

RAFAEL • FORERO • RODRIGUEZ
HOMENAJE A SU TRAYECTORIA PROFESIONAL



COMPILADO POR RAFAEL FORERO CONTRERAS

Héctor Hugo Barbagelata, Nelson Bustos Arenas, Juan Manuel Charria Segura, Luis Enrique de la Villa Gil, Alejandro Venegas Franco, Horacio Gómez Aristizábal, Guillermo Guerrero Figueroa, Cássio Mesquita Barros Júnior, Martha Monsalve Cuellar, Alfredo Montoya Melgar, Hernán Alejandro Olano García, Miguel Pérez García, Juan Antonio Sargadoy Bengoechea, Fernando Sarmiento Cifuentes, Fernando Suárez González, Germán G. Valdes Sánchez, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Forero Rodriguez, compilador

1ª edición digital: noviembre de 2013.

Edición realizada por:

Rafael Forero Contreras

www.rfr.hol.es

Diagramación: Maruja Pachón

Producción digital y portada: Fernando Vesga M.

Bogotá, D.C., Colombia

Esta obra se proporciona bajo los términos de la Licencia Pública de Creative Commons (“CCPL” O “LICENCIA”). La obra está protegida por derechos de autor y / u otras leyes aplicables. Cualquier uso de la obra diferente a lo autorizado bajo esta licencia o las leyes está prohibido.

Mediante el ejercicio de los derechos que se otorgan aquí, usted acepta y se compromete a respetar los términos de esta licencia. En la medida en esta licencia puede ser considerado un contrato. El licenciente le concede los derechos contenidos en consideración de la aceptación de estos términos y condiciones.

Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra bajo las siguientes condiciones:

Reconocimiento — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciatario (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).

No comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Sin obras derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Entendiendo que:

Renuncia — Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.

Dominio Público — Cuando la obra o alguno de sus elementos se halle en el dominio público según la ley vigente aplicable, esta situación no quedará afectada por la licencia.

Otros derechos — Los derechos siguientes no quedan afectados por la licencia de ninguna manera:

Los derechos derivados de usos legítimos u otras limitaciones reconocidas por ley no se ven afectados por lo anterior.

Los derechos morales del autor; derechos que pueden ostentar otras personas sobre la propia obra o su uso, como por ejemplo derechos de imagen o de privacidad.

Aviso — Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.

*Maestro Rafael: vivir noventa
De acuerdo con la ley muy bien vividos,
Es dejar testimonio en fina imprenta
De años porvenir y de años idos.
Brillante Profesor en mil trabajos
Ganó jubilación con gran paciencia
Y al final, los mayores agasajos
Se los brindan los iuris, la prudencia.
La Academia se honra del honesto
Guardián de su tesoro, quien abreva
Las justas enseñanzas del Digesto
Y vive sin afán, ya satisfecho
Por tener su familia a toda prueba
Con su porte ejemplar, siempre al derecho.*

Carlos Fradique-Méndez

Contenido

Prólogo <i>Rafael Forero Contreras</i>	06
Los Derechos Laborales y el Bloque de Constitucionalidad <i>Héctor Hugo Barbagelata</i>	19
Como Conocí a Rafael Forero Rodríguez <i>Nelson Bustos Arenas</i>	28
La Protección Constitucional a las Personas que se Encuentran en Circunstancias de Debilidad Manifiesta y la Estabilidad en el Empleo <i>Juan Manuel Charria Segura</i>	30
El Derecho del Trabajo Ante las Crisis Extremas <i>Luis Enrique de la Villa Gil</i>	56
Rafael Forero Rodríguez <i>Alejandro Venegas Franco</i>	71
Los Noventa Años del Académico Rafael Forero Rodríguez y Orígen del Derecho Laboral <i>Horacio Gómez Aristizábal</i>	74
El Trabajo y su Reglamentación en Colombia <i>Guillermo Guerrero Figueroa</i>	100
La Organización Internacional del Trabajo (OIT) El Siglo XXI <i>Cássio Mesquita Barros Júnior</i>	148
La Globalización y los Desafíos en el Mundo Laboral <i>Martha Monsalve Cuellar</i>	167

El Trabajo en la Constitución de la II República Española y sus Antecedentes <i>Alfredo Montoya Melgar</i>	172
Un Santandereano muy Santanderino <i>Hernán Alejandro Olano García</i>	183
El Teletrabajo <i>Miguel Pérez García</i>	191
La Reforma Laboral en España <i>Juan Antonio Sagardoy Bengoechea</i>	203
La Disciplina Fiscal en Colombia <i>Fernando Sarmiento Cifuentes</i>	224
El Espíritu que Alumbró las Leyes de Indias <i>Fernando Suárez González</i>	240
El Equilibrio del Código Sustantivo del Trabajo de 1950 <i>Germán G. Valdes Sánchez</i>	259
Del Delito de la Violación a la Intimidad, Reserva e Interceptación de Comunicaciones <i>Jorge Enrique Valencia M.</i>	272

Prólogo

Rafael Forero Rodríguez, ejemplo de crecimiento personal

Mi padre Nació en Málaga, García Rovira-Santander, el 16 de julio de 1923. Fue el único hijo de Rafael Forero Blanco y de María Antonia Rodríguez Naranjo. Sus abuelos maternos fueron Rafael Rodríguez Hernández y Ana Francisca Naranjo. Sus abuelos paternos fueron Rafael Forero Cote y Antonia Blanco Otero, quienes se casaron en Abril de 1893 y de quienes conservo sus argollas de matrimonio. Eran dueños de una finca en García Rovira y una casa en el casco urbano del municipio de Málaga, Santander.

Huérfano desde muy temprana edad, fue criado por mi abuela Maruja y por las tías Forero que le prodigaron todo el afecto dentro de sus posibilidades económicas. Para la época mi padre estudió primaria y parte del bachillerato en Málaga y en Bucaramanga. Culminó sus estudios de Bachillerato en Tunja, en el Colegio Boyacá, fundado por el General Francisco de Paula Santander, en donde su tío Político Lorenzo Mariño Morales era rector.

En 1944, en plena Segunda Guerra Mundial, era mi padre estudiante de cuarto año de bachillerato y con motivo de la visita a su colegio por parte del Ministro de Educación Germán Arciniegas, le correspondió pronunciar el discurso a nombre de los estudiantes, el cual fue ampliamente elogiado por el Ministro, quien lo motivó a iniciar estudios de Derecho.

Cuando culminó su Bachillerato, un año más tarde, con una maleta de ilusiones, dejó el colegio y su familia para emprender viaje a Bogotá.

Ubicado en casa de las señoritas Amar, en la calle 57, dos ancianas españolas que junto con su hermano tenían una pensión, pasó allí los primeros años, incluido el 9 de abril de 1948. Compartía habitación con Rodrigo Lizcano Murillo, quien viajó de Málaga con el mismo propósito. Inició sus estudios en el Externado de Derecho bajo la rectoría de Don Ricardo Hinestrosa Daza.

La asistencia a clases del primer año la combinaba con un trabajo de escribiente en el Consejo de Estado, donde sacaba copias de las sentencias para el Magistrado Pedro Gómez Naranjo a razón de cinco centavos por hoja. Cumplidos seis meses de estar en Bogotá, el licenciado Max León, quién había sido profesor de Matemáticas en Tunja, había abierto un colegio en Bogotá y le otorgó la cátedra de Instrucción Cívica que dictó hasta después de graduarse como Abogado en 1954.

Cursó los cinco años de carrera en compañía del inolvidable rector del Externado Don Fernando Hinestrosa Forero. Fue la famosa promoción de 1951 que dio varios profesores al claustro y donde yo mismo vine a estudiar Derecho treinta años después y cuya promoción de 1981 es la del actual Rector, Don Juan Carlos Henao Pérez.

Su tesis de grado fue sobre el tema de las Pruebas en el Derecho del Trabajo dado el cariño que tomó por ésta Ciencia. Gracias al apoyo de sus profesores y de su compañero de promoción Guillermo Camacho Enríquez, ampliamente conocido como tratadista de esta disciplina, aceptó la cátedra de derecho procesal y por ello lo recuerda su discípulo, académico y magistrado José Enrique Arboleda Valencia.

Con el dinero ahorrado en su trabajo, después de gastos de manutención, comenzó a salir con la señorita Leonor Contreras Blanco, quien trabajaba en la Compañía Colombiana de Seguros. Los días sábados en la tarde frecuentaban los famosos salones de té Monte Blanco y Yanuba. El noviazgo –que se afianzó por más de ocho años– los llevó a contraer matrimonio el 17 de Septiembre de 1957.

Con matrimonio a bordo, dedicó sus esfuerzos a edificar una casa solariega en el municipio de Anapoima, para mi abuela Maruja Rodríguez de Forero y mi bisabuela Ana Francisca Naranjo quienes todavía vivían para esa época.

Ya ubicadas en casa propia madre y abuela, mi padre dedicó su tiempo y recursos a consolidar el matrimonio. Con el advenimiento de su unigé-

nito en agosto cinco de mil novecientos cincuenta y ocho, el sencillo apartamento del cuarto piso en la avenida 57 conocida, como avenida de las Palmas, se convirtió en refugio y punto de partida para futura actividades.

Compartíamos edificio, en el primer piso con la familia del Dr. Suárez Paz, padre del rector de la Universidad del Rosario, Doctor Mario Suarez Melo. En el segundo piso con la familia del secretario del partido comunista, señor Joaquín Vieira y Maruja su esposa. Recuerdo Las madrugadas para esperar el autobús que me conducía al Liceo Francés Louis Pasteur, en particular aquella magnífica mañana en que mi padre me dijo: “Rafael hoy vas a conocer a un gran hombre –y un hombre grande– se trataba del general Charles de Gaulle, quien visitaba Bogotá y al Liceo Francés Luis Pasteur, en la época del Presidente Guillermo León Valencia.

Para la década de los sesenta, ya tenía oficina independiente de abogado laboralista en el Edificio Gutiérrez en la calle 13, con escritorio de madera oscura y algunos muebles de cuero verde oliva que aún conservamos.

Para el año de 1960 el entonces Ministro de Trabajo oriundo de Riosucio Caldas, gran amigo, Doctor Otto Morales Benítez, le informó sobre la celebración de unas jornadas internacionales en el sur del continente llamado “Ciclo Interamericano de Administración de Trabajo” patrocinado por la OIT. Nuevamente una persona muy querida guía el camino Internacional para Rafael Forero Rodríguez.

El Ciclo Interamericano tuvo varias sedes: Lima, Santiago de Chile, Buenos Aires y Montevideo. Resultaba muy prometedor por cuanto el Ministro ofreció otorgar a los delegados la condición de representantes oficiales así como darles Pasaporte Diplomático. La única salvedad es que no contarían con viáticos ni gastos de representación. Prestando aquí y allá el dinero para el periplo, mi padre emprendió una nueva y épica jornada que definiría su lugar en el ámbito internacional.

En Lima conoció, además del Presidente de la República, arquitecto Fernando Belaúnde Terry, a los baluartes de la especialidad de entonces, entre ellos a Guillermo González Argomédez –homónimo de Goncharry–, José Montenegro Baca, Ricardo Nugent, Javier Vargas Vargas y al Presidente de “APSA” Aerolíneas Peruanas, don Máximo Cisneros, a quien ayudó para que los aviones de APSA tuvieran el derecho de aterrizar en el Aeropuerto “El Dorado” de Bogotá, pues sólo les estaba autorizado llegar a Barranquilla al aeropuerto Ernesto Cortissoz, mientras que AVIANCA si llegaba a Lima al Jorge Chávez –se invocó la “quinta libertad”–.

Con Belaúnde Terry hablaron largo rato de la importancia del Derecho de Asilo, patrocinado por Colombia en el Caso Haya de la Torre. Mi padre conoció la sede de la Embajada de Colombia en Lima, donde permaneció asilado el pensador Víctor Raúl Haya de la Torre.

La fecunda amistad con los colegas peruanos, como el Ministro Mario Pasco Cosmópolis, le permitiría posteriormente frecuentar en varias ocasiones Lima, Cusco, Arequipa y Trujillo, así como ser conferencista en las Universidades de San Marcos y la Universidad San Martín de Porres por contacto posterior con Teodosio Palomino Ramírez, entre otros.

El Viaje continuó vía “Panagra” Pan American Grace Airways, compañía aérea que otorgaba a sus pasajeros diploma por cruzar la línea del ecuador entre los dos hemisferios para llegar a Montevideo, capital de la República Oriental del Uruguay, para la época considerada la “Suiza Suramericana”. Estrechos vínculos se formaron, mantuvieron y mantienen con Don Héctor Hugo Barbagelata, quien años después obsequió a mi padre un libro con grabados de los años sesenta en recuerdo de la Montevideo que conoció. Lo visitamos con mis padres en su apartamento de la Rambla Armenia donde nos recibió en compañía de su esposa Electra. Lamentablemente ése viaje se vio enlutado por el terremoto de Popayán que vivimos en la distancia.

Con Américo Pla Rodríguez y su esposa Martha fueron varios los inolvidables encuentros a lo largo de América y aún en Europa. Además de estos cultores y paradigmas del Derecho laboral uruguayo conoció y frecuentó el grupo de tertulia jurídica llamado de los miércoles en la casa de Pla, cuando Martha ofrecía té con macitas a los asistentes, entre los cuales el prematuramente fallecido Oscar Ermida Uriarte, Helios Sarthou, Juan Raso Delgue, Eduardo J. Ameglio y tantos otros que conservamos en la memoria.

El viaje inolvidable continuó a Buenos Aires. Conoció a los doctrinantes de la Época Mariano R. Tissembaum y su esposa Carola, Eduardo R. Stafforini, Rodolfo Napoli, y en especial a Guillermo Cabanellas de Torres, así como otros colegas que posteriormente nos visitaron en Colombia.

En ese mismo Viaje inició profunda y permanente amistad con Rafael Caldera Rodríguez, quien ya era senador de Venezuela y con quién surgió relación por un curioso detalle ya que a los dos les llegaba correspondencia desde norteamericana bajo el nombre de “Rafael C. Rodríguez” o “Rafael F. Rodríguez”. Además de intercambiar la correspondencia, intercambiaron direcciones, saludos, abrazos y una fecunda y prolongada relación científica y personal.

Esa amistad con Caldera hizo que el 16 de julio de 1985, durante la celebración del décimo Congreso Mundial de Derecho laboral que se llevó a cabo en Caracas, siendo Presidente de su país por segunda vez, invitara a los laboristas más allegados a un almuerzo en el Salón Boyacá del Palacio de Miraflores y con una enorme torta festejaron el cumpleaños de mi padre con el Ministro Victor Alvarez, gran laborista venezolano y con amigos de varias partes del mundo.

La afabilidad de trato, el rigor científico, la seriedad en estrados judiciales y en la cátedra de las Universidades Externado y Santo Tomás, particularmente en Derecho Procesal Laboral, le abrieron las fronteras de varios continentes. Mi padre tuvo y tiene la alegría, como malagueño de origen que su estirpe santandereana y su sencillez le abrieran las puertas como miembro de entidades científicas y especializadas de diverso orden.

Desde mediados de los años 60 y comienzos de los 70 era para mí frecuente tener que ir a pernoctar a casa de mi abuelo, padre de mi mamá Leonor y de mi tía Aurora para pasar una temporada de una a dos semanas, una o dos veces al semestre, por cuenta de la asistencia de mi papá, en unión de mamá Leonor a algún congreso internacional.

Desde 1968 finalizada la construcción de nuestra casa de la calle 97, se convirtió en hábito y costumbre recibir, cual peregrinos de la amistad a colegas internacionales y nacionales. Gracias a Dios y al don de anfitriona de mi madre, se llevaron a cabo tantas y tantas tertulias, fiestas y celebraciones. Estoy seguro que muchos de los lectores de estas palabras pudieron participar y estrechar vínculos entre ellos gracias a dichas reuniones.

Rafael Forero Rodríguez viajó por muchos países y lo hizo con alegría, con desprendimiento en lo económico, con enorme satisfacción patriótica. Siempre me dijo “hijo soy como el ciclista que corre la Vuelta a Colombia pero sin patrocinador”. Sé positivamente que su esfuerzo es válido y que sirvió de ejemplo para que otros hicieran lo mismo en épocas en que obtener patrocinio universitario o empresarial era bastante escaso e inusual.

Mucho recuerdo y agradezco, al escribir estas líneas, que mi padre me invitara a participar en el Quinto Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, aun siendo estudiante de bachillerato y rondando los 15 años. Pude conocer al Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Don Luis Echeverría Álvarez, quien en el acto inaugural del Congreso se acercó a saludarme por ser el más joven asistente a dicho evento. Pude conocer a otro buen amigo de mi padre: don Mario de la Cueva y de la Rosa, quien me recordaba de su visita a Bogotá con motivo de la Conferencia Panamericana y los sucesos que él vivió durante el Bogotazo.

También recuerdo particularmente a Guillermo López Guerra y Elenita, celebrando en el bar Jorongo del hotel, el aniversario de matrimonio de mis padres, porque ello sucedió el 28 de septiembre de 1975. Conservo el disco en acetato firmado por El Trío Calaveras, adquirido aquella noche, como también resulta inolvidable haber escuchado al Mariachi Vargas de Tecalitlán. Tuvimos una imponente velada en el Museo Nacional de Antropología e Historia, que aquella noche abrió sus puertas a los más de 600 Asistentes a dicho Congreso, como inolvidable resulta también la noche de mariachis en la Plaza Garibaldi donde creo que padre e hijo tomamos juntos nuestro primer tequila.

Hermoso remolino de lugares, sonidos, olores, colores y sabores vienen a mi memoria al escribir estas palabras con emoción, reconocimiento, y gratitud al recordar los nexos jurídicos con Los Estados Unidos Mexicanos, la Patria del Maestro De la Cueva, Alberto Trueba Urbina, Guillermo Hori Robaina, Humberto Luna Delfín, quienes vincularon primero a mi padre y luego al suscrito a la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y a la Academia de Derecho Procesal del Trabajo dirigida por Don Miguel Cantón Moller. Visitas al Distrito Federal, Querétaro, Saltillo y Monterrey a las Asambleas de la Academia con el Presidente Miguel de la Madrid Hurtado y su Ministro Enrique Álvarez del Castillo, son gratísimo testimonio.

Recuerdo la visita de Don Mario L. Deveali a Bogotá y Unas fotografías tomadas en el cerro de Monserrate, creo que fue para el Año de 1968 o 1970, así como la primera visita de Don Guillermo Cabanellas de Torres a Colombia, acompañado de su esposa Carmen de las Cuevas, para dictar unas conferencias en La Universidad Santo Tomás y una recepción que se llevó a cabo “en la casa de ustedes”, en la Calle 97 con la asistencia, entre los laboristas invitados del Ministro de Trabajo de la época, Don Jorge Mario Eastman Vélez.

Vinieron las vinculaciones personales y luego las nacionales a diversas Instituciones rectoras del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Entre ellas la creación de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo AIDT, que correspondió a un acto protocolario con ocasión del IV congreso Iberoamericano que tuvo lugar en Sao Paulo, Brasil en 1972. Sus “autoridades provisorias” –como se lee en el primer anuario de la entidad que está en mi poder–, fueron Guillermo Cabanellas como Presidente y Baltasar Cavazos Flores de México, quien siempre me dijo sobrino, como Secretario General. Luego se unieron a la directiva el ilustre Ministro panameño Rolando Murgas Torraza como secretario, al pasar el tío Baltazar

a vicepresidente y mi padre como su primer tesorero. En el anuario en comento están las anotaciones manuscritas de mi padre sobre los pagos efectuados por los miembros activos de la época.

La amistad con Cabanellas permitió los permanentes encuentros en Colombia, en Argentina y a lo largo de todo Hispano América. Tuvimos el honor y la alegría de estar con él y con Carmen en Montevideo pocos días antes de la celebración del Séptimo Congreso Iberoamericano que éste organizaba en Buenos Aires. Supe que Cabanellas hizo varios viajes al aeropuerto de Ezeiza para recibir delegados suramericanos y llevarlos a almorzar o a cenar, en inagotable esfuerzo de anfitrión. La alegría del cónclave de Buenos Aires se vio empañada, el domingo víspera del congreso, durante una cena en el Restaurante Spadavecchia por la noticia dada por su hija Ana María en el sentido que el maestro Cabanellas había sido internado de urgencia. Cabanellas nos congregó a todos para acompañarlo a su última morada. Cómo fue de importante para mí el consuelo aportado por Emilio Morgado Valenzuela con sus palabras alentadoras al regreso del servicio funerario, cuando se instaló el Congreso.

Baltazar Cavazos Flores asumió la Presidencia de la Asociación y conservamos con respeto la memoria del fundador. Posteriormente, otro colega, Oswaldino Rojas Lugo consideró oportuna la creación de la Asociación de Juristas del Derecho del Trabajo “Guillermo Cabanellas de Torres”.

Capítulo especial merecería el Colegio de Abogados de San Juan Puerto Rico y las Invitaciones de Oswaldino y de su esposa e hija que nos llevaron del Viejo San Juan a la ciudad de Ponce para visitar el museo y luego a la “Parguera” para comer empanadas de langosta, en periplo que compartimos con Fernando Suárez González, su esposa Martha y sus hijos Fernando y Martha.

Con relación al vínculo con el Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo, recuerdo que mi padre recibió a Alfredo J. Ruprecht y a su esposa Argentina en el Hotel Bogotá Hilton, que quedaba al lado de nuestra oficina, en su visita a Bogotá cuando el Maestro vino para recibir a los primeros miembros en Colombia del Instituto, y entregarles la medalla respectiva, puesto que mi padre ya había sido recibido con anticipación. Destaco la velada en que Guillermo López Guerra y Hernando Franco Idárraga ingresaron al Instituto en casa de Guillermo y Elenita.

El Instituto tiene la particularidad y característica de ser organismo formado por profesores universitarios. Mucho recuerdo los Esfuerzos adelantados por mi progenitor para que los Profesores del Externado y la

Santo Tomás, Donde él impartía cátedra, así como de otras Universidades ingresaran a la Entidad.

Enorme fue nuestra alegría cuando lo eligieron Presidente de esa benemérita institución. En tal condición realizó en la ciudad de Bogotá y con el auspicio de la Universidad Católica de Colombia, gracias a la ayuda del director del área de La época Javier Díaz Bueno, un magnífico Congreso en el Hotel Bogotá Hilton para el cual tuvieron la generosidad de designarme secretario general del evento.

También contó mi padre con el respaldo, respeto y cariño de otro Grupo de Juristas brasileños compuesto por un magistrado del Tribunal Supremo del Trabajo de Brasil, profesor Mozart Víctor Russomano, Arnaldo Ferreira Cesarino Junior, Arnaldo Süssekind y Adelmo Monteiro de Barros. Ellos con Octavio Bueno Magano y con Casio Mesquita Barros Junior, invitaron a mi padre a la Universidad de Sao Paulo y nos integraron al Derecho Brasileiro del trabajo.

Aquellos, en unión de reconocidos doctrinantes españoles entre ellos Manuel Alonso Olea, Manuel Alonso García, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Luis Enrique de la Villa Gil, con su afectuoso recibimiento y el de su familia en Chapinería, José Manuel Almansa Pastor –oriundo de Málaga, España–, el ministro Fernando Suárez González y posteriormente Alfredo Montoya Melgar, destacado continuador de la obra de Alonso Olea, todos ellos recibidos en nuestra casa, convocaron a mi progenitor a diversas actividades en la madre patria. También lo vincularon a la Academia Ibero Americana Derecho del Trabajo con el querido colega de Cartagena, maestro Guillermo Guerrero Figueroa, amable anfitrión en el Corralito de Piedra, eran los años 70. Posteriormente y ya en esta centuria ingresó a la academia otra jurista colombiana, la Dra. Martha Elisa Monsalve Cuéllar, hoy Presidenta del Instituto, también infatigable viajera y reconocida profesora en el país y el exterior.

Para dichas lindas calendas y concretamente para 1981, mi padre fue designado Gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo y De La Seguridad Social de Colombia. Este es otro capítulo unido al cariño de tantos y tantos que en la década de los años 60 creyeron en el juslaboralismo colombiano: Adán Arriaga Andrade, Blas Herrera Anzoátegui, Guillermo Camacho Enríquez, Guillermo González Charry, Rafael Arturo Linares Ortega, Rafael Suárez Poveda, Luis Gómez Moreno, José María Bustos, progenitor del amable colegiado Nelson Bustos Arenas y Pedro Manuel Charria Angulo, padre del también gobernador Juan Manuel Charria Se-

gura, quienes con Aidée Anzola Linares vincularon a mi padre a las labores del Colegio.

El Colegio fue para mi padre y sigue siendo refugio, alegría y lugar común de encuentro con tantos y tantos amigos. Ocupó diversos cargos directivos y después de la Gobernación de Ernesto Jiménez Díaz en 1980, aceptó la postulación como gobernador la cual ganó por unanimidad. Su plataforma de gobierno incluía la promesa cumplida de restablecer los Congresos de Abogados del Trabajo que no se celebraban desde varios lustros atrás. Contó con el apoyo decidido de Luis Bernardo Flórez Suárez otro malagueño que fungió como su secretario para el quinto congreso, realizado en Paipa en el hotel Sochagota. Era gobernador de Boyacá el noble amigo y académico Heráclio Fernández Sandoval. El V Congreso nacional contó con la Presencia del Presidente de la República, doctor Julio César Turbay Ayala y de su secretaria privada, posteriormente inmolada doctora Diana Turbay.

Sus afectos con el colegio de abogados siguen incólumes y le agradece de corazón la entrega de la condecoración Blas Herrera Anzoátegui así como otras distinciones otorgadas por dicha entidad.

Su antiguo profesor del Externado, maestro Hernando Morales Molina algún día le invitó a colaborar y pertenecer a La Academia Colombiana de Jurisprudencia, con la cual se encuentra estrechamente ligado desde entonces. Me permito recordar que la amistad de mi padre con el maestro Morales Molina estuvo ligada desde siempre debido a la cercanía con su hermano Germán Morales Molina, creador de la Organización hotelera del mismo nombre, como quiera que mi padre era abogado de "ACOTEL" Asociación Colombiana de Hoteles, que presidía Don Germán. Ello permitió a mi padre frecuentar los diversos hoteles de las ciudades capitales departamentales para darles asesoría en materia laboral y adelantar no pocas negociaciones colectivas con el Sindicato HOCAR.

Mi Padre ingresó como Académico Correspondiente por voluntad del presidente Hernando Morales y de los Académicos de la mesa de aquella época, hace más de 30 años. Siendo Académico Correspondiente aceptó la Secretaría después del retiro del secretario Doctor Hernando Franco Idárraga.

Para mi padre sigue abierto el Capítulo de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, ya que su periplo continuó como académico de número siendo ascendido a tal condición en 1988 y permanecer más de 15 años en la tesorería de la Corporación. Finalmente adquirió la honrosa calidad de

miembro honorario. De todo esto da cuenta el académico Hernán Alejandro Olano García en su obra *Mil Juristas*.

Como quiera que yo mismo ostento la calidad de académico numerario, me permito compartir, cómo el me recordaba y aún lo hace diciendo aquella frase antes de una sesión especial de la Corporación: “mijo no olvide la venera y por favor llegue a tiempo a la sesión...”

Su voluntad férrea, su sencillez de trato y su profunda capacidad de trabajo lo llevaron en el día a día a abrir su oficina independiente de abogado y a sostener las causas que creía justas ante la jurisdicción laboral y ante el Ministerio de Trabajo.

En la Oficina de Trabajo siempre se le conoció como un apoderado conciliador. Recuerdo acompañar a mi padre a la Oficina del Trabajo y al inspector o inspectora de turno decirle: qué alegría verle Doctor ¿viene a conciliar?

También recuerdo momentos en que mantuvo férrea posición procesal de litigante comprometido por una causa que había estudiado profundamente. Aceptó poderes de empresarios y les aconsejó por más de 55 años de ejercicio continuo de asesoría empresarial. Con todo, ningún trabajador se sintió afectado, deteriorado, maltratado, ni menguados sus intereses económicos por la actividad de este abogado de empresa. Ello nos lleva a hablar de mi padre como árbitro en conflictos colectivos de trabajo.

Hasta donde recuerdo, mi padre inició su participación en tribunales de arbitramento como secretario en los conflictos colectivos de intereses de la Flota Mercante Gran Colombiana. Posteriormente fue árbitro de dichos diferendos con Adán Arriaga Andrade y Óscar Villegas Arbeláez.

Desde esa época hasta las actuales, siempre fue árbitro tercero, por escogencia de las partes o bien por designación del Ministerio de Trabajo, que en alguna época se llamó Ministerio de la Protección Social. También frente al particular tema de los arbitrajes recuerdo innumerables participaciones en conflictos de la floricultura, en el sector bancario y en otras actividades, siempre en procura de un fallo unánime y sin salvamentos de voto.

Alguna vez, en los años 80, recuerdo muy bien que le ofrecieron la Magistratura en la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral. Respondió con gratitud ante el ofrecimiento y declinó tan alto honor: “Señores no puedo aceptar, tengo un hijo estudiando en Francia y el sueldo no me va a alcanzar para mantenerlo en el Exterior y a Leonor y a mí con nuestras obligaciones en Colombia”.

Otro aspecto de trascendencia en la vida de mi padre fue su permanente membresía al Club de Abogados de Bogotá. Las trasnochadas con ocasión de las reuniones del Colegio de Abogados del Trabajo en la sede del Club de Abogados eran motivo de alegría para mí –no creo que lo fueran para mamá Leonor– porque siempre llevaba a casa algún refrigerio dentro de una caja de cartón blanca en que estaba pintado un pajarito rojo. Con los años supe que se llamaba “águila bicéfala” y que era el escudo oficial de la institución. Aprendí a respetar y a colaborar con el Club, del cual fui socio directivo por algunos inolvidables años. Desde cuando se encontraba en la calle 16, la sede era una casa bella y memorable con salones y pasillos inmensos y donde yo mismo quería asustarme con la presencia de algunos fantasmas inexistentes. Posteriormente se trasladó a la sede de la calle 12 con carrera 5, Edificio Corkidi y luego en 1989 a la sede de la Calle 92, donde se celebró la fiesta de mi matrimonio con Lucía, siendo ésta la primera fiesta en dicha sede.

Mi padre ha sabido combinar la vida profesional, familiar y su eterna vocación de servicio a las instituciones a las que ha pertenecido. Algún buen día decidió mi padre que no saber muy bien el idioma inglés no era óbice para conquistar el mundo. Su otro idioma sería por tanto su carisma, con una sonrisa y con impecable español, algún buen día traspasó las fronteras del Río Bravo y pasó del México de sus afectos y tantas visitas hacia los Estados Unidos, ya no en plan vacacional sino para participar en el Décimo Congreso Mundial de Derecho del Trabajo en Washington D.C. en 1991, como miembro de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo.

Cabe recordar que fue el primer miembro individual colombiano de dicha institución y que en tal virtud fue reconocido y admitido a nombre de Colombia para formar parte del Comité Ejecutivo de dicha Entidad. La sede del evento fue el Hotel Washington Hilton, el mismo donde fue víctima de un atentado el Presidente Ronald Reagan.

En aquella oportunidad afianzó amistad con europeos francófonos como Roger Blampain, Jean Maurice Verdier, Jean Claude Javillier, Jean Michel Servais, y con colegas Alemanes como es el caso del profesor Frithjof Kunz, de Wolfgang Däubler o de Franz Gamillscheg de la entonces República Democrática Alemana. Concretamente le encontré con este último en amena conversación a propósito de una Cámara fotográfica Voigtländer Vito II que poseía mi padre y que tenía consigo desde los años 60 y cuya gemela tenía el reconocido profesor alemán del este.

Tampoco es posible olvidar la presidencia del evento en dicha oportunidad del maestro brasileiro Arnaldo Ferreira Cesarino Júnior, quién in-

auguró el congreso y se dirigió a los asistentes en inglés, francés, italiano, español, alemán y su portugués nativo. En virtud del aire acondicionado del salón de conferencias vestía elegante traje negro con cerca de siete u ocho chalecos de lana porque, según nos decía después, sufría de frío.

Recuerdo a mi padre en la solemne visita al soldado desconocido en el cementerio de Arlington, cercano al delegado personal de su Majestad Británica, Lord Wedderbern of Charlton con quien compartía el gusto por fumar pipa, así como su interés por el derecho comparado.

Acompañé a mis padres a varios congresos en España y Europa del este antes de la caída del muro de Berlín. Entre ellos un memorable Congreso Europeo en la ciudad de Szeged, Hungría convocado por los maestros László Nagy de la Universidad Attila József y el profesor polonés Waclaw Schubert, ex ministro de trabajo y sobreviviente de los sucesos de Varsovia durante la Segunda Guerra Mundial. Con el profesor Rafael Caldera Rodríguez, Emilio Morgado Valenzuela y Alfredo Valdés Rodríguez de Chile éramos de los pocos Latinoamericanos presentes en esas latitudes.

Acompañé a mis padres a otro Congreso de Relaciones Laborales en Viena, cerca del Profesor Roger Blanpain y algunas veces a España. Madrid para mi padre tuvo un encanto especial. Con Fernando Suárez González como anfitrión y el presidente del Gobierno español don Felipe González Márquez, en unión de un selecto grupo de Latinoamericanos, fueron invitados a participar en un evento que cambiaría El Derecho laboral en Iberoamérica: la Concertación Social, con el Pacto de la Moncloa.

Posteriormente se adelantaron pactos de concertación con incorporación de la “negoziazione articolata” y la creación de la figura de la “scala mobile” en Italia, por parte del Profesor de Derecho Laboral y Procurador General Gino Giugni, con el recordado Ministro Tiziano Treu. Pudimos asistir a jornadas memorables patrocinadas por La OTE en Turín-Italia, en el Centro de Perfeccionamiento Profesional y Técnico de la Via Veintimiglia, organizadas por Pedro Gugliemetti y Geraldo Von Potobsky. También en la Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra con Nicolás Valticos, Alexandre Berenstein, Johannes Schregle, y el Ministro Griego Yannis Kukiadis.

