabajo. Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza; Ed. Aún creemos en los sueños; 2007.

LOZANO, Wilfredo. Desregulación laboral, Estado y Mercado en América Latina. Balance y Retos Sociopolíticos, en Perfiles Latinoamericanos, México, 1998, p.

MARDONES, José María. Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales; Ed. Antrhopos; Barcelona 1991.

MARITAIN, Jaques. El Hombre y el Estado; Ed. Encuentro, Madrid, 1993.

MARX, Karl. Trabajo Asalariado y Capital, Ed. Plaza y Janes, Colombia 1977.

MEDA, Dominique. El Trabajo, un valor en peligro de extinción (Ed, gedisa Barcelona, 1998).

MIRANDA, José Porfirio S.J. Marx y la Biblia (crítica a la filosofía de la opresión), Río Hondo, Méx., 1970.

MOLINA, Monsalve, Carlos Ernesto. La jerarquía y efectividad de las normas internacionales del trabajo en el derecho Colombiano, en. Globalización laboral y de la seguridad social, Ed. U. Rosario, Bogotá, 2007, p. 51.

MONEDERO, Juan Carlos. Curso urgente de política para gente decente; Ed. Planeta, Bogotá, 2014, pg. 48.

MONSALVE, Ramírez, Alfonso. Trabajadores Empresarios; Ed. Ediciones Aurora, Quito, Ecuador, 2012.

MOUNIER, Emmanuel. El Personalismo, EUDEBA, BsAs, 1965.

NARVÁEZ, Luis Carlos. Compensaciones y Justicia Social distributiva, U. La Gran Colombia, Bogotá, 2011.

NOLAN, Albert. “¿Quién es este hombre?” Sal Terrae, Santander, 1984.

NUSSBAUM, Martha C.. Las fronteras de la Justicia; Paidós, Barcelona, 2007.

OLEA, Manuel, Alonso. De la Servidumbre al Contrato de Trabajo; Ed. Tecnos, Madrid 1979.

OLIVERES, Boadela, Arcadi. La base de la economía son las personas, no el dinero. En. Agenda Latinoamericana, Año 2013; Ed. Verbo Divino, Colombia, 2013.

PASCO, Cosmópolis Mario. Crisis económica mundial y derecho del trabajo, en. El derecho del trabajo y de la seguridad social (discusiones y debates); Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

PASCUAL, Martín. Chile ¿Más cerca o más lejos del trabajo decente? En . Selección de artículos de Le Monde Diplomatique, Ed. Aún Creemos en los Sueños, Chile 2007.

PERELMAN, Chaim. De la Justicia, UNAM, México, 1964.

PÉREZ, Rey, Joaquín. Estabilidad en el Empleo; Ed. Trotta, Madrid, 2004.

PIEPER, Josef. Las virtudes fundamentales, Rialp, Madrid, 1999.

PIETRE, Andre. las Tres Edades de la Economía; Ed. Rialp, Madrid 1962.

PIKETTY, Thomas. El Capital en el siglo XXI, FCE, Bogotá, 2014.

PLA, RODRÍGUEZ, Américo. Tendencias actuales del derecho laboral, en Tendencias Actuales del Derecho; Fondo de Cultura Económica, México, 1994

PLANA, Marc. Trabajar para vivir en Agenda Latinoamericana. la otra economía; Ed. Verbo Divino, Bogotá, 2013.

PONTI, Filippo. El sistema industrial como estructura de la sociedad, Ed. Carlos Lohlé, Bs. As., 1966.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Políticas Públicas y Cooperativismo en Colombia. 30 años de encuentros y desencuentros; Ed. IEPM, Bogotá. 2011.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del derecho; Ed. Fondo de Cultura Económica; México, 1974.

RAWLS, John. El derecho de gentes, Paidós, Barcelona, 2001.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia Ed. Efe, México, 1985.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia, FCE, Méx., 1997.

Revista Módulos Núcleos Problemáticos. Módulo Laboral, Ed. USTA, Bogotá, 2002.

RIBOTTA, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

RIVERA, Campos. Derecho Laboral; Ed. Temis. Bogotá Colombia, 2003.

RUMEU DE ARMAS, Antonio. Código del Indígena Americano; Ed. Cultura Hispánica, Madrid 1953.

RYAN, Johan A. Justicia Distributiva, Poblet, BsAs, 1950.

SANGUINETI R., Wilfredo. Derecho del Trabajo. nuevos escenarios, IJSA, San José, 2012.

SARTORI, Giovanni. La Democracia en 30 lecciones., Ed. Taurus, Colombia, 2009.

SAVATER, Fernando. La aventura del pensamiento; Ed. Sudamericana, Bs. As., 2008.

SEN, Amartya. La Idea de la Justicia; Ed. Taurus, Madrid, 2010.

SENGENBERGER, Werner. Globalización y progreso social. la función y el impacto de las normas internacionales del trabajo; Ed. Fiedrich Ebert Stiftung - Nueva Sociedad, Bonn, 2002.

