

El derecho al trabajo como derecho fundamental desnaturalizado en virtud de la tercerización laboral.

The Right to Work as a Fundamental Right Denatured by Virtue of Labor Outsourcing

Wilson Alberto Nieto Ríos*

Rodrigo Giraldo Quintero**

Fecha de recepción: 2/05/22

Fecha de aprobación: 30/04/23

El trabajo es, en primer lugar, un proceso entre el hombre y la naturaleza, un proceso en el que el hombre media, regula y controla su metabolismo con la naturaleza. El hombre se enfrenta a la materia natural misma como un poder natural. Pone en movimiento las fuerzas naturales que pertenecen a su corporeidad, brazos y piernas, cabeza y manos, a fin de apoderarse de los materiales de la naturaleza bajo una forma útil para su propia vida.

MARX

171

RESUMEN

Este artículo aborda algunas promesas hechas a la luz de la Constitución Política de Colombia de 1991 respecto al derecho al trabajo que no se han cumplido en el plano de la realidad colombiana, a través

de una mirada retrospectiva de este estableciendo su origen, desarrollo y problemáticas actuales a raíz de los procesos de tercerización laboral, que han llevado al detrimento del carácter fundamental y constitucional que se le dio al derecho al trabajo en la Carta Política de 1991.

-
- * Docente investigador de la Universidad de Manizales, candidato a doctor en Derecho en la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Manizales y abogado de profesión de la misma universidad. Correo electrónico: wnieto@umanizales.edu.co.
 - ** Docente investigador de la Universidad de Manizales, doctor en Formación en Diversidad de la misma universidad. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales y abogado de la misma casa de estudios. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: rgiraldoq@umanizales.edu.co

Palabras clave: derecho al trabajo, Constitución Política de Colombia, desnaturalización, derechos humanos.

ABSTRACT

This article addresses some promises made in the light of the Political Constitution of Colombia of 1991 regarding the Right to Work that have not been fulfilled in the plane of Colombian reality, through a retrospective look at

it, establishing its origin, development and problems. as a result of labor outsourcing processes, which have led to the detriment of the fundamental and constitutional character that was given to the Right to Work in the Political Charter of 1991.

Keywords: right to work, Political Constitution of Colombia, denaturalization, human rights.

EL TRABAJO COMO CONCEPTO

El trabajo se define como “el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos” (Levaggi, 2004, párr. 3).

El concepto de trabajo está indefectiblemente relacionado con distintos derechos y a la necesidad latente de protegerlo entendiendo la incidencia que este tiene sobre las personas para su desarrollo. Por ello, para comprender el concepto de trabajo y, sobre todo, la evolución del derecho a este, es necesario realizar un recorrido histórico en donde se indique su surgimiento como un medio para entender las dinámicas laborales entre empleados y empleadores, hasta su declaración como derecho fundamental y constitucional, como en el Estado colombiano.

El concepto de trabajo siempre ha implicado una marcada relación de poder, evidenciada en la relación esclavista históricamente establecida, regido desde la antigua Roma por términos de amo-esclavo, cuyo principal beneficiado era el sujeto poseedor de la mano de obra, algo que se evidencia en Horkheimer y Adorno (1944) quienes afirman que en la crisis de la modernidad el ser humano hace de sus iguales simples medios técnicos para un fin, que no es la consideración del otro sino su cosificación. De esta manera, se entiende que la relación de poder encontrada en las relaciones de trabajo no es más que la cosificación misma del sujeto para el cumplimiento de unos fines personales. Tal vez, esta idea de sujeto sometido a un utilitarismo inclemente al punto de desvirtuarle su propia dignidad al literalmente cosificarlo encontró su paroxismo más evidente en la Antigüedad, sobre todo, como ya se indicó, en la Roma arcaica y antigua, donde el entramado jurídico desconocía a la persona humana, al punto de reducirla al concepto de *res* para obtener una mano de obra gratuita en las labores productivas. En tal sentido, Castresana señala que:

Ya lo advertía Gayo en su manual: la primera división del derecho de personas distingue a los libres de los esclavos; en ambos casos hay hombres, individuos humanos vivos, pero, así como el libre podía tomar la condición jurídica de persona, el esclavo, mientras los sea, no tiene la condición de persona sino de cosa, no será sujeto de derechos, sino objeto de derechos. (2013, p. 109)

Sin embargo, después de los aciagos tiempos para los seres humanos en perspectiva de esclavitud, servilismo y proletariado precario, los avances en términos sociales, políticos, económicos y demográficos obligaron a la creación de dos formas contractuales, el *locatio conductio operarum*, o “arrendamiento de servicios” y *locatio conductio operis*, o “arrendamiento de obra”, incluidas posteriormente en el Código Civil francés de 1804 (Boza, 2014).