Capítulo especial en la vida de este buen hombre merece la figura de Leonor Contreras Blanco. Esposa ejemplar, compañera magnífica, madre sencilla, ahorradora que supo multiplicar los recursos y entender su rol en la vida de su esposo y acompañarlo con paciencia y sabiduría en tantos momentos. Hoy cuando los dos sobrepasan los 90 años, podemos afirmar

que eran el uno para el otro, que supieron complementarse en sus orígenes diversos o afines y creer y crear un futuro común.

De alguna forma tuve que llenarme de valor para poder escribir estas líneas sobre mi padre Rafael y mi madre Leonor. Mi eterna gratitud por la vida, por el camino, por la rectitud de intención, por la fe en Dios y por la capacidad para respetar a mis similares y entender a los demás como mi padre supo hacerlo a lo largo de su ejercicio profesional.

A mi hijo, cuando pequeño, trataba de explicarle que su abuelo Rafael había luchado por los Derechos Laborales y Sociales, por la Seguridad Social de los Colombianos por más de 50 años y que ello correspondía a la cuarta parte de la vida en Independencia que tiene nuestra querida nación colombiana.

Padre muchas gracias por tu vida, muchas gracias por tu enseñanza, muchas gracias por tu sencillez y por tu reciedumbre de carácter. Por saber distinguir entre la sencillez unida a la humildad y no confundirla con falta de carácter. Porque nunca has sido un hombre tibio, sino que por el contrario has sabido encontrar y concertar la paz ante el contradictorio en los conflictos de una empresa frente a un sindicato. Al amar la cátedra universitaria nos has legado un camino, nos has entregado una brújula y una bitácora impolutas con el reto difícil de continuar tu labor. Estas palabras y estas líneas son el reflejo de lo que tienes sembrado de tu lucha por la paz, de la hidalguía de tu estirpe, de tu sangre y de tus intenciones y de tu deseo porque el legado no fenezca ante una futura ausencia.

Deseo de todo corazón agradecer a todos aquellos que de manera entusiasta se vincularon al presente libro de homenaje y también a todos aquellos que de corazón que hubiesen querido participar porque para todos ellos hay en el corazón de mi padre un lugar especial.

Reconozco la falta de imparcialidad y a la vez solicito la benevolencia de los Lectores para entender y comprender la grave encrucijada en que me encontré para presentar estas palabras introductorias.

Jus Laboralistas de Iberoamérica y del Mundo gracias por este homenaje a mi padre, por su participación y por su amistad. Que Dios los bendiga a todos y a mí me permita la alegría de continuar al lado de quién ha sido mi progenitor, mi profesor y maestro, de mi amigo, de mi confidente y el abuelo de mi hijo, INFINITAS GRACIAS.

Rafael Forero Contreras
Compilador

Los Derechos Laborales y el Bloque de Constitucionalidad¹

Héctor Hugo Barbagelata²

Introducción

La doctrina y la jurisprudencia constitucional de un número creciente de países, ha aceptado la integración de todas las normas y principios sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional.

Tal bloque, ha abierto el camino hacia el reconocimiento, que cada día es más amplio, de un derecho de los derechos humanos, superlegal y supra-constitucional, el cual no es derecho interno o internacional, sino universal³.

Ello constituye la superación de la concepción tradicional, según la cual, solamente se consideraban fundamentales “los derechos de libertad del hombre individual”, referidos a las relaciones del individuo con el Estado o frente al Estado, en el entendido “que sólo ellos [los derechos de libertad del hombre individual] pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de derecho”⁴.

¹ El presente texto tiene el propósito de adherir al homenaje que juslaboralistas de todas partes del mundo tributan al eminente colega y querido amigo Académico Rafael Forero Rodríguez

² Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de Montevideo (Universidad de la República).

³ V. H-H, Barbagelata, “El derecho universal del trabajo”, en Rev. de la Facultad de Derecho, Montevideo, N° 31, 2011, p. 39 y ss.

⁴ Como sostenía, en 1928, K. SCHMITT en *Teoría de la Constitución*, (Traducción: Alianza, Madrid, 1982, p. 210)..

Empero, el abandono de la tesis tradicional no ha podido producir todos los resultados esperados, a causa de la influencia de la doctrina neoliberal, que fomenta una fuerte resistencia a cualquier interpretación de las normas y principios, que consolide los derechos humanos laborales y que, por lo tanto, represente un dique a la desregulación.

I. El bloque de constitucionalidad

En cuanto al bloque de constitucionalidad, cabe señalar que de acuerdo con lo generalmente establecido por la doctrina y a lo consignado tempranamente por Cortes Constitucionales latinoamericanas como la de Colombia⁵, el mismo está compuesto por *todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional*.

O sea, que dicho bloque, está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina, lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos⁶. Por lo demás, son frecuentes los fallos sobre infracciones constitucionales que invocan únicamente principios como fundamento de sus decisiones⁷, así por ejemplo la jurisprudencia constitucional alemana, se ha basado en el *Principio del Estado Social*, para salvar la falta de disposiciones concretas sobre la materia en la *Lex Fundamentalis*.

Las disposiciones y principios que integran el *bloque de constitucionalidad*, no son solamente los que constan o se desprenden de la parte dispositiva de la Constitución y de su Preámbulo⁸, cuando lo tienen, sino

⁵ V. el texto en la rev. *Derecho Laboral*, Montevideo, t.XLIII, p.145 y ss.

⁶ Así por ej., la Constitución Española, menciona los principios en el epígrafe del Cap. 3º del Título I, así como en el art. 53.3. En el derecho uruguayo, la ley núm. 13.747 de 1969, que reglamentó el procedimiento de inconstitucionalidad (art.8), así como el art. 512 del Código Gral. del Proceso, hacen expresa referencia a los *principios constitucionales* que se consideren violados.

⁷ Debe tenerse presente que la aptitud reconocida a los tribunales, por las leyes o las prácticas, para extraer y aplicar tales principios, puede variar en los distintos sistemas. Por ejemplo, en Francia ha alcanzado gran amplitud, lo que ha motivado que algunos críticos, como J. RIVERO (cit. por FAVOREU Y PHILIP, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1988, p. 284), expresen el temor de que, por esa vía, se instituya el gobierno de los jueces.

⁸ En Francia la juridicidad del Preámbulo de las constituciones provocó debates pero, según señalan FAVOREU Y PETIT (op. cit., p.287), la decisión adoptada por el Conseil Constitutionnel el 16.07.1971: "consagró clara y definitivamente...el *valor positivo y constitucional* del preámbulo de la Constitución y de los textos a los cuales reenvía". Desde entonces, el *Conseil Constitutionnel* encabeza todas sus decisiones con la fórmula: "*Vu la Constitution, et notamment son preambule...*"

que se suman a ellos, los que constan o se desprenden de instrumentos internacionales y aún de las doctrinas generalmente admitidas en un régimen democrático de derecho⁹.

La integración de las disposiciones de los tratados a los ordenamientos internos de los diversos países, se produce a través de una operación compleja -prevista en los textos constitucionales e internacionales- que supone la ratificación por los órganos legislativos correspondientes, complementada por el cumplimiento de las formalidades y términos prescritos por las normas internacionales. Lo cual es sin perjuicio del *jus cogens* o sea la aplicación obligatoria por todas las naciones. de las normas consagradas como obligatorias por la conciencia jurídica universal cuya vocación de universalidad excusa la necesidad de que medie ratificación¹⁰.

Como resultado de la ratificación y demás condicionamientos o del *jus cogens*, las disposiciones y principios de los instrumentos internacionales, sin perder tal condición¹¹, y sin dejar de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes para ello, se incorporan plenamente al sistema jurídico nacional, donde generalmente se les reconoce superlegalidad, por disposición expresa o como consecuencia de su naturaleza.

Por lo tanto, tales disposiciones y principios primarán sobre la legislación, las costumbres, o cualquier otro tipo de normas que sean menos favorables para la persona humana. Asimismo, mientras no sean denunciados, conforme a las previsiones de esos instrumentos, no podrán ser desnaturalizados, menoscabados o derogados por disposiciones de derecho interno posteriores, según resulta de lo dispuesto en las Constituciones de muchos países, como por ejemplo en la de España, donde el art. 96.1

⁹ Según advierte M. HAURIOU, la superlegalidad constitucional, no se refiere sólo “a lo que consta en la Constitución, comprende también todos los principios fundamentales del régimen” (Principios de Derecho Público y Constitucional, Ed. Reus, Madrid, p.325) .

¹⁰ Según señala ERMIDA URIARTE el *Jus Cogens* es el corazón del sistema jurídico de los derechos humanos, seis notas lo caracterizan, a saber: a) Obliga a todos los Estados, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional; b) Efecto erga omnes, en cuanto sus normas no se dirigen sólo a los Gobiernos, sino también a los individuos ; c) Puede ser reclamada su aplicación por cualquier persona o Estado, al margen de todo vínculo convencional o ratificación; d) Son normas universales y no internacionales en el sentido tradicional de esta expresión ; e) Poseen multiplicidad de fuentes.- Oscar ERMIDA URIARTE, “Normas laborales y comercio internacional, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 16-19.09.2001, p. 11.

¹¹ Cfr. BIDART CAMPOS, op. cit., p.471, donde rechaza la idea de que se produzca novación jurídica.

proveyó de fundamento constitucional a la inmunidad de los tratados, “frente al poder derogatorio de las normas de derecho interno”¹².

Por efecto de inercia y también por una malentendida defensa de la soberanía del legislador nacional, órganos jurisdiccionales de algunos países, como Francia -aún contando con una disposición constitucional que da preferencia a la norma internacional (art. 55)-, continuaron por algún tiempo, dando primacía a la ley interna posterior¹³.

En puridad los tratados (entre los cuales se cuentan los convenios internacionales del trabajo) mantienen su obligatoriedad para el Estado que los ratificó, mientras no se opere regularmente y a su debido tiempo su denuncia, a partir de la fecha prevista por el instrumento respectivo. Por lo que la tesis de su derogación por una ley interna posterior, constituye una abierta violación de los artículos 26 y 27 de la CONVENCIÓN DE VIENA y de los respectivos tratados, así como de los artículos 5.2 de ambos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y de las prescripciones de la Constitución de la OIT. Por otra parte, la tesis de la posible derogación de un tratado, a nivel interno sin afectar su vigencia internacional, conduciría a una “inadmisibles incoherencia del sistema jurídico”¹⁴.

Cuando por la ratificación se opera la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la superlegalidad equivale en la mayoría de los sistemas a la adquisición de valor constitucional por los

¹² V. J. MARTÍN VALVERDE, “La Constitución como fuente del derecho del trabajo”, en *Rev. Jur. do Trab.*, Salvador-Lisboa, 1988, p.47. Criterio que, en relación con los c.i.t, -según acota BORRAJO da CRUZ, ya había sido aceptado, con anterioridad, por el Consejo de Estado y el Tribunal Suptemo. (*Introducción al Derecho Español del Trabajo*, p. 149).

¹³ La Corte de Casación francesa, recién resolvió definitivamente la cuestión en un fallo plenario de 14.10.1977. En cuanto al Consejo de Estado, según anota JAVILLIER, “hizo primar, por más de veinte años, cualquier norma de una ley posterior sobre la de cualquier tratado...anterior y contrario” (*Droit du travail*, 6ª ed., LGDJ, Paris, 1998, parág. 69, pp. 101-102, hay traducción al español, FCU, Montevideo).

¹⁴ Los que postulan la tesis de que un instrumento jurídico puede estar, al mismo tiempo, vigente (en el ámbito internacional) y derogado (en el interno), no han atendido al sabio razonamiento de KELSEN, que debería haber convencido hasta los más celosos guardianes del principio de la soberanía suprema del legislador nacional. En efecto, el famoso jurista dejó establecido que: “Una ley ordinaria que contradiga a un tratado internacional anterior es también irregular frente a la Constitución, porque ésta, al autorizar a ciertos órganos a celebrar tratados internacionales hace de los mismos un modo de formación de la voluntad estatal. La Constitución excluye pues la derogación o modificación de los mismos, por ley ordinaria. Una ley contraria a un tratado es, por consiguiente inconstitucional al menos en forma indirecta” (*Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, pp. 139-140). Véase, además: *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. I, 3ª ed., FCU, Montevideo, 2002, pp. 212 a 218.

principios y disposiciones correspondientes¹⁵. En ese entendido puede reputarse inconstitucional una ley posterior que contrarie a una disposición o principio que tienen reconocida superlegalidad¹⁶. Incluso de la CUEVA ha sostenido con firmeza que la “legitimidad constitucional” de tales disposiciones y principios, es superior a la de la propia Constitución escrita¹⁷.

Si, como corresponde, se le da ese alcance a la superlegalidad, es lógico concluir que la mera ratificación y vigencia de un tratado sobre derechos humanos, hace que sus disposiciones pasen a integrar el *bloque de constitucionalidad* de tales derechos, a todos sus efectos.

Una primera modalidad de incorporación de las normas internacionales sobre derechos fundamentales al sistema constitucional, puede detectarse en el derecho latinoamericano en las Constituciones de Colombia, 1991 (art. 46); Ecuador, 2008 (Tít. II, Cap, 1) y Paraguay, 1992 (arts. 142 y 145)¹⁸, en los cuales, al margen de diferencias en la forma, se configura, de modo genérico, un tratamiento especial, de los derechos reconocidos por los tratados sobre derechos humanos.

Una técnica diferente, es la que siguen *i.a.* las Constituciones de Argentina, 1994 (inc. 22 del art.75) y Nicaragua, 1987 (art.46), que incorporan a su propio texto, una o más declaraciones, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos. La principal diferencia, entre ellas, está dada por la amplitud del enunciado¹⁹.

¹⁵ En algunos países, como España, la doctrina siguiendo la opinión de I. de OTTO, y el propio TC, no atribuyen ese efecto a la mera incorporación de un tratado sobre derechos humanos al derecho interno. (V. Viciano PASTOR y SERRA CRISTÓBAL, “Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional”, en VV.AA., *Comentarios a la Const. Socio-Económica de España.*, cit., p. 182).

¹⁶ Cfr. Von POTOVSKY, “Los convenios de Principios de aplicación de los Derechos la OIT...”, en VV.AA., *Evolución del pensamiento juslaboralista*, FCU, Mont., 1997, p. 596.

¹⁷ DE LA CUEVA, haciendo concreta referencia al derecho internacional del trabajo, afirma que “es un mínimo indestructible, que se coloca un eslabón arriba de la Constitución nacional” (op. cit., p.37).

¹⁸ El art, 142 de la Constitución . de Paraguay identifica la autorización para la denuncia de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, con una enmienda constitucional, y el 145, valida “un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”, con la sola condición de que las decisiones, en ese sentido se adopten “por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

¹⁹ Así, por ejemplo, en la Constitución de Argentina, se mencionan once instrumentos de esta clase, mientras que en la de Nicaragua, figuran solo cinco. Cabe acotar que la lista de la Constitución de Argentina no está cerrada a ulteriores ampliaciones, con la sola condición de una mayoría especial del órgano legislativo.

También es diferente la técnica seguida en las constituciones de Brasil, 1988 (parágrafo 2 del art. 5), y en la de Venezuela, 1999, (art.19), que dejan absolutamente abierta la lista de los derechos y garantías fundamentales con reconocimiento constitucional y eficacia directa.

En los casos de Brasil y de Venezuela consta, además, una referencia genérica a los tratados internacionales ratificados sobre esas materias²⁰. En análogo sentido, la Constitución de Bolivia de 1999, establece en el inciso IV del artículo 13, la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre el derecho interno²¹.

A su vez, el Preámbulo de la Constitución Bolivariana de Venezuela, consagra “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos” y el art. 2 comete al Estado –que define como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia- propugnar entre “otros valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación”, por la “preeminencia de los derechos humanos”.

Las disposiciones de la Constitución uruguaya, incluyen en el sistema de los derechos fundamentales, de forma genérica, los que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (art. 72). La integración de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al *bloque de constitucionalidad* resulta en este ordenamiento, de la circunstancia de que ellos pueden reputarse fuente de conocimiento de tales derechos, amén de la remisión supletoria del art. 332 de la referida Constitución “a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”. Todo lo que coincide con lo sostenido por la doctrina sobre los derechos humanos, cuando caracteriza a los instrumentos internacionales de esta materia, como la conversión de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en regla positiva de derecho internacional²². Por otra parte, en Uruguay una ley sobre el procedimiento en los juicios laborales (Nº 18.572 de 13 de septiembre DE 2009) ha dispuesto,

²⁰ Conviene tener presente que el art. 1º de la Constitución de Brasil define “la República” como un “Estado Democrático de Derecho”, entre cuyos fundamentos menciona “los valores sociales del trabajo”.

²¹ El referido inciso dispone: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, 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 Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

²² Cfr. R. CASSIN, “Declaration Universelle des Droits de l’Homme”, en *Enc. Jur. Repertoire de Droit International*, t.I, Dalloz, Paris, 1968, numeral 14.

que las normas procesales deben ser interpretadas conforme a los principios y reglas del *bloque de constitucionalidad*²³.

Una variante en la integración de los instrumentos internacionales en el bloque de constitucionalidad, resulta de lo establecido por el art.10.2 de la Constitución de España de 1978. Esta disposición, si bien se refiere concretamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre las mismas materias, no los integra de modo directo en el sistema de las “normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”, sino que les atribuye la función de criterio obligatorio de interpretación de tales normas.

A pesar de que el Tribunal Constitucional Español (TCE) ha negado reiteradamente que el art. 10.2, convierta “a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos”, habilitantes de una pretensión de amparo²⁴, de todos modos, dicha disposición, combinada con otras de la propia Constitución Española, le otorgaría una particular significación a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, haciéndolos ingresar en el *bloque de constitucionalidad*. En efecto, toda vez que tales instrumentos traten de cuestiones comprendidas en los principios y disposiciones del Título. I de dicha Constitución -lo que ocurrirá prácticamente en todos los posibles casos- la interpretación obligará a la consulta de las disposiciones y principios mencionados en el art. 10.2²⁵. De hecho, así ha ocurrido, puesto que, prácticamente desde la vigencia de la Constitución de 1978, el Tribunal Supremo de España asumió que la interpretación implicaba la consulta sobre los asuntos en discusión, de las disposiciones de la DUDH, de los Pactos de 1966 y demás tratados de la materia²⁶.

²³ H.H BARBAGELATA, “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, en rev. DER. LAB. , N°237

²⁴ Entre otras, STC 84/1989, núms.. 5º y 64/1991, y. 4º, cit. por VICIANO PASTOR Y SERRA CRISTÓBAL, op. cit., p.182. Estos autores, advierten, a continuación, sobre las dificultades prácticas que supone distinguir “parámetros de validez” de “parámetros interpretativos”.

²⁵ Asimismo, el TCE ha afirmado, en términos generales, que el “contenido [de los tratados y convenios internacionales] se convierte en el contenido constitucional declarado de los derechos y libertades que enuncia el Cap. II del Tít. I” de la Constitución (STC 36/1991, 5º)

²⁶ V. las sentencias del Tribunal Supremo relativas al art. 10.2 de la Const. correspondientes a los años 1979 y 1980, incluidas en el Repertorio que figura en E. LINDE PANIAGUA y OTROS, *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978*, en Documentación Jurídica, enero-dic., 1980, nums. 6,7 y 8 de 1979 y 13 de 1980). Por otra parte, en relación con los convenios internacionales del trabajo , un fallo de 1991 de una de las Salas del TCE

En cuanto a constituciones de otros países, por ser anteriores a la propia DUDH, no pudieron referirse a los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos. A pesar de lo cual, algunas de ellas, como la italiana de 1947, contienen disposiciones que podrían favorecer la integración de los instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad. Así, el art. 10 de dicha Constitución de Italia postuló la necesaria adecuación del ordenamiento italiano “a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas”.

Otras disposiciones de esa Constitución, como el art. 3º, incluyen claros requerimientos a la República, de propender al desarrollo de la persona humana y a la efectiva participación de los trabajadores²⁷, lo cual, en el caso de los derechos humanos laborales, resulta complementado por una cláusula del art. 35 que manda “promover y favorecer los acuerdos y las organizaciones internacionales que tiendan a afirmar y a regular los derechos del trabajo”.

La doctrina laboralista italiana, que acuerda bastante importancia al derecho comunitario y menos a las normas emanadas de la OIT, no parece interesada en las posibles aplicaciones de principios y disposiciones contenidos en los tratados universales sobre derechos humanos²⁸. Por su parte, la Corte Constitucional de ese país, cuyas sentencias se consideran especialmente relevantes para la adecuación “de las normas que regulan las relaciones económicas con los principios constitucionales”²⁹, no recurre a esos tratados al fundar las mismas. Algo similar ocurre en otros países de Europa, como Alemania según ha señalado W. DÄUBLER³⁰

Conclusiones

1ª.- Los derechos humanos son universales y su protección se define y concreta, en cada momento histórico, a través de distintas fuentes internas

estimó que “según el art. 10.2 de la C., los c.i.t ratificados...eran instrumentos válidos para configurar el sentido y alcance de los derechos constitucionales y formaban parte del conjunto de normas en materia de derechos individuales para cuya protección cabía el recurso de amparo ante el TC” (*Rev. Int. Trab./OIT*, vol. 102, núm. 1, p.71).

²⁷ En dicho artículo se establece que: “Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

²⁸ En ediciones recientes de obras generales sobre Derecho del trabajo, que cuentan con amplio reconocimiento, como las de E. Ghera (2002), G. Pera (2000), G. Ghezzi y U. Romagnoli (1999), no se trata de esos instrumentos internacionales.

²⁹ Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, p. 38

³⁰ Däubler, W., (1994) *Derecho del trabajo*, MTSS, Madrid.

y externas, que se complementan e intercomunican configurando el llamado *bloque de constitucionalidad*.

2ª.- La validez jurídica de dicho *Bloque* resulta de su reconocimiento por la conciencia jurídica universal lo cual se evidencia en el acuerdo generalizado que conduce a su recepción por las constituciones políticas y a la sanción de instrumentos internacionales con ese propósito.

3ª.- Las disposiciones de los tratados se integran al *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales* conforme a las previsiones de los respectivos instrumentos internacionales y lo dispuesto en las constituciones nacionales.

4ª.- Los preceptos que han alcanzado la calidad de *jus cogens* se integran naturalmente a dicho *Bloque* sobre derechos humanos, dada su vocación de universalidad que “traspasa los límites de la ratificación por parte de los Estados”³¹.

³¹ Cfr. RACCIATTI (op. cit., nota 10 a p. 172), con el respaldo de Th. Meron (*Human Rights and humanitarian norms...*, Oxford, 1989, pp. 80-86).

Como Conocí a Rafael Forero Rodríguez

Nelson Bustos Arenas

Viene a mi memoria la forma como tengo los primeros recuerdos de la Familia Forero Contreras: Rafael, Leonor, su único hijo Rafael, Aurora, hermana de Leonorcita.

Tal vez, los orígenes de esa amistad surgieron a finales de los años sesenta cuando mi padre JOSÉ MARÍA BUSTOS CASTRO, amigo y laboralista como Rafael, se turnaban para sustituirse poderes en sus asesorías y en sus casos cuando alguno de ellos viajaba fuera de Colombia. Por aquellas épocas yo concluía mis estudios de bachillerato en el Liceo de Cervantes y Rafael hijo era apenas un crío que estudiaba si no me falla la memoria, en el Liceo Francés.

Las dos familias se reunían con frecuencia y desde entonces existió un vínculo muy cercano.

Ya para cuando me gradué de abogado en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, tengo en mi mente otra clase de recuerdos pues empecé mi vida profesional y al cabo de dos años, me nombraron como juez laboral de Bogotá en donde estuve hasta 1982 y por desilusión de lo que yo consideraba la carrera judicial, decidí lanzarme a ejercer mi profesión. Mi padre ya había fallecido y por esas circunstancias de la vida me hallaba en una situación de dificultades económicas. Una de las personas que me dio su mano fue RAFAEL FORERO RODRÍGUEZ, quien me dejaba colaborar en algunos de los asuntos que se tramitaban en su exitosa oficina del Centro Internacional.

A la par de lo anterior, al ser nombrado Rafael como Gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo, organización a la que yo ya pertenecía,

tuvo a bien postularme como Secretario del Colegio, y así empecé a cumplir diversos encargos en la junta directiva de la Institución.

Rafael, junto a su inseparable Leonor, fue un viajero infatigable en eventos nacionales e internacionales organizados por las entidades relacionadas con el Derecho del Trabajo, y fruto de ello se aprecia en las relaciones de amistad y colegaje que desarrolló con los mas descollantes juslaboralistas, en especial, del mundo hispano.

Rafael y Leonor hacían con frecuencia reuniones sociales en su espléndida casa de la calle 98, y allí se codeaban las más destacas inteligencias de la academia, la judicatura, la asesoría y el litigio en amables veladas en que se departía sobre las últimas jurisprudencias, doctrinas, libros, experiencias y anécdotas.

Al arribar a sus noventa años, Rafael debe sentir una profunda satisfacción al ver como en su vida ha podido coronar todas sus metas, ambiciones y deseos que vislumbró para sí mismo al lado de su amada Leonor, su hijo, su nuera y el nieto.

De unos años para acá su solaz lo encuentra en la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Valgan estas breves evocaciones para compartir con esta querida Casa Forero-Contreras, la dicha de disfrutar con plena lucidez la bonhomía del estimado Rafael.

La Protección Constitucional a las Personas que se Encuentran en Circunstancias de Debilidad Manifiesta y la Estabilidad en el Empleo

Juan Manuel Charria Segura¹

Introducción

A lo largo de su lectura, es evidente que la Constitución ha otorgado una condición especial de protección a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Si bien esta regla constitucional de aplicación directa contiene un mandato de protección y ha sido ampliamente debatida en los estrados judiciales, su aplicación ha generado controversias dentro de las altas cortes, pues existen diversas posiciones encontradas.

Uno de los temas que suscita mayor polémica tiene que ver con lo que se entiende como *estabilidad laboral reforzada* de quienes padecen una limitación económica, física, mental o social y que los pone en una situación de debilidad manifiesta como los discapacitados, los incapacitados, los minusválidos, las mujeres embarazadas, los enfermos de VIH y las madres cabeza de familia, entre otros.

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Gobernador del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia. Secretario Ejecutivo Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ILTRASS). Profesor universitario en la Pontificia Universidad Javeriana y en la Universidad El Bosque. Columnista de la revista *Actualidad Laboral* y de la *Seguridad Social* de Legis Editores. Autor del libro *Reflexiones Constitucionales I y II* (2006 y 2011). Gerente General de la firma Charria Segura Abogados Asociados. Consultor privado. jmcharriasegura@hotmail.com.

Para presentar un panorama general del asunto se definirán algunos conceptos básicos relacionados con la estabilidad laboral reforzada, indispensables para comprender y desarrollar el tema. Luego, se describirá en qué consiste el reconocimiento de la protección constitucional y la forma cómo la entienden las altas cortes. En tercer lugar, se hará una breve referencia legal y reglamentaria con respecto al derecho a la estabilidad reforzada. Luego, se tratarán temas específicos como su aplicación, observancia en el sector público, el derecho a la reubicación, el alcance de la protección por medio de la acción de tutela y la estabilidad reforzada en los contratos de trabajo de naturaleza temporal. En quinto lugar, se estudiarán casos prácticos que evidencian su operancia y el desarrollo teórico que le han dado las altas cortes de justicia. Y finalmente, se expondrán las conclusiones generales de este estudio.

Objetivos

Presentar el panorama y contextualizar los efectos de la debilidad manifiesta en las relaciones laborales y la consecuente estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los sujetos de especial protección constitucional.

Clarificar ciertos conceptos básicos necesarios para entender el espectro de actuación de la protección.

Mostrar el entendimiento de las altas cortes en relación con la operatividad y las reglas procedimentales para su procedencia.

Realizar un breve análisis de las normas legales y constitucionales que abordan el tema de la estabilidad reforzada, tanto en el sector privado como en el público.

Entender cómo opera el concepto, mediante la exposición de casos prácticos y el análisis de circunstancias especiales.

I. Conceptos básicos

Para determinar el alcance material de la protección constitucional y entender el preciso punto de disputa entre las altas cortes es indispensable aclarar los siguientes conceptos:

El contenido de la limitación

La limitación es un término más amplio y comprensivo que el de la invalidez o la discapacidad. Así las cosas, una persona limitada estará afectada por una incapacidad, deficiencia, discapacidad, minusvalía, o en

última instancia, invalidez. Al mismo tiempo, la discapacidad es apenas un elemento de la invalidez, por lo que no siempre que una persona se encuentre discapacitada, minusválida o con alguna deficiencia será, necesariamente, inválida. En síntesis, se trata de un concepto genérico. Para la Corte Constitucional la idea de limitación denota un panorama genérico de todos los sujetos que han sufrido mengua por “circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, psíquicas, sensoriales y sociales”.²

De la incapacidad

El término incapacidad “es aplicable a cualquier enfermedad o lesión que impida el cumplimiento de las funciones del cargo de manera transitoria, no generándose disminución en las capacidades laborales que conlleven a la categorización de discapacidad”.³ Como consecuencia de ello, no toda incapacidad genera discapacidad; lo anterior lo determinará la gravedad de la primera y su continuidad en el tiempo. Esto se debe a la disminución o pérdida total de la capacidad laboral que genera. En conclusión, la incapacidad se deriva de la inhabilidad física o mental que le impide al trabajador desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio habitual.

La invalidez

En materia internacional, el Convenio No. 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) establece que:

[...] a los efectos del presente Convenio, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. (Negrilla fuera del texto)

Nótese entonces una primera diferencia con el concepto de discapacidad, pues la invalidez implica de entrada su reconocimiento de conformidad con la ley.

Para efectos del reconocimiento, el trabajador debe ser evaluado conforme a los parámetros del Manual Único de Calificación de Invalidez (MUCI), consagrado en el Decreto 917 de 1999, cuyo artículo segundo establece que “se considera con invalidez la persona que por cualquier cau-

² Colombia, Corte Constitucional (2011, noviembre). *Sentencias*. “Sentencia C-824 de 2011”, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada en la C-606 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango. Bogotá.

³ Colombia, Corte Constitucional. (2009, diciembre). *Sentencias*. “Sentencia T-936 de 2009”, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

sa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. El procedimiento para establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona tiene en cuenta tres criterios: 1) Deficiencia: anomalías de la estructura corporal, de la apariencia y de la función de un órgano y sistema. Tiene una calificación del 50% en la calificación global. 2) Discapacidad: consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista funcional y de la actividad del individuo. Tiene una calificación del 30%. 3) Minusvalía: desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias o discapacidades. Tiene una calificación del 20%.

En consecuencia,

[...] la calificación integral del grado de pérdida de la capacidad laboral de la persona es la suma aritmética de los porcentajes correspondientes a la deficiencia, discapacidad y minusvalía que el calificador asignó a cada uno de ellos; cuando la calificación total es equivalente al 50% o más, el sistema legal considera que hay estado de invalidez.⁴

La discapacidad

En el bloque de constitucionalidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, define a los discapacitados como “personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, aprobada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002, define la discapacidad como:

[...] una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

La Corte Constitucional por su parte, consideró en la Sentencia C-478 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández que:

[...] la elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática (...) hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construc-

⁴ Arenas Monsalve, G. (2007). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis Editores.

ción y revisión, por lo cual, es usual encontrar legislaciones internas que no se adecuan a los avances científicos en materia de discapacidad.

Pese a lo anterior, en la providencia C-824 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada posteriormente en la C-606 de 2012, M.P. Adriana María Guillén, se concluyó que la discapacidad se define como una especie dentro del género de la invalidez e implica “el padecimiento de una deficiencia física o mental que limita las normales facultades de un individuo”. Esto significa que la discapacidad implica un cambio en la capacidad de realizar una tarea dentro del margen que se considera normal para una persona dentro de su contexto social, pudiendo ser temporal o permanente, reversible o irreversible, y progresivo o regresivo.

En este orden de ideas, y por la complejidad que representa el concepto de discapacidad, “se ha establecido el deber de no realizar diferencias de trato frente a estas personas con tal de que se engloben los conceptos de ‘disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos’ del Artículo 47 de la C.P.; el concepto de ‘minusválidos’ del Artículo 54 y el concepto de ‘personas con limitaciones físicas o mentales’ del Artículo 68 de la C.P.” (Colombia. Corte Constitucional. (2012, agosto). *Sentencias*. “Sentencia C-606 de 2012”, M.P. Adriana María Guillén Arango, Bogotá.

II. Reconocimiento constitucional de la protección especial de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta

En materia internacional, existen numerosas disposiciones tendientes a buscar el compromiso de los Estados para proteger a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Tal es el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 2006, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 1346 de 2009, en la que los Estados Partes se comprometen a:

[...] (i) adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos de las personas en situación de discapacidad; (ii) tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; (iii) tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; (iv) abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; y (v) tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad.

Por otra parte, en el seno de las Naciones Unidas se destacan la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971 y la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975. Adicionalmente, se encuentra el Convenio 159 de 1983 de la OIT “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas” y la Recomendación No 168 “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”, aprobados por Colombia mediante la Ley 82 de 1988, siendo “marco de referencia para la interpretación de los derechos fundamentales de las personas cobijadas en ella (C.P. art. 93)”.⁵

La Carta Política de 1991 se destaca por la inclusión de garantías concretas e importantes para aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en situación de vulnerabilidad. Ahora bien, de la lectura de los Artículos 13 y 47 de la Carta Política se desprende el marco normativo de protección por medio de: 1) la atención diferencial hacia los grupos que tradicionalmente han sido discriminados o marginados, y la obligación estatal de 2) adelantar políticas “de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.⁶

El Artículo 13 de la Constitución consagra una obligación constitucional del Estado de proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. En la misma línea, el Artículo 47 superior dispone que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran”; el Artículo 54 establece “la obligación del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”; y el Artículo 68 de la Constitución reconoce de manera especial el derecho a “[...] la educación de personas con limitaciones físicas o mentales [...]”.