SILVA, Otero, Aristides y MATA, de Gros Mariela. La llamada Revolución Industrial; Ed. U católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

SILVA, Romero, Marcel (compilador). El Derecho Laboral que Hereda el Milenio (transformación de su enseñanza); Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1999.

SILVA, Romero, Marcel. Flujos y reflujos. Proyección de un Siglo de derecho Laboral Colectivo en Colombia, Ed. U. Nacional, tercera edición, Bogotá, 2005.

SILVA, Romero, Marcel. Reaprender la enseñanza del derecho del trabajo y de a seguridad social; Ed. Universida Nacional, Bogotá, 2010.

STIGLITZ, E. Joseph. El Malestar en la globalización; Ed. Taurus; Colombia, 2002.

SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo; Ed. Heliasta, Bs. As. 2008.

TEITELBAUM, Alejandro, en Sociedades Transnacionales y Derecho Humanos; Ed. Ilsa, Colombia 2007, pg 63 y ss.

UTZ, A.F.. Ética Social; t. II. Herder, Barcelona, 1961.

UTZ, Arthur F.. Ética Social, Herder, Barcelona, 1965.

UTZ, Arthur F. Neomarxismo y Orden Económico Pluralista; Ed. Herder, Barcelona, 1984.

UTZ, Arthur F. Política Social. ¿Una concepción del mudo o sin ella?; Ed. Herder, Barcelona, 1984.

VALENCIA VILLA, Hernando. Diccionario de derechos Humanos, Espasa, Madrid, 2003.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bmchs, "El derecho en Santo Tomás de Aquino", en Actas del Congreso de la SITAE, Barcelona, 2004 .

VILLEY, Michel, Compendio de Filosofía del Derecho, (2 Tomos), EUNSA, Navarra (Pamplona), 1979.

ZABALZA IRIARTE, Joaquín, O.P. El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica. USTA, Bogotá, 1993, p. 67 y ss.

ZABALZA IRIARTE, Joaquín, O.P. El derecho objetivo del 25%, USTA, Bogotá, 1991.

JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 12 de Noviembre de 1998. Sentencia C-665 de 1998. Magistrado Ponente. Hernando Herrera Vergara.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 29 de marzo de 2000. Sentencia C-371 de 2000. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Diaz.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 1° Marzo de 2000. Sentencia C-211. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Diaz.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de Enero de 2004. Sentencia C-038 de 2004. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala Tercera de Revisión, 02 de junio de 2006. Sentencia T-445 de 2006. Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala Tercera de Revisión, 15 de mayo de 2008. Sentencia T-471 de 2008. Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala sexta de Revisión, 30 de junio de 2008. Sentencia T-518 de 2009. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 02 de septiembre de 2009. Sentencia C-614 de 2009. Magistrado Ponente. Jorge ligacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala Segunda de Revisión, 16 de octubre de 2009. Sentencia T-738 de 2009. Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala Séptima de Revisión, 14 de enero de 2010. Sentencia T-003 de 2010. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 30 de marzo de 2011. Sentencia C-228 de 2011. Magistrado Ponente. Juan Carlos Henao Pérez.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 31 de agosto de 2011. Sentencia C-645 de 2011. Magistrado Ponente. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 07 de marzo de 2012. Sentencia C-171 de 2012. Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala primera de Revisión, 08 junio de 2012. Sentencia T-428 de 2012. Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 25 de noviembre de 2009. Sentencia C-855 de 2009. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

CABLEGRAFÍA

<http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/.../entrevista-umberto-romagnoli.pdf>
<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/>

[http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/.../1/IML Julio 2014](http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/.../1/IML_Julio_2014). “Informe mensual del mercado laboral – Fedesarrollo.

<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art09.pdf>: REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 13 – No.2-195: “Las Reformas Laborales al modelo normativo de Negociación Colectiva” por: Irene Rojas Miño. Universidad estatal de Talca, Chile 2007.

<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/> “Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina, de Arturo Bronstein, OIT, 1998.

<http://www.iisg.nl/labouragain/documents/lopez-flexibilizacion.pdf>// Diego López septiembre 2002.

<http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm>. Federico Arcos Ramírez: “La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social prestacional”; Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho, 2000 (texto completo).

<http://www.urosario.edu.co/economía/documentos/pdf/dt63GuíaLaboralGerencie.com> 2014 GUATAQUÍ, Juan Carlos y GARCÍA, Suaza Andrés: “Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajos y menos empleos? En “Serie Documentos de Trabajo No. 63, mayo de 2009.

<http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/.../hugo-sinzheimer-y-el-valor-de-la-p>.

<http://etimologias.dechile.net/?adiaforizacio.n>.

http://www.eltiempo.com/economia/finanzas-personales/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10577688.html

http://www.eltiempo.com/economía/finanzas-personales/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10577688.html

http://www.gerencie.com/¿Seguro_-que- la -ley -789- buscaba- generar- más - empleo?.html.

<http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm>/Universidad de Almería, Federico Arcos Ramírez: “La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social prestacional”; Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho, 2000.