El siglo XVII, en plena Revolución francesa y el auge del liberalismo posibilitan un abordaje crítico de las monarquías absolutistas y las ideas mercantilistas de la época. Sin embargo, el mayor hito histórico se establece con la Revolución Industrial y los ideales del liberalismo económico que modifican las formas de producción, obligando de alguna manera a la migración de la población rural, la misma que se mantiene en la contemporaneidad en sociedades semifeudales, como lo pueden ser algunas del tercer mundo, incluida Colombia:

Las ideas liberales implicaban una libertad general de la actividad profesional. La economía se organiza espontáneamente, puesto que existe una armonía natural de la sociedad, creada por Dios; el Estado no debe intervenir en la vida económica, pues esa intervención rompería el orden natural y violaría la libertad e igualdad. El trabajo humano, sometido a las leyes que gobiernan la economía política, se convierte así nuevamente en mercancía. (Machicado, 2010, p. 8)

La llegada de la Revolución Industrial implicó un retroceso en muchos aspectos sociales, especialmente, en lo relacionado a la clase obrera prefigurada por los socialismos y el marxismo en esta misma época como una clase protagonista, revolucionaria y transformadora, que se convirtió en un renglón social oprimido y cosificado por un mundo cada vez más instrumentalista.

El siglo XX, por su parte, marcó la llamada “internacionalización del derecho al trabajo”, en cuyo contexto se promulgaron una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que fue, poco a poco, consolidando el margo genérico de los derechos laborales, o mejor, los derechos económicos, sociales y culturales (Neves, 2002).

La Revolución bolchevique en Rusia en 1917 y los países que a la postre pasarían a denominarse la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, aunado a la Constitución de Querétaro (1917) y Weimar (1919) empezarían a ser precedentes históricos fundamentales para lo que sería el decálogo de los derechos de los trabajadores. La denominada clase obrera, como protagonista del pensamiento socialista y marxista, empezaba a ser superlativa y esto iría marcando el camino de los derechos laborales que, aunque con cierta precariedad en algunos países como Colombia, existen.

EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Entender los derechos fundamentales y la inclusión del derecho al trabajo como uno de ellos obliga a dar una mirada retrospectiva sobre la historia de los derechos humanos y su consolidación en el mundo de manera muy general, para lograr entender el derecho al trabajo como un derecho fundamental, constitucional y protegido por tratados internacionales.

En ese sentido, se debe prestar especial atención a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los distintos pactos internacionales; hechos que producen cambios notables sobre el derecho internacional, incluyendo a su paso derechos laborales que empiezan a hacer parte del listado de derechos humanos, caracterizados por ser fundamentales, entre los que se cuenta, como lo subraya Canessa:

La libertad al trabajo, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la protección contra el desempleo, contra el despido, la prohibición de la discriminación, la igualdad de remuneración —A trabajo igual, salario igual—, la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias, el derecho a una remuneración mínima, el derecho a la promoción en el empleo, el derecho a la formación profesional, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa, el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo, el derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores, la libertad sindical, el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social —asistencia médica, prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos; prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; prestaciones de maternidad, etcétera—, y la protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y a los minusválidos. (2012, p. 351)

Los derechos humanos, hoy, están en una etapa de reinvenCIÓN y, más que eso, en un momento histórico con total protagonismo. La evolución sociocultural obliga a un progreso jurídico, que preconice la igualdad y la dignidad humana, inherente a cada ser humano; así pues, los derechos humanos se han reinventado para atender las necesidades actuales, que son las mismas para todas las personas, sin distinción de raza, origen, religión, sexo, etcétera.

Sin embargo, su gran evolución y, por así llamarlo, “renacimiento”, se le debe en gran medida a la globalización, en la que todas las esferas sociales han mutado y trascendido a la misma amplitud universal que se ha generado en los ámbitos más importantes del ser humano en su función como ser social.

En este sentido, hablar de derechos humanos es hablar de los derechos que por naturaleza le son dados a toda persona humana, derivando en el goce de la dignidad. En otro sentido, podría decirse que los derechos fundamentales son, desde el ámbito jurídico, la esencia de los seres humanos. Además, su carácter de fundamental les otorga la calidad de estar supraordenados a las normativas nacionales, gracias a que son la base indiscutible de normas internacionales, pero, sobre todo, del derecho internacional de los derechos humanos, posicionándose así en la cúspide de todo ordenamiento jurídico (Ermida, 2011).