La Corte Constitucional reconoce, desde muy temprano en su jurisprudencia, la especial protección jurídica que otorga la Constitución a las personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (C.P. Art. 13), para así “promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intoca-

⁵ Colombia. Corte constitucional. (1992, junio). *Sentencias*. “Sentencia T-427 de 1992”, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la sentencia T-285 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

⁶ Colombia (1997), Constitución Política. Artículo 47. Bogotá: Legis.

das las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad”.⁷ Lo anterior encuentra asidero en la existencia de un deber constitucional de protección que se fundamenta en las circunstancias singulares de vulnerabilidad y desprotección que hacen que tal población requiera de atención especial del Estado y de la sociedad en general.⁸

III. Desarrollo legal y reglamentario

El Decreto Reglamentario 2177 de 1989, que desarrolló la Ley 82 de 1988, aprobatoria del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, obliga en sus Artículos 16 y 17 a todos los patronos bien sean estos públicos o privados a reincorporar al trabajador inválido en el cargo que ocupaba antes de producirse la invalidez, si recupera su capacidad de trabajo; o a reubicarlo en otro cargo que tenga en cuenta las características de la limitación, si las funciones no pueden cumplirse o si las mismas implican un riesgo para su integridad.

En el rango legal existen numerosas disposiciones encaminadas a establecer mecanismos de protección para las personas en situación de discapacidad. Por ejemplo, en cuanto a la seguridad social el Artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece el llamado ‘enfoque diferencial’, retomado por la Ley 1438 de 2011 que reforma esta Ley en materia de salud, según el cual “la condición de discapacidad es un criterio que debe ser tenido en cuenta por el Sistema General de Seguridad Social en Salud para la eliminación de situaciones de discriminación y marginación”.

Por su parte, la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones” en su exposición de motivos, es clara al determinar que su finalidad fue establecer mecanismos compulsivos que garantizaran la incorporación social de las personas con limitaciones a todos los ámbitos de la vida en sociedad. Así entonces, la citada Ley:

[...] establece beneficios directos en materia de educación, accesibilidad, salud, estabilidad laboral, recreación, transporte a las personas en situación de discapacidad. Del mismo modo, la referida Ley establece medidas de acción afirmativa en materia tributaria y de contratación pública a las empresas que empleen a personas en situación de discapacidad.⁹

⁷ Colombia. Corte constitucional. (1992, junio). *Sentencias*. “Sentencia T-427 de 1992”, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver al respecto la sentencia C-606 de 2012, M.P. Adriana María Guillén, Bogotá.

⁸ Ver al respecto las sentencias T- 096 de 2009, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C- 824 de 2011, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Ver al respecto la sentencia C-606 de 2012 de la Corte Constitucional, M.P. Adriana María Guillén Arango.

Dentro de las prerrogativas establecidas que evidencian estos mecanismos de compulsión se encuentra el Artículo 26 que determina la “estabilidad laboral reforzada” para las personas en situación de discapacidad. Este Artículo fue reglamentado por el Artículo séptimo del Decreto 2463 de 2001 que determina el grado de severidad de la limitación de la siguiente manera:

Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

En la misma línea, el Artículo 27 establece que en los concursos para el ingreso al servicio público las personas con limitación deben ser admitidas en igualdad de condiciones y si se llegare a presentar un empate se preferirán si “el tipo o clase de limitación no resulten extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación”.

Por otra parte, la Ley 790 de 2002 ha previsto el denominado ‘retén social’, institución que tiene que ver con los programas de renovación o reestructuración de la administración pública en el orden nacional. Con esta norma, no solo se busca la modernización de la estructura de la rama ejecutiva, sino que su capítulo segundo establece una protección para el retiro del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración; así entonces, las madres cabeza de familia, sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, podrán disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años.

La Corte Constitucional considera que:

[...] la política del ‘retén social’ deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados¹⁰. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como consecuencia del proceso de reforma de la administración pública.¹¹

¹⁰ Para la Sentencia SU-897 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, en el caso de los prepensionados, los tres años se deben contar “a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo, siendo este el momento determinante para la configuración o no de la garantía en cada caso concreto”.

¹¹ Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional C-991 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1030 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1238 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-795 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SU-897

IV. La estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional

La Corte Constitucional asegura que la estabilidad laboral es importante, cuando el trabajador se halla en una situación de debilidad manifiesta, lo que da lugar a la denominada *estabilidad laboral reforzada*, con especial protección constitucional. Este concepto, según la sentencia T-417 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, se desarrolla en una doble dimensión:

Negativa, porque impone límites para terminar la relación laboral de una persona que se encuentre en una circunstancia de debilidad manifiesta. Y positiva, en virtud de que tiene en cuenta las acciones afirmativas que hacen posible que la igualdad sea real y efectiva.

De cara a los sujetos de especial protección constitucional, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha advertido que:

[...] cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto para quien el constituyente consagró un deber especial de protección; o, cuando se trata de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, el derecho a la estabilidad laboral adquiere el carácter de fundamental, en virtud de diversas razones de carácter constitucional.¹²

Es claro entonces para el alto tribunal que la estabilidad laboral de quienes se encuentran en condición de debilidad manifiesta resulta especialmente relevante...

[...] no solo por la evidente relación entre esta y la posibilidad de gozar de condiciones de subsistencia dignas, sino porque la realización laboral de quienes se encuentran en tal posición se asocia directamente con la realización de la dignidad humana, y con la integración social de quienes enfrentan una limitación física, o de cualquier otro tipo.¹³

Para el alto tribunal, la estabilidad laboral reforzada se concentra en cuatro puntos fundamentales:

- (i) la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a un empleo; (ii) la imposibilidad de despedir a un sujeto de especial protección en razón a su condición;
- (iii) permanecer en su trabajo hasta que no se configure una causal objetiva que

de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada; del Consejo de Estado No. 11001-03-15-000-2003-0839-01(AC) de 31 de julio de 2003, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, No. 20001-23-31-000-2011-0037-01(AC) de 4 de mayo de 2011, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta, entre otras.

¹² Con respecto a la fundamentalidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada consultar las sentencias de la Corte Constitucional T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-531 de 2000 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹³ Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-462 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-566 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-292 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-881 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

justifique su desvinculación y (iv) que el despido esté mediado por la autorización de la oficina del trabajo..¹⁴

Desglosemos entonces el contenido de esta garantía:

El Artículo 27 de la ley 361 de 1997, tal como se explicó en el acápite de normas legales y reglamentarias, establece que en los concursos para el ingreso al servicio público las personas con limitación deben ser admitidas en igualdad de condiciones; además, si se llegare a presentar un empate se preferirán si “el tipo o clase de limitación no resulte en extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación”.

Adicionalmente, como también se enunció, con el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 el legislador estableció la prohibición de dar por terminado el contrato de trabajo a un discapacitado sin la autorización del Ministerio del Trabajo, y que tal despido genera para el empleador la obligación de cancelar una indemnización equivalente a 180 días de salario “sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Dicha norma fue modificada recientemente por el Decreto 19 de 2012, en el que se eliminó esta prohibición, pues el Artículo 137 dispone que “no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo”. La anterior norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-744 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla en la medida en que...

[...] la verdadera naturaleza de la indemnización que allí se plantea enerva el argumento de la inconstitucionalidad de la disposición legal, por cuanto dicha indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo.¹⁵

Al respecto, y en la misma línea, la sentencia T-772 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiterando lo dicho en la sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, recalca que subsiste “la exigencia de obtener autorización de parte del Ministerio de Trabajo para poder despedir al empleado que goce de esta protección, aún cuando se esté ante una justa causa”.

¹⁴ Colombia. Corte Constitucional (2010, mayo), *Sentencias*. “Sentencia T-417 de 2010”, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

¹⁵ Ver la sentencia T-313 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El punto de discrepancia entre las altas cortes

Sin embargo, la Corte Constitucional concluye que esta especial protección constitucional “también comprende a quienes, sin tener tal calificación se encuentran en una situación de debilidad manifiesta debida a la ocurrencia de un evento que afecta su salud o de una limitación física”.¹⁶ Se trata entonces de una situación susceptible de comprobación, que no está sujeta a ningún tipo de prueba tarifada¹⁷ y que no depende de requisitos legales o procedimentales, y sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido; simplemente, debe encontrarse probado que su situación de salud le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.

En consecuencia, para el alto tribunal de la jurisdicción constitucional...

[...] el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado.¹⁸

Según el mismo tribunal,

[...] el criterio de esta corporación ha evolucionado, al punto de concebir que la estabilidad laboral reforzada se hace extensiva a todos los trabajadores que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la grave afectación de su estado de salud.¹⁹

En el terreno de los hechos para comprobar una discriminación por razones de debilidad manifiesta deben tenerse en cuenta tres aspectos, a saber: (i) que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y, (iii) que el despido se lleve a cabo sin permiso de la autoridad laboral respectiva.

La Sentencia T-415 de 2011 indica que la protección se extiende a...

[...] los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una afectación en su salud; (b) esa circunstancia les “impida[a]

¹⁶ Ver al respecto la sentencia T-019 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ Ver la sentencia de la Corte Constitucional No. C-606 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango sobre la prueba de la condición de limitación.

¹⁸ Consultar las sentencias de la Corte Constitucional T-198 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-434 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-669 de 2009, .P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-961 de 2010, M.P. Humberto Antonio Serra Porto, T-754 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

¹⁹ Ver al respecto las sentencias T-754 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-772 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) que por sus condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’.²⁰

De lo anterior se deduce que no es relevante para la Corte Constitucional la existencia o no de la calificación de la pérdida de capacidad.

En síntesis, la Corte Constitucional considera que en virtud del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el trabajador que se encuentre en una condición de debilidad manifiesta, tiene derecho a conservar su trabajo y a no ser despedido en razón de su situación, permaneciendo en el mismo hasta que se configure una causal objetiva que amerite su desvinculación laboral, tal como se explicó, previa verificación y autorización de la autoridad laboral correspondiente. Además, como se verá en líneas posteriores, no debe importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad; el trabajador tiene derecho a conservar su trabajo aunque el término del contrato haya terminado, subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y el trabajador haya cumplido de manera adecuada sus funciones.

Por tal motivo, el juez de tutela ante una situación de terminación de contrato, sin la previa autorización del inspector de trabajo y el incumplimiento de los requisitos jurisprudenciales, deberá declarar ineficaz dicha actuación y, en consecuencia, conceder la protección invocada y ordenar el reintegro del trabajador a un cargo acorde con su estado de salud.

Pese a las anteriores consideraciones del tribunal constitucional, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha dicho que, en primer lugar, si bien concuerda con la tesis de la Corte Constitucional según la cual el carné de la EPS ha de entenderse como un medio más de prueba del estado y grado de discapacidad de su titular, para efectos de que pueda gozar de los mecanismos de integración social reconocidos en la Ley 361 de 1997, “el medio de prueba idóneo para esta condición es un dictamen médico”, cuando la limitación no sea evidente, pues la discapacidad corresponde a una condición real de la persona que se acredita mediante un dictamen profesional médico. (Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2012, agosto), *Sentencias*. “Sentencia Rad. 39207 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz”, Bogotá).

El mismo tribunal, en Sentencia Rad. 37514 del 27 de enero de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López reitera el criterio seguido por esta corporación, en el sentido en que considera que la Ley 361 de 1997 está diseñada

²⁰ Reiterada en las sentencias T-211 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, T-754 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-881 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones **severas y profundas**, “de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada”.²¹

Lo anterior se fundamenta en que no debe dejarse de lado la reglamentación de la precitada ley por medio del Decreto 2463 de 2001, cuyo Artículo séptimo consagra la manera de clasificar el grado de severidad de la limitación, así:

Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

En consecuencia, para el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, para hacerse acreedor de los beneficios de la ley 361 de 1997, en especial el de la estabilidad laboral reforzada del Artículo 26, debe contarse con “una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación”.²² Esto significa que para que se generen las consecuencias previstas en este Artículo se requiere establecer la condición de limitado en los porcentajes establecidos por ley, y que esa discapacidad física, minusvalía o pérdida de capacidad laboral tenga efectos vinculantes, “esto es, que esté demostrada su existencia y conocimiento por parte del empleador para el momento en que se ponga fin a la relación laboral, y no en forma ulterior o con posterioridad al rompimiento del vínculo”. (Colombia. Corte Suprema de Justicia. Rad. 37514 del 27 de Enero de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López).

El sector público

Desde muy temprano la jurisprudencia constitucional reconoció que “una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad”.²³ Esta afirmación sirve de sustrato constitucional al denominado ‘retén social’ aplicado

²¹ Rad. 32532 del 15 de julio de 2008, M.P. Elsy del Pilar Cuéllar Calderón, reiterada en Rad. 37514 del 27 de enero de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López.

²² Ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Rad. 37514 del 27 de enero de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López, Rad. 35606 del 25 de marzo de 2009, M.P. Isaura Vargas Díaz, Rad. 36115 de 16 de marzo de 2010, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad. 39207 del 28 de agosto de 2012, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, entre otras.

²³ Colombia. Corte Constitucional. (1992, junio), *Sentencias*. “Sentencia T-427 de 1992”, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en las sentencias T-372 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-988 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

en la administración a la hora de cambiar las estructuras de las plantas de personal con la creación, modificación, reorganización y supresión de los cargos “cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exige, en cumplimiento de los fines impuestos por el Artículo 209 de la Constitución”.²⁴

Cabe recordar que el capítulo segundo de la Ley 790 de 2002 incluye una protección especial que consiste en que no pueden ser retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres años contados a partir de la declaratoria de insubsistencia.²⁵ “En general, la protección que contempla la disposición mencionada tiene por finalidad la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana”.²⁶

Adicionalmente, la Corte Constitucional entiende, en paridad de criterio con el Consejo de Estado, que “la protección laboral reforzada, para el caso de las personas discapacitadas y las madres cabeza de familia, es mandato constitucional y su aplicación, en consecuencia, no se circunscribe exclusivamente a los programas de renovación de la administración pública”. Lo que en últimas se buscaba con la Ley 790 de 2002 era salvaguardar los intereses de quienes se encontraran en condiciones de vulnerabilidad estableciendo solo el trámite necesario en las entidades del sector central, lo que no implica de entrada una exclusión explícita de los órganos ajenos al mismo. En razón a estas consideraciones, la Corte Constitucional...

[...] “ha dispuesto que los beneficios surgidos con ocasión de aquellos procesos deben extenderse a los trabajadores de las entidades que sin pertenecer al sector central se encuentren en proceso de reestructuración o liquidación, en cumplimiento de los mandatos Constitucionales, específicamente el derecho de igualdad y los principios fundantes del Estado Social de Derecho.”²⁷

La Corte Constitucional especifica las condiciones de la garantía de estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares las personas en cir-

²⁴ Ver las sentencias de la Corte Constitucional T-399 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-650 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

²⁵ Colombia. Corte Constitucional. (2012, octubre), *Sentencias*. “Sentencia SU-897 de 2012”, M.P. Alexei Julio Estrada, Bogotá.

²⁶ Ver las providencias T-1050 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería, T-692 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-809 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras concordantes.

²⁷ Sentencia T-768 de 2005 y T-034 de 2010.

cunstancia de debilidad manifiesta para efectos del retén social, en los siguientes términos: 1) Al iniciarse la liquidación o reestructuración, se debe establecer un lapso en el que las personas que tengan la calidad de sujetos de especial protección alleguen la documentación necesaria para acreditar tal situación y, de esta manera, acceder a los beneficios. 2) Puede suceder que luego de haber concluido el término que se estableció para la entrega de documentación sobrevengan hechos que atribuyan tal condición a personas que no tenían esta calidad:

En esta medida se debe garantizar también la protección de estos derechos, siempre y cuando: (i) estas nuevas situaciones sean comunicadas por el servidor público en el interregno entre la ocurrencia de los hechos y la supresión del cargo; y (ii) la entidad tenga pleno conocimiento de estos hechos nuevos mediante la prueba correspondiente". (Colombia. Corte Constitucional. (2009, octubre). *Sentencias*. "Sentencia T-692 de 2009", M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá)

El Consejo de Estado en Sentencia 2011-00476 del 20 de junio de 2012, M.P. María Claudia Rojas Lasso retoma lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-388 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, así:

En este orden de ideas, cuando se conjuga el deber del Estado de procurar la estabilidad a sus trabajadores en procesos de reestructuración administrativa con el deber de adoptar acciones afirmativas en beneficio de los grupos históricamente discriminados, no es equivocado predicar una estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección. Siendo ello así, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica así lo demandan, entre los cuales sobresalen las madres cabeza de familia, velando en cuanto sea posible por su permanencia en la entidad de manera tal que la indemnización constituya la última alternativa.

Sobre el derecho a la reubicación laboral

Como consecuencia del derecho a la estabilidad laboral reforzada, cuando un trabajador se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que le impida desempeñar de manera cabal las funciones para las cuales fue contratado, debido a su estado de salud, tendrá derecho a la reubicación laboral.²⁸ En la sentencia T-516 de Julio 5 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional concluyó que la estabilidad laboral reforzada...

[...] conlleva la reubicación en un puesto en el que el discapacitado pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la

²⁸ Consultar las sentencias T-273 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-292 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-742 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-850 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, T-211 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas.

Ahora bien, habiendo entendido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada comporta el derecho a la reubicación, es menester precisar que la reubicación laboral implica por una parte, la asignación de un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo anterior, y por otra, “la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones, así como el suministro de la información necesaria en caso de que la reubicación no sea posible, a fin de que el trabajador pueda formular las soluciones que estime convenientes”.²⁹

De acuerdo con lo anteriormente planteado, este derecho a la estabilidad reforzada no es simplemente la prohibición de retiro de un trabajador que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, sino que a su vez, comporta el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el que se pueda...

[...] potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas. (Colombia. Corte Constitucional. (2012, marzo). *Sentencias*. “Sentencia T-191 de 2012”, M.P. Mauricio González Cuervo, Bogotá).

La conservación del trabajo implica entonces el desarrollo del principio constitucional de solidaridad, de acuerdo con las condiciones personales del sujeto de protección. Así, “la conservación del empleo y el ejercicio de una actividad lucrativa a pesar de los padecimientos de salud, representa para el trabajador la posibilidad de vivir dignamente y satisfacer su mínimo vital”.

Como conclusión, es pertinente advertir que el derecho a la reubicación habrá de circunscribirse al ámbito en el cual opera el derecho. Entonces...

[...] resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) El tipo de función que desempeña el trabajador. 2) La naturaleza jurídica. 3) La capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, este tiene la obligación de poner tal hecho en cono-

²⁹ Ver las sentencias de la Corte Constitucional T-337 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-292 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.³⁰

Alcance de la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral reforzada por vía de tutela

La acción de tutela consagrada en el Artículo 86 superior se caracteriza por su subsidiariedad, es decir, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, esta puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio judicial para resolver el conflicto o, existiendo otros medios, estos no resultan eficaces o idóneos, y por ello resulta necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable: “En este sentido, la subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. (Colombia. Corte Constitucional. (2001, abril). *Sentencias*. “Sentencia T-313 de 2012”, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá)

Esto significa que la evasión del proceso laboral mediante la acción de tutela la hace improcedente como mecanismo de protección de derechos en la medida en que ataca su principal característica de subsidiariedad ante la herramienta idónea (proceso ordinario laboral o contencioso administrativo) para el conocimiento del asunto particular. Ahora bien, con respecto a la solicitud de reintegro al cargo por medio de la acción de tutela, se ha sentado su improcedencia como regla general, toda vez que existen otros mecanismos de defensa judicial a los que se puede acudir. Sin embargo, en aras de velar por la correcta aplicación del principio de igualdad y en concordancia con el deber constitucional de protección a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha establecido una excepción, puesto que...

[...] en estos casos, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz, para la protección laboral reforzada, cuya finalidad es expandir el postulado de la igualdad real y efectiva, y de esta forma, garantizarles a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.³¹

³⁰ Colombia. Corte Constitucional. (2001, septiembre). *Sentencias*. “Sentencia T-1040 de 2001”, M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterada en la providencia T-341 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá.

³¹ Colombia. Corte Constitucional. (2012, abril). *Sentencias*. “Sentencia T-313 de 2012”, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá. Consultar también las sentencias T-677 de 2009, T-742 de 2011, T-777 de 2011, y Auto 252 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Esta excepción encuentra sustento jurídico en la medida en que el asunto cobra relevancia constitucional ante la posibilidad de que se trate de un acto discriminatorio y el desvalor constitucional que implica el despido en razón a una limitación (Colombia. Corte Constitucional. (2011, octubre). *Sentencias*. “Sentencia T-777 de 2011”, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiterada en la sentencia T-313 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).³²

Cabe resaltar que su procedencia también se predica en sede de debilidad manifiesta, concediéndose de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable mientras las autoridades competentes deciden lo pertinente, sin relevar al trabajador de acudir a las vías ordinarias judiciales. Así las cosas, la función del juez “es contener un hecho y tomar medidas definitivas o provisionales mientras el debate jurídico-ordinario se desarrolla, ya sea de manera simultánea o posterior a los procesos ordinarios, cuando la tutela se entienda como mecanismo transitorio”.³³

Según la misma Corte Constitucional, en el caso de los sujetos de especial protección constitucional:

El concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesaria atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos.³⁴

Estabilidad laboral reforzada en relaciones de trabajo de término definido, periodo de prueba y temporales

Para estas especiales circunstancias en las que se desarrollan las relaciones de trabajo, la estabilidad laboral reforzada de la población discapacitada o afectada de manera importante o sensible en su estado de salud, opera independientemente de la modalidad contractual convenida por las partes. Sobre esta primera premisa, la Sentencia T-449 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto consideró por ejemplo que...

[...] en los contratos laborales celebrados a término definido en los que esté inmerso un sujeto de especial protección y en los que el objeto jurídico no haya desaparecido, no basta con el vencimiento del plazo o de la prórroga para dotar de

³² Ver la Sentencia T-1023 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³³ Ver la Sentencia T-417 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁴ Ver las Sentencias T-434 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-352 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-506 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras concordantes.

eficacia la terminación unilateral del contrato, sino que, es obligación del patrono acudir ante inspector del trabajo para que sea este quien, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, determine si la decisión del empleador se funda en razones del servicio, como por ejemplo el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles, y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le haya dado al vínculo laboral.

A la misma conclusión llegó el alto tribunal constitucional cuando en la Sentencia T-263 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva que “el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación”, de manera tal que si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, “tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado”. (Colombia. Corte Constitucional. (2010, diciembre). *Sentencias*. “Sentencia T-996 de 2010”, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá). Esta protección se ha extendido jurisprudencialmente incluso a los periodos de prueba.³⁵

V. Estudio de casos prácticos sobre estabilidad laboral reforzada por encontrarse el trabajador en circunstancias de debilidad manifiesta

Sentencia T-050 de febrero 4 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa

Análisis de la justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo consagrada en el numeral 15 literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el trabajador supera 180 días de incapacidad

En el presente caso, el actor interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio, para el amparo de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, el trabajo, el mínimo vital, la seguridad social y la igualdad. En noviembre de 2008, el petente fue contratado para desempeñarse como mayordomo en una hacienda, asignándosele una casa de habitación para que viviera allí junto con su familia. El 24 de marzo de 2009, mientras se encontraba cumpliendo con sus funciones como mayordomo, el actor manifiesta que sufrió la amputación de su mano derecha al quedar atrapada en una polea, y desde esa fecha fue incapacitado por los médicos tratantes. El 13 de mayo de 2010 se le informa al trabajador que su contrato terminaría el primero de junio de 2010, con el argumento de

³⁵ Ver al respecto la sentencia T-281 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

que había transcurrido más de un año desde la fecha en que ocurrió el accidente de trabajo sin que hubiera recuperado su capacidad laboral, hecho que para el empleador constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Además, se solicitó la entrega de la casa de habitación que se le había asignado.

La Corte Constitucional analiza entonces la aplicación de la causal de terminación unilateral del contrato de trabajo establecida en el numeral 15, literal a del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. En una primera aproximación, concluye que la misma debe interpretarse armónicamente con el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues la causal de terminación unilateral del contrato de trabajo en mención “no le otorga al empleador la facultad absoluta de terminar el contrato de trabajo de aquellos trabajadores incapacitados por más de 180 días”

Esto, en el sentido de que para poderla aplicar se requiere lo siguiente:

(i)[...] debe dar cumplimiento del Artículo 16 del mismo decreto y de las otras disposiciones laborales, incluidos el Convenio 159 de la OIT y normas relacionadas con la obligación de reintegro”; (ii) “debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en cuanto a la autorización previa de la oficina de trabajo, y (iii) el empleador y las entidades responsables del sistema de seguridad social integral deben obrar armónicamente entre sí, y, a su vez, con el trabajador, con el fin de que el empleado incapacitado no interrumpa ni el tratamiento ni el acceso a la atención médica, ni deje de percibir los medios de subsistencia, bien sea a través del salario, o de la pensión de invalidez, si a ella tiene derecho.

En consecuencia, un empleador que pretenda terminar el vínculo laboral con un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo del cual se deriven incapacidades superiores a 180 días, invocando la causal bajo estudio, “solo podrá hacerlo cuando al trabajador se le haya calificado su porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, dictamen del cual dependerá la protección constitucional que se le deberá brindar”, por medio del salario o de la respectiva pensión de invalidez.

De acuerdo con estos argumentos se considera que el empleador no podía dar por terminado el contrato de trabajo del actor, porque la causal legal que sirvió de base al despido “solo puede aplicarse en aquellos eventos en los que la pérdida de capacidad laboral del trabajador ha sido calificada previamente, y el empleador cuenta con la autorización del Ministerio de Protección Social para dar por terminado el contrato de trabajo”. Demostrada la condición de debilidad manifiesta y la ausencia de autorización para el despido del Ministerio de Protección Social, la Corte Constitucional ordena el reintegro del peticionario con la consecuente reubicación y capacitación de ser necesario, sumada a la sanción establecida en el inciso segundo del

Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consistente en una indemnización equivalente a 180 días de salario.

Sentencia Rad. 37514 de 27 de enero de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López: la necesidad del dictamen médico

En el presente caso, la demandante celebró con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido, que se desarrolló entre el primero de diciembre de 1997 y el 24 de abril de 2006, desempeñado el cargo de Directora Ejecutiva de Ventas. Relata la actora, que en cumplimiento de sus labores adquirió enfermedades laborales denominadas “Escoliosis lumbar, espondiloartrosis lumbar, lasegue y hernia discal L-3 L-4, L4 L5, L5 S1, además de padecer hipertiroidismo crónico”. Por esta razón, fue incapacitada por varias contingencias a partir del 12 de julio de 1999 hasta la presentación de la demanda y que le fue terminado el contrato laboral durante el proceso de rehabilitación, sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (en ese entonces).

La Corte Suprema de Justicia considera que la Ley 361 de 1997 se instituyó para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, por tanto, sus destinatarios...

[...] son todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación.

Siguiendo con esta línea argumentativa, el alto tribunal ordinario recurre al Decreto 2463 de 2001 que en su Artículo quinto define la limitación ‘moderada’ como “aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%”. Aduce la Corte Suprema de Justicia que como la incapacidad permanente parcial de la demandante es solo del 7.41% y el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, por medio del cual se estructuró la pérdida de la capacidad laboral en un 55.60%, fue con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo inicialmente pactado. Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia NO CASA la sentencia.

Conclusiones

1. El concepto de limitación es amplio y comprensivo. Así las cosas, una persona limitada estará afectada o por una incapacidad, defi-

- ciencia, discapacidad, minusvalía o, en última instancia, invalidez. Al mismo tiempo, la discapacidad es apenas un elemento de la invalidez, por lo que no siempre que una persona se encuentre discapacitada, minusválida o con alguna deficiencia necesariamente será inválida.
2. La Carta Política de 1991 se destaca por la inclusión de garantías concretas e importantes para aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en situación de vulnerabilidad. En la normatividad internacional, constitucional y legal está prescrito que el concepto de personas en situación de discapacidad incluye a “aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Ahora bien, de la lectura de los Artículos 13 y 47 de la Carta Política se desprende el marco normativo de protección mediante: (i) la atención diferencial hacia los grupos que tradicionalmente han sido discriminados o marginados y la obligación estatal de (ii) adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.
 3. Tanto para el sector público como para el privado se han expedido diversas normas legales y reglamentarias que buscan fijar reglas precisas y establecer mecanismos de compulsión para proteger la estabilidad reforzada de los sujetos acreedores de la especial protección constitucional. Incluso, la Corte Constitucional, en paridad de criterio con el Consejo de Estado, ha extendido mecanismos como el ‘retén social’ de la Ley 790 de 2002 a todos los procesos de reestructuración de la administración pública y a todos los sectores, en cumplimiento de los mandatos Constitucionales, específicamente el derecho de igualdad y los principios fundantes del Estado Social de Derecho.
 4. De cara a los sujetos de especial protección constitucional, la Corte Constitucional ha considerado en reiterada jurisprudencia que cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto para quien el constituyente consagró un deber especial de protección; o, cuando se trata de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, el derecho a la estabilidad laboral adquiere el carácter de fundamental, en virtud de diversas

- razones de carácter constitucional. Para el alto tribunal, la estabilidad laboral reforzada se concentra en cuatro puntos fundamentales: (i) la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a un empleo; (ii) la imposibilidad de despedir a un sujeto de especial protección en razón a su condición; (iii) el derecho a permanecer en su trabajo hasta que no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación y (iv) que el despido esté mediado por la autorización del Ministerio de Trabajo.
5. La indemnización de 180 días prevista por la Ley 361 de 1997 tiene carácter sancionatorio y suplementario, lo cual no es suficiente para otorgar eficacia jurídica a la terminación del contrato de trabajo de la persona con limitación; pues siempre se requerirá la previa autorización del Ministerio de Trabajo.
 6. Según la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la Ley 361 de 1997 está diseñada, en contraposición a la opinión de la Corte Constitucional, para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas; es decir, un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues no debe dejarse de lado la reglamentación de la precitada Ley en el Decreto 2463 de 2001, cuyo Artículo séptimo consagra la manera de clasificar el grado de severidad de la limitación, así: "Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%".
 7. En contraposición al anterior argumento, para la Corte Constitucional no debe importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad. Así las cosas, el trabajador tiene derecho a conservar su trabajo aunque el contrato haya finiquitado, si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones. Por esta razón, para el tribunal constitucional ante una situación de terminación de contrato de un sujeto de especial protección constitucional, en el que se halle prueba de la debilidad y falta de autorización del Ministerio, el juez de tutela deberá declarar ineficaz dicha actuación y, en consecuencia, conceder la protección invocada y ordenar el reintegro del trabajador a un cargo acorde con su estado de salud en virtud de la presunción de discriminación que enerva la terminación del contrato de trabajo.

8. El derecho a la estabilidad reforzada no es simplemente la prohibición de retiro de un trabajador que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, sino que a su vez, comporta el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el que se pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante su limitación. La conservación del trabajo implica entonces el desarrollo del principio constitucional de solidaridad, de acuerdo con las condiciones personales del sujeto de protección, pues resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) La función que desempeña el trabajador. 2) La naturaleza jurídica. 3) La capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador, pero el mismo debe poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.
9. La evasión del proceso laboral por medio de la acción de tutela la hace improcedente como mecanismo de protección de derechos en la medida en que ataca su principal característica de subsidiariedad en relación con la herramienta idónea (proceso ordinario laboral o contencioso administrativo) para el conocimiento del asunto particular. En aras de velar por la correcta aplicación del principio de igualdad y en concordancia con el deber constitucional de protección a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha establecido una excepción a la subsidiariedad de la acción de tutela, haciéndola el mecanismo idóneo y eficaz para la protección laboral reforzada, para así garantizarles a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad de manera transitoria o definitiva el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Esta excepción encuentra sustento jurídico en la medida en que el asunto cobra relevancia constitucional ante la posibilidad de que se trate de un acto discriminatorio y el desvalor constitucional que implica el despido en razón a una limitación.
10. El empleador no puede dar por terminado el contrato de trabajo basado en la justa causa consagrada en el numeral 15 literal A del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, porque dicha causa legal solo puede aplicarse en aquellos eventos en los que la pérdida de capacidad laboral del trabajador ha sido calificada previamente,

y el empleador cuenta con la autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado el vínculo contractual.

11. Según la misma Corte Constitucional, en el caso de los sujetos de especial protección constitucional, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva: por un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, y por otro, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada; esto, para determinar la procedencia del amparo.

Bibliografía

Arenas Monsalve, G. (2007). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis Editores.

Román Bustamante, Á.D. (2006). **Protección en condiciones de debilidad manifiesta**. *Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social*. No. 137, sep.-oct. Bogotá D.C.

Corte Constitucional

- Sentencia T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-519 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia T-399 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia T-434 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-518 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia T-812 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-1015 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-936 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-039 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia T-234 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T-417 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa
- Sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-132 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia T-173 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia T-292 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia T-516 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-663 de 2011, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio
- Sentencia C-606 de 2012, M.P. Adriana María Guillén.
- Sentencia C-744 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-192 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

- Sentencia T-211 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T-225 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-285 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T-548 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia SU-897 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.
- Sentencia T-988 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T-027 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

- Sentencia Rad. 32532 del 15 de julio de 2008, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.
- Sentencia Rad. 35606 del 25 de marzo de 2009, M.P. Isaura Vargas Díaz.
- Sentencia Rad. 37514 del 27 de enero de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López.
- Sentencia Rad. 36115 del 16 de marzo de 2010, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Sentencia Rad. 39766 de 8 de junio de 2011, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Sentencia Rad. 39207 del 28 de agosto de 2012, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Consejo de Estado

- Sentencia Rad. 11001-03-15-000-2003-0839-01(AC) del 31 de julio de 2003, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
- Sentencia Rad. 2008-00133 del 31 de junio de 2008, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- Sentencia Rad. 2011-00476 del 20 de julio de 2012, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

El Derecho del Trabajo Ante las Crisis Extremas

Luis Enrique de la Villa Gil¹

*... El pasado perfuma los ensueños
con esencias fantásticas y añejas
y nos lleva a lugares halagüeños
en épocas distantes y mejores ...*

José Asunción Silva (Bogotá, 1865-1896), Vejececes.

... Todo llega y todo pasa.

Nada eterno :

ni gobierno

que perdure,

ni mal que cien años dure ...

Antonio Machado (Sevilla, 1875-1939), Poema de un día.

I. Rafael Forero Rodríguez, un maestro de la vida

Contar alguna anécdota de Rafael Forero Rodríguez es quedarse a principio del camino, pues una personalidad tan afable y generosa ha de haber producido cientos de anécdotas memorables a lo largo de su vida. Las que yo voy a recordar aquí son tres, relacionadas con mi persona, en los años que van del 1984 al 1989.

La primera pertenece a la corta estancia en Bogotá con mi esposa, María Jesús de la Serna, en el mes de diciembre de 1984. Veníamos de Perú, de impartir dos ciclos de conferencias en las Universidades Nacional Mayor de San Marcos de Lima y San Antonio Abad de Cusco, de las que recibí la emocionada distinción de Profesor Visitante. Al aterrizar en Bogotá, el 18 de diciembre, nos recibió Rafael Forero Rodríguez, con su encantadora esposa Leonor Contreras y, el hijo de ambos, Rafael Forero Contreras. El día 20 fuimos los cinco a recorrer los bellísimos alrededores de Bogotá, rematando la velada en un restorán cuya carta de especialida-

¹ Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la UAM. Ex-Rector de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA). Abogado en ejercicio, socio de Roca Junyent. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

des tenía dos versiones, para caballeros y para señoras, ésta sin precios, para no condicionar la elección del menú con el conocimiento del coste de los platos. Cuando María Jesús se admiró de la finura, Rafael mostró su felicidad por haberle procurado esa elegante sorpresa.

La segunda discurre en el viaje que realicé con Juan Antonio Sagardoy a Bogotá, en 1985, para impartir, *vis a vis*, el día 2 de octubre, la conferencia inaugural de la II Olimpiada Mundial (ABILYMPIC-85) de Habilidad Profesional para Trabajadores Minusválidos, con presencia del Sr. Betancur, Presidente de la República, y cuyo panel moderó Rafael Forero Rodríguez. Con motivo de esa estancia, nos invitó a ingresar, como miembros honorarios, en la Asociación Colombiana de Seguridad Social, lo que hicimos con sendos discursos el siguiente día 3. El día 4 viajamos con Rafael a Bucaramanga, donde nos reunimos con jóvenes estudiantes, en un Seminario Internacional de Derecho laboral, narrándoles la peripecia de nuestra transición a la democracia. Allí tuvimos ocasión de degustar, en el Hotel Chicamocha, las nada pequeñas *Hormigas Santaderianas Culonas*, -bien refritas, eso sí-, en verdad una vigorosa experiencia gastronómica. Pero lo que no se me olvidará nunca, son los consejos recibidos de Rafael para bailar salsa ortodoxamente, cuando percibió, en la fiesta organizada en su residencia, el 1 de octubre, que mi movimiento de cabeza era frenético. Por cierto que, en esa velada, hicimos entrega de *Títulos de Amigo* a toda la familia Forero, un Diploma rocó que Juan Antonio y yo habíamos ideado para celebrar nuestro “primer” cincuentenario con la gente más querida. Pues bien, con paciencia infinita, me explicaba Rafael que los movimientos rítmicos debían limitarse a los hombros y a las caderas, en tanto que la cabeza había de permanecer erecta. Como la teórica se mostraba insuficiente, de pronto apareció el maestro con un grueso librote sobre su cabeza y se unió a los bailarines demostrando su pericia pues al tomo capilar no se le permitía desplazarse ni siquiera un centímetro.

La tercera anécdota está relacionada con el libro de José Asunción Silva, titulado *Vida y Creación*, editado por la Presidencia de la República, en la Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura (Procultura), en 1985, al cuidado de Fernando Charry Lara. Se trata de una edición maravillosa y, desde luego, inencontrable que, para apagar la sed de mi admiración profunda por el poeta, me obsequio Rafael Forero en 1988. La dedicatoria externa, en tarjeta personal del queridísimo colega -para no alterar la albura del ejemplar inmaculado que me obsequiaba- dice así ... “*al querido amigo Luis Enrique de la Villa como recuerdo de su visita a la Lima de José Asunción Silva, el poeta del Nocturno*”, y viene datada en Bogotá, noviembre de 1988, con firma y rúbrica de Rafael. La anécdota nace de la extrañeza que debió pa-

decer el obsequiante al no recibir la menor expresión de mi gratitud por regalo tan valioso, lo que pude explicarle cuando finalizó la rocambolesca historia postal que retrasó la recepción de ese tesoro bibliográfico más de año y medio (!), no sé si por la negligencia de los servicios de correos de allá y/o de acá o por el cambio de bufete que realicé por esas fechas. Comprendiendo y aceptando mi zozobra, Rafael me consoló con versos de Silva, sacados de uno de sus *Avant-propos ... mi libro, este librejo/destila amargo dejo ...*

Dejemos ahora las cosas importantes, y pasemos a las rituales de nuestro oficio de laboristas, no sin expresar mi profundo cariño y reconocimiento a Rafael Forero Rodríguez, al que dedico este pequeño ensayo como homenaje a su persona y a su envidiable familia.

II. El derecho de la oportunidad

A veces se pide al Derecho del Trabajo que vuelva a ser el laúd de antes, el que fue creciendo *en umbrosa cueva con su verde madre*, dicho sea con el soneto VIII de William Drummond (1585-1649) ... A ese Derecho del Trabajo que, de espeso pasado, nunca ha sido ni será el Derecho del bienestar ni el Derecho de la emergencia, sino el Derecho de la oportunidad -de la casualidad, incluso-, en la tarea permanente de resolver mejor o peor los conflictos de intereses obrero-patronales, los que llevan al desastre a poco que el ordenamiento se descuide.

El Derecho del Trabajo ha convivido siempre con la crisis y por eso -en frase tan brillante como certera de Manuel Carlos Palomeque- es un compañero de viaje de ésta. Errará inevitablemente quien considere que el Derecho del Trabajo se ha formado en épocas de esplendor, o siquiera de bonanza, y que ha decaído en sus logros, reformándose a la baja, en épocas de miseria, o siquiera de turbulencia.

Porque la crisis ha estado siempre ahí, dura y continua, con sus diversos ropajes desde el nacimiento finisecular de las primeras leyes laborales españolas. Estuvo, la primera década del siglo XX, cuando la legislación laboral se estira prodigiosamente, presidida por sucesos como la Semana Trágica ... los sangrientos años veinte del pistolero callejero ... la puntilla torera a los derechos fundamentales en nombre de la eficacia ... los sucesos memorables de una república romántica, desorientada y atacada desde dentro y desde fuera, hasta caer infamemente derrotada, pero emisora de normas que encontraron un espacio vacío y sirvieron de excusa para los intensos retoques del franquismo, época en la cual la le-

gislación laboral y social experimentó un salto espectacular, hablando solo cuantitativamente.

De esos largos tres decenios y medio provienen muchos de los principios que presiden todavía las relaciones de trabajo y aunque la recuperación de la democracia ha lavado la cara de todas las instituciones, los principios del pasado son los que inspiran el desenvolvimiento de aquéllas, puesto que la única reforma que no se ha hecho, ni se hará, ni seguramente convendría que se hiciera, es la del funcionamiento del mercado de trabajo capitalista, del que la norma laboral no es en verdad la causa sino el efecto.

Ahora vive el mundo una crisis de dimensiones gigantescas, mucho más en los aspectos materiales que en los valores, que desde luego siguen siendo los mismos de siempre, y ahí están los casos de China y de India, las dos mayores potencias en ciernes, con su población conjunta de más de un tercio de la población humana sobre la tierra, con un producto interior bruto, ambas, muy superior al de cualquier otro país, hasta el punto de que esa China sorprendente lleva camino de doblar el PIB japonés. Y sin embargo ninguna tentación metacapitalista se advierte en estos ejemplos, lo que deberían tener muy claro algunos líderes accedidos a comprometidas responsabilidades de liderazgo antes de arriesgarse a decir que esta crisis va a dar otra oportunidad a los valores marxistas. Valores que no sólo en el plano económico, sino en el cultural y en el jurídico, se vienen limitando -y no es mérito baladí- a servir de contraste y confrontación con los valores dominantes de la economía de mercado, para perfilarlos mejor, y parece que así va a seguir siendo cuanto tiempo alcanza la previsión de los mortales de principios del XXI. El joven Marx fue un poeta romántico, no revolucionario, aunque ya entonces ofrecía versos proteicos ejemplares ... "estoy sometido a una lucha permanente/un constante ardor, un sueño interminable/que me lleva a no conformarse/con seguir la corriente de la vida" ... (*mich umwoagt ein ewig Drängen/Ew'ges Brausen, ew'ge Gluth,/kann sich nichts in's Leben zwingen,/will nicht ziehn in glatter Fluth ...*)

La crisis de ahora no es una crisis en V, ni siquiera en W, sino en U y quizá en L, no presentándose como un fenómeno en el que la estabilidad financiera y económica desciende estrepitosamente, para permanecer escaso tiempo en el hoyo y ascender de nuevo, con la misma vertiginosidad, hasta el punto de partida (crisis en V), ni siquiera el mismo hecho en dos fases continuas (crisis en W), sino una crisis en la cual, sufrido el pronunciado descenso a los infiernos, la permanencia en ellos es duradera. Con dos posibilidades, empero, la de permitir avistar el momento en el que se iniciará el ascenso a la situación originaria (crisis en U) o la de no permi-

tirlo (crisis en L), en cuyo caso la crisis se acompaña de un componente de ansiedad y de pánico en cuyo ambiente cualquier actitud, pública o privada, es posible por impropia que resulte en los análisis teóricos.

Luchar con esas crisis en U ó en L es tarea ciclópea, como se dice, quizá al exclusivo alcance de quienes integran alguno de los "Grupos G" (letra que en este caso no es la inicial de "gigantes"). A partir de ahí, que el protagonismo corresponda al homogéneo G-8 (USA, Japón, Gran Bretaña, Alemania, Rusia, Francia, Italia y Canadá) o al heterogéneo G-20 (USA, China, Japón, India, Alemania, Gran Bretaña, Rusia, Francia, Brasil, Italia, España, México, Canadá, Corea del Sur, Australia, Turquía, Arabia Saudí, Argentina, Suráfrica e Indonesia) es algo a decidir por ellos mismos, ponderando las ventajas de la concentración de los problemas y de la generalidad de las soluciones.

Lo que sí es bastante fácil de pronosticar es la impertinencia y el fracaso de las soluciones individuales, si los Estados se empeñan en actuar aisladamente, fuera de los acuerdos regionales o mundiales y a espaldas de las directrices de las instituciones internacionales del tipo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. Y si algún Estado puede tener la veleidad de hacer sólo la travesía del desierto, no es aventurable que sea alguno de los veintisiete de la Unión Europea, cuyos problemas sociales en la víspera de la crisis ya eran lo suficientemente graves para exigir la actuación concertada, con ese plomo en las botas de los noventa millones de parados y excluidos sociales, añadiéndose ahora la disminución del PIB, el crecimiento de la pobreza y el repunte de la inflación, o sea, el riesgo cierto de caer en recesión, lo que en el caso de varios de ellos no es sólo un riesgo potencial sino un siniestro actual.

Lo que en ningún caso quiere decir que los Estados soberanos, vistos uno a uno, puedan desentenderse de asumir sus propias responsabilidades y decisiones estratégicas, comprobándose entonces cuales de ellos cuentan con equipos de gobierno preparados para actuar rigurosamente y cuales otros están sólo en disposición de dar palos de ciego, encontrando entonces todo su dramatismo los versos de Fernando Herrera (1534-1597), de sobrenombre "el divino", que nos sitúan ... *do se rompe la nave en mar ondosos/si no va con destreza bien regida* ... Por citar un ejemplo próximo, pero no propio, un caso de aparente irresponsabilidad ha sido puesto en boca del ínclito Berlusconi, al proponer como remedio, desde su liderazgo festivo ... *"el optimismo, el coraje, la voluntad y la esperanza [que] pueden hacernos salir de prisa de la crisis"*, lo que no será posible ... *"si los consumidores se dejan llevar por el miedo, si las empresas reducen su producción y mandan a los*

trabajadores al paro [pues] entonces todo irá mal porque las familias consumirán menos y la crisis se agudizará” ... Algo así como decir ... ahí va eso, que con quien no va es conmigo ni con mi Gobierno ...

El papel que cabe asignar al Derecho del Trabajo, en esta rueda de la fortuna quebrantada, ha de ser manifiestamente insignificante, y las opiniones de otra hechura corren el riesgo de salir del terreno de la fantasía para entrar de lleno en el terreno del absurdo. Ni siquiera el Derecho del Trabajo tiene el camino abierto para introducir pequeñas reformas desconectadas de las medidas de política general que vayan adoptando los Gobiernos nacionales a toque de corneta de los centros internacionales de decisión financiera, aunque es cierto que la imaginación es siempre una ventaja y que más vale hacer las cosas con ingenio que burdamente.

III. Los modelos de la vaca y de la cabra

En la adopción de esas medidas, en los márgenes que un Estado soberano puede adoptar por sí mismo frente a una situación equiparable a la guerra contra el malestar y la pobreza, sí es exigible un proyecto cerrado en el que cada cosa esté en su lugar adecuado, donde se destierre del todo la improvisación guiada por la facundia de los que hablen más fuerte o colocan más alta la silla. Es estimable el modelo de la vaca, que siembra los campos de rotundas muestras de su presencia, acreditando su opción por la totalidad.

En el lado contrario está el rechazable modelo de la cabra, ese que deja caer espaciadamente pequeñas formas de su nerviosa movilidad, una aquí y otra allí, caprichosamente, una para esto y otra para aquello, sin saber siquiera cuantas más acompañarán a las precedentes en el itinerario a recorrer. Inútiles tomadas una a una, con la punta de los dedos índice y pulgar, se convierten en inmejorable apuesta de la cosecha por venir cuando se manipulan con la pala del tractor, desde el montón que el esfuerzo organizado haya formado antes homogéneamente.

Admitida esta dicotomía escatológica, los cuatro últimos años han sido pródigos en la adopción de medidas aisladas, ajustadas al modelo de la cabra, tanto aquí como dentro y fuera de la Unión Europea, presididas todas ellas por las mejores intenciones a partir de las “conversaciones informales” del último G-20 de Washington. Incluso es probable que algunas de esas medidas sean las mejores o de las mejores medidas que podían adoptarse para cumplir objetivos concretos en las circunstancias concretas, por ejemplo aplazando el pago de las cuotas de hipoteca, anticipando el cobro de la deducción por adquisición de vivienda, reduciendo las plus-

valías por compraventa de vivienda propia, bonificando la contratación de desempleados y el impuesto sobre la renta de las personas físicas en el caso de trabajadores y pensionistas, ajustando el arancel de los notarios y registradores de la propiedad, incrementando las rentas más bajas de los parados, ampliando los plazos para comprar casa a los titulares de ahorro vivienda, etc., etc.

Pero, al menos en el caso que más conocemos, ha brillado por su ausencia la elaboración de un programa global, y no sólo eso sino que las medidas asimétricas que han ido aprobándose para todos los españoles, se han visto perjudicadas en su uniformidad por las mil y una iniciativas autonómicas o regionales, dando lugar a un panorama confuso y diverso objeto de crítica por los propios ministros del Gobierno, aunque sin sobrepasar la denuncia discursiva. Lo primero, pues, es arbitrar un plan único e imperativo en el que, si acaso, se incardinan las propuestas complementarias de las Comunidades Autónomas de inquietudes regionales, pero sin romper ni manchar aquél plan general y único. En la elaboración de ese programa habrían de intervenir todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria y, siquiera a niveles consultivos, los representantes más significados del empresariado, de los trabajadores y de los consumidores, no siendo tampoco malo que, a un tercer nivel menos formal, se hicieran esfuerzos por conocer la opinión de los científicos de la economía y de la sociología, congregados institucionalmente.

Se va haciendo tarde para adoptar alguna de estas iniciativas, pero desde luego el gran consenso es imprescindible para justificar que la lucha contra el malestar y la pobreza se ha tomado en serio. El precedente de los Acuerdos de la Moncloa [sobre todo el Acuerdo sobre programa de saneamiento y reforma de la economía (25 de octubre), pero también el Acuerdo sobre programa de actuación jurídica y política (27 de octubre)] queda muy lejos, pues han caído muchos chuzos de punta desde 1977, y tampoco fueron tan eficaces como *Purga de Benito* ya que, por sólo recordar un detalle laboral, bajo su aplicación el paro alcanzó el techo del 21%, una tasa que empieza a parecer envidiable vista la deriva que va tomando el mercado de trabajo.

Pero lo que si aportaron esos dos Acuerdos preconstitucionales “monclovitas” fue la sensación de que todos los que podían hacer algo, por el interés general del país y de sus ciudadanos, tenían la voluntad de hacerlo y de hacerlo además marchando juntos, imagen muy lejana de la actual en la que cada uno tira por su lado sin alterar ni un centímetro, pese a la crisis devoradora de personas y de cosas, las actitudes rutinarias de estos últimos años : los que mandan a ver si pueden seguir mandando, los que tendrían opción

de mandar, limitándose a echar azúcar a la gasolina, los nacionalistas a sus nacionalismos, los demás a ver si aciertan de una vez por qué han perdido el lugar en el sol que la coyuntura de la transición les había obsequiado generosamente y todos, cada cual por su lado, mirando mucho más al enriquecimiento individual que a la depauperación colectiva. ¿Cómo decirlo mejor que el entonces Gobernador del Banco de España, cuando se hacía eco de la desconfianza general, traducida en hechos tan concretos como éstos : ... “los consumidores no consumen, los empresarios no contratan, los inversores no invierten, los bancos no prestan y el mercado interbancario no funciona, generando círculos viciosos” ...

Frente a ello sólo vale el plan o programa concertado en el que habría que incluir, junto a otros muchos más, un paquete de medidas destinado a favorecer un desarrollo discreto de las relaciones laborales. En este breve ensayo de un aficionado como yo soy a las cuestiones económicas -que me superan incluso en los momentos de normalidad-, lo único que está al alcance de quien lo escribe es reflexionar sobre el contenido del paquete laboral que podría alumbrarse, sujeto a priori a la observancia de tres condiciones inexcusables : incluir un conjunto de medidas para resolver problemas del futuro y no problemas del pasado; afectar a todos los trabajadores, empresarios, sindicatos y consumidores, ponderando el equilibrio entre lo que se gana y lo que se pierde por unos y por otros; e imponer el criterio de la transitoriedad, con vigencia sólo para el espacio de extrema gravedad que lo justifica, sin posible vigencia cuando la situación de normalidad se haya recuperado.

En primer lugar, resolver únicamente problemas de futuro, los generados por la crisis titánica, porque es desechable sin duda cualquier intento de aprovechar la ocasión para alguna “reformita” pendiente de los interesados en ella, por ejemplo la reducción del coste del despido (del lado patronal) o la limitación de las posibilidades de la contratación temporal (del lado sindical). Ambas son reformas muy necesarias que habrá que acometer en algún tiempo no lejano, sea en el modo en que las preconizan sus patrocinadores o en otro diverso. Pero esas reformas estructurales no deben transformarse en reformas coyunturales, pues son reformas con vocación de permanencia e insuficientes por sí mismas para afrontar las necesidades más inminentes del momento excepcional que se vive. Así podría entenderse la opinión que dio cuando se iniciaba la debacle (diciembre de 2008) el nuevo Secretario General del sindicato de mayor representatividad, afirmando que *“no hay ninguna necesidad de reformar el mercado de trabajo”*. Casi casi coincidente con la expresada el mismo día por el Presidente del Círculo de Empresarios, al manifestar *“que la regulación*

no es mala [pues] para que un mercado funcione tiene que estar regulado y la ley se tiene que cumplir”.

En segundo lugar, han de programarse y aplicarse como medidas universales, de las que nadie se librara ni para lo bueno ni para lo malo. Cada cual ve la solución de la crisis en la solución de sus propios problemas, pero o se intentan soluciones para todos o no servirán de nada aquellas en las que nadie ponga su confianza por el egoísmo intrínseco que las rija y el olvido de las cuitas ajenas. Por eso mismo los ajustes a establecer serían dos, simultáneamente. El primero entre los propios colectivos destinatarios de las medidas (trabajadores, empresarios, sindicatos y consumidores) y el segundo entre las ventajas y desventajas que las medidas significaran para cada uno de ellos singularmente considerados.

En último término, la transitoriedad de esas medidas excepcionales se impone porque su permanencia en el tiempo traicionaría el proceso histórico de formación de los derechos laborales, que sólo deben alterarse cuando sea posible sustituir el equilibrio que han consolidado por un equilibrio nuevo que atienda a las múltiples variables a considerar, coonestando del mejor modo posible los intereses privados (individuales o colectivos) y el interés público, interés general o interés social, en busca de la recuperación de la normalidad, en el bien entendido que “normalidad” no es otra cosa que ausencia del inminente peligro de malestar y pobreza generalizados.

IV. Apretarse el cinturón ... todos

La idea de universalidad, sacrificios compartidos y equilibrados más vigencia temporalmente limitada cabe bien dentro de ese dicho popular, pues lo que en definitiva expresa es que, mientras dure ese peligro socialmente fatal, **NO SERÁ POSIBLE A NADIE VIVIR TAN BIEN COMO HASTA AHORA VIVÍA, NI TAMPOCO SERÁ POSIBLE A NADIE VIVIR MEJOR DE LO MAL QUE HASTA AHORA VIVÍA.** El horno no se enciende para hacer bizcochos sino para hacer factible la subsistencia en condiciones básicas de dignidad.

Fácilmente se comprende que el conjunto de esas medidas estaría muy distante de constituir lo que en crisis (menores) de años atrás (en España las de 1975 a 1981 y de 1991 a 1994, por ejemplo) se denominó Derecho del trabajo de la “emergencia”, porque ese Derecho se configuraba como un Derecho degradado a causa de la crisis, con pérdida de protección para los protagonistas más débiles del proceso productivo. Derecho degradado que se mantendría, empero, posteriormente como Derecho definitivo, tal

y como ejemplifica la reforma laboral socialista de 1994, la más profunda de la democracia, aparte de polivalente, pues sirvió tanto para la mala coyuntura como para la excelente coyuntura posterior, sin que se alzaran muchas voces para recuperar lo perdido al marcar el barómetro muy distinta presión. Eso sí, adornando las mermas con las cantinelas al uso sobre las excelencias de la flexibilidad, que ahora por cierto se rebautiza como *flexiguridad*, uno de los árboles de sombra que mejor florece en el fértil territorio de la Unión Europea dedicado al cultivo de los camelos. En el poema *Oggi è di moda*, de su poemario *Diario Postumo, 66 poesie e altre* (1996), Emilio Montale (1896-1981) decía que *nulla è più stabile, se non qualche canzone/ripetuta sotto tutte le bandiere* Añadiendo en otro pasaje del mismo poema que *... a noi rimane la speranza che qualche/anacoreta distilli resine dorate/dai tronchi marcescenti del sapere ...* lo que no ocurre nunca porque los anacoretas van cada vez más a lo suyo y los troncos del saber son más putrefactos que putrescibles.

Las invenciones nominativas exóticas son siempre malas y ocultan invariablemente una trampa, salvo en los casos en los que esconden dos o tres a la vez. Preciso es esforzarse por ir más allá del significado convencional de estas pretendidas fórmulas taumatúrgicas, sustituyendo por realidades las palabras y frases hueras tan a la moda, que forman la jerigonza insufrible de la sostenibilidad, la evaluación comparativa de las prácticas idóneas para la gestión del cambio, la empleabilidad, los sistemas aprendientes, la infraestructura institucional preparada, la gobernanza, el método abierto de coordinación, etc., etc.. En el caso de la crisis económica sobra también el abuso de los socorridos auxilios retóricos como, por ejemplo, el de la liberalización de los mercados o el de la desregulación del marco de las relaciones laborales ...

El paquete de medidas laborales que se predica, concreto y visible para todos, expuesto con palabras llanas de un solo significado, repartiría a partes iguales garantías y sacrificios a los trabajadores, a los empresarios, a los sindicatos y a los consumidores. Este paquete de medidas es, como antes se ha dicho, rigurosamente excepcional, modificadorio de las leyes que regulan las respectivas condiciones de trabajo e instituciones sociales, pero con fecha de caducidad, como los yogures, y sin dejar el menor rastro en la legislación laboral cuando se tenga por terminada la situación de crisis inmensa para la que las medidas se adoptan. Operará, pues, respecto de estas medidas, una cancelación absoluta, un borrado sin huella, a partir de los cuales recuperarán vigencia los procedimientos normales de mantener o modificar las condiciones laborales precedentes. En evitación de posibles alargamientos o posibles ausencias declarativas de la

extinción de las medidas excepcionales, pueden establecerse éstas para periodos determinados (por ejemplo de un año), prorrogándose por otros menores (por ejemplo de seis meses) en función de cómo evolucionen los acontecimientos.

A) Garantías y sacrificios de los trabajadores

A los trabajadores hay que garantizarles, hasta donde sea posible, el puesto de trabajo, para que no pierdan su poder adquisitivo. Cuando no sea posible esa garantía, ni siquiera a través de las obras públicas que se emprendan, hay que cubrir la pérdida de renta con prestaciones de desempleo cercanas a aquélla, modificando en lo que sea necesario las normas reguladoras de la prestación de desempleo. Un trabajador sin renta de trabajo o renta social de sustitución es el primer problema a resolver en un programa excepcional como el que se necesita, por los efectos gravísimos que representa para el interesado y para su círculo familiar y, más allá de eso, para la dosis indispensable de normalidad productiva. Cuando así no ocurre, cuando la renta de subsistencia falta, entran en escena las ayudas familiares, la acción de las organizaciones de caridad y, ¡como no!, la economía sumergida, transformada de pronto en solución extrema para salvar los muebles del incendio.

A los trabajadores hay que imponerles, en contrapartida de la anterior garantía, el sacrificio de la congelación salarial, tan extensa como sea necesario en cada caso.

B) Garantías y sacrificios de los empresarios

A los empresarios hay que garantizarles la posibilidad de subsistir, único modo de mantener los puestos de trabajo, poniendo la mira en la reducción de las situaciones concursales (el incremento de las empresas concursadas ha crecido como la espuma desde la segunda mitad de 2008) y en la contención de los expedientes de regulación del empleo (que no han hecho más que crecer con las reformas laborales de los Gobiernos de Zapatero y de Rajoy). Al mismo tiempo, habrá que permitirles el establecimiento en convenio colectivo de dobles escalas salariales, a cambio de contrataciones nuevas y no para sustituir a trabajadores cesados, siempre que los menores niveles salariales de entrada se apliquen a todos los trabajadores ingresados en la empresa a partir de determinada fecha conforme a un plan asimismo colectivamente negociado.

A los empresarios hay que imponerles el sacrificio de mantener los puestos de trabajo con mayor exigencia que la actual, a cuyo efecto habrá de trocarse la complaciente permisividad de las regulaciones de empleo

saldadas con pérdidas de puestos de trabajo a cambio de indemnizaciones satisfactorias, sobre todo desde la óptica de los representantes de los trabajadores.

C) Garantías y sacrificios de los sindicatos

A los sindicatos hay que garantizarles la intervención efectiva en las negociaciones previas a la adopción de medidas excepcionales, aunque sin facultades de veto. También habrá que reconocerles el derecho a formar parte de las comisiones de seguimiento que se constituyan para vigilar la aplicación de los remedios que se adopten.

A los sindicatos hay que exigirles sacrificios en las plataformas elaboradas para la negociación colectiva y sobre todo para acometer la negociación de los expedientes de regulación del empleo, haciéndoles partícipes de las acciones que los poderes públicos diseñen para el incremento de la productividad a través de acuerdos estratégicos, cuyo detalle no puede quedar dentro de esta leve nota de opinión. La improbable actitud obstruccionista de parte sindical, sacrificando a su propia conveniencia el interés general dispuesto en el pacto político a cerrar, habría de traducirse en la minoración de algunos de los beneficios de su titularidad, aunque nunca directamente vinculados al derecho constitucional de libertad sindical. Lo que, llegado el caso, obligaría a pensar tan sólo en la reducción de beneficios cuantitativos, por ejemplo de las subvenciones obsequiadas para suplir las pobres recaudaciones de recursos propios, consecuencia a su vez de las bajísimas tasas de afiliación, salvo las modélicas excepciones de los pocos y pequeños sindicatos que se pagan su actuación independiente con el esfuerzo económico de sus afiliados y que, paradójicamente, son muy mal vistos por los sindicatos grandes.

D) Garantías y sacrificios de los consumidores

A los consumidores hay que garantizarles la estabilidad de los precios de los servicios públicos indispensables para la subsistencia (agua, gas, electricidad, transporte, etc.), lo que no quiere decir que las empresas productoras o suministradoras de esos servicios no puedan alterar los precios, sino únicamente que esas subidas, de existir, se financiarán con recursos públicos *ad hoc*. No es ésta una medida de orden general, extralaboral, si se considera que son los trabajadores los consumidores por antonomasia, al destinar más de dos tercios de su renta salarial, o social sustitutoria, a la adquisición de productos de primera necesidad.

Por ello mismo, a los consumidores habrá que garantizarles no la estabilidad de los precios de, digamos, veinte productos básicos de alimentación,

sino la venta de los mismos a precios “contenidos”, en cuya lista habrían de entrar el pan (1), la leche (2), el aceite (3), los huevos (4), las patatas (5), las cebollas (6), los ajos (7), tres clases al menos de verduras (8), tres clases al menos de hortalizas (9), tres clases al menos de legumbres (10), tres clases al menos de frutas (11), el arroz (12), la harina (13), el azúcar (14), la conserva de tomate natural (15), tres clases al menos de carne (16), tres clases al menos de pescado (17), tres clases al menos de embutidos (18), tres clases al menos de quesos (19) y tres clases al menos de yogures (20).

Se trata de que todos los ciudadanos puedan permitirse una buena nutrición a precios reducidos, para que el porcentaje de renta de trabajo dedicada a este gasto no les impida la adquisición de otros bienes o el pago de los créditos pendientes. Pero, naturalmente, con la misma diferencia anterior entre el coste efectivo de los alimentos y el precio pagado por el consumidor. Sería ésta una buena experiencia para ensayar medidas correctoras del abuso en los precios de los alimentos, supuesto que sea verdad, como se dice, por ejemplo, que en el precio de una cebolla, el 24% va a parar al productor y al transporte, mientras que el 76% restante se lo llevan las tiendas, la distribución y la manipulación.

En contrapartida los consumidores han de aceptar el sacrificio de la restricción del crédito máximo que pueden contraer para la compra de objetos que no sean de primera necesidad o indispensables para la realización de su actividad profesional, como por ejemplo un automóvil utilitario, poniendo coto al consumismo descarrilado de productos caprichosos, obsoletos al discurrir de unos cuantos meses.

Tanto las garantías como los sacrificios han de ser impuestos por los poderes públicos con cargo a sus presupuestos y con la indispensable colaboración de sus servicios de inspección (de trabajo, fiscal, de mercados, etc.), lo que obligará a multiplicar transitoriamente los efectivos actuales por medio de colaboradores calificados para el desempeño de tan exigente tarea, sirviendo la medida asimismo de vía inmejorable para crear un alto número de puestos de trabajo. Se sabe que el Estado ha dedicado recursos cuantiosos a fortalecer el sector financiero y sin duda ello podrá repercutir beneficiosamente en la moderación de los efectos de la crisis, pero esas acciones no pueden suplir las más cercanas a los ciudadanos, esas que se encuadran en lo que se denomina la “economía real”, el contraste más crudo a la economía basada en la ingeniería financiera.

Porque el reforzamiento de las prestaciones de desempleo, en extensión e intensidad, y el mantenimiento de los precios políticos de los productos básicos, exigirán recursos elevadísimos, a los que habrán de unirse los des-

tinados a la intensificación de la política social en tres áreas prioritarias, a saber, la de la inversión pública, la de la protección de los socialmente excluidos y de los inmigrantes y la de la atención a las personas dependientes.

1ª) Una inversión pública cuantiosa para la realización de obras públicas en las que absorber importantes contingentes de mano de obra parada es insoslayable. Algo más costoso desde luego es pagar salarios y cotizaciones sociales que prestaciones de desempleo, pero la duda entre una y otra alternativa no puede resolverse sino a favor de la primera. El principal enemigo de estas acciones es el apremio de contener el déficit, impuesto con crudeza, más que con rigor, por los países ricos (norte) a los países pobres (sur) del viejo continente.