Los derechos humanos, así entendidos, es decir, como inescindibles a la dignidad humana, parecieran ser contemporáneamente un discurso obvio y manido. No obstante, en perspectiva de este breve recorrido histórico con énfasis *sui generis* en la evolución del trabajo como derecho humano, es claro que su evolución ha sido difícil y no se pueden soslayar los peligros que eventualmente acarrea un retorno a su desconocimiento. El paso de los años no implica adrede una evolución civilizatoria en términos de progreso; por ende, vale la pena recordar que todos estos instrumentos jurídicos internacionales y de aparataje de la denominada por Weber *burocracia racional* tuvieron también episodios de esclavitud como en la otrora Roma antigua; es también el caso tristemente paradigmático del tercer Reich, quien desconoció muchas de las ganancias democráticas obtenidas con la Constitución de Weimar. Al respecto, por ejemplo, señala Rabinovich lo siguiente:

En 1935 el parlamento alemán, con mayoría del Partido Nacional Socialista, aprobó tres leyes: una sobre *ciudadanía y raza*, otra para la protección de la sangre alemana y el Honor Alemán y una tercera de protección genética del pueblo alemán. A consecuencia de ellas, las personas consideradas “judías” (un concepto que se pretendió definir racialmente, pero no se pudo desvincular del aspecto religioso, por lo menos en relación con los antepasados) quedaron privadas de cantidad de derechos humanos, y convertidas en parias, en excluidos sociales (fue el primer gran paso en

el exterminio, que podía vislumbrarse desde el libro *Mi lucha*, escrito por Hitler una década antes) (2007, p. 48)

La gran paradoja de este horror de la denominada Shoá es que lo único a lo cual los judíos tenían derecho era al trabajo, toda vez que este seguía teniendo problemas desde su concepción humanista en clave por ejemplo de lo que ya había conceptuado el iusnaturalismo siglos atrás. De manera tal que, pese a sus avances, no se puede descuidar su ámbito de protección. En la actualidad, aunque guardando las proporciones del *holocausto*, sigue existiendo trabajo esclavo y formas deshumanizadas de entender el derecho al trabajo que en la práctica están muy lejanas a la positivización de los instrumentos internacionales de protección, las constituciones y los códigos sustantivos laborales.

No obstante y allende a lo anterior, el trabajo, entendido como un derecho humano, implica todavía hoy una marcada relación de poder y subordinación, encontrando, desde una perspectiva histórica, que este se concentraba antiguamente, en mayor medida, en la esclavitud¹. Además, se debe recordar la profunda raíz esclavista de la que deviene, en tanto los tipos de relación siempre estaban regidos en términos de amo-esclavo. Desde esta perspectiva, se entendía como beneficiario a aquel que era poseedor del trabajador —esclavo—, tal como se planteaba por Horkheimer y Adorno (1944) quienes afirman que en la crisis de la modernidad el ser humano hace de sus iguales simples medios técnicos para un fin, que no es la consideración del otro sino su cosificación.

Sin embargo, la esclavización anulaba derechos propios del hombre, por lo que fue necesario generar medios contractuales que le dieran validez al derecho del sujeto que estaba siendo despojado de sus derechos y que en la balanza de las relaciones laborales estaban por debajo del empleador.

Así pues, y siguiendo los postulados de Boza (2014), se presupone el fin del feudalismo como el evento que da paso a grandes transformaciones laborales en Europa. De manera especial, se debe hacer mención del cambio que ocurre en el ámbito del trabajo asalariado, en donde se pudo apreciar un movimiento a las urbes por parte de toda la población rural, entendiendo que su mano de obra era requerida, pero a muy bajos costos, como era de esperarse. Sin embargo, este momento histórico, potencia el foco que se le había dado al trabajo como un ámbito al que debían sumársele derechos y obligaciones, que aparecieron como un hecho tácito solo hasta la Edad Media, en forma de regulaciones salariales y algunos derechos dirigidos a los trabajadores.

1 Parafraseando a Welton, es claro que, pese a la evolución de un sistema normativo que establece prohibiciones legales e internacionales para proscribir la esclavitud, todavía sigue siendo muy difícil imponer leyes contra el tráfico de seres humanos. Por ende, es necesario redoblar esfuerzos para combatir este atávico e inhumano proceder. (Welton, 2008).

Históricamente, es relevante también ver cómo el auge del liberalismo, que le hacía frente a las monarquías absolutistas reinantes hasta ese momento, empieza a frenar de manera progresiva el mercantilismo, así como también a la revolución industrial, en cuyo seno se potenciaba el liberalismo económico.

Las ideas liberales implicaban una libertad general de la actividad profesional. La economía se organiza espontáneamente, puesto que existe una armonía natural de la sociedad, creada por Dios; el Estado no debe intervenir en la vida económica, pues esa intervención rompería el orden natural y violaría la libertad e igualdad. El trabajo humano, sometido a las leyes que gobiernan la economía política, se convierte así nuevamente en mercancía. (Machicado, 2010, p. 8)

En esta medida y gracias a otros hechos históricos fundamentales —que no se tuvieron en cuenta por cuestiones de alcance del presente artículo—, el siglo xx cobra especial importancia cuando se produce la *internacionalización del derecho al trabajo*, incluidos en una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos, consolidando poco a poco el marco genérico de los derechos laborales en lo que se constituyó como derechos económicos, sociales y culturales (Neves, 2002), siendo la Organización Internacional del Trabajo [OIT] el órgano principal en lo relativo al trabajo en la normativa internacional.

Fue justo la Revolución francesa la que abolió la monarquía absoluta y establece la proclamación de la República, pero también se reconocen gracias a esta algunos derechos políticos y civiles inherentes a cada ser humano, a través de la declaración de “libertad de propiedad, seguridad y resistencia a la opresión”. Fue, entonces, cuando se registró una verdadera necesidad de establecer derechos económicos, culturales y sociales, que nacieron gracias a las luchas colectivas de las comunidades periféricas, en el intento de superar todas las limitaciones sociales que les fueron impuestas por años, luchas que inician en Europa y migran lentamente a países de América Latina, así como el establecimiento, protección y garantía de los nuevos derechos reinantes en el continente.

El proceso en América Latina, aunque más lento, estuvo influenciado por dos constituciones pioneras en el establecimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, entre los que se cuentan, con especial interés en el presente artículo, los derechos laborales: la Constitución de 1919 de Weimar² en

2 La constitución de Weimar se proclamó bajo el lema: “El Pueblo alemán formando una unidad moral superior por encima de la variedad de sus grupos aborigenes y, por tanto, de la voluntad de renovar y consolidar su Imperio, en la libertad y la justicia, servir la paz interior y exterior y fomentar el progreso social se ha dado asimismo la siguiente Constitución”. La Constitución de la República de Weimar expedida en 1919, se erige como la primera constitución en el mundo que hace alusión a disposiciones relacionadas con los derechos sociales asistencias, concretamente a la seguridad social en salud; estas normas fueron impulsadas por la socialdemocracia alemana que propendía por la protección a los citados derechos. En Colombia, fue

Alemania y la Constitución de 1917 de Querétaro³ en México referidas párrafos arriba, además de la pionera respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, como lo fue la de 1918 en la naciente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas⁴.

DERECHO AL TRABAJO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El trabajo, como parte esencial de las sociedades económicamente rentables y del libre mercado, que, aunque ahora se mueve como una mercancía más, conserva un vínculo cercano con la condición humana. Ligado indefectiblemente a la humanidad y a toda su existencia material, el trabajo puede verse como aquello que permite la creación del sustento de la sociedad que materialmente ampara la prestación de servicios y el abastecimiento alimentario.

Así pues, y asumiendo la capacidad innata de la humanidad para alcanzar el ideal material que lleva a la consecución de una vida digna, se debe hablar también de los factores exógenos a ella que le obstaculizan alcanzar sus ideales, como la desigualdad, la corrupción, las guerras y otros factores, que conducen a la acumulación del capital y derivan en un desequilibrio latente respecto al acceso de oportunidades y derechos.

Es así como nace entonces el Estado social en Alemania, que, aunque germinó “por razones de oportunismo político y con el objeto de neutralizar las crecientes demandas sociales, y no como conquistas obtenidas desde abajo mediante la participación de los propios colectivos interesados” (Ferrajoli, 2001, p. 83), esta nueva forma política social se hace común alrededor del mundo como forma de protección de los derechos humanos de las sociedades oprimidas.

De esta manera, podría decirse que los Estados que se proclaman como Estados sociales de derecho, ya en un momento histórico más evolucionado en el tema, son los encargados de la protección y garantía de los derechos humanos con prevalencia y eje de su funcionamiento democrático. Evidenciado, en este caso, en la Constitución Política Colombiana de 1991, como una coyuntura especial a partir de sus propias necesidades afincadas en las múltiples violencias y preca-

el constituyente de 1936 quien acogió los planteamientos normativos que estaban imperando en Alemania, encaminados a la protección derechos sociales asistenciales sanitarios, consagrados en derechos y no como caridad (López, 2010).

- 3 La Constitución de Querétaro que termina como corolario jurídico de una revolución inconclusa que tuvo un furor de seis años, fue pionera hasta dónde es posible auscultarlo históricamente, en otorgar reconocimiento constitucional a los denominados derechos económicos, sociales y culturales.
- 4 Fue el primer texto constitucional con vocación socialista que establecía la “dictadura del proletariado” y exaltaba el papel del trabajo como digno y supremo.

riedades, pero siguiendo de cerca los modelos europeos señalados brevemente en este artículo, así como algunas Constituciones de posguerra (Italia, 1948; Alemania, 1949; España, 1958). Estos estertores históricos, sociales y políticos quedan plasmados desde la declaración de principios de dicha Constitución, bajo el siguiente tenor:

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo [...]

Y en el artículo 1, en donde de manera explícita, deja por sentado su carácter de Estado social de derecho:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En los términos que se han propuesto estos artículos, en perspectiva de los derechos humanos, es importante su relevancia en el derecho al trabajo, toda vez que, en la búsqueda de la esperada dignidad, igualdad y protección de la vida humana, hablamos de su inmanencia con los derechos laborales como puentes indiscutibles hacia la igualdad, aunados a todos los demás derechos humanos en el camino que tiene el mismo fin, que como ya se ha repetido, es la igualdad.