2ª) Una acción de tutela reforzada para los socialmente excluidos y para los inmigrantes es asimismo indispensable. Con los primeros tienen siempre los poderes públicos un débito contraído y mal pagado, pero con los inmigrantes el compromiso deriva de la acumulación de los desaciertos cometidos por todos los Gobiernos, a partir del momento en que España fue elegida como lugar preferente de destino por millones de personas en busca del Dorado. Sólo los poderes públicos son responsables de que las cifras de la inmigración fueran primero muy altas y sean después muy bajas (con gravísima incidencia en los ingresos del sistema de seguridad social) y a partir de ahí los remedios sólo pueden partir de aquéllos, sin abandonar los padecimientos a la suerte de cada cual. Medidas socialmente correctas pero con el riesgo cierto de subir el termómetro de la xenofobia si no se acompañan de otras paralelas para los españoles en estado de necesidad, sobre todo en los casos en los que también decaiga el apoyo de la familia, si el paro ha afectado a todos o a la mayor parte de sus miembros.

Esa protección excepcional y transitoria a los inmigrantes debe manifestarse pronto y eficazmente -y no con testimoniales medidas como las actuadas en el propio año 2008, por medio del Real Decreto-Ley 4/2008, para aquellos que se decidan a retornar a sus países a cambio de percibir anticipadamente, en dos únicos plazos, las prestaciones contributivas de desempleo a las que tuvieran derecho por sus cotizaciones previas-, porque los inmigrantes no sólo carecen del colchón familiar que, en España, resuelve siempre tantos problemas para los nativos, sino que, con harta frecuencia, tienen que sostener las necesidades económicas de sus familias fuera de España.

3ª) Una atención efectiva y generalizada a las personas dependientes -aquellas que no se valen por sí mismas para las operaciones rutinarias de la vida diaria-, es medida ineludible, imprescindible en un esquema racio-

nal de protección social, dando su oportunidad antes negada a los dispositivos de asistencia social, tan relegada por el Estado como inapetecida por las Comunidades Autónomas, lo que seguramente explica el fracaso de una ley de intención maravillosa, pero de ejecución decepcionante. De modo que, en este caso particular, la crisis en marcha serviría para desencadenar unos nuevos modos de respuesta a las necesidades sociales de un elevado porcentaje de la población y no cubiertas, al presente, ni por el sistema de seguridad social ni por el sistema de salud, convirtiéndose de ese modo las medidas que se acometan en pilares irreversibles y no en excepcionales de aplicación transitoria. La protección social debe mirar, por ello, no sólo a la atención sanitaria (*salud*) y a la seguridad social (*dinero*), sino particularmente al amor (*asistencia social*).

Bajo estas exigencias el endeudamiento del Estado se encuentra en el ojo del huracán, con tasas irresistibles, como la japonesa, la más alta del mundo desarrollado. La única cuestión en verdad esencial exige responder a la pregunta de si el sistema financiero global tiene posibilidades de soportar los colosales déficits de los Estados, sin los cuales es descartable la expansión del gasto público. Una respuesta adecuada fue la de fijar irónicamente los límites a la actuación estatal en el Informe de Merrill Lynch (12 de noviembre de 2008), esa importante compañía nacida premonitoriamente el año de inicio de la gran guerra, adquirida poco antes por el Banco de América, para resguardarla de las consecuencias fatídicas de las hipotecas *subprime*. A lo mejor los 44.000 millones de dólares pagados por ella le ha hecho recuperar las ganas de bromear ... *¿por qué los Gobiernos no se limitan, simplemente, a entregar un cheque de un millón de dólares a cada uno de sus ciudadanos, protegiéndoles así de la crisis financiera global? ...*

Pero seguramente las cosas ni podrán ni deberán dejar de encontrar su punto de equilibrio entre lo que puede y lo que no puede gastarse para salir al paso de la crisis gigantesca que atenaza al mundo hoy, preocupación en la que ayuda no poco el interrogante deslizado, en el siglo IX, por el poeta árabe Ali IbnAl-Djahm ... *¿acaso los bienes de la fortuna/no son un préstamo/que pasa de mano en mano? ...*

Rafael Forero Rodríguez

Alejandro Venegas Franco

Rafael Forero Contreras me ha solicitado que haga un escrito respecto de su padre, Rafael Forero Rodríguez, a propósito de su arribo a la edad de 90 años; Rafael hijo, quiere una suerte de relato de los vínculos que se tengan con Rafael padre. Por supuesto, lo haré gustoso, honrado y por sobre todo, entusiasta, pues creo que se trata de un justo homenaje a un ser que, como en el famoso verso de don Antonio Machado, es un hombre bueno.

El ilustre jurista Alvaro Tafur Galvis, tuvo la amabilidad de presentármelo, de manera simultánea con la postulación que aquél hiciera de mi nombre para integrar la Academia Colombiana de Jurisprudencia, hacia el año 1997. Desde ese momento, he tenido por Rafael especial aprecio y cariño, al registrar sus calidades humanas y su compromiso con las buenas causas. Rafael tiene varias sinonimias, la primera con la Academia, la segunda con el derecho del trabajo y en cada caso, resulta ser una relación indisoluble.

I. La Academia Colombiana de Jurisprudencia

Cada sesión de la Academia, sea de incorporación, de ascenso, ordinaria o extraordinaria, cuenta siempre con su presencia amable y sonreída que acoge sin limitaciones a los nuevos integrantes; esa incluyente disposición permite la creación de un singular espacio de cordialidad y cercanía, la que luego se mantiene, pues Rafael se ocupa de alentarla. Es un buen ejemplo de la bonhomía.

Rafael ha manejado y aumentado la tesorería de la Academia con tino y pulcritud; las Academias suelen vivir de recursos monetarios limitados y

la diligencia en su administración es tanto mejor apreciada, cuando los recursos se incrementan. Tanto en la administración como en su expansión, ha primado disciplina en el ingreso y en el gasto, como dirían los expertos en hacienda pública.

La sede de la Academia, con la cual se cumple de alguna manera el mandato legal que el Estado provea un albergue, ha sido refaccionada, mejor reconstruida, bajo la dirección de la comisión de la mesa y de ella, Rafael actúa como vocero e interventor.

II. El derecho laboral

Los colegas que practican esta disciplina del derecho, cuentan con un especial reconocimiento y respeto, pues equilibran las relaciones entre los extremos de la relación de trabajo, cosa que no es fácil, no lo ha sido nunca.

Creo, además, que en cada instancia de la evolución del derecho laboral, siempre ha existido un reto: en un primer momento, la lucha por que se le reconociera su carácter autónomo e independiente respecto de otras disciplinas; luego, que tuviese una ponderación equivalente a las otras temáticas jurídicas, al no bastar la mayoría de edad sino ser necesaria una aproximación de jerarquía a las superiores categorías. Más tarde, la expansión del carácter protector del derecho laboral con la incorporación de la masividad de la seguridad social, la cual se acompañó con la opción de la presencia de operadores privados. En otra etapa, la constitucionalización del derecho laboral, para algunos huida; en fin, varios estadios y los juristas laboralistas debatiendo esas aristas.

Recuerdo que reflexiones alrededor de esos temas las oí en la Universidad al inolado José Eduardo Gnecco Correa, a José Roberto Herrera Vergara, quienes fueron mis profesores de derecho laboral individual y colectivo y luego, a German Valdés Sánchez, a mi compañero Gustavo José Gnecco Mendoza y al promisorio Ivan Daniel Jaramillo Saffir. En la Academia de Jurisprudencia, he oído comentarios al respecto a Jaime Cerón Coral y naturalmente, a Rafael Forero Rodríguez.

Esa armoniosa reunión de nombres, laboralistas de valía, sabe del conocimiento del derecho laboral que tiene Rafael Forero Rodríguez. Ellos han sido testigos del prestigio internacional que le acompaña, al haberse erigido en un diplomático exitoso de la escuela laboral colombiana en los foros internacionales de la materia; coinciden en la mención que fue de los pioneros en la participación en congresos internacionales, donde trabó amistad con tratadistas de relevancia como Rafael Caldera Rodríguez, Guillermo Cabanellas de Torres, Mario de la Cueva, Manuel Alonso Olea

y Felipe González, algunos de ellos, asistieron a los congresos de los laboristas en Colombia.

Quiero destacar que dos de ellos ocuparon las más altas dignidades en sus países: Rafael Caldera en Venezuela y Felipe González en España, quien convocó a Rafael para servir de testigo de un acuerdo en La Moncloa. Habrá un estudio juicioso de la historia que establezca la relación entre política y derecho laboral, en nuestro caso podría señalarse a Rafael Uribe Uribe.

Los laboristas son también un referente del ejercicio de su profesión ante los tribunales, incluidos los de arbitramento, antes tan empleados, siempre tan gallarda, decorosa y sin asaltos o artimañas.

Rafael Forero Rodríguez, es abogado de la Universidad Externado de Colombia, donde pasó sus años de vida en el período de 1946 a 1951, compartiendo sus clases con el maestro Fernando Hinestrosa, años durante los cuales acompañaba sus estudios con la labor de escribiente en el Consejo de Estado.

Santandereano de Málaga, es un hombre genuino, lejano de impostar, amante de su comarca, dedicado a la familia con su siempre compañera, su esposa Leonor, su hijo Rafael, tan entusiasta como continuador de su senda en derecho laboral y su nieto, también Rafael.

Con más de 60 años de práctica profesional, que ha combinado con la docencia; amigo de Blas Herrera Anzoátegui, de Alfonso Meluk, de Adán Arriaga, de Guillermo González Charry, en fin, de esa consagrada guardia del derecho laboral. Parte de esa experiencia fue compilada en su libro "Escritos Laborales", en 1990.

El Derecho laboral y la Academia Colombiana de Jurisprudencia son sinónimos de Rafael Forero Rodríguez. Por eso, la iniciativa de su hijo de estos testimonios, es muy pertinente y bien merecida.

Los Noventa Años del Académico Rafael Forero Rodríguez y Orígen del Derecho Laboral

Horacio Gómez Aristizábal

Breve introducción

A una “ACADEMIA” la conforma un grupo de hombres, altamente seleccionados por su ética y sabiduría. La misión de este tipo de instituciones es elaborar ciencia y transmitir ciencia. Una academia es en relación con una comunidad, lo que el cerebro en relación con el cuerpo humano, su parte más trascendental y luminosa. En el acta de fundación de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, se dice que uno de sus fines es convertir la institución en centro de investigación jurídica y escenario neutral para la controversia humanística. A la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA han pertenecido hombres excepcionales como Rafael Uribe Uribe, Hernando Holguín y Caro, Jorge Soto del Corral, José Vicente Concha, Jorge Eliécer Gaitán, Carlos Lozano y Lozano, Eduardo Rodríguez Piñeres, Darío Echandía, Antonio Rocha, Ricardo Hinestroza Daza, Fernando Hinestroza Forero y otros juristas antorchas.

Lo específico de nuestra Academia Colombiana de Jurisprudencia es el “DERECHO”. Y cuando se habla de derecho, invocamos lo que tiene que ver con lo justo y con lo injusto. La justicia es inmanente al ser humano, a las instituciones y a las naciones. Un pueblo sin justicia, es una horda o una montonera. La justicia es el derecho realizado. El político, el líder, el empresario, solo son fuertes cuando convierten su fuerza en derecho.

Noventa años de existencia del Académico Rafael Forero Rodríguez

A Rafael Forero Rodríguez hay que conocerlo en su intimidad, para apreciarlo en toda la altura de su inteligencia, su rectitud inquebrantable, su imaginación recursiva, su desinterés excepcional, su hondo sentimiento del arte y la cultura, su fervor por los humildes, su honor y su hidalguía. Ha sido producto maravilloso de su propio esfuerzo, su tesón y su afán de servir con eficacia y honestidad a su comunidad.

Constituye un gran acierto por parte de LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, patrocinar la publicación de un libro con ponencias laborales en homenaje a Rafael Forero Rodríguez al cumplir 90 años de fecunda y ejemplar vida. El Dr. Forero Rodríguez nació en Málaga Santander del Sur en 1923. Se casó con la esclarecida dama Leonor Contreras. Este matrimonio tuvo un hijo muy valioso, el catedrático Rafael Forero Contreras, miembro sobresaliente de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. Los dos, padre e hijo, son muy admirados como maestros de maestros en el terreno laboral. En varias universidades como LA JAVERIANA, EL EXTERNADO y otras han dejado huella como maestros en la apasionante disciplina laboral.

El hogar de Rafael Forero Rodríguez es emblemático. Nada puede superar los afectos familiares. La vida de familia es el estado natural del hombre. Principio y fin de la sociedad.

Desde temprana edad Rafael Forero Rodríguez se perfiló como un luchador y un combatiente. Siempre ha vivido en milicia contra la malicia. Ha tenido como normas dos axiomas. Ser fiel a lo mejor que existe en el espíritu de uno y superar permanentemente metas de perfeccionamiento cultural e intelectual. Por eso ha llegado lejos. Autor de estudios fundamentales sobre derecho laboral. En congresos nacionales y mundiales, ha brillado con luz propia por sus teorías, enfoques, tesis e inquietudes en el terreno del trabajo.

A Rafael Forero Rodríguez hay que definirlo como hombre de fibra.

En éste jurista existe la aptitud para los grandes actos.

Practica aquéllo de que no hay excelencia sin exigencia.

Con el equilibrio y la lucidez de su temperamento –no obstante su fervor por las ideas- va discurriendo por las diversas normas laborales en lenguaje limpio y claro, alejado de tecnicismos rebuscados y sin alardes, expone el alcance de las disposiciones normativas, explicando las causas motivas y finales y defiende su alcance y conveniencia. No le teme a la po-

lémica. Afronta la controversia con ponderación, conocimiento y dominio del tema. No le teme a la competencia, le teme a no ser competente.

I. El invento de la máquina revolucionó el trabajo

Inventada la máquina de hilar y de tejer, ya no tenía eficacia el telar familiar. Una sola máquina reemplazaría la producción de muchos brazos. Y vino la producción en serie y el montaje de las grandes factorías. Con lo cual se eliminó la economía familiar y los antes obreros independientes, tuvieron que emigrar a las ciudades donde se habían instalado las grandes filaterías mecánicas.

Esta fue la primera gran consecuencia del maquinismo: la destrucción de todo el tipo de economía, el desplazamiento de la población campesina hacia las ciudades; la desintegración de la familia, como entidad comunitaria ligada, a más del afecto natural, por los vínculos del trabajo solidario.

Mas luego vinieron otras muchas y graves incidencias. Porque las factorías requerían un poderoso montaje de instalaciones, equipos, materiales de mantenimiento. Todo ello era costoso. Demandaba fuertes capitales que, generalmente, no se hallaban al alcance de un solo erario personal. Era precisa la asociación de aportes; es decir, la constitución de compañías industriales, la vinculación de las gentes adineradas.

Así, de un lado tenemos al antiguo trabajador independiente que cierra su taller familiar para contratarse, como obrero asalariado, al servicio de los capitanes de la industria; y del otro, a éstos, económicamente vinculados para el montaje y la explotación de la empresa. Esta es la auténtica génesis de las dos gran des clases sociales que se enfrentarán en el futuro: el capitalismo y el proletariado.

II. El capitalismo

En primer lugar, de acuerdo con los principios del liberalismo impuestos por las revoluciones francesa e inglesa, el trabajo era considerado como una mercancía sometida, como cualquier otra especie mercenaria, al libre juego de la oferta y la demanda: por lo tanto el salario era un valor arbitrario y movible que fluctuaba al mismo ritmo de los mercados fabriles.

En segundo lugar, la transformación de las condiciones impuestas por la introducción de la máquina, halló el campo del trabajo desprovisto de toda regulación legal, de toda norma laboral de empresa que garantizase los derechos elementales del trabajador frente a la creciente ambición de enriquecimiento de los dueños del capital empresarial.

Veamos cómo describen la situación aludida dos escritores de diversa orientación doctrinaria, pero bastante acordes en el fondo de sus apreciaciones: Federico Engels y Francisco Ogliati. Así pinta el primero el complejo panorama social: “El hilado y el tejido de las materias crudas se realizaba en casa de obrero. La mujer y las hijas extendían el hilo que el marido tejía, o éllas vendían si el jefe de la familia no trabajaba. Estas familias de tejedores vivían en su mayor parte en el campo, en las vecindades, y podían con su salario pasarlo bien, porque el mercado del país, que se regulaba según la demanda de las telas, era casi el único mercado, y la preponderancia de la competencia aumentada, en seguida, con la conquista de los mercados extranjeros y con el desarrollo del comercio, no ejercía todavía una presión sensible en la paga del trabajo.

“Por esto se tuvo en el mercado patrio un aumento continuo de la demanda, en proporción con el crecimiento gradual de la población, pudiendo luego ocupar a todos los trabajadores, a lo cual se debe agregar la imposibilidad de una vivaz competencia de los obreros, unos contra otros, por el hecho del aislamiento campestre de sus habitantes. De aquí se seguía que el tejedor estaba casi siempre en situación de ahorrar algo y alquilar algún terreno que él mismo cultivaba en sus horas de ocio, y de éstas tenía todas las que quería, pues podía tejer cuando le diera la gana. . . De esta manera los trabajadores disfrutaban de una tranquila y dulce existencia, pasando honradamente la vida con la práctica del culto a Dios y el ejercicio de la probidad. Su situación material era mucho mejor de lo que ha sido la de sus sucesores; ellos no tenían necesidad de excederse en el trabajo. En su gran mayoría eran gentes sin vicios, y en su constitución corporal no se podía descubrir ninguna, o casi ninguna diferencia con la de sus vecinos los agricultores. Sus niños crecían al aire libre y, si podían, ayudaban a trabajar a sus padres; esto solo sucedía de vez en cuando y no había ni que hablar de un trabajo diario de diez o doce horas”.

El segundo, Ogliati, trae el siguiente minucioso diseño: “Primeramente el obrero trabajaba en su casa. Después fue constreñido a dirigirse a las grandes oficinas.

“Los capitalistas construyeron establecimientos, compraron máquinas y materias primas y produjeron gran cantidad de mercancías. Lo que el trabajador podía producir en su casa con un día de trabajo, el capitalista lo obtuvo en una hora, gracias a sus máquinas. Por esto, la pieza de tela que el trabajador casero tenía que vender a 5, el capitalista pudo ofrecerla en el mercado a 3 o a 2. Evidentemente, nadie compró ya al primero; éste no pudo sostener la competencia y hubo de resignarse a abandonar su casa y trasladarse **como** asalariado a la gran fábrica.

Se formaron así dos clases: de un lado la clase trabajadora actual, el moderno proletariado; del otro los capitalistas.

III. Miseria y pobreza

“Los trabajadores no estaban defendidos por ninguna organización. Ninguna ley social los protegía. Las Corporaciones habían sido abolidas. Los obreros, como átomos dispersos, quedaron al arbitrio del soplo potente del industrialismo moderno, que con todos sus economistas proclamaba el derecho de la libertad económica absoluta. Mas he aquí lo que sucedió: Al principio, a juzgar por las apariencias, el trabajador podía declararse satisfecho. En efecto, nunca había sido más abundante el dinero en sus bolsillos; todos los sábados él recibía su salario por toda la semana, y como el patrón abría las puertas del establecimiento también a las mujeres y a los niños, su mujer y sus hijos eran buscados y pagados. Parecía que el bienestar se hubiera posado entre sus paredes.

“Pero examinemos más de cerca el asunto. Y no nos olvidemos de la historia.

“1° - Ante todo, el obrero no tuvo ya seguridad de encontrar trabajo. A veces quedaba desocupado. Se acercaba a su patrón suplicaba e imploraba en vano; aquél patrón no necesitaba *de* él. Iba a otro, a un tercero, y siempre con el mismo resultado negativo. El hambre lo atormentaba; la miseria, antes desconocida en su familia, golpeaba a sus puertas; por fin daba con un patrón dispuesto a recibirlo, pero con una condición: en vez de salario de 8, le ofrecía un salario de 4. Esta disyuntiva se imponía o resignarse a recibir 4, o morir. Por cierto que el patrón le cantaba la canción de que era libre para aceptar aquéllas condiciones o mandarse cambiar; libertad para todos; libertad para el patrón y libertad para él. Y en nombre de su... libertad entraba renegando al establecimiento. El salario de 4 no bastaba para su manutención y la de su familia; pero, en todo caso, era mejor que la desocupación, o sea, el salario de cero.

“2°- Los establecimientos iban multiplicándose. Los industriales, felices con sus negocios de oro, se entregaban con loco ardor a la producción. Era una desenfundada carrera para producir y producir cada vez más. Los almacenes estaban repletos de mercancías; los mercados eran inundados. También se exportaba. Pero, qué desgracia!. Se había producido más de lo necesario; había una cantidad de mercancías elaboradas que 110 podían ser colocadas; había una superproducción. Los patrones que, en nombre de la libertad y la iniciativa individual, habían fundado oficinas, atraído obreros, aún con aumento de salarios, y producido desmesuradamente,

eran constreñidos a detenerse. Por algunos meses los almacenes estaban abastecidos con exceso. Una crisis surgía e iba en aumento. El patrón licenciaba una buena parte de los obreros, porque —les decía— no podía hacer trabajar cuando nadie compraba. Millares de obreros quedaban así sin trabajo. El hecho de la desocupación, no era ya entonces un fenómeno individual. Eran turbas enteras las que tenían hambre, que querían trabajar, pero no podían. Ahorros y economías conseguían hacer frente por un instante; después. . . después empezaba una situación horrible, desastrosa, desesperada.

“3°- Entre tanto, los obreros ocupados oían a su patrón decirles: “Antes daba a ustedes un salario de 4; ahora les doy 2; el que no esté contento, es libre para marcharse”. Y el pobre obrero, como si no bastase esta imposición del capitalista, debía sostener la competencia del compañero desocupado. Este tenía hambre, buscaba trabajo; no poseyendo nada, sino la miseria y las lágrimas de los suyos, se ofrecía a todo patrón, y con cualquier salario, aún con el de 1 y medio. El patrón se hacía rogar; después, pasado algún tiempo, decía al pobre desesperado: “Oiga usted, yo le quiero bien. Debe quedarme reconocido. No necesito otra mano de obra. Todo lo contrario. Estaría obligado a licenciar más obreros. Pero solo por condescendencia lo tomo a usted al 1 y medio, como estamos de acuerdo y como usted mismo libremente ha aceptado”. El otro. . . daba las gracias, y al entrar a la oficina ignoraba que su puesto, pocas horas antes, era ocupado por otro obrero que ganaba 2, y que había sido licenciado. Entre quien trabajaba por 2 y quien trabajaba por 1 y medio, el patrón elegía al segundo. La competencia arrastraba a menudo al obrero a una lucha fratricida.

“4°- Aún más, la competencia alcanzaba un grado de paroxismo por el trabajo de las mujeres y de los niños. El industrial tenía las máquinas. También una mujer o un niño son capaces de usarlas. Como a un hombre se le paga un salario de 2, a una mujer 1 y medio, y a un niño 0.50, el industrial abría las puertas del establecimiento también a las mujeres y a los niños. Qué importa que a veces el trabajo de éstas y de éstos no sea igual al trabajo de un hombre! El lo paga menos. Y era de su gran conveniencia aumentar el número de tales asalariados a bajo precio.

“¿De qué edad se pueden tomar los niños? ¿Y la mujer, llegada que sea a madre, cuántos días podrá estar en casa?

“Ninguna ley regulaba entonces el trabajo de las mujeres y de los niños. Y la avaricia de los industriales en todos los países ha cometido los más repugnantes delitos. A menudo las mismas “Inspecciones y relaciones gubernativas hechas por conservadores de la clase burguesa, han debido

reconocer enormidades bestiales que clamaban venganza. Niños de 7 y de 8 años, niñas de la misma edad, aprisionados en esas grandes fábricas, por 13 o 14 horas al día y obligados a un trabajo matador, desproporcionado a sus fuerzas. Niños que a veces se quedan dormidos trabajando; mujeres con su salud arruinada, que nos han procreado generaciones débiles y enfermas; jovencitas que en el establecimiento han perdido el pudor y la virtud; desastres materiales y morales; horrores que no hay pluma capaz de describir: he ahí una pálida imagen de un pasado todavía reciente.

“5° - ¿Cuántas han de ser las horas de trabajo?

“Hoy día se responde: ocho horas. Entonces eran 12, 14 y en algunos lugares 16. Y tal vez por 50 o 60 centavos al día.

“Llegaba el día de fiesta; no había, ninguna ley sobre el reposo festivo. “No se pueden parar las máquinas”, decía el industrial; tampoco la máquina “hombre” tiene derecho a reposar.

“Llegaba la noche. Y había trabajo nocturno, no reglamentado, 110 protegido, sino dejado al arbitrio de la libre iniciativa individual.

“6° - Un obrero se hacía daño trabajando. Era una desgracia del trabajo; por ejemplo, un brazo cortado, un individuo imposibilitado. Leyes de seguro obligatorio contra los accidentes, no existían entonces. Los patrones generosos —los otros no hacían ni siquiera esto— sacaban de su cartera un billete de 50 pesos y lo mandaban a la casa del infortunado. El cual, después de todo, se había caído por culpa suya. Debía estar más atento!

“Ahora, que él se las arregle! El sabrá cómo! En el establecimiento no puede ya permanecer, puesto que se ha vuelto incapaz de trabajar.

“Tal sucedía en los establecimientos. ¿Se echaba a perder una máquina? Rayos y centellas! ¿Se arruinaba un hombre? Cosa de poco momento: costaba tan barato la carne humana. . .

“7°’ ¿Y quién se preocupaba de la enfermedad del trabajador o trabajadora?

“El ambiente de las fábricas, su atmósfera caliente y húmeda, su temperatura a veces altísima, su aire poco oxigenado, la falta de ventilación, las exhalaciones de aceite de máquinas, engendraba enfermedades a destajo. Y muchas veces enfermar era delito. Castigo: el licenciamiento.

“8° - A la tarde, a la noche, salían los obreros y las obreras del establecimiento. Se iban a casa. Pobres familias! Los niños abandonados a sí mismos. El padre y la madre, tal vez a causa de los diversos turnos de trabajo, no se encontraban juntos sino de cuando en cuando. Los establecimientos, surgiendo numerosos en las ciudades y en los grandes suburbios, produ-

jeron el fenómeno del urbanismo. Muchos dejaban la aldea y acudían con sus familias a la ciudad. Consecuencia inevitable: la crisis de las habitaciones. Otra consecuencia: dormir en una estancia 6, 7 y aún 8 personas. Otra consecuencia: higiene y moralidad pasan a ser palabras vacías de sentido.

“Y podría continuar muy largo.

“Nadie, así lo espero, me acusará de exageración. Sin duda alguna hubo industriales buenos y humanos. Pero, quien conoce la historia de la industria moderna sabe que no exageraba León XIII cuando denunciaba el hecho de que “un pequeñísimo número de archirricos ha impuesto a la infinita muchedumbre de proletarios un yugo poco menos que servil”. Por lo demás, no tanto a sus teorías sobre el trabajo y el valor, cuanto a la documentación tomada de las investigaciones oficiales inglesas, denunciadoras de atroces monstruosidades e ignominias, debe Marx el éxito de sus teorías”, (Mario de la Cueva, Ob. Cit.)

IV. Destruir máquinas

Durante los primeros años del siglo XIX, esta inicua situación social fue creando un ambiente de tan alta tensión popular, que amenazaba provocar reacciones multitudinarias violentas. Ciertamente el crecimiento de las grandes empresas fabriles aumentaba progresivamente el problema de las desigualdades sociales: de un lado se concentraba la riqueza en pocas manos; las de los opulentos dueños de las empresas. De otro, crecía la miseria de los trabajadores sin amparo legal ni derechos estatuidos.

“Lo que temían los artesanos y obreros desde el siglo XVI, dice Guillermo Canabellas, los sorprendió bruscamente a mediados del siglo XVIII; una invasión de monstruos de hierro que al punto transformaron todas las tradiciones, paralizaron las manos hábiles y esparcieron alrededor suyo riqueza e indigencia. El proletariado, que cada vez se hundía más en los bajos fondos de la miseria, contemplaba con espanto y estupor a estos seres infatigables, de brazos múltiples, que parecían dotados de fuerzas inagotables, y pronto corrió de boca en boca la consigna: “Destruyémoslos antes de que se vuelvan demasiado numerosos. Si los dejamos multiplicarse harán de nosotros sus esclavos” (Ob. Cit.)

La reacción era ingenua e inoperante. Nada de lo que el hombre inventa puede destruirse. Los frutos de su imaginación son irreversibles como la proliferación misma de la especie. Siempre será el hombre un aprendiz de brujo expuesto a no hallar las fórmulas que conjuren sus enloquecidos experimentos.

La revolución antimquinista fue la primera respuesta contrarrevolucionaria, o mejor, la reacción ante el nuevo orden socio-económico. La inició un obrero de Nottingham, llamado Ned Ludham, destruyendo un telar de medias. Pero el movimiento se propagó a todas las ciudades industrializadas: a Lancashire, a Birmingham, a Presten, a Newcastle, a Glasgow, a Manchester. Centenares de máquinas fueron destruidas y multitud de motines y demostraciones de rebeldía estallaron por doquier.

El desasosiego era general y la situación se hallaba cargada de explosiva inconformidad. A la larga los rebeldes dejaron de dirigir sus iras contra la máquina y empezaron a organizarse contra la injusticia misma, contra los detentadores de los grandes capitales de empresa. Y también contra un régimen estatal que permanecía impasible ante el crecimiento de tantos desafueros.

Y empezaron las proclamas y consignas revolucionarias. Tuvo especial resonancia aquél llamamiento a la insurgencia lanzado por Shelley y cuyas candentes y rencorosas cláusulas conviene transcribir, como signo y eco de la tensión ambiente:

“Hombres de Inglaterra: ¿Por qué laborar para los lores que os tienen bajo sus plantas? ¿Por qué tejer con pena y preocupación los ricos trajes que llevan vuestros tiranos? ¿Por qué nutrir, vestir, sostener, de la cuna a la tumba, a esos ingratos zánganos que quisieran agotar vuestro sudor, sí, beber vuestra sangre? “¿Por qué, abejas de Inglaterra, forjar tantas armas, cadenas y látigos para que esos zánganos sin aguijón puedan pillar el producto forzado de vuestra labor?

“¿Tenéis ocio, comodidad, calma, abrigo, alimento? ¿Tenéis el dulce bálsamo del amor? ¿Qué es, pues, lo que tan caro compráis con vuestros trabajos y vuestros terrores?

“El grano que sembráis, lo cosecha otro; la riqueza que halláis, otro la guarda; los trajes que tejéis, otro los viste; las armas que forjáis, las lleva otro.

“Sembrad grano, pero que ningún tirano lo coseche. Hallad tesoros, pero que no los amontone ningún impostor. Tejed túnicas; pero que ningún perezoso las use. Forjad armas, a fin de llevarlas para defensa vuestra!” (Guillermo Canabellas. Tratado D. Laboral. T. I y II, B. Aires, Gráfico, 1949).

Todo esto ocurría durante la segunda década del siglo XIX.

Eran respuestas que surgían con vigor espontáneo y odio comprimido de todos los sectores donde la transformación maquinista hacía trepidar, con fragor de problemas, el alma de los nuevos proletarios. Era el nacimiento del Socialismo.

¿Pero qué es el Socialismo? ¿Es el simple movimiento espontáneo de inconformidad social que se traduce, aquí y allá, en movilizaciones de protesta multitudinaria? ¿Es un bloque compacto de doctrina socio-política o socio-económica en el cual se conforme una nueva filosofía de la sociedad, del trabajo y de la vida?

Los hechos no legitimarían una respuesta afirmativa e ingenua de las dos preguntas. Porque esos hechos nos muestran que el socialismo no es uno sino múltiple y vario. Hay muchas escuelas y orientaciones socialistas y ellas presentan modalidades muy diversas y aún opuestas, según la índole de los pueblos y el particular temperamento de sus preconizadores. Desde las primeras expresiones puramente transformistas y pacíficas hasta los más extremos desbordamientos de la lucha clasista sangrienta.

Con todo, si quisiésemos buscar algún denominador común para señalar esa diversidad de encuadramientos, diríamos que todas constituyen una respuesta, al gran estímulo del maquinismo.

Y si pretendiésemos hallar algo que pueda expresar la tendencia ideológica o, más propiamente hablando, la sustancia sentimental que impregna en su conjunto todas las tendencias socialistas, tendríamos que acudir a ciertas definiciones que nos han dejado algunos de los grandes pensadores del socialismo, tales como Durckheim y Macdonald. (Emilio Durckheim, Socialismo. Buenos Aires, 1953).

El primero estampa esta declaración: "El socialismo no es una ciencia, no es una sociología en miniatura, sino un grito de dolor y a veces de cólera, lanzado por los hombres que sienten más hondamente el malestar colectivo".

Mac Donald no nos da una definición del socialismo pero de las siguientes frases se deduce el concepto que de él tiene: "El socialista se niega a considerar el Estado como una simple colección de individuos en la cual la mayoría oprime a la minoría. El ve en el socialismo el medio que permite a la mayoría y a la minoría expresar una voluntad que les pertenece en común por que la minoría está orgánicamente vinculada a la colectividad en función de la cual obra el Estado"

Según Sombart, "el socialismo no es más que el reflejo intelectual del movimiento social moderno, es decir del conjunto de los esfuerzos de emancipación del proletariado".

Cuando, desde fines de la pasada centuria, Emile Laveleye se pregunta qué era el socialismo, no hallaba sino esta respuesta: "Yo no he encontrado nunca ni una definición clara ni siquiera una determinación precisa de esta palabra. Siempre se es socialista de un determinado socialismo".

Edmond Laskine, nos trae la siguiente anécdota referente a un diálogo entre Proudhon, acusado por los sangrientos sucesos de junio de 1848, y el magistrado del Tribunal que lo juzgaba: —No es usted socialista? Le pregunta el magistrado al acusado. —Ciertamente, responde éste. —Pero, qué es, pues, el socialismo? —Es, responde Proudhon, toda aspiración hacia la mejora de la sociedad. —Pero en este caso, dice el presidente, todos somos socialistas. —Justamente, eso mismo pienso yo, contesta el autor de las “Contradicciones económicas”.

La declaración del mismo Laskine acerca de la tendencia a considerar el socialismo como un simple hecho económico, fija en forma precisa su alcance: “Es necesario tomarlo (el socialismo) como un movimiento que desborda por todos lados la economía y que se extiende a la vida social entera”.

Es muy frecuente, entre gentes que no se han tomado el trabajo de informarse sobre estos problemas, la convicción elemental de que el socialismo significa abolición de la propiedad privada y todo sistema de empresa no estatal. Asimismo, es frecuente la no menos ingenua creencia de que todo socialismo implica subversión violenta del orden social y económico y aún explosión revolucionaria por las vías de hecho contra el orden jurídico.

Estas suposiciones tienen tanta validez como las contrarias, es decir, las que consistirían en suponer que todas las modalidades del socialismo conllevan una tendencia pacífica evolutiva y que ninguna de ellas ataca de frente el régimen de la propiedad privada y prescinde de los procedimientos revolucionarios violentos contra el orden constituido.

Pero estas diferencias de táctica y de doctrina no podrán apreciarse sino por medio de una breve referencia a las más destacadas escuelas y movimientos socialistas.

V. Roberto Owen. Apostol laboral

Hay que destacar el esfuerzo de un hombre de sobresalientes calidades humanas; de un ejemplar de apóstol de la justicia social y de organizador de excepcional comprensión y dinamismo. Dotado no solamente de un profundo sentido humanitario sino de una extraordinaria capacidad intuitiva y profética, puede considerarse como el verdadero precursor del moderno derecho del trabajo y como el instaurador de muchas instituciones que, en los tiempos posteriores, fueron incorporándose a la legislación laboral de diferentes pueblos como razonables y equitativas conquistas de las clases trabajadoras. Se trata de Roberto Owen.

Lo más notable del caso Owen es que no era un proletario, ni aún siquiera un capitán de precaria empresa. Es cierto que tampoco pertenecía a la alta burguesía ni a la nobleza *y* que inició su carrera con modestos recursos, como dependiente de comercio *y* otros cargos en los cuales demostró desde el principio sus excepcionales capacidades de organizador *y* de conductor de grupos humanos. Bien pronto se convierte en director de empresa; monta por su cuenta extensas factorías; ingresa, por lo tanto, en la clase de los influyentes capitalistas.

Bien hubiera podido Owen, como la gran mayoría de los demás grandes empresarios, dirigir su esfuerzo y su gran capacidad de organización productiva en extender el radio de sus negocios *y* beneficios industriales. No fue esa su actitud. Había comprendido que existía algo más importante, algo que afectaba la entraña misma de la sociedad: era la multitud de trabajadores; hombres, mujeres y niños que, bajo las más precarias condiciones destinaban la totalidad de su esfuerzo *y* su fatiga a la producción de las urgentes ganancias empresariales.

Owen dirigió, entonces, toda su preocupación y su fervor a idear instituciones que mejorasen aquella situación y empezó por eliminar la explotación del trabajo de los niños menores de diez años; por fundar escuelas para ellos, donde se preparaban para la vida de acuerdo con su sexo; estableció, por la primera vez, la jornada mínima de trabajo; ordenó la higienización y absoluta limpieza de las fábricas; instauró sistemas para el mejoramiento de la vivienda y las aldeas y concluyó estableciendo los almacenes cooperativos y las cajas de previsión para la enfermedad y la vejez.

Muchas otras iniciativas en orden al salario y al bienestar laboral, así como a la reglamentación de trabajo de las mujeres y los niños implantó Owen en sus empresas. Instituciones que hoy se hallan adoptadas por casi todos los países cultos pero que, en aquella *época* de incipiente comprensión de la dignidad del trabajo, eran en absoluto desconocidas.

Es claro que todo ello iba contra el sentido vigente impuesto por el liberalismo individualista, contra la máxima sagrada del *laissez faire*, y contra la consideración atomista del Estado. Representaba una fundamental innovación, una revolución pacífica en las condiciones del trabajo.

Además, el ambiente cultural del mismo proletariado no estaba preparado para aquéllo. Owen era un sociólogo intuitivo y pensaba que los males traídos por el maquinismo residían en gran parte en los desvíos por la aplicación de los mismos inventos y, también, en la falta de preparación para la adaptación a las nuevas condiciones del medio técnico. Era preciso un cambio de mentalidad. Y ésta era obra lenta y ardua. Comprendía que

las grandes diferencias sociales engendran peligrosas tensiones y situaciones explosivas. Era espíritu de paz y pretendía hacer buenos y conviventes a los hombres eliminando las causas de los odios y las desigualdades. Superar la etapa del egoísmo individualista para ingresar en la del ambiente de sociabilidad y cooperación.

Todas estas consideraciones lo llevaron al socialismo; pero, en principio a un socialismo pacífico, convivente, cooperacionista.

Con estudios de la mayor seriedad y profusos documentos estadísticos, demostró Owen las tremendas desproporciones entre las fuerzas productivas mecánicas y la disminución de las fuerzas productivas vivas en perjuicio de los trabajadores manuales y también la absurda desproporción entre el considerable aumento de la producción nacional y el pauperismo de las clases trabajadoras.

Inglaterra había llegado a un aumento tal de su riqueza de conjunto que rebasaba todas las necesidades nacionales y podía abastecer al mundo. Las clases capitalistas se habían tornado opulentas; pero, en cambio, el pueblo permanecía en la miseria. La conclusión de Owen, aquélla que lo condujo definitivamente al socialismo, casi comunista, fue la de que el mal de la época no estaba en la organización de la producción sino en su reparto. No es que faltasen riquezas, era que estaban inequitativamente distribuidas.

Owen se retira desencantado al ver lo precario del resultado de sus luchas frente a las gigantescas dimensiones de ellas. Pudo haber fracasado, en muchas de sus campañas, pero sus ideas se abrieron paso a través de los tiempos. Y, en todo caso, su personalidad quedaba grabada en la historia como uno de los más nobles precursores de la justicia social.

Como puede observarse, el socialismo de Owen tiene un carácter muy especial: es un socialismo cooperacionista, pacifista, convivente. No preconiza la abolición de la propiedad privada, ni mucho menos la lucha violenta y la áspera pugna de las clases.

VI. Lucha entre ricos y pobres

Los fermentos que, simultáneamente a la lucha política, fueron acendiéndose en Francia en los sectores laborales, adquirieron caracteres de explosividad al acercarse la mitad del siglo decimonono. Entonces vemos ya al proletariado de regreso de las pasadas coaliciones demo-sociales, organizado en clase beligerante y con no disimulados propósitos subversivos. Es la época de la constitución de las sociedades secretas o clubs similares a "Los amigos de la Verdad", "Los Amigos del Pueblo", la "Sociedad de

los Derechos del Hombre”, la “Sociedad de Familias”. Todas ellas, en mayor o menor grado, profesaban ideas de un socialismo de izquierda, muy vecino del comunismo en su posición sobre el problema de la propiedad y en las tácticas violentas para el logro del dominio de Estado. En mayor o menor grado, también, se inspiraban en las orientaciones extremas de Buonarroti y Blanqui. Es la tendencia o escuela que puede denominarse “socialismo anarquista”.

Una muestra del rencor clasista que ya se había apoderado de estas nuevas tendencias demoledoras, la encontramos en las siguientes frases de Adolfo Blanqui, pronunciadas ante los mismos jueces, con motivo de su acusación por actitudes contra el orden público: “Sí, señores, esto es la guerra entre ricos y pobres. Así lo han querido los ricos, pues son los agresores. Los privilegiados engordan con el sudor del proletariado. . . La máquina representativa sería una bomba aspirante y compresora que estrujase la materia llamada pueblo, para aspirar de ella millares y millones chorreando sin cesar en las cajas de algunos ociosos: máquina despiadada que tritura uno a uno a veinticinco millones de aldeanos y a cinco millones de obreros para extraerles lo más puro de su sangre y transfundirla a las venas de algunos privilegiados”. (Mario de la Cueva, D. México. Trabajo. Porrúa, 1949).

Otras diversas variedades de socialismo aparecen por entonces en Francia, que se han denominado “socialismo utópico”; y entre cuyos representantes se menciona a Fourier, Saint-Simon, y Proudhon.

Es especialmente interesante el sistema de Fourier, basado en lo que podríamos calificar como una filosofía de la sociedad con ideas bastante audaces en cuanto se refiere al análisis de la sociedad y la familia contemporáneas. Parte de la apología de la libertad absoluta en el desarrollo de los instintos y pasiones humanas, ataca el comercio como corruptor de las disposiciones naturales del hombre; considera el matrimonio como una hipocresía y preconiza el amor libre.

Dominado por cierto mesianismo, se considera llamado a realizar la transformación social por medio de un sistema de asociaciones y cooperativas que designaba “Falansterios”, especies de cooperativas o grandes concentraciones humanas similares a condominios en donde habitasen grupos de 1.600 a 1.800 personas; en perfecta libertad pero en cooperación de actividades productivas para toda la comunidad. Allí convivirían, en una sola grande asociación, todas estas personas de las más variadas y desiguales condiciones económicas y sociales, bajo el signo de la sociabilidad y las tres “pasiones definidas” apreciadas como básicas por Fou-

rier: el estímulo, el amor a la mudanza, y la concentración de fuerzas; llevando, además, una vida alegre, placentera y pacífica.

El socialismo de Saint-Simon, según la exposición de Mario de la Cueva, presenta una fisonomía muy diversa a la de los demás socialismos utópicos. También, como el de Fourier, se fundamenta en consideraciones de orden acentuadamente sociológico. Podríamos considerar la base filosófica de Saint-Simon como una nueva modalidad de interpretación cíclica del desarrollo social.

Atacan Saint-Simon y los saint-simonianos el derecho de herencia, considerando el patrimonio heredado como no fundado en título legítimo de trabajo.

Y no deja de ser interesante, y aún de tener cierto sentido profético aquélla predicción —que hoy parece cumplirse— de imaginar el Estado como una especie de grande empresa industrial organizada sobre la base de los intereses económicos.

El socialismo saint-simoniano no es una modalidad anarquista .ni revolucionaria subversiva. Abomina de los procedimientos de violencia. Es un socialismo transformista, semejante a otros que más adelante enunciaremos. La violencia era explicable antes por la ignorancia; pero hoy la humanidad ha tomado conciencia de las leyes de su progreso y desarrollo y adoptará otros caminos más razonables. El nuevo Estado asociado será un Estado jerárquico, ordenado según una escala de valores así enunciados: la religión, la ciencia, la industria.

VII. 1848. Manifiesto comunista

El avance de las ideas socialistas continúa, con especial intensidad, a partir de 1848, año especialmente convulsionado y que, además, señala la aparición del “Manifiesto Comunista” de Engels y Marx, documento el más trascendental de aquélla época.

Conviene mencionar algunos hechos que, aunque concomitantes o posteriores a la declaración comunista, guardan íntima relación con el rumbo que de 1848 en adelante debería imprimirse a los movimientos reivindicatorios de las clases trabajadoras y que constituyen otras tantas modalidades de la transformación socialista.

Presenta especial interés la llamada revolución de 1848 en Francia, por cuanto en élla se expresa ya en forma muy enfática el anhelo de la clase proletaria de participar activamente en el poder y, además, puede considerarse como el año en que se inicia el proceso y constitución de una legislación laboral, tuteladora de los derechos de las clases proletarias.

Es, por lo tanto, una fase importante del cambio social que podríamos considerar como la etapa inaugural del derecho del trabajo. De aquél movimiento surgieron en el parlamento francés importantes normas de sentido social, además del reconocimiento del derecho del trabajo. Especial operancia vendría a tener la creación de la llamada Comisión de Luxemburgo, cuyo encargo era el de preparar una legislación especial del trabajo.

Las conquistas laborales de 1848 sufrieron un receso, durante el gobierno de Luis Bonaparte en 1849, pero con el advenimiento de Napoleón III, cobraron una nueva vigencia. (Mario de la Cueva. Ob. Cit).

Agrega Mario de la Cueva: “Con todo, la situación política continuaba manejada por la burguesía y ésta frenaba considerablemente muchas justas reclamaciones de las clases obreras. Por otra parte, había ya logrado abolir el régimen de organización corporativa del trabajo por la ley Chape-lier y ello) tuvo repercusiones en Prusia donde, por leyes de 1860 y 1865, quedó también abolido dicho sistema, sin que en cambio fuese reemplazado por nada más adecuado y equitativos”.

Tanto en Francia como en Alemania se venía presentando una situación bastante difícil de sortear para los gobiernos y las empresas industriales. De una parte las libertades de reunión y de huelga concedidas a los trabajadores perturbaban con frecuencia el orden público y el ritmo de la producción; de otra, los gobiernos no querían enemistarse con las fuerzas proletarias. El mismo problema se presentó a Napoleón III y al gobierno alemán. En este último país, además, la voz de un líder de alta talla y autoridad, como era Lasalle, había tenido inmensas repercusiones. El había proclamado la llamada Ley *de* Bronce de los Salarios y convocó en Leipzig un Congreso obrero de donde resultó la “Asociación de Trabajadores Alemanes” cuyo fin principal era la conquista del sufragio universal pero por medios pacíficos y legales.

Bismarck que anhelaba armonizar la política de contentar a los trabajadores con la de garantizar el orden y el sosiego para el desarrollo industrial de Alemania, determinó, entablar negociaciones con Lasalle. Este estuvo renuente a las soluciones que terminaron con la muerte del mismo en 1864.

VIII. La lucha de Marx

El mismo año se celebró en Londres la Primera Conferencia Internacional, ya bajo la influencia del pensamiento de Marx. Cinco años más tarde, en 1869, se organizó el **Partido Obrero Social Demócrata** que lanzó un programa en Eisenach, en el cual, después de declarar que la cuestión

social es inseparable de la cuestión política, concreta sus reivindicaciones más urgentes en las siguientes cláusulas:

“1ª Sufragio universal, directo y secreto, concedido a todos los hombres de veinte años para las elecciones al Parlamento, Landtag, Asambleas Provinciales y Municipales y demás cuerpos representativos. Los representantes elegidos recibirán los emolumentos necesarios. 2ª Legislación directa, es decir, atribución al pueblo para proponer y rechazar leyes. 3ª Supresión de todos los privilegios de clase, propiedad, nacimiento y culto. 4ª Substitución del ejército permanente por una milicia popular. 5ª Separación de la Iglesia y el Estado y separación de la escuela y la Iglesia. 6ª Instrucción obligatoria en las escuelas populares e instrucción gratuita en todos los establecimientos de instrucción pública. 7ª Independencia de los tribunales, creación del Jurado y de Jurisdicciones profesionales para cada rama industrial; procedimiento público verbal gratuito de la justicia. 8ª Derogación de todas las leyes sobre prensa, derecho de reunión y coalición, introducción de la jornada de trabajo normal, limitación del trabajo de las mujeres, prohibición del trabajo de los niños. 9ª Supresión de los impuestos indirectos; impuesto directo, único y progresivo sobre la renta y las herencias. 10ª Apoyo por el Estado al movimiento cooperativo: créditos especiales otorgados por el Estado a las asociaciones libres de producción, con ciertas garantías democráticas” (Mario de la Cueva. Ob. Cit).

IX. Manifiesto laboral

Este tipo de socialismo ha recibido el nombre de **Socialismo de Estado** o **Socialismo de Cátedra**.

Terminada la guerra franco-prusiana, se formuló en 1875 otro documento: el famoso Programa Gotha que, por representar un nuevo avance de gran importancia en el proceso de la transformación de las condiciones de las clases sociales, consideramos útil transcribir en la totalidad de su parte declarativa: “I. El trabajo es fuente de toda riqueza y cultura y como, en general el trabajo útil no es posible más que por la sociedad, su producto íntegro corresponde a la sociedad, o sea a todos sus miembros, debiendo todos éstos participar en el trabajo con arreglo a un derecho igual y recibiendo cada uno según sus necesidades racionales. En la sociedad actual los medios de trabajo son monopolio de la clase capitalista; el estado de dependencia resultante para la clase obrera es la causa de la miseria y esclavitud en todas sus formas. La liberación del trabajo exige la transformación de los instrumentos del mismo en patrimonio común de la sociedad y la reglamentación por la comunidad del trabajo colectivo,

con afectación de una parte del producto a las necesidades generales y el reparto equitativo del resto. La liberación del trabajo debe ser obra de la clase obrera, frente a la cual todas las restantes clases no forman más que una clase reaccionaria. II - Partiendo de estos principios, el Partido Obrero Socialista de Alemania se esfuerza por todos los medios legales en fundar el Estado libre y la sociedad socialista; romper la ley de bronce de los salarios por la destrucción del sistema de trabajo asalariado; abolir todas las formas de explotación; eliminar toda desigualdad social y política. El Partido Obrero Socialista de Alemania, aunque actúe en primer lugar dentro del cuadro nacional, tiene conciencia del carácter internacional del movimiento obrero y está decidido a cumplir cuantos deberes se impone por este hecho a los trabajadores, con vistas a realizar la fraternidad de todos los hombres. El Partido Obrero Socialista de Alemania reclama, a fin de preparar el camino a la solución de la cuestión social, el establecimiento de sociedades obreras ríe producción, ayudadas por el Estado y bajo el control democrático del pueblo trabajador. Las sociedades de producción deben ser fomentadas en la industria y en la agricultura, con tal amplitud, que el resultado sea la organización socialista del conjunto del trabajo. El Partido Obrero Socialista de Alemania reclama como base del Estado: 1º Sufragio universal, igual y directo, secreto y obligatorio para todos los ciudadanos mayores de veinte años y para todas las elecciones generales y comunales. El día de la elección será un domingo o día festivo. 2º Legislación directa por el pueblo. La *guerra y la paz* serán votadas por el pueblo. 3º Nación armada. Substitución del ejército permanente por la milicia popular. 4º Supresión de las leyes de excepción, principalmente de las leyes de prensa, reuniones y coalición y, en general, de todas las que restringen la libre manifestación de las opiniones, libertad de pensamiento y estudio. 5º Justicia aplicada por el pueblo. Carácter gratuito de la justicia. 6º Educación general e igual del pueblo por el Estado. Obligación escolar. Carácter gratuito de la instrucción en todos los establecimientos escolares. La religión declarada cosa privada. III - El Partido Obrero Socialista de Alemania reclama en el régimen social actual: 1º - La mayor extensión posible de los derechos y libertades políticas, en el sentido de las reivindicaciones anteriormente citadas. 2º - Impuesto único y progresivo sobre la renta para el Estado y las comunas, en substitución de todos los impuestos indirectos, especialmente aquéllos que recaen sobre el pueblo. 3º - Derecho ilimitado de coalición. 4º - Jornada de trabajo normal en relación con las necesidades de la sociedad. Prohibición de trabajar los domingos. 5º - Prohibición del trabajo de los niños, así como el trabajo de la mujer perjudicial para su salud y su moralidad. 6º - Ley protectora de la vida y salud de los

trabajadores. Control sanitario de los alojamientos obreros. Vigilancia del trabajo en las fábricas y talleres, así como del trabajo a domicilio por medio de funcionarios elegidos por los obreros. Ley punitiva de infracciones. 7º-Reglamentación del trabajo penitenciario. 8º- Administración completamente autónoma de todas las cajas obreras de asistencia y socorro mutuo". (Mario de la Cueva. Ob. Cit.)

Se debe, además, a Bismark la creación del Seguro Social y de prestaciones que más tarde han sido incorporadas en la legislación laboral de casi todos los pueblos modernos, como el seguro por enfermedad, accidentes de trabajo, vejez e invalidez.

La evolución del movimiento social alemán es, sin duda, el más importante dentro del proceso de la constitución del derecho del trabajo. Entraña él un denso contenido institucional. Fija rumbos nuevos a la organización de las relaciones entre Estado e individuo, entre capital y trabajo.

Y lo más digno de tenerse en cuenta es que este poderoso avance jurídico, aunque no del todo ajeno a ciertas orientaciones de la doctrina marxista, —ya proclamada por aquélla época—, se aparta fundamentalmente de ella en cuanto a su áspera concepción de la lucha de clases, a sus consignas de violencia y en cuanto a sus metas de dictadura proletaria.

Conviene anotar, además, que la transformación de las estructuras socio-laborales y aún estatales, en general, de Alemania, no se verificó sino como culminación de una ardua pugna interna entre los partidarios de la social democracia y los del movimiento jurídico revisionista. En tal pugna fueron figuras, del lado marxista Liebknecht y Bebel; los propugnadores de la social-democracia, especialmente Carlos Kautsky, y los orientadores del movimiento revisionista, inicialmente Jorge von Wollmar y últimamente Bernstein, quien, en la época a que nos referimos, llevaba su jefatura y principal liderato.

No fue ajena a la culminación de esta trascendental transformación la guerra mundial que, entre sus múltiples incidencias tuvo la de precipitar el cambio de las condiciones del trabajo y de las regulaciones legales entre capital, Estado y trabajo.

X. La Constitución de Weimar y el derecho laboral

Culmina todo este proceso en la Constitución de Wellmar de 1919 que representa un cuerpo de doctrina de gran avance jurídico-laboral. A través de todo su contexto se aprecia la intención de compaginar en una estructura armónica de principios la estabilidad del orden estatal con /las libertades laborales y el legítimo derecho del individuo y de la libre empresa con

los requerimientos del interés común y la justicia comunitaria. “Con élla, dice el Profesor Mario de la Cueva, la escuela liberal y el individualismo extremo quedaron derrotados” y agrega: “la constitución de Weimar fue un triunfo de la burguesía alemana, pues con la caída de la monarquía se estableció su gobierno. Pero, como’ queda indicado, significó un gran adelanto respecto a las Constituciones de los Estados de tipo liberal, por el cambio que introdujo en la política económica. No fue únicamente el principio del intervencionismo de Estado: más bien el triunfo del socialismo/ de Estado y, en consecuencia, la posibilidad de mejorar colectivamente las condiciones de vida. Por otra parte, este mejoramiento colectivo habría de perseguirse por los métodos democráticos” (Mario de la Cueva. Ob. Cit.)

“Artículo 151- La vida económica debe organizarse conforme a los principios de la justicia, con el fin de garantizar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites debe respetarse la libertad económica del individuo. La libertad de industria y comercio queda garantizada en los términos de las leyes respectivas. Artículo 153 - La propiedad queda garantizada por la Constitución. Su contenido y sus límites serán fijados por las leyes. La expropiación solo puede tener lugar por causa de utilidad pública de acuerdo con las leyes y salvo disposición legal en contrario, mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe estar al servicio del interés general. Artículo 155 - La repartición y utilización de la tierra serán controladas por el Estado a fin de impedir abusos. . . El aumento de valor de las tierras, que no sea debido al trabajo o a la inversión de capital, aprovecha a la colectividad. Artículo 156 - El Estado puede, mediante una ley, a reserva de cubrir indemnización y aplicando por analogía las disposiciones sobre expropiación, socializar las empresas privadas, en beneficio de la colectividad. . . El Estado puede, además, en casos de urgente necesidad, reunir en una sola unidad autónoma empresas o sociedades, con el fin de asegurar la colaboración de todos los factores de la producción, haciendo participar a trabajadores y patronos en su administración y reglamentando, de acuerdo con los principios colectivistas, la producción, creación, distribución, empleo y precio de los productos, así como su importación y exportación. Las cooperativas de producción y consumo y sus uniones, a petición de las mismas, deben ser incluidas en la forma colectiva de explotación, teniendo en cuenta su constitución y caracteres. Artículo 157 - El trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado. Artículo 159 - La libertad de coalición para la defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo y de producción queda garantizada para todas las profesiones. Artículo 161 - El Estado organizará, con el concurso adecuado de los asegurados, un sistema de seguros para la conservación de la

salud y de la capacidad de trabajo que garantice a la clase obrera de todo el mundo un mínimo *de*: derechos sociales. Artículo 163 - A todo alemán debe darse la oportunidad de que adquiera, mediante su trabajo, lo necesario para su subsistencia. Artículo 165 - Los obreros y empleados tienen derecho a colaborar sobre un pie de igualdad con los empresarios en la fijación del salario y de las condiciones de trabajo, así como en la determinación de la forma en que deberán desarrollarse las fuerzas económicas de la producción. Las organizaciones de patrones y trabajadores quedan reconocidas la lucha por la legislación social, la unión de los proletarios de todos los países, la abolición de las clases y la dictadura del proletariado como etapa de transición hacia la instauración del comunismo universal, Bakunine iba directamente contra el régimen de la propiedad privada, proclamaba la abolición del Estado y, como procedimiento, los métodos de la conjura secreta y la acción armada y violenta. En la mayor parte de estos planteamientos tuvo el apoyo y la solidaridad de Proudhon.

Y también más explosivos que los mismos debates de la Primera Internacional fueron la serie de hechos y reuniones que vinieron con posterioridad a ella, en los diversos países. Durante este período se decantaron muchas de las ideas, aún imprecisas en la Primera Internacional y también se pronunciaron los antagonismos entre las diversas tendencias que habrían de continuar configurando las diversas corrientes y partidos socialistas.

La Segunda Internacional se inició en Amsterdam y sus reuniones, celebradas con anterioridad y posterioridad a la Guerra Mundial de 1914-1918, estuvieron preocupados principalmente, como era natural, por el problema mismo de la guerra. La actitud que debería asumir el socialismo frente al conflicto que en esos momentos perturbaba la tranquilidad europea, y frente al fenómeno de la guerra, ocupó la mayor parte de las deliberaciones. Las opiniones estuvieron bastante divididas entre los partidarios de hacer imperar el principio de la paz como tesis normativa, frente a los conflictos bélicos, por considerarse que éstos eran producidos por la ambición de las clases burguesas imperialistas, y los que sobre toda consideración colocaban el sentimiento patriótico y la defensa nacional. Por lo ciernas, la Segunda Internacional constituye una reacción contra el comunismo y un rechazo de sus tesis extremistas.

La Tercera Internacional, por el contrario, es un regreso al anarco-comunismo; es el Komitern, con sede en Moscú, que funciona a partir de 1919, ya bajo el régimen soviético imperante en Rusia desde la Revolución bolchevique de 1917. El Komitern sufrió el rechazo de fuertes corrientes socialistas de otros pueblos y de muy ilustres orientadores del movimiento obrero universal. Los mismos rusos buscaron su transformación cam-

biándole inclusive su nombre por el de Kominform. En la actualidad carece de toda vigencia.

En la extensa órbita universal, los movimientos socialistas han venido propagándose y adoptando las más diversas tácticas y modalidades.

XI. O.I.T. Oficina Internacional del Trabajo

—La causa de las clases trabajadoras, ha ganado terreno en el campo de la reivindicación de los derechos laborales, sobre todo a través de la Oficina Internacional del Trabajo, (O.I.T.), que ha promovido una serie de Convenciones Internacionales encaminadas a establecer compromisos de base sobre una serie de instituciones amparadoras del trabajo y de los sectores desvalidos de la sociedad.

La Organización Internacional del Trabajo fue establecida como parte integrante del Tratado de Versalles, del 28 de junio de 1919 y más tarde, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y a la expedición de la Carta de las Naciones Unidas, se ratificó y precisó su alcance por la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1947.

El espíritu de esta importante Organización puede sintetizarse en esta frase: “Garantizar la paz entre los pueblos por la implantación de la justicia social”. Así se desprende del Preámbulo de su Constitución original que a la letra dice:

“Considerando que la Sociedad de las Naciones tiene por objeto establecer la paz universal, y que esta paz no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social;

“Considerando que existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones, lo cual engendra tal descontento que constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, a la fijación de una duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, al reclutamiento de la mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia decorosas, a la protección del trabajador contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes del trabajo, a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez e invalidez, a la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, a la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical, a la organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;”

Los principios fundamentales de dicha Organización Internacional están enunciados en la forma siguiente:

“Primero. - El principio fundamental, antes enunciado, de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio.

“Segundo. - El derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los obreros como para los patrones.

“Tercero. - El pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida adecuado a las condiciones de existencia en sus respectivos países.

“Cuarto. - La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho, como fin a alcanzar dondequiera que no se haya obtenido todavía.

“Quinto. - La adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas, como *mínimum*, que deberá comprender el domingo siempre que sea posible.

“Sexto. - La supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico.

“Séptimo. - El principio del salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de igual valor.

“Octavo. - Las reglas que se dicten en cada país para las condiciones de trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país. “Noveno. - Cada Estado deberá organizar un servicio de inspección, en el que participen las mujeres, a fin de velar por la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores.”

—La transformación tecnológica o maquinista, presenta una serie de caracteres, muchos de los cuales la tipifican y diferencian de los otros grandes cambios sociales que han dirigido el rumbo de la humanidad.

Es, desde luego, evidente que élla no tiene, durante su etapa inicial, los rasgos explosivos y violentos que caracterizan otros cambios, como, por ejemplo, la Revolución Francesa y los acontecimientos de la emancipación de los países americanos.

La revolución maquinista se inicia por un hecho, al parecer intrascendente en su génesis, como es la invención de la máquina de vapor. Dicho invento, sin embargo, va a producir muy extensas y graves consecuencias.

En principio, parte de un simple hecho económico: la aplicación de la máquina a la industria filatera. Pero tal hecho trae como inmediatas consecuencias otros muchos: la eliminación de la industria familiar, su reemplazo por la grande industria fabril, el desplazamiento de grandes porciones de población trabajadora de los campos y aldeas a las ciudades; el cambio del "status" del trabajador independiente por el del trabajador asalariado; la concentración de los capitales de industria en pocas manos; el abuso del trabajo de los obreros de las grandes fábricas por los dueños y empresarios de éstas; la concepción del trabajo como una mercancía abandonada a la ley de la oferta y la demanda; la ausencia de reglamentación legal del trabajo de las mujeres y los niños; en fin, el hecho de dejar la fijación de la totalidad de las normas sobre regulación del trabajo a la voluntad arbitraria de los patronos. Además, se había dividido la sociedad en los dos grandes estamentos que aún luchan acremente: el capitalismo y el proletariado.

La acumulación de abusos e iniquidades a que dio lugar el hecho genitor enunciado (cuadro ya descrito en la primera parte de esta Jornada), tenía que provocar agudos estados de tensión social y generar reacciones defensivas en los sectores sociales afectados.

El proceso de estas reacciones lo hemos dejado también descrito, en sus grandes rasgos, y por tal recuento se podrá observar que dicho proceso viene en cadena, desde la ingenua y primaria reacción de los ludhistas, hasta las formas más sangrientas y extremistas de las revoluciones sociales modernas.

Las formas como los diversos pueblos y grupos humanos reaccionan ante el fenómeno maquinista, son otras tantas fases del gran complejo del cambio social en vía de desarrollo. Anotemos algunas de ellas:

1ª Se crea una clase trabajadora asalariada que, por razón de las vejaciones ya anotadas, empieza a tomar conciencia de su envilecida situación socio-económica.

2ª Se crea otra clase, dueña de los medios de producción, o sea el capitalismo, cada vez más dominador y poseedor de todos los medios de imposición económica.

XII. Humanización del trabajo

Lo que queda enunciado se refiere principalmente a aspectos o situaciones generales del gran panorama de la transformación industrial o maquinista. Pero si en algún viraje de la historia se puede apreciar con mayor nitidez los aportes concretos del cambio, es en este trayecto que se inicia

en las postrimerías del siglo XVII, en Inglaterra, y va camino, en la actualidad, de cubrir la totalidad del universo.

El cambio empieza por transformar fundamentalmente las condiciones de la vida familiar, por razón misma de las nuevas circunstancias del trabajo, que rompe la cohesión primitiva, la convivencia laboral, la autonomía de la actividad productiva.

Pero las grandes perturbaciones que se desprenden del tránsito del medio natural al medio tecnológico, traen, a su vez, una serie de instituciones en el campo laboral y aún en el de la filosofía socio-económica que bien vale la pena de mencionar, aunque sea en forma parcial. Estas instituciones se realizan a través del proceso histórico que hemos descrito y la mayor parte de ellas no son fruto de revoluciones violentas sino de movimientos reivindicatorios pacíficos, individuales o colectivos. Reseñemos algunas:

Se establece una toma de conciencia gremial entre los trabajadores de los pueblos en vía de desarrollo industrial.

La justicia social viene a ocupar el primer plano entre los grandes problemas que afectan la vida de los grupos humanos.

La propiedad pierde su carácter absoluto y empieza a reflejarse en las nuevas constituciones políticas el concepto de su función social y de la facultad, para el Estado, de su expropiación por razones de utilidad pública.

El Estado liberal-burgués empieza a perder su sello individualista para aceptar funciones intervencionistas en la regulación de la economía nacional.

El trabajo deja de considerarse como una simple mercancía abandonada a la sencilla ley de la oferta y la demanda.

Se implanta el salario mínimo-vital y el límite máximo de la jornada de trabajo.

Se reconoce el derecho de asociación a los trabajadores y aún su intervención en ciertas iniciativas laborales.

Se instaura, a lo menos en ciertos pueblos, como Alemania e Italia el contrato colectivo de trabajo y empiezan a surgir fórmulas sobre solución pacífica y jurídica de los conflictos entre patrones y obreros.

Se reglamenta el trabajo de las mujeres y de los niños en las fábricas y se imponen condiciones mínimas de higiene en las factorías, y comodidad corporal para las labores fabriles.

Se establecen la protección de la maternidad y el seguro social de vejez, invalidez y accidentes de trabajo.

Se adopta el descanso dominical remunerado.