Así pues, los derechos humanos laborales tienen un lugar especial como derechos fundamentales, en donde se reconocen, en modo general y de forma específica, derechos inherentes al trabajo, tales como jornada, descanso, salario, vacaciones, protección, derechos a la huelga y la asociación, que, en Colombia, han sido estipulados a lo largo de la historia en leyes, decretos, en el Código del Trabajo. Por supuesto, también en la Constitución, en virtud del bloque de constitucionalidad, ratificando los acuerdos internacionales a los que se ha adherido; y, en los últimos años, atendiendo de alguna manera también a los fallos de la Corte Constitucional colombiana, así como las opiniones y recomendaciones otorgadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin embargo, también se hace reconocimiento de los derechos humanos laborales inespecíficos (Sanguinetti, 1996), que son aquellos reconocidos al trabajador por su condición de serlo, pero también porque no deja de ser una persona, y, por

ende, no deja de merecer aquellos derechos humanos que le son dados a todos los seres humanos por esa condición *sui generis*. Como señala Romagnoli (1997), el trabajador no deja colgado en la reja de entrada a la fábrica sus derechos de persona junto con su abrigo, o no guarda en el armario del vestuario de la fábrica sus derechos de persona junto con su gorra.

El trabajo, como derecho fundamental, reconoce la no discriminación en el ámbito laboral, en el intento de lograr la igualdad en todos los aspectos y la prohibición del trabajo forzoso. En Colombia, hacer del trabajo un derecho constitucional es uno de los mayores reconocimientos de este, otorgándole la condición de indispensable en términos económicos y sociales. En efecto, su reconocimiento internacional refleja la importancia de cumplir con los mínimos esenciales que garanticen los derechos sociales. En ese sentido, la universalización de los derechos humanos es el principal garante de que se cumplan satisfactoriamente.

Los derechos fundamentales, se anteponen al Estado como consolidación *per se* dé un cuerpo normativo universal como garante de la dignidad, la libertad y la igualdad social. Atendiendo a la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993):

La comunidad internacional debe tratar los derechos fundamentales en general de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo énfasis. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos culturales y religiosos, pero los estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Art. 1)

En Colombia, la historia del derecho al trabajo se establece un poco antes de su consolidación con la constitucionalización del derecho al trabajo, pero es de especial importancia la Constitución Política de 1991, en donde se deja de forma explícita su compromiso con este derecho, incluyendo una serie de principios éticos, evidenciados en el Título I y en el Título II, y referenciados a lo largo de toda la Carta Política, derechos fundamentales tales como derecho a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la paz, y otra serie de derechos sociales y culturales, además de positivizar, el derecho al trabajo, en el artículo 25 de la Constitución colombiana, que reza: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

El derecho al trabajo debe establecerse en relación indisoluble con otros derechos fundamentales que llevan al sujeto a la obtención de una vida digna. Su reconocimiento acarrea implícitamente el reconocimiento de las acciones colectivas

de la clase obrera, como puente incuestionable de los medios básicos para que todas las personas alcancen una vida digna, acordando de manera tácita la meta de la justicia social, no solo a través de los medios ordinarios del derecho, sino también mediante el carácter de derecho fundamental que le es dado.

La constitucionalización de los derechos laborales, o el derecho constitucional del trabajo, refleja la importante notoriedad que se les está dando en el mundo de los derechos sociales. Tal como lo expone Ermida (1995), cuando afirma que:

La constitucionalización del Derecho al Trabajo acarrea importantes efectos para el ordenamiento jurídico. Dichos efectos son consecuencia de otorgarle carácter constitucional a los derechos laborales corresponden a: (I) La alta valoración de los intereses tutelados; (II) su intangibilidad por las normas legislativas; (III) la consideración de ciertos derechos laborales como derechos fundamentales; y finalmente, (IV) desde una perspectiva funcional, tales derechos constitucionalizados operan como límite a las tendencias desreguladoras. (pp. 115-117)

Dicho todo lo anterior y estableciendo claridad de la sujeción del Estado colombiano a los acuerdos internacionales que versan sobre los derechos humanos, sin limitación alguna, tal como se estipula en el artículo 93 de la Constitución de 1991:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

En virtud a lo estipulado anteriormente y conocido ampliamente como *bloque de constitucionalidad*, para llegar a tal alcance de los derechos en el continente americano y específicamente en Colombia, el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales tuvo lugar gracias a tres fenómenos: el primero, el momento en que las declaraciones de derechos americanas se vuelven parte integral de las constituciones; el segundo, la declaración de derechos, siendo un derecho positivo, está a disposición de la potestad constituyente instituida, es

decir, del poder de revisión; y el tercero, la constitucionalidad de la leyes se da bajo todo un espectro de control judicial (Cruz, 1989).

El enfoque e interés puesto sobre la justicia, en las sociedades democráticas contemporáneas supone, como en Habermas (2012), el sentido común de los ciudadanos, basado en una comunidad política cohesionada y democrática con apego a los principios fundamentales del Estado Social como la democracia, la tolerancia, la libre expresión y la protección a los derechos humanos.

Estos hechos que reconocen los derechos fundamentales en toda la sociedad blindan también y hacen justicia a una balanza en las relaciones laborales. Así, los Estados inician un camino en la consagración de los derechos fundamentales en el ámbito laboral a través de las constituciones.

Después de todo esto, podemos concluir, a modo general, que son los derechos humanos, como en Bobbio (1991), históricos, que nacen gradualmente adaptándose a procesos y circunstancias específicas en defensa de nuevas libertades y en oposición a viejos poderes.

SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL DERECHO LABORAL

A modo general, se establece que el derecho laboral se ha establecido a la luz de derechos constitucionales, que se asumen como derechos protecciónistas en el ámbito laboral, tanto en lo individual como en lo colectivo.

En la actualidad, en Colombia el mundo del trabajo está siendo regulado por el derecho comercial o civil, suprimiendo de alguna manera al derecho laboral, algo que muy seguramente no solo sucede en Colombia, sino en muchos países del mundo y con especial énfasis en los denominados del tercer mundo, lo que ha llevado a un desajuste normativo y evidentes rupturas con los convenios internacionales adoptados en la normativa nacional. Estos cambios, mediados por la influencia de la globalización y el neoliberalismo, han convertido al país en un gran supermercado transformando al trabajo en una mercancía más, lo que conduce a un retroceso a las dinámicas laborales propias de la Revolución Industrial, donde el trabajador no era más que una mercancía que se compraba y desechara cuando era insuficiente y, como consecuencia, se empieza un claro debilitamiento de las organizaciones sindicales.

Asumiendo la decadencia de las relaciones laborales, se debe establecer una mirada, brevemente, sobre el fin del siglo xx, en donde el derecho al trabajo y el

derecho de asociación sufren grandes cambios, en donde se estipula como factor principal el modelo neoliberal globalizado que se expande a través de los países latinoamericanos, con lo cual se generó una gran tensión entre la aplicación de los derechos estipulados en la Constitución Política de 1991 en el caso colombiano, pero también en otros contextos de marcado contexto neoliberal, teniendo a Chile como paradigma, en donde se define a este en el caso colombiano, como un Estado social y democrático de derecho, que garantiza derechos fundamentales, entre los que, como ya se dijo, se incluye el derecho al trabajo y el derecho de asociación que, no obstante, se nota como difuminado en la realidad social. Este modelo, cada vez más fuerte, originó cambios en las dinámicas laborales, tanto a nivel político como jurídico, llevando al declive del rango constitucional atribuido a estos derechos.

El siglo XXI ha sido un siglo de grandes transformaciones en todos los sentidos. Sin embargo, en el mundo laboral, que es el que ahora nos compete, se abrieron importantes brechas en las relaciones laborales. Lo anterior, entendiendo que el derecho laboral está en el centro de estas transformaciones, por lo que se ha llegado a considerar que está al borde de su desaparición, debido a la expansión de las leyes de flexibilización laboral que lo alejan cada vez más de su carácter tuitivo y que debe su pronta desaparición también a modelos de producción, en donde la globalización de los mercados es cada vez más fuerte y, a la postre, debilita el derecho que protege las relaciones en el mundo laboral. Aunque al respecto habría que preguntarnos sobre la posibilidad de fortalecer esta rama del derecho, en búsqueda de salvaguardar las condiciones de trabajo, desde un enfoque protecciónista de los derechos humanos.

La tercerización laboral se estableció en un primer momento como una propuesta que parecía brindar grandes beneficios, tanto para empleadores como empleados, mejorando no solo la competitividad empresarial, sino también la generación de empleo. Sin embargo, este objetivo se desfiguró en el camino y se establece hoy como un problema más que como solución, degradando las relaciones laborales que estaban anteriormente protegidas desde la Constitución, así como también aporta al detrimento de los derechos de los trabajadores, volviendo al desbalance entre empleado y empleador.

La competitividad como una forma de ir a la velocidad del mundo actual obligó al mundo a generar grandes aperturas económicas, que en Colombia ocurren en el marco del gobierno de César Gaviria, en donde se establecen nuevas formas de contratación, que como ya se expuso, se llamó *tercerización laboral*, que pasó de ser una real forma de competitividad a convertirse en una nueva y moderna forma de explotación laboral, desconociendo los derechos que le fueron dados históricamente al trabajador por su condición de serlo.

En el caso colombiano, muy a pesar de la larga y tendida lista de las regulaciones normativas emitidas por la rama legislativa y de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre este problema, los empleadores continúan acudiendo a esta forma de contratación laboral tercerizadas como empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, contratos de prestación de servicio, eludiendo así sus obligaciones y deberes frente a sus empleados, degradando tajantemente las relaciones laborales. Así, se hace notable que entre el papel y lo legítimo la brecha día a día se amplía mucho más.