Se implantan normas sobre Libertad de industria y sobre proporcionalidad del salario en relación con el rendimiento y calidad del trabajo.

Todo esto constituye la creación del **Derecho del Trabajo**, institución jurídica que representa un inmenso avance, lución del orden jurídico.

Es claro que no todas estas instituciones fueron adoptadas simultáneamente, ni con el mismo ritmo de avance en todos los pueblos. Aún muchas de ellas no han sido incorporadas en ciertas legislaciones, al paso que en otras se han rebasado los límites de una prudente política, en perjuicio de la economía pública y de los mismos intereses de los trabajadores.

Pero el hecho concreto, fundamental y trascendente, es que el cambio se ha realizado y que él posee considerarlo como uno de los agros vitales.

El Trabajo y su Reglamentación en Colombia

Guillermo Guerrero Figueroa

I. Época colonial

En Colombia, teniendo en cuenta las leyes generales dictadas por la corona española, se reglamentaron muchas formas del trabajo indígena. Mencionaremos algunas modalidades que pueden considerarse como fuentes para la historia del trabajo en Colombia que dan una idea de las buenas intenciones de la corona española, pero que decían muy poco respecto del real acontecer histórico de la época. (Tomado de la obra Fuentes Coloniales para la Historia del Trabajo en Colombia- ediciones de la Universidad de los Andes- Bogotá-1968).

Con relación al empleo de los indios como acémilas de transportes, encontramos como casos principales:

Real provisión sobre reglamentación del servicio de indios para el transporte de carga en las provincias de Vélez y Tunja. (Caciques e Indios- T. 23)- Santa fé, 17 de marzo, 1553. Sancho de Navarra, juez de comisión, investiga acerca del empleo de indios como acémilas. (Caciques e Indios- T.32). Río de oro y surata, 26 de noviembre, 1561-.

Real Provisión por la cual se ordena castigar a quienes emplearen indios como acémilas en el puerto de Carare o les dieran malos tratamientos- Santa fé, 26 de marzo, 1563- (Caciques e Indios- T.32).

El protector de naturales, en nombre de los indios de Bonza, agregado a Paipa, solicita que no pasen de cuatro los indios dedicados al transporte- Bonza, Paipa, 11 de Febrero de 1670- (Caciques e Indios- T.23).

El encomendero de Ciénaga, Sebastián Manjarrés de Ludueña, solicita que se reduzcan los indios de servicio del doctrinero para que puedan

atender a la navegación por el Magdalena-Ciénaga, Santa Marta, Septiembre de 1863-(encomiendas, T.9)-.

Isidro Madero, en nombre del encomendero Sebastián Manjarrés de Ludueña, solicita una real provisión para que se prohíba a las doctrineros ocupar mas de cinco indios Ciénaga, Santa Marta, 1663 (encomiendas, T.9)-.

Nicolás Guzmán, abogado de la Real Audiencia, a nombre del vecindario del Valle del Sagrado Corazón de Jesús, acusa al asentista del camino del Carare, don Blas de la Terga, de imponer excesivos trabajos a los indios vecinos de esa Parroquia-Museo, jurisdicción de Vélez, 20 de enero de 1760-(Caciques e Indios- T.46).

En los trabajos de minas de oro y plata, encontramos:

Las ciudades desde Nuevo Reino de Granada y de la gobernación de Popayán en razón de que sin embargo de la prohibición, si las minas de oro no se labran como hasta aquí, no se han de poder sustentar y se han de acabar. Escribano Francisco Velásquez- Popayán, Santa fé, 1565 (Caciques e Indios T.26)-.

Real Cédula por la que se ordena que no se lleve a los indios a trabajar contra su voluntad en las minas de oro y plata -Madrid, 23 de marzo, 1568-(Caciques e Indios T.44).

Ordenanzas de la Audiencia de Santa fe sobre trabajos de los indios en las Minas-Santa fé, 5 de septiembre 1570- (Caciques e Indios T.44).

Ordenanzas relativas al trabajo indígena en las minas de Buenavista, la vega de Supía, Quiebralobo y el Marmate, expedidas por el visitador Lesmes de Espinosa Saravia-Anserma, 15 de abril de 1627- (visitas del Cauca, T.1).

Los indios del pueblo de Tocancipá se quejan sobre las exigencias del corregidor de que suministren más hombres para ser conducidos a las minas de las Lajas. Memorial de protector de Indios al respecto. Tocancipá, 24 de enero, 1656 -(Caciques e Indios T.54)-.

El gobernador de Popayán ordena entregar los indios necesarios para el mantenimiento de minas en el Chocó, a petición de Cristóbal, Nicolás y Jacinto Mosquera Figueroa y otros propietarios de Popayán-Tadó, 7 de agosto, 1708- (Caciques e Indios T.23).

Solicitud del protector de naturales para que los mineros no exijan servicios que desarraigan a los naturales -Tadó, enero, 1709- (Caciques e Indios T.23).

Real Cédula proveida en el puerto de Santa María, sobre que no se lleve a los indios a trabajar en las minas de las Lajas -las Lajas 7 de junio, 1729- (Caciques e Indios, 1729 T.72).

Sobre los trabajos agrícolas

Encontramos las siguientes reglamentaciones:

Auto del Presidente Andrés Venero de Leiva sobre prestaciones de los indios a sus encomenderos en la provincia de Tunja-Santa fé, 1° de junio, 1565- (visitas a Boyacá y Antioquia, T.7).

Los procuradores y generales del Nuevo Reino solicitan que se den indios de servicio a los encomenderos. Alegan la falla de pastores para los ganados, que se han encarecido, y de caballos de guerra en que antes se acudía al real servicio. -Santa fé y Tunja, 4 de septiembre, 1565- (Caciques e Indios, T.72).

El visitador Juan Suárez de Cepeda da a conocer verbalmente a los indios del Río de Oro y sus derechos y obligaciones -Río de Oro, 17 de abril, 1572- (Caciques e Indios T.65).

Real Cédula dirigida al fiscal de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada. Se le recomienda proteger a los indios y hacer cumplir las cédulas dadas en su favor. -San Lorenzo, 1° de noviembre de 1583- (Caciques e Indios T.70).

Juan Rodríguez Corchuelo, protector de naturales, se opone a que se repartan indios al presbítero Miguel de Heredia y expresa las razones de su oposición. -Cáceres, Zaragoza, 8 de octubre, 1618- (encomiendas T.6).

El visitador Obando dispone acerca de los salarios de los indios y prohíbe formas de trabajo colectivo en el Valle de Tenza-Icabuco, 18 de abril, 1621- (visitas de Boyacá T.18).

El protector de naturales hace un recuento de los indios destinados al servicio de diferentes hacendados y declara que no conviene gravarlos más puesto que entregan más del 25% que les corresponde- Suba y Tuma, 13 de noviembre, 1657- (encomiendas T.31).

Diego, indio de Colaya, jurisdicción de Mariquita, se querrela de su encomendero, don Bernardo de Salcedo, porque lo obligaba a trabajar sin pagarle salarios. -Colaya, 25 de febrero, 1669- (Caciques e Indios. T.66).

El protector de naturales solicita que no se recargue a los Indios de la encomienda de doña María de Mudarra, viuda del gobernador Antonio de Olalla, pues ya están ocupados en el beneficio de la sal y en el servicio de algunos vecinos -Zipaquirá, 1651- (Caciques e Indios T.72).

El virrey expide un nombramiento a don Nicolás Dopere, corregidor y juez del partido de Duitama, para que practique una visita a los trapiches en que trabajan indios en Tunja, San Juan de Girón, Pamplona y San Gil -Santa fé, 29 de abril, 1718- (Caciques e Indios T.66).

En los trabajos domésticos, urbanos, encontrarnos lo siguiente:

Criminal y autos sobre el registro de los indios e indias de servicios ladinos de la ciudad de Cartagena -Cartagena, 8 de mayo, 1560- (Caciques e Indios T.I).

Mandato general en lo tocante a los indios ladinos de servicio de los vecinos de Cartagena -Cartagena, 2 de julio, 1560- (Caciques e Indios T.I).

Los Indios del pueblo de la Ciénaga, en Santa Marta, sobre que se les deje coger y vender pescado libremente -Ciénaga, 4 de marzo, 1612- (Caciques e Indios T.47).

Contra don Andrés Patiño, vecino de Tunja, por ocupar los indios de Vijúa de su encomienda en servicios personales y tratarlos mal -Vijúa, 25 de junio, 1625- (Caciques e Indios T.22).

José, indio oficial tejedor, contra Pedro Rico, vecino de esta ciudad, sobre que le pague y a sus hermanos su trabajo y otras cosas -Tabio, 17 de julio, 1625- (Caciques e Indios T.73).

El protector de naturales, en nombre de los indios de Tópaga encomienda de Juan Ángel y Angulo, solicita que el corregidor Francisco de Figueroa no obligue a las indias a hilar -Tópaga, 19 de julio, 1658- (Caciques e Indios T.18).

Real Cédula por la cual se autoriza al repartimiento de indios de los pueblos de Soracá, Sotaquirá y Cómbita para la limpieza de la acequia de la ciudad de Tunja -Tunja, Madrid, septiembre, 1692- (Caciques e Indios T.23).

Memorial de las abastecedoras de carnicerías de Santa fé solicitando la servidumbre de indios para la conducción de carne a sus expendios. Santa fé, 23 de mayo, 1707-(miscelánea T.82).

II. Época de la independencia

En Colombia, la situación del aborigen fue lamentable y su explotación llegó al aniquilamiento y casi a su total destrucción. Esto obligó a los conquistadores a obtener, a cambio de dinero pagado a la Corona, la facultad de traer negros africanos. Se afirma que Carlos V, el Piadoso, llegó a recibir como retribución la cantidad de cincuenta millones de libras por conceder el permiso para tal fin.

La situación del indio en la Colonia no fue menos adversa que en la Conquista. España aspira a imponer un sistema social sobre bases feudales. Se crean condiciones que hacen posible el nacimiento de capas artesanales, especialmente en lugares como el Socorro, San Gil, Guaduas y otros. Los impuestos en la colonia fueron exagerados. Esta situación dio lugar a que los vendedores acaudillaran el primer movimiento insurgente organizado, o sea, el de los *comuneros* y que tuvo el respaldo del campesinado. La Colonia fue para los aborígenes una permanente insurrección, que vino a culminar con el movimiento de la Independencia.

Nos dice el profesor JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ que no existía proletariado propiamente dicho; había indios trabajadores del campo y artesanos en las ciudades, comerciantes, germen de la burguesía naciente, y terratenientes.

Los artesanos constituían la clase más avanzada de los trabajadores. Estos y los campesinos defendían los intereses de la colectividad que coincidían con los suyos.

Los artesanos fueron los orientadores de los movimientos populares en la Colonia y en los primeros años de la República. Las *sociedades democráticas* de Bogotá, especialmente las surgidas durante el gobierno de José Hilario López, son testimonios de que los intereses de estos trabajadores se conciliaban con los intereses generales de la sociedad de su época. “*Estas sociedades democráticas, agrupaciones gremiales artesanales, que tan prominente papel jugaron, son el origen de las organizaciones sindicales en nuestro país. Las sociedades democráticas querían la industrialización del país. Pedían el establecimiento de escuelas politécnicas y se preocupaban a la vez por el mejoramiento de las condiciones de trabajo*”.

JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ afirma más adelante que “viene en 1850 la primera reforma agraria parcial, que deja subsistente el latifundismo. Le quita algunas cargas como los censos y los diezmos. Pero la situación del trabajador sigue ignorada.

“El artesanado urbano estaba basado en un modo de producción que naturalmente no dejaba de ser feudal. La técnica de su producción terminó por estancarse. Este estancamiento económico lo llevó consecuentemente al estancamiento político. Por eso sus organizaciones se convirtieron con el tiempo en sociedades de mutualidad, sociedades de socorros mutuos, de auxilios, etc... Pero perdieron la combatividad que fue característica de sus primeros tiempos”¹.

¹ SÁNCHEZ, JORGE ENRIQUE. *Manual Teórico Práctico de Derecho del Trabajo Colombiano*, Bogotá, Edic. Lex, 1946, págs. 16 y 17.

En 1850 se decretó la libertad de los esclavos; se abolió la pena de muerte; se reconoció la libertad de expresión del pensamiento por medio de la imprenta; se eliminaron los diezmos; se suprimió el fuero eclesiástico y se reformó la Constitución en el sentido de garantizar los derechos individuales; de reducir las atribuciones del poder ejecutivo y de darle mayor autonomía a las secciones.

OTTO MORALES BENÍTEZ termina su obra "*Revolución y Caudillos*" con las palabras siguientes de hondo contenido social y humano: "1850 está sacudido por un profundo estremecimiento social. Desde los comuneros se venía aplazando esta autonomía. Es el momento en el cual el mestizo colombiano toma verdadera posesión de su ruta. Y lo proclama, en medio de la "chusma" que se entromete a gritar su verdad. MANUEL MURILLO TORO sentencia que llega el fin de la Colonia. Lo dice con énfasis creador y se cumple el deslinde. Hasta una guerra engendra el revolucionario acento de 1850. El hombre y la tierra vuelven a recobrar su equilibrio. El individuo principia a sentirse libre, porque le han asegurado la posibilidad de decir su verdad, de proclamar su ansia, de maldecir con sus propios adjetivos de desaliento. De demostrar, también, su arraigo y confusión con el perfil de la patria. La multitud se iba congregando airoso, alegremente. Y los hombres de ese tiempo escuchaban su mandato. E interpretaban sus anhelos íntimos, sus subterráneos deseos. Y los iban volviendo leyes nacionales. Así el pueblo se incorporaba a su destino. A su auténtico destino nacional.

III. Época contemporánea

Por el capital norteamericano e inglés, que empieza a influir en la vida económica del país; por la importancia del café en el desenvolvimiento financiero de Colombia; por la construcción de carreteras y vías de comunicación férrea, los artesanos y campesinos, que se vieron obligados a trabajar en las nacientes industrias de transportes y de transformación de materias primas, aparecen concentrados en las empresas y fábricas. Nace así la nueva *clase obrera* colombiana que, a medida que adquiere conciencia de su posición en la sociedad, se va organizando en asociaciones profesionales. Surge con ella el *sindicalismo* y las medidas de acción directa como las *huelgas*.

Se puede afirmar que, sólo dentro de esta época contemporánea, nació en Colombia una legislación laboral y, consecuentemente el derecho del trabajo.

IV. Doctrina y legislación en la evolución del derecho laboral colombiano

A. La doctrina

La influencia ideológica del general RAFAEL URIBE URIBE hizo que el partido liberal, de filosofía librecambista e individualista hasta principios del siglo pasado, se tomara en intervencionista y social. URIBE URIBE, con inclinaciones hacia el socialismo de Estado, merece señalarse como precursor del derecho del trabajo en Colombia; la conferencia dictada por él en el Teatro Municipal de Bogotá, debe ser considerada como acto trascendental para el derecho social colombiano. En ella presentó las bases para el derecho del trabajo y el derecho de seguridad social, ratificadas en 1910 por el mismo caudillo. Al examinar sus ideas, afirmaba en 1904 con el mayor orgullo lo siguiente: “Yo he podido renunciar, como en efecto he renunciado, una vez por todas y para siempre, a ser un revolucionario con las armas, pero no he renunciado a ser un revolucionario y un agitador en el campo de las ideas. Cada mañana toco tropa a las que he venido profesando, y pasada la revista revaluadora, doy de baja sin pena a las que hallo inútiles para el servicio, y las repongo con otras jóvenes y robustas. Querría que así procediesen todos, en vez de apacentarse en la inercia del pensamiento y de la acción”².

En 1910 escribió así: “El poema platónico del liberalismo de la escuela del 48 con su dejad hacer, dejad pasar, lo rasgué hace mucho tiempo por considerarlo inaplicable o dañino en un país como el nuestro, donde el atraso de las clases inferiores y la inercia de las superiores no permiten la ejecución práctica de esas bellezas teóricas”³.

En la conferencia de 1904 afirmó: “No considero prematuro legislar sobre los accidentes del trabajo. Si por descuido del empresario se hunde el socavón de una mina y aplasta o asfixia a los obreros, ¿puede el Estado mirar el siniestro con indiferencia? Si de un andamio mal hecho cae y se mata el albañil, ¿debe quedar sin sanción el responsable? Ya en Europa se le obliga a indemnizar el daño causado. Conozco la explotación de los cafetales, trapiches o ingenios y demás empresas de tierras templadas o calientes, y os digo que sería oportuna y humana la ley que mandara a los patronos suministrar asistencia médica a sus peones y mejorar los aloja-

² URIBE URIBE, RAFAEL. *Socialismo de Estado*, conferencia pronunciada el 23 de octubre de 1904 en el Teatro Municipal de Bogotá.

³ URIBE URIBE, RAFAEL. *Los Problemas Nacionales*, pág. 20.

mientos. Se otorga pensión a las viudas de los militares que mueren o se invalidan en nuestras guerras civiles, muchas veces por obra de una bala perdida, o de una enfermedad buscada; se jubila a los empleados que han tenido la paciencia de vivir veinticinco años en la dulce ociosidad de las oficinas; pero a los nobles soldados y héroes del trabajo, cuya campaña no es de pocos meses, sino de toda la vida, y no sedentaria, sino llena de fatigas, a esos servidores cuando caen víctimas de los accidentes naturales, se les abandona a ellos y sus familiares; y cuando la vejez los inutiliza felices si se les reserva una cama de hospital o se les da permiso para pedir limosna! ¿No pensáis que en el fondo de esto hay una anomalía y que sería bueno comenzar a preocuparnos del modo de remediarla?”.

En la conferencia de 1910, al referirse al trabajo, manifestó lo siguiente: “*El problema del trabajo.*- Fuera de pocas reglas, no practicadas, del Código Civil sobre contrato de trabajo o prestación de servicios, nada tenemos que regule las relaciones entre patronos y obreros, entre amos y sirvientes, y por eso están indecisos sus recíprocos deberes y derechos, lo cual da origen a abusos y represalias y a un estado general de anarquía, a que cumple poner término. Bueno es también ir pensando en asilos para la vejez, en el seguro contra los accidentes del trabajo, en reglamentar el empleo de las mujeres y los niños en las haciendas y talleres, en establecer el descanso hebdomadario obligatorio, en construir casas para los obreros y en realizar tantas otras medidas protectoras, ya ejecutadas en otros países”.

Desde mejor se cumplió el propósito orientador de RAFAEL URIBE URIBE en punto a una rápida actualización del liberalismo, dice el ilustre profesor de la Universidad de Cartagena, doctor CARLOS VILLALBA BUSTILLO, fue en su propuesta de que el Estado interviniera para que se reglamentara el régimen del trabajo. “Esbozar ese punto -agrega el mencionado escritor- de interés fundamental, en medio de esa maraña de privilegios de que disponían ciertas clases, era dar, ciertamente, un paso revolucionario, socialista, humanitario, ahíto de sensibilidad social, puesto que en las décadas subsiguientes, bajo un régimen liberal, se comprendió que no había demagogia en los términos según los cuales se defendía un socialismo que difería “tanto del absolutismo que mata la dignidad humana, como del individualismo que mata la sociedad”⁴.

Las ideas de RAFAEL URIBE URIBE fueron conquistando adeptos en los miembros de su partido liberal, especialmente dentro de su juventud, hasta cristalizarse en el programa político de 1912. En este documento se

⁴ VILLALBA BUSTILLO, CARLOS. *Escrutinio Ideológico del Liberalismo Colombiano*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1977, págs. 68 y 69.

dice, en art. 14, lo siguiente: “Adaptación a las circunstancias peculiares de Colombia de los principios de legislación obrera vigentes en otros países, como accidente de trabajo, habitaciones para obreros, cajas de ahorros y amparo a los ancianos desvalidos”.

Diez años después, en la convención liberal de Ibagué de 1922, presidida por el Doctor SIMÓN BOSSA PEREIRA, se reafirmaron los principios sociales y económicos del plan anterior y, en la plataforma aprobada por acuerdo número 8, se consagró como aspiraciones la “creación de la Oficina de Trabajo”; la reglamentación y efectividad de los accidentes de trabajo; la fijación de salario mínimo; descanso semanal; jornada de trabajo; reglamentación del trabajo de las mujeres y menores; establecimiento del arbitraje obligatorio para solución de las huelgas; permitir la libre representación de los huelguistas y expedición de “un código que reglamente el arrendamiento de servicios”.

Más tarde, en el año de 1933, CARLOS LOZANO Y LOZANO, en representación de la juventud liberal, decía en su discurso de proclamación del doctor ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO lo siguiente: “El pueblo que os aclama os exige reformas sociales que arrasen las últimas trincheras de la feudalidad colonial, que hagan del proletario oprimido y sacrificado un ciudadano libre y un trabajador consciente, que incorporen el indio irredento al caudal de la ciudadanía, que aseguren la intervención del Estado a favor del económicamente débil, en todos los campos del esfuerzo, que sometan la jerarquía asfixiante de los grandes terratenientes, que arrojen el privilegio de las fronteras del país”⁵.

Dentro del partido conservador también existieron ideólogos que ofrecieron valiosos aportes para la formación del derecho social. La juventud de esa colectividad, entre los que se destacan en la tercera década del pasado siglo tenemos a FRANCISCO DE PAULA PÉREZ, CARLOS BRAVO, JOSÉ ROBERTO VÁSQUEZ y ESTEBAN JARAMILLO. SILVIO VILLEGAS escribió en el periódico *El Debate*, en 1929, lo siguiente: “El partido conservador, que sostuvo y redactó un prospecto de defensa social, debe justificarlo con un *código del trabajo*, con leyes que establezcan la justicia social”⁶.

La convención nacional conservadora, en 1931, hizo declaraciones sobre la necesidad de una legislación social; la urgencia del seguro obligato-

⁵ Citado por LONDOÑO, CARLOS MARIO. *Derecho Individual del Trabajo*, Madrid, Artes Gráficas, Larra-12, 1959, pág. 25.

⁶ Cita de LONDOÑO, CARLOS MARIO. *ob. cit.*, pág. 27.

rio para los obreros; y expedición de una ley sobre sindicatos de patronos y obreros.

Con posterioridad, los partidos tradicionales liberal y conservador fueron realizando desde el poder las conquistas de carácter laboral, hasta el punto de tener en los actuales momentos una buena legislación sobre esa materia.

B. La legislación

Sólo a principios del siglo pasado se comenzó a legislar en nuestro país sobre derecho del trabajo. Se pueden distinguir los siguientes períodos:

1. Etapa de 1900 a 1915

La Ley 37 de 1905 creó el descanso en días de fiesta religiosa sin remuneración.

La Ley 29 de 1905 establece una pensión vitalicia equivalente a \$80.00 mensuales para los magistrados principales de la Corte Suprema de Justicia mayores de 60 años. Igualmente contempla una pensión, equivalente a la mitad del sueldo, para los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años.

En 1908, la Junta de Higiene dictó una resolución para proteger a los trabajadores de las fábricas de jabón.

La Ley 114 de 1913 favoreció a los maestros de escuelas primarias oficiales que "hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, cuya cuantía será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los últimos años de servicio".

2. Etapa de 1915 a 1930

Se expidió en este período la Ley 57 de 1915, sobre reparación de accidentes de trabajo.

La Ley 78 de 1919, sobre derecho colectivo; la Ley 21 de 1920, sobre conciliación y arbitraje.

La Ley 37 de 1921 creó el seguro de vida colectivo.

Por la Ley 83 de 1923 se creó la Oficina General del Trabajo.

3. Etapa de 1931 a 1945

Por la Ley 83 de 1931 se define lo que son los sindicatos, federaciones y confederaciones. Se inicia en este período una actividad sindical muy importante para el país.

La Ley primera de 1932 consagra la jubilación para los trabajadores.

La Ley 10 de 1934 introduce en nuestra legislación el concepto de contrato de trabajo y otorga para un sector reducido de trabajadores las prestaciones de vacaciones, auxilio por enfermedad y cesantía por despido injusto.

La 38 de 1937 impone el descanso remunerado del 1° de mayo.

La 140 de 1937 propicia los congresos sindicales.

La Ley 96 de 1938 creó el Ministerio de Trabajo.

La Ley 45 de 1939 estableció el procedimiento verbal en juicios de prestaciones sociales.

La Ley 61 de 1939, reglamentada por el Decreto 709 de 1940, otorgó a los trabajadores de la construcción un tratamiento especial.

La Ley 165 de 1941, modificó el ordinal 4° del art. 2495 del Código Civil, en el sentido de que los salarios y prestaciones sociales provenientes del contrato de trabajo quedan entre los créditos de primera clase. Igualmente declaró inembargable el auxilio de cesantía, el de enfermedad y por accidente de trabajo, así como los salarios menores de \$40.00.

En 1942 se dictaron: la Ley 10, sobre la jubilación en las salinas; la Ley 22, sobre prestaciones de empleados públicos; la Ley 43, sobre prestaciones para los militares; la Ley 56, sobre prestaciones en los muelles y terminales marítimos; la Ley 57, sobre clasificación de los choferes como empleados.

En 1945 se dictó la ley sexta, que fue la nota emancipadora del derecho del trabajo entre nosotros, “pues marcó la autonomía de éste y le señaló al contrato de trabajo su ámbito propio y su influencia en la vida social y económica de la Nación”.

4. Etapa de 1946 a 1950

Por Decreto 1832 de 1948 se estableció, para los trabajadores con sueldo mensual inferior a \$60.00, la obligación de suministrarles, cada seis meses en forma gratuita, un par de zapatos. El mismo año se dictó la Ley 136, que obligaba al suministro de overoles.

El Decreto 2474 de 1948 estableció la participación de utilidades de empresas de capital superior a \$100.000, si era comercial, y \$200.000 para las agrícolas y ganaderas.

Por Decreto 3871 de 1949 se creó la prima de beneficios y, por primera vez, se estableció el salario mínimo.

Por Decreto 2158 de 1948 se elaboró el Código de Procedimiento del Trabajo, el cual se convirtió en la Ley 90 de 1950.

5. Etapa de 1950 a 1990

Por Decreto Legislativo 2663 de 1950 se constituyó nuestro actual Código del Trabajo. Este estatuto ha tenido varias reformas, en particular por el Decreto 2351 de 1965 y Ley 50 de 1990.

6. Etapa de 1991 a nuestros días

Constitución Nacional de 1991; Ley 10 de 1991; Ley 584 de 2000; Decreto 2813 de 2000; Ley 789 de 2002.

V. El movimiento sindical en Colombia

A. Concepto

Del estudio de los primeros sindicatos existentes en Colombia se colige que estos fueron de naturaleza artesanal por la deficiencia industrial de la época; aparecen organizados por oficios, como fueron los de los zapateros, panaderos, barberos, y otros. Las organizaciones de artesanos tienen una tradición política que se remonta a las “Sociedades Democráticas”. En el año 1919 llegaron a existir 26 sindicatos reconocidos legalmente y formados casi todos por artesanos. Desde 1924 se inician las organizaciones sindicales de obreros ferroviarios y fluviales, de empresas petroleras y de las plantaciones bananeras. Estas asociaciones de trabajadores dan nacimiento en nuestro país al sindicalismo revolucionario.

En Colombia, fuera de los puertos situados en el Caribe, el anarcosindicalismo no tuvo influencia por la poca corriente migratoria europea. En los puertos de la Costa Atlántica y del río Magdalena, en donde existió algún contacto con líderes sindicales extranjeros, se desarrolló el sindicalismo con tendencias de extrema izquierda. Ésta es la razón por la cual los obreros de los puertos fueron los primeros en utilizar las huelgas como armas de lucha. Vemos, pues, que el 3 de enero de 1918, los trabajadores del puerto de Barranquilla decretaron una huelga; el 6 de enero del mismo año, la iniciaron los del puerto de Cartagena, y posteriormente los de Santa Marta.

Por la magnitud de la huelga en Cartagena el gobierno declaró turbado el orden público en toda la Costa del Caribe y prohibió las reuniones de cualquier “comité de huelga permanente”.

Comentando estas huelgas, MIGUEL URRUTIA MONTOYA dice: “Parece que sólo en la Costa, y en esta primera etapa, hubo una influencia im-

portante del anarcosindicalismo en el movimiento obrero. El decreto del gobierno para controlar la huelga de Cartagena hace posible deducir las características de ese movimiento. En primer lugar, parece que agitadores extranjeros estaban presentes y que los líderes no eran obreros.

Esto se deduce de las prohibiciones consignadas para extranjeros y personas extrañas a la clase obrera. Segundo, como los líderes de la huelga trataron de hacer un paro general en toda la ciudad, y el movimiento no parece haber tenido propósitos claros y definidos, da la impresión que fue una huelga organizada por anarcosindicalistas”⁷.

Las primeras huelgas que encontramos de carácter eminentemente laboral se desarrollaron contra compañías norteamericanas, como sucedió contra la Tropical Oil Company, y fueron la culminación de un largo proceso de frustración e injusticia. Después de dos años consecutivos de quejas y reclamos permanentes por parte de los trabajadores de la Tropical, por sus condiciones infrahumanas de trabajo, en marzo de 1924 el conflicto había llegado a un punto tan explosivo entre las partes, que la compañía se vio obligada a celebrar un pacto en donde se comprometió a mejorar las condiciones sanitarias y a suministrar una provisión de comida. Las condiciones de los trabajadores no mejoraron: por tal motivo, el 8 de octubre del mismo año, más de 50 obreros se declararon en huelga, y dos días después el paro era total. Es de notar que dicha medida de presión fue organizada por RAUL, EDUARDO MAHECHA en nombre de la Sociedad Obrera de Barrancabermeja, quien reclamaba el cumplimiento del pacto **mado** en marzo.

Se puede afirmar que uno de los sucesos más importantes para el desarrollo del sindicalismo en Colombia lo encontramos en el conflicto surgido contra la Fruit Company. Esta compañía constituía en nuestro país, como en muchos países americanos, un verdadero Estado dentro de otro Estado; era el gobierno *de facto* en la zona bananera, tolerado por el gobierno legítimo de la época. El uso y el abuso del poder produjeron un permanente conflicto colectivo laboral desde 1918, cuando los trabajadores del ferrocarril de la United Fruit Company efectuaron un paro con caracteres violentos, y presentaron una serie de peticiones que no fueron escuchadas. La lucha continuó y diez años después, en 1928, los trabajadores presentaron las mismas peticiones hechas en 1918. La Compañía asumió la misma posición negativa como en el caso anterior. La huelga explotó, dando lugar a uno de los sucesos más atroces de nuestra patria; el general Cortés

⁷ URRUTIA MONTOYA, MIGUEL. *Historia del Sindicalismo en Colombia*, Bogotá, Edit. La Carrera, 1969, pág. 114.

Vargas dio orden de disparar contra los huelguistas el 6 de diciembre en la plaza de Ciénaga (Magdalena), resultando más 100 personas muertas y 238 heridas.

La huelga anterior fue el resultado de un proceso largo de permanente súplica por parte de los trabajadores para mejorar sus condiciones de trabajo. En 1925, un grupo de obreros extranjeros llegó a Santa Marta y organizó un congreso de obreros en el corregimiento de Guacamayal, donde estaban las oficinas sindicales de la zona bananera. Sin embargo, se puede afirmar que el organizador real de la huelga fue RAÚL EDUARDO MAHECHA, quien también dirigió la ejecutada contra la Tropical Oil Company.

Los sucesos de la huelga dieron origen a uno de los más famosos debates de la historia parlamentaria colombiana, el cual debilitó al partido conservador y colocó al joven JORGE ELIÉCER GAITÁN -autor del debate- en plano sobresaliente de la escena política, convirtiéndose en el máximo vocero del movimiento obrero. El debate lo inició en septiembre de 1929 quien iba a ser el líder más popular de la primera mitad del siglo XX en la historia colombiana. Se refirió en su intervención a las crueles orgías del ejército financiadas por la compañía, terminando con una frase muy propia de su estilo oratorio: “En aquellas copas de champaña burbujeaban la sangre y las lágrimas de aquel pueblo”.

Es de advertir que en Colombia los intelectuales tuvieron grande influencia en la organización y desarrollo del movimiento obrero; muchos jóvenes de izquierda lucharon por esa labor. LUIS TEJADA, en noviembre de 1923, comenzó a promover la reunión de un congreso obrero desde las páginas editoriales de *El Espectador*. Para él, la función del Congreso debería ser la de “echar las bases de una organización gremial estable, completa y poderosa; iniciar la lucha enérgica por la consecución de ciertas garantías políticas de que no gozan todavía entre nosotros los obreros; la consecución, por ejemplo, de una capacidad electoral lo suficientemente amplia y elástica, que acoja y registre la representación de los obreros, como entidad independiente, desvinculada absolutamente de los partidos. Porque es necesario que los obreros lleven a las corporaciones legislativas sus candidatos genuinos; ya se ha comprobado que no es posible obtener una legislación adecuada por medio de representantes indirectos... porque desconocen a fondo los problemas proletarios, o porque conociéndolos no les conviene resolverlos, por prejuicios y por intereses de clases”⁸.

⁸ URRUTIA MONTOYA, MIGUEL. *Ob. cit.*, pág. 115.

El Sindicato Central Obrero, que había convocado el primer congreso obrero en 1919, de donde nació el partido socialista, invitó en marzo de 1924 a varias organizaciones obreras a un nuevo congreso. El 1° de mayo fue inaugurado este congreso con delegados de todas las regiones del país y, por las divisiones surgidas, no tuvo éxitos positivos.

La Confederación Sindical de Colombia -primera en nuestro país, hoy C.T.C.- fue creada seguidamente a la elección de un congreso del partido liberal en 1935. La iniciativa para la reunión del congreso fundador la tuvo el presidente del sindicato del periódico *El Tiempo*, Hernando Vega Escobar, quien invitó a todos los sindicatos del país a un congreso que debía reunirse en Bogotá el 7 de agosto de 1935. Este día se llevó a cabo la reunión de los delegados en una fiesta organizada por el sindicato de la fábrica de fósforos "El Ruiz" y, tres días después, el congreso inició sus deliberaciones en el salón de la Asamblea de Cundinamarca. De este congreso, pues, nació la Confederación Sindical de Colombia, hoy C.T.C.