En el mundo de lo ideal, existen leyes y decretos que establecen las condiciones para operar bajo estas figuras de contratación, como la Ley 50 de 1990, la Ley 79 de 1988, el Decreto 2351 de 1965 y, desde luego, el Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, en el mundo real las sanciones no corresponden al tamaño del problema, ya que no interrumpen el enmascaramiento de empleadores que bajo otras figuras ocultan contratos laborales con responsabilidades, deberes y derechos sobre el empleado. Incluso, en el Estado colombiano, las cajas de compensación familiar, que supone tienen como fin el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores y sus familias, están funcionando como medios para atentar contra el derecho laboral como derecho humano en el contexto de la evolución histórica narrada brevemente en estas páginas.

Estado del arte respecto al *statu quo* de la situación de precariedad laboral en Colombia

184

Pese a la positivización de los derechos fundamentales en particular y de todos los constitucionales en general, además de la democracia participativa y los propios mecanismos, para tal fin, aunado a un derecho constitucional garantista e incluso con alcance procesal, persisten ciertas dificultades que, aunadas a la precarización laboral y el neoliberalismo con impacto negativo en el mundo del trabajo, ralentizan seriamente los procesos de democratización laboral.

En primera medida, resalta la precariedad del mercado laboral con altos índices de desempleo e informalidad, la pobreza que siempre ha existido y que todos los gobiernos dicen trabajar por erradicar y las violencias múltiples que han hecho del país un arquetipo del horror en el contexto global. Por asuntos del alcance de este artículo, simplemente nos referiremos a los dos primeros aspectos, toda vez que, si bien el tercero también incide en aspectos laborales, no lo es tan directamente como los dos primeros. Particularmente, los números respecto a índices de pobreza son preocupantes. Al respecto, Sarmiento Anzola (2021) explica que:

El grado de incidencia de la pobreza por ingresos insuficientes registraba una tendencia descendente desde 2013 hasta alcanzar el piso de 34.7 por ciento en 2018; en los años siguientes, potenciado en los últimos dos por la pandemia y el mal manejo macroeconómico, un alto número de familias de clase media cayeron en la pobreza, registrando el indicador un valor de 44 por ciento en 2021. (p. 4)

Respecto al desempleo, los números tampoco son favorables. si bien es cierto que en las dos últimas décadas, a propósito del modelo neoliberal, las tasas de ocupación son preocupantes, como en los últimos setenta años, también es verdad que todo ha empeorado. En tal sentido, se explica así este fenómeno:

En los últimos 72 años, la tasa de desempleo registra dos fases: durante el período 1950-1965, la desocupación fue inferior a dos dígitos, manteniéndose en el rango del 2 al 8 por ciento; a partir de 1966, la exclusión laboral tiende a estar en dos dígitos, alcanzando un pico en el año 2000 de 19.7 por ciento y otro en mayo de 2020 de 21.4 por ciento. En los valores promedios anuales, en 2015 se llegó a un piso de 8.9 por ciento para luego escalar a 10.5 por ciento en 2019, 16.1 en 2020 y caer a 14.0 en 2021. (pp. 4-)

Sumado a lo anterior, la inclusión laboral, el subempleo, desempleo y “flexibilización” laboral auscultada en estas páginas denota un divorcio entre la promesa del denominado Estado social y democrático de derecho, que se prefigura como una utopía y la realidad del trabajo en Colombia, sobre todo, y esto preocupa más todavía, en la población joven. Este hecho, muy a pesar de los discursos academicistas de inclusión, discriminación positiva y demás, no encuentran eco en una realidad social con dificultades serias en lo laboral, cuando no por flexibilización, sí por desempleo. Al respecto, se indica que:

De acuerdo con los resultados de las series trimestrales del Dane-Geih, durante el período 2001-2021 (julio-septiembre), en general, los valores promedio más altos de desocupación lo registran las mujeres jóvenes tanto en las cabeceras (25.6%) como en los centros poblados y rural dispersa (24.6%). (pp. 4-5)

Los datos citados no son muy distintos de la población masculina y de las personas no jóvenes, lo cual denota una preocupación significativa y nos permite hablar de una promesa incumplida de un modelo constitucional, como el de 1991, que no ha sido capaz de armonizar el discurso de los derechos como una suerte de blindaje frente a un sistema que, como el neoliberal, es cada vez más avasallante.

Así las cosas, entre desempleo, subempleo, informalidad y flexibilidad laboral con trabajos mal remunerados, por horas y sin contratación permanente o seria, el

país cada vez más se decanta en la terrible paradoja de tener muy buenas leyes y una mejor Constitución que no se compadecen con la palmaria y real existencia de miles de trabajadores flexibilizados y miles más que ni si quiera cuentan con empleo, como se ha tratado de dilucidar brevemente en este apartado.

Ahora bien, vale la pena preguntarse por el sentido de una lucha histórica por consagrar como fundamentales los derechos laborales, si la tercerización laboral está degradando las relaciones laborales, problemática que aqueja no solo a los colombianos, sino al mundo entero; y aunque estos nuevos tipos de contratación tercerizada sean legales, en realidad, se usan de manera arbitraria con el fin de evadir los derechos que históricamente les han sido reconocidos a todos los trabajadores alrededor del mundo, como se trató de describir brevemente en este artículo.

CONCLUSIONES

Al pasar por la dinámica del liberalismo clásico, al igual que por las tendencias y experiencias neoliberales, impactan las reformas que prevalecieron en el marco de derechos laborales, reconocidos como medios de producción propios de los avances estatales, reflejados en las economías que deparan el soporte socio-político de los Estados; pero que, siendo el trabajo humano un coadyuvante gubernamental, se relegan las garantías en medidas modificatorias, que en la aplicación del derecho comparado son ínfimas a las realidades de la categoría de derechos, garantías y eficacia de estas.

La anterior mirada resulta importante, sin embargo, necesariamente se deben abordar las dinámicas empresariales para conocer la existencia de un verdadero impacto favorable con el trasegar del trabajo, o, todo lo contrario, si las experiencias son desfavorables, como consecuencia de la desregulación de la internacionalizada inhibición del Estado.

Las experiencias históricas han llevado a que surjan las luchas laborales, en búsqueda de derechos que dignifiquen al ser humano desde el sendero del trabajo, a causa de marcados desconocimientos que enmarcaron la cosificación de la clase trabajadora.

Frente a las categorías, de la constitucionalización del derecho, esta resulta de la configuración e incorporación de la cláusula social, entendiendo así que al reconocer los Estados los principios de la dignidad humana y el trabajo humano se proyecta la hipótesis de cumplir las promesas que le asisten a los gobiernos y a la sociedad, en contrarrestar el desconocimiento de derechos universalizados, permitiendo en la aplicación la primacía de la norma jerárquicamente superior, pero que ello resulta propio con la caracterización de los tribunales constitucionales.

También respalda la anterior afirmación, lo desarrollado por el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, que orienta en el actuar bajo el principio de solidaridad, lo que lleva la carga incorporada a quienes detenten la condición de dominantes para el cumplimiento de este principio.

Como corolario de lo anterior, queda claro que, pese a una reglamentación “completa”, moderna e ilustrada del derecho al trabajo tanto en sus ámbitos legales como constitucionales y jurisprudenciales en Colombia, el modelo neoliberal dejó puertas giratorias como la tercerización laboral, que han conducido a una precariedad del proletariado nacional sumido actualmente en dinámicas de subempleo e informalidad.

REFERENCIAS

- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Editorial sistema.
- Boza, G. (2014). *Surgimiento, evolución y consolidación del derecho al trabajo. Themis* (65). *Revista de Derecho*, 13-26. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5078193.pdf>
- Canessa, M. (2012). *Los derechos humanos laborales en el derecho internacional. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 23(1), 115-144. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5291>
- Castresana, A. (2013). *Derecho romano: el arte de lo bueno y de lo justo*. Editorial Tecnos.
- Cruz, J. (2008). *Compendio de derecho del trabajo*. Tecnos.
- Ermida, O. (2011). *Meditación sobre el derecho del trabajo*. Cuadernos de la Fundación Electra.
- Ferrajoli, L., Pisarello, G., Bacelli, L. y de Cabo, A. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Habermas, J. (2012). *La constitución de Europa*. Trotta.
- Hermida, O. (2004). Prólogo. En S. Uruguay, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*. Gamonal Contreras, Fundación de Cultura Universitaria.
- Horkheimer, M. y Adorno, T. (1944). *Dialéctica del iluminismo*. Trotta.

- Levaggi, V. (2004) ¿Qué es el trabajo decente? https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm#:~:text=El%20Tesauro%20de%20la%20Organizaci%C3%B3n,sustento%20necesarios%20para%20los%20individuos.
- Machicado, J. (2010). *Historia del derecho del trabajo*. Universidad San Francisco.
- Neves, J. (2009). *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia.
- Rabinovich, R. (2007). *Derechos humanos: una introducción a su naturaleza y a su historia*. Editorial Quorum.
- Romagnoli, U. (1997). *El derecho, el trabajo y la historia*. Consejo Económico y Social.
- Sanguineti, W. (1996). *El derecho del trabajo como categoría histórica*. Editorial Atril. <http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/dt-como-categoría-historica-wsanguineti.pdf>.
- Sarmiento, A. (Febrero, 2022). En juventud, garrote y zanahoria electoral. *Le Monde diplomatique*, p. 4.
- Welton, M (2008). El Derecho Internacional y la Esclavitud.. Military Review. https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/militaryreview/Archives/ Spanish/MilitaryReview_20080630_ar009SPA.pdf