Con el apoyo del presidente de la República Alfonso López Pumarejo, la Unidad Sindical de Antioquia (compuesta de 23 sindicatos) y la C.S.T.C., organizaron un congreso de unidad en Medellín, en agosto de 1936. Entre esta fecha y el siguiente congreso de la Confederación Sindical de Colombia, en enero de 1938, el movimiento obrero se desarrolló como nunca antes había sucedido. Entre las conclusiones a que se llegó en este congreso, aparecen las siguientes:

"El III congreso sindical declara que las organizaciones sindicales deben trabajar tenazmente contra el postulado de apoliticismo, ya que ha sido a través de la política como se ha alcanzado el grado de mejoramiento de que hoy gozan los obreros.

"El III congreso sindical, a nombre de los trabajadores organizados, agradece al partido de gobierno el apoyo que ha prestado a las organizaciones sindicales y espera que perseverará en esa política, desarmando para ello a sus unidades regresivas y reconoce que al liberalismo le corresponde la representación mayoritaria en las directivas sindicales".

Posteriormente, por iniciativa de la Iglesia Católica, y para contrarrestar a la C.T.C., se creó, en 1946, la otra gran confederación existente en Colombia, o sea, la Unión de Trabajadores de Colombia (U.T.C.). En los documentos relativos al congreso de fundación, esta central obrera se negó explícitamente a comprometerse políticamente. Afirma URRUTIA MONTOYA: "En esa época, como ahora, muchos líderes de la U.T.C. fueron liberales. Los conservadores fueron una minoría dentro de los cuadros de la U.T.C.". La norma más importante de esta Confederación fue que,

desde su iniciación, no se comprometió con ninguna política partidista. En el congreso en que se fundó expresó en la plataforma la siguiente afirmación: “Es su firme determinación no permitir que esta Confederación, en cuanto tal, se convierta en fuerza política, al servicio de grupos, partidos o personas... por eso, invita a formar dentro de sus cuadros a todos los trabajadores colombianos que quieran luchar por su dignificación y el progreso de la patria”.

El 1° de mayo de 1964, con las federaciones y sindicatos expulsados de la C.T.C. en el congreso realizado en Cartagena en 1960, se constituyó la Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia (C.S.T.C.), de tendencia comunista. Esta organización fue reconocida legalmente en el gobierno de Alfonso López Michelsen.

Existen otros movimientos sindicales que no han querido afiliarse a las centrales ya mencionadas, como el llamado “Bloque Sindical Independiente” y el de la Asociación Sindical Colombiana (Asicol).

Posteriormente fue creada la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) por iniciativa de Jorge Carrillo, quien fuera Ministro de Trabajo en el gobierno de Belisario Betancourt. Carrillo fue el primer presidente de la CUT.

B. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). Ratificados por Colombia

Por la Ley 29 de 1931:

Convenio número 1, por medio del cual se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

Convenio número 2, relativo al desempleo.

Convenio número 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.

Convenio número 4, relativo al trabajo nocturno de las mujeres.

Convenio número 5, por el cual se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales.

Convenio número 7, por el cual se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo.

Convenio número 8, relativo a la indemnización de desempleo en caso de pérdida por naufragio.

Convenio número 9, relativo a la colocación de la gente del mar.

Convenio número 11, relativo a los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas.

Convenio número 12, relativo a la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura.

Convenio número 13, relativo al empleo de la cerusa en la pintura.

Convenio número 14, relativo a la aplicación del descanso semanal en las empresas industriales.

Convenio número 15, por el que se fija la edad mínima de admisión de los menores al trabajo en calidad de paño-eros o fagoneros.

Convenio número 16, relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques.

Convenio número 17, relativo a la indemnización por accidentes de trabajo.

Convenio número 18, relativo a la indemnización por enfermedades profesionales.

Convenio número 19, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo.

Convenio número 20, relativo al trabajo nocturno en las panaderías.

Convenio números 22, relativo al contrato de enrolamiento de la gente del mar.

Convenio número 23, relativo a la repatriación de la gente de mar.

Convenio número 24, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico.

Convenio número 25, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas.

Convenio número 26, relativo al establecimiento de métodos para fijación de salarios mínimos.

Por la Ley 54 de 1962:

Convenio número 52, sobre vacaciones anuales pagadas.

Convenio número 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Convenio número 105, relativo a abolición del trabajo forzoso.

Por la Ley 20 de 1967:

Convenio número 101, relativo a las vacaciones pagadas en la agricultura.

Por la Ley 22 de 1967:

Convenio número 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Por la Ley 23 de 1967:

Convenio número 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio.

Convenio número 30, relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y en las oficinas.

Convenio número 62, relativo a las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación.

Convenio número 81, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio.

Convenio número 106, relativo al descanso semanal en el comercio y en las oficinas.

Convenio número 116, por el cual se revisan parcialmente los convenios adoptados por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en sus treinta y dos primeras reuniones, a fin de uniformar las disposiciones relativas a la preparación, por parte del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, de las memorias sobre la aplicación de convenios.

Por la Ley 31 de 1967:

Convenio número 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semi-tribales en los países independientes.

Por la Ley 37 de 1967:

Convenio número 88 relativo a la organización del servicio del empleo.

Por la Ley 18 de 1968:

Convenio número 99, relativo a los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura.

Por la Ley 26 de 1976:

Convenio número 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización.

Convenio número 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva.

Además, han sido ratificados los convenios 129 sobre la inspección de trabajo; 136 sobre el tercero; No. 6 sobre el trabajo nocturno de menores; No. 10 sobre edad mínima en la agricultura; No. 159 sobre la readaptación profesional y al empleo; No. 169 sobre pueblos indígenas; No. 167 sobre seguridad y salud en la construcción; No. 170 sobre productos químicos; No. 174 sobre prevención de accidentes industriales; No. 144 sobre la consulta tripartita; No. 154 sobre la negociación colectiva; Nos. 151, 161, 162, 138, C-151 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 Rat: 08/12/2000; C-161 Convenio sobre los Servicios de Salud en el trabajo, 1985 Rat: 25/01/01; C-162 Convenio sobre el asbesto, 1986. Rat: 25/01/01; C-138 Convenio sobre la edad mínima, 1973 Rat: 02/02=01.

C. Criterio constitucional

El artículo 53 de la Constitución colombiana, dice en su inciso 5° lo siguiente: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

El art. 93 reza que “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 en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

El art. 94 dice: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Art. 224.- “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”.

Art. 226.- “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

Art. 227.- “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados...”.

El Art. 150-16, dispone: “Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transformar parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover y consolidar la integración económica en otros Estados”.

D. Naturaleza y características de los convenios de la O.I.T.

Convenios Internacionales del Trabajo- Características- C. Constitucional. S. Plena. sentencia C-562, Oct. 22/92. La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de carácter internacional que nació dentro del marco de la Sociedad de las Naciones con la suscripción el 28 de junio de 1919 del Tratado de Paz de Versalles, en cuyo aparte No. XIII se insertó un título que trata sobre la Organización del Trabajo, artículos 328 a 427.

Con fundamento en que “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social” y considerando que “existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos; que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y la armonía universales” y considerando “que es urgente mejorar dichas condiciones”, las partes contratantes convinieron en constituir este órgano Internacional del Trabajo, con los fines y objetivos señalados en el preámbulo de su Constitución y posteriormente redefinidos y ampliados en la declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia el 10 de mayo de 1944, e incorporada formalmente, dos años después, a la Constitución de la O.I.T., reemplazando el artículo 41 (antiguo artículo 427 del tratado de Versalles) referente a los principios generales de la Organización.

En el año de 1946 se suscribió un Acuerdo entre las Naciones Unidas y la O.I.T., en el cual las Naciones Unidas reconocen a la Organización Internacional del Trabajo “como un organismo especializado competente para emprender la acción que considere apropiada, de conformidad con su instrumento constitutivo básico, para el cumplimiento de los propósitos expuestos en él”; este Acuerdo prevé también la cooperación de las dos organizaciones y muchas otras disposiciones en relación con las tareas conjuntas que pueden desarrollar.

La casi totalidad de los Estados del mundo forman hoy día parte de la Organización Internacional del Trabajo, dentro de los cuales se encuentra Colombia.

Estructura y composición de la O.I.T.

Dicha Organización tiene una característica especial, como es su composición “tripartita”, por cuanto todos sus órganos están integrados por representantes de los gobiernos, de las organizaciones de empleadores y de las de los trabajadores, lo que influye en los instrumentos que adopta para lograr los propósitos encaminados a desempeñarse como coordinadora en el desarrollo de las políticas necesarias para lograr la paz y la justicia social.

En cuanto a su estructura interna, la Organización Internacional del Trabajo, está integrada por tres órganos principales que son:

- La conferencia internacional del trabajo, que conforman todos los Estados miembros, se reúne generalmente una vez al año y toma decisiones que se denominan convenios y recomendaciones, las que se someten a consideración de los gobiernos de los Estados miembros.

- El consejo de administración, el cual posee facultades de dirección y ejecución de los programas de trabajo de la Organización, supervigila las actividades realizadas por la Oficina Internacional del Trabajo, se reúne varias veces al año y entre sus principales tareas se encuentra la de fomentar la celebración de las conferencias regionales.

- La oficina internacional del trabajo, cuya sede está en Ginebra (Suiza), es el órgano permanente de administración y consulta, que funciona bajo el mando de un Director General quien depende del Consejo de Administración y obra de acuerdo con sus políticas; igualmente ejerce las labores de secretariado técnico de la Organización.

Actos de la Organización Internacional del Trabajo

Los actos mediante los cuales se manifiesta la Organización Internacional del Trabajo se denominan convenios y recomendaciones, denominación que depende de la Conferencia Internacional del Trabajo a quien corresponde decidir si un texto ha de revestir tal o cual forma.

Los convenios internacionales del trabajo se han definido como instrumentos destinados a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican, al paso que las recomendaciones no crean tales obligaciones, sino que se dirigen a definir guías que orienten la acción de los gobiernos respecto a sus relaciones laborales.

Naturaleza jurídica de los convenios de la O.I.T.

Este punto fue objeto de muchas discusiones durante los primeros años de existencia de la Organización y fue así como de allí surgieron opiniones

de diversa índole. Algunos sostenían que tales convenios constituían “superleyes”, cuyo valor era superior a toda norma dictada por las naciones sobre la materia y que por tanto sus preceptos se imponían a la legislación interna de los países que los ratifican, por el simple hecho de su ratificación. Otros, en el otro extremo, consideraron que se trataba de proyectos o propósitos que no obligaban, si no eran puestos en práctica por los gobiernos correspondientes, mediante la adopción de leyes. Para otros, constituyen una verdadera legislación común para los Estados que son parte de la Organización Internacional del Trabajo.

Posteriormente se dijo que estos instrumentos eran tratados colectivos que poseen reglas de Derecho para cuya entrada en vigor se exige por parte de cada Estado una adhesión en forma ulterior. Sin embargo, hay quienes estiman que los convenios de la O.I.T. son contratos internacionales ordinarios, es decir, tratados-contratos que ligan a las partes; igualmente surgió la tesis de que son leyes internacionales o actos internacionales *sui generis* que comprenden elementos contractuales y elementos legislativos. Otros parten del hecho de la ratificación y afirman que, una vez ratificado el convenio, se transforma en un tratado que obliga al Estado que lo ratificó, frente a los demás y frente a la propia Organización Internacional del Trabajo.

GEORGES SCELLE afirma que los convenios de la O.I.T. no tienen en absoluto naturaleza contractual, sino que constituyen “leyes internacionales” adoptadas por un “órgano legislativo internacional”, la Conferencia Internacional del Trabajo, y que para adquirir fuerza legislativa interna sólo requieren de un acto condición, como es la ratificación, y que sería en realidad una adhesión a un acto preexistente.

Para la Corte Constitucional, si bien es cierto que tales actos no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias pues son instrumentos de carácter internacional que contienen normas de Derecho, adoptadas por un órgano colectivo (Conferencia Internacional del Trabajo) en cuyo seno se encuentran representaciones de los Estados miembros y que sólo obligan a quienes los ratifiquen, acto que también tiene características distintas, como se verá. Y que dadas esas peculiaridades especiales que los caracterizan y distinguen se rigen por las propias normas contenidas en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y en lo no contemplado en ellas en las normas de Derecho Internacional relativas a los tratados comunes u ordinarios.

En consecuencia, corresponde a los Estados miembros de la O.I.T. acatar las reglas establecidas en dichas normas para la aprobación y cumplimiento de los convenios internacionales del trabajo, pues a ello se comprometieron cuando decidieron formar parte de esta Organización.

Características de los convenios internacionales del trabajo

Como se ha expresado, los convenios internacionales del trabajo presentan una serie de particularidades que los caracterizan y distinguen de los tratados internacionales comunes u ordinarios.

Estas son:

- Tienen carácter institucional por ser adoptados en el marco de una organización internacional; esta adopción no se ha visto precedida de negociaciones diplomáticas entre los Estados sino de una discusión en el seno de una asamblea.

- La adopción de los convenios se lleva a cabo por la Conferencia Internacional del Trabajo, la que, como se anotó, está conformada por representantes de los Gobiernos, de las organizaciones de empleadores y de las de trabajadores, teniendo cada delegado un voto.

- No se requiere de unanimidad para adoptar un convenio, sino solamente de una mayoría de los dos tercios de los delegados en la Conferencia, y el voto afirmativo de los representantes de un gobierno no vincula al Estado correspondiente a contraer compromisos internacionales derivados del mismo, así como el voto negativo no lo libera de la obligación de darle el trámite debido.

- Adoptado el convenio por la Organización Internacional del Trabajo, los Estados miembros están obligados a someterlo, en un plazo de un (1) año y no mayor de dieciocho (18) meses, a las autoridades nacionales competentes a quienes compete el asunto, para que le den forma de ley o adopten otras medidas, según corresponda.

- Un convenio internacional del trabajo no vincula a un Estado sino hasta cuando éste lo ratifica. Ratificación que no tiene el significado y alcance que se ha dado a esta figura jurídica en el Derecho Internacional, como se verá.

La Ratificación de convenios internacionales del trabajo

La ratificación conforme al Derecho Internacional es el acto jurídico internacional mediante el cual un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado o convenio internacional, acto que se cumple

mediante el canje o depósito de ratificaciones, o a través de intercambios del instrumento y, a veces, por adhesión o aprobación. Sin embargo para efectos de los convenios internacionales del trabajo, ésta adquiere un significado diferente.

En efecto, los convenios de la O.I.T., desde el punto de vista internacional, carecen formalmente de “ratificación”, pues solamente se requiere de la información a su Director General sobre la aprobación del mismo por parte de la autoridad legislativa interna, en nuestro caso del Congreso de la República.

El carácter específico de la ratificación de estos convenios, contrariamente a la práctica seguida en los tratados diplomáticos tradicionales, no implica firmas previas por parte de los representantes de los Estados, ni intercambio de documentos de ratificación, sino que tiene más bien carácter informativo.

Efectuada tal “ratificación” se produce la obligación para el Estado que la efectúa de tomar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones del mismo.

Desde el punto de vista constitucional es indispensable, sin embargo, que el Presidente de la República apruebe el convenio, pues ni siquiera estos tratados *sui generis* escapan a la regla nunca exceptuada por la Carta de que ellos deben ser celebrados por este funcionario.

Conforme a nuestra Carta Política los convenios internacionales del trabajo se entienden incorporados automáticamente a la legislación interna una vez hayan sido ratificados, al establecer en el artículo 53 inciso cuarto, lo siguiente:

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

Hoy, con esta disposición, se puso fin a una prolongada discusión sobre los efectos y la obligatoriedad internos de estos convenios en el sentido de su aplicabilidad inmediata una vez ratificado sin necesidad de medidas complementarias.

Concluyendo se tiene que los convenios de la O.I.T. no requieren, como exigencia internacional, formalmente de “ratificación” como lo exige la Convención de Viena -Derecho de los Tratados-, para los tratados ordinarios entre Estados, es decir, que el Presidente de la República no tiene que efectuar el canje o depósito de instrumentos de ratificación o la adhesión del Estado, sino simplemente comunicar al Director General de la Organización que tal instrumento ha sido aprobado por el órgano legislativo

interno, información que se da también al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas para efectos del registro y la publicación a que alude el artículo 102 de la Carta de la misma.

Por tanto y para efectos del artículo 58 transitorio de la Constitución vigente, el término “ratificar” allí contenido, para efectos del perfeccionamiento de los convenios celebrados con la Organización Internacional del Trabajo tiene la connotación a que antes nos referimos y queda cumplida con la decisión misma del Constituyente, pero no excusa ni dispensa la aquiescencia o aprobación del Presidente de la República, cuyo consentimiento es indispensable para que desde el punto de vista de la Constitución colombiana se entienda que el tratado o convenio ha sido celebrado, pues sólo a él compete esta potestad; a él corresponde además, transmitir al Director General de la O.I.T. la información pertinente.

Aplicación en Colombia de los convenios y recomendaciones de la O.I.T.

En vista de que en diversos informes de Magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha puesto de presente la queja por algunos organismos especializados de la O.I.T. sobre numerosos y reiterados incumplimientos de convenios y recomendaciones de la O.I.T. y que aparentemente las autoridades competentes no han tomado las medidas apropiadas para enmendar su omisión o aminorar sus efectos, esta Corte advierte la necesidad de promover la aplicación efectiva de tales convenios y recomendaciones a nivel nacional como quiera que ello resulta ser, a la luz de los principios y valores consagrados en la Constitución vigente un imperativo ineludible tal como se desprende del texto de los artículos 1°, 7°, 13, 25, 38, 39, 48, 53, 54, 55, 56 y 93, entre otros.

Igualmente resulta comprometido el principio de la efectividad real de los derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2o.).

Lo anterior debe responder también a un serio propósito de observar estrictamente los compromisos adquiridos por el país con la comunidad internacional, praxis fundamental de las relaciones entre entes soberanos ceñida a los dictados tanto de la buena fe como del derecho internacional”. (Magistrado ponente JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN).

VI. El trabajo en nuestra Constitución colombiana de 1991

A. Concepto general sobre el Estado Social

El Estado Social de Derecho es el que pretende establecer un orden económico-social basado en la procura de un mínimo existencial, en la

igualdad de oportunidades, para garantizar materialmente el principio fundamental de la dignidad humana. En nuestra Constitución Nacional encontramos para conseguir el mínimo existencial, entre otros, los artículos 43 al 53 y el 64 como los más importantes; la realización de la igualdad está garantizada con los artículos 13, 53, 54 y 70.

Tenemos pues, que para considerar a Colombia como un Estado Social debe pretenderse desarrollar el valor de la igualdad en sentido positivo; procurar a los individuos un mínimo existencial; ser portador de un orden socioeconómico encaminado en función de la dignidad humana.

Lo anterior se tiene respetando valores constitucionales como los establecidos en el Preámbulo, los artículos 1°, 2° y 366, o sea, la vida, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz o convivencia pacífica, el orden, el servicio a la comunidad, la prosperidad o bienestar general, la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, la participación de los individuos en la toma de decisiones relativa a la comunidad, la independencia y la integridad nacionales, el mejoramiento de la calidad de vida.

El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna, dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

La Corte ha dicho que aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia, éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia, o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad (ver Sent. 426 de junio 24 de 1992, Corte Constitucional).

La Carta Política de 1991 abrió las puertas para que se consagre definitivamente el verdadero derecho social del Derecho del Trabajo que es el de aminorar las desigualdades e imponer la paz social. El Derecho del Trabajo no consiste únicamente en la protección de los trabajadores, sino que tiende a construir y organizar un derecho que garantice la colaboración de todos los que intervienen en la actividad laboral; en la globalización de la economía el derecho social laboral impone el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y debe garantizar el bienestar social de la población.

B. La constitucionalización del trabajo

La nueva Constitución garantiza que Colombia es un Estado Social. Desde el preámbulo se pretende 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. Se ratifica en el art. 1° de la Carta la condición de Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general.

Las incorporaciones de las llamadas cláusulas sociales y económicas en el texto Constitucional señalan una rectificación de conceptos; pues en tanto que en el pasado prevalecían los argumentos políticos, últimamente han recibido tratamiento especial las referencias a la libertad económica como prerrogativa al lado de las más connotadas declaraciones de naturaleza política. Vemos así como el trabajo, relegado al principio en un olvido casi total en las constituciones, pasa a tener importancia descollante, unas veces como función social, otras como elemento de producción, y la mayoría de las veces como una tentativa de dignificar el valor que representa, no por referencias incidentales, sino con contenido sustancial. Incluye el trabajo entre los principios fundamentales, desarrollándose así el fenómeno de la constitucionalización del derecho del trabajo.

El proceso de constitucionalización social ha encarado en forma decisiva la valoración del trabajo como uno de los derechos esenciales de la personalidad humana, asignándole una jerarquía que se proyecta no solo en lo político, sino también en lo social y en lo económico. Ennoblecendo y glorificando al trabajo, la Constitución pone al ciudadano en el camino de su verdadera libertad personal, ya que por cuyo medio el hombre sacude todo yugo servil y se convierte en señor de sí mismo.

El nuevo concepto de la actividad laboral supera la simple valoración material de ella, elevándola al rango de un derecho consustanciado con la vida y la esencia del ser humano. Por ello se llega a la incorporación del trabajo en el texto constitucional con alta significación de los valores inmanentes de contenido humano que deben reconocerse y respetarse. En la Constitución de 1991 se afirma el derecho al trabajo con las características de los derechos fundamentales del hombre.

Nuestra Constitución Nacional contempla normas que pueden servir de marco para un nuevo derecho laboral, mediante el cual se garantice la idea y condiciones de que la finalidad última o suprema de ese derecho

es otorgar a los trabajadores una existencia digna, con un nivel económico decoroso.

Definitivamente, después del derecho a la vida, el Derecho al trabajo es la más importante categoría jurídica que requiere la protección del Estado para la plena realización de la persona humana como en efecto quedó establecido en la Constitución.

C. El trabajo como derecho fundamental en la Constitución

A partir de la Carta Política de 1991 nuestro país entra en la era del Constitucionalismo del Derecho del Trabajo, o sea, se supera el marco meramente legal que se caracteriza por su estrechez frente al trabajo. Este quedó instituido como uno de los pilares básicos del Estado Social Colombiano.

Los Constituyentes señalamos en su oportunidad, como lo resalta la honorable Corte Constitucional, que “no se trata, como pudiere pensarse con ligereza, de un simple retoque cosmético o terminológico. Se pretende de un rumbo inequívoco y fundamental para la constitución de una nueva legitimidad para la nueva Carta. El trabajo se eleva a rango de postulado ético-político necesario para la interpretación de la acción estatal y de los demás derechos y deberes incluidos en la Carta, así como factor indispensable de integración social” (Gaceta Constitucional No. 23 de Marzo 19 de 1991, pág. 22 citado en la sentencia C-479 de 1992).

En el proyecto del acto reformativo de la Constitución Política presentado por el autor de este estudio como constituyente y publicado en la Gaceta Constitucional N° 6 de febrero 18 de 1991, se expresó en la “Exposición de motivos” que el Estado Social debe acentuar la importancia del trabajo como valor jurídico-político que lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad. Se trata de una actividad libre, consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumentos de labores. Tiene un significado ético. Que la Constitución debía contemplar normas, como en efecto se aprobaron, que sirvieran de marco para un nuevo derecho laboral que garantice la idea y condiciones de que la finalidad última o suprema de ese derecho es otorgar a los trabajadores una existencia digna con un nivel económico decoroso.

Se llegó a la incorporación del trabajo, en la nueva Constitución, con la jerarquía de un derecho inmanente, que se entronca en la persona humana y es inherente a su vida, y como tal, exige la protección constitucional.

La Honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“...el trabajo, además de ser un Derecho Fundamental es un principio fundante del Estado colombiano ... es ciertamente un Derecho Humano (art. 29) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana un principio o elemento fundamental del nuevo orden Estatal (art. 1°)” (C-546/92, oct. 1° de 1992).

“El trabajo, como factor fundamental de los procesos económicos y sociales, resulta de primordial importancia en razón de que posibilita los medios de subsistencia y la calidad de ésta para el mayor número de la población y de él depende de manera general el crecimiento y desarrollo económico. También de él se desprenden varias y complejas relaciones sociales concurrentes y divergentes en punto a los intereses que en ellas se traban; esta naturaleza básica del trabajo, reconocida por el Constituyente de 1991 desde el preámbulo de la Carta también manifiesta en su contenido finalístico el propósito de asegurarlo de manera prioritaria, ante otros objetivos del Estado” (Corte Constitucional, T 446/92, julio 8/92).

“Con la promulgación del Derecho no está ganada la batalla por hacerlo realidad”.

“La promulgación es con frecuencia el punto de partida...”

“Según la Carta de 1991 la efectividad de los derechos no es un mero postulado programático. Es una norma Constitucional con toda su fuerza imperativa.

“Así se desprende del art. 2° que postula como fin del Estado la garantía de la efectividad de los Derechos... (C-546/92, octubre 1° de 1992).

“El trabajo es un Derecho Fundamental que goza de la especial protección del Estado y además es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización social, según el preámbulo y uno de los valores fundamentales de la República, conforme al artículo 1° (T-457/92, julio 14 de 1992, T-446/92, julio 8 de 1992. T-462/92 de julio 13 de 1992).

El ilustre tratadista de Derecho Constitucional colombiano Doctor JORGE PÉREZ VILLA, al comentar el art. 2° de la Constitución Política Nacional, sostiene que con esa norma se establece la finalidad que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, o sea, no es otra cosa que hacer de estos una realidad materializada y no letra muerta”⁹.

⁹ *Compendio de Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Leyer, Bogotá, 1999, pág. 100.

D. La democracia y el derecho del trabajo

Tanto la democracia como el derecho del trabajo parten de la valoración del hombre; poseen un origen común. Tanto la democracia como el derecho del trabajo suponen y requieren el cumplimiento de normas y no el simple acatamiento a la voluntad discrecional del que detenta la autoridad. En ambos mundos existe un amplio campo para la decisión de la autoridad respectiva, pero la tendencia, la aspiración, la búsqueda es hacia la regulación del poder en todo lo que sea posible. En el campo del derecho público se habla del fenómeno de la racionalización del poder. En el campo del derecho laboral no suele utilizarse esa denominación pero es manifiesta la tendencia a regular la actividad empresarial en esta materia por medio de leyes, de convenios colectivos, de reglamentos internos. Son normas de distinta procedencia y naturaleza pero todas tienen como objetivo reducir la zona de discrecionalidad. Estas apreciaciones del profesor y tratadista uruguayo AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ, pueden complementarse con otras apreciaciones de eminentes juristas que han tratado el tema y que opinan en la siguiente forma: GERARD LYON-CAEN afirma que importa comprender que el derecho del trabajo por imperfecto que sea es un elemento esencial de la democracia. No hay democracia sin libertad sindical y libre concertación del trabajo y el capital. No hay democracia sin que el mayor número sea llamado a recoger los frutos del progreso. Defender el derecho del trabajo individual y colectivo es pues indispensable, para los trabajadores en primer término, pero también para la sociedad entera, pues su suerte está ligada a la de democracia". FRANCIS BLAUCHARD expresó: "lo que vale decir que no hay democracia si no hay derecho del trabajo".

Estos autores, citados por PLÁ RODRÍGUEZ, refuerzan la afirmación de este autor cuando afirma que como la libertad sindical constituye un elemento clave del derecho del trabajo, se deduce que no puede existir una auténtica democracia si no hay un derecho del trabajo completo, que incluya tanto el derecho individual como el derecho colectivo. Se convierte así el derecho del trabajo en un componente indispensable del régimen democrático. Todo lo anterior hace afirmar que si el derecho del trabajo necesita de la democracia para poder existir en plenitud, la democracia necesita del derecho del trabajo para evidenciar su autenticidad¹⁰.

¹⁰ Relaciones entre democracia y el derecho del trabajo, PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO en el libro de varios autores denominado *Presente y perspectivas del derecho del trabajo*, Universidad Autónoma de México, 1990.

La Constitución Política de 1991 atribuyó a los sindicatos plenos derechos de participación política por su condición de organizaciones sociales, según el art. 103, inciso 2°.

La democracia del diálogo se impone con lo establecido en los arts. 55 y 56 de la C.N. Igualmente, en nuestra Constitución se enriquece la democracia al establecer que los sindicatos se sujetarán a los principios democráticos (art. 39 C.N.).

E. El derecho laboral y los derechos humanos

Se entiende por Derechos Humanos aquellos consubstanciales al ser humano y que se desprenden de valores permanentes como la justicia, la libertad y la dignidad, con los que se protege a la persona frente a la arbitrariedad, la opresión y la insatisfacción de sus necesidades básicas.

Los esfuerzos realizados en torno a la declaración y garantía de los derechos humanos no son nuevos, pero se asegura que es a partir de la incorporación de los derechos laborales en el Tratado de Versalles cuando se consolida su expresión universal.

En mayo de 1944, la vigésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros. La Declaración de Filadelfia es una de las piezas fundamentales en el desarrollo de los derechos humanos.

En diciembre de 1948 la Asamblea General de la Declaración Universal de Derechos Humanos, texto que comprende los derechos civiles y políticos junto con los económicos, sociales y culturales. La indivisibilidad de los derechos humanos se fundamenta en la necesidad de entender al ser humano como un todo por lo que el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos no pueden ser parciales, aislados o no relacionados.

Existe, pues, un paralelismo hacia la universalización del derecho del trabajo y de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), con otro en cuanto a la constitucionalización de ambos derechos, como un medio de garantizar su permanencia y asegurar su cumplimiento y respeto.

El reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos y laborales resultan inseparables, indivisibles y recíprocamente necesarias. EMILIO MORGADO VALENZUELA, en un estudio, presentado en la Segunda Reunión de la Academia Iberoamericana de derecho del Trabajo celebrada en México, explicó algunas consideraciones acerca de este tema y se refirió a las materias de naturaleza laboral incorporadas en los tratados interna-

cionales sobre derechos humanos, de nivel universal y regional, y cuáles de esas materias también forman parte de los tratados internacionales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra los siguientes derechos y libertades de contenido laboral:

1. Derecho a la no discriminación (arts. 1º, 2.1, 7 y 23.2).
2. Libertad de reunión y asociación pacíficas; fundar sindicatos (arts. 20 y 23.4).
3. Derecho a la seguridad social (arts. 22 y 25).
4. Derecho al trabajo libremente elegido (arts. 4º y 23.1).
5. Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. (arts. 22, 23.1 y 25.1)
6. Derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria (art. 23.3).
7. Derecho al “no trabajo” (art. 24).
8. Derecho a la formación profesional (art. 26.1).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1996, se contempla los siguientes derechos de contenido laboral:

1. Derecho a la no discriminación (arts. 2.2, 2.3, 3º y 7º).
2. Derecho al trabajo (art. 6.1).
3. Derecho a condiciones adecuadas de trabajo y de vida (arts. 7º y 11.15)
4. Derecho a una remuneración apropiada (art. 7º a iii)
5. Derecho a la promoción (art. 7c).
6. Derecho a la seguridad social (arts. 9º y 10.2)
7. Derecho a la protección a la maternidad (art. 10.2)
8. Derecho a la protección de la niñez y adolescencia (art. 10.3).
9. Edad mínima (art. 10.3).
10. Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 7.6, 10.3, y 126).
11. Derecho atinentes a las enfermedades profesionales (art. 12.c).
12. Derecho a la orientación y formación profesionales (art. 6º y 13.2B)
13. El derecho a “no trabajo” (art. 7d)
14. Derecho de asociación profesional o sindical (art. 81.a.b. y c. 8.2 y 8.3).

Los principios universales sobre derechos humanos en materia laboral tienen una expresión regional en la *Convención Americana sobre Derechos*

Humanos. Otros son regulados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948 y reformada en 1967 por la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948. Son derechos humanos en materia laboral señalados en estos instrumentos los siguientes:

1. Derecho a la no discriminación.
2. Prohibición del trabajo forzoso.
3. Derecho al trabajo.
4. Derecho a un salario justo.
5. Derecho al “no trabajo”.
6. Derecho a la formación profesional.
7. Derecho a la seguridad social.
8. Derecho de reunión.
9. Derecho de sindicación.
10. Derecho a la negociación colectiva.
11. Derecho de huelga.
12. Derecho de petición.
13. Derechos de consultas.
14. Derecho a la asistencia legal.
15. Derecho al funcionamiento apropiado de la administración pública.

Por lo anterior, podemos afirmar que cualquier programa de reformas a la legislación laboral que tenga como finalidad modificar o atentar los derechos mínimos establecidos en las leyes de trabajo, será un atentado contra los Derechos Humanos y los postulados de la Organización Internacional del Trabajo.

F. Concepto y características de los derechos humanos

La concepción de los derechos humanos parte de la primacía del ser humano sobre las demás cosas de la naturaleza y de la necesidad de reconocer a los individuos ciertos atributos fundamentales que sólo a ellos corresponde.

Estos atributos son inalienables por ser parte de la esencia misma de la condición de la persona humana y es esa circunstancia la que sirve de punto de partida para su fundamentación.

Por ser parte de la naturaleza del hombre, su origen y fundamento nunca puede ser jurídico; las normas jurídicas no crean los derechos humanos, sólo hacen es reconocerlos y garantizar su existencia. Los derechos humanos se basan en la dignidad humana. Esta condición hace al hombre un fin en sí mismo que no tiene precio, su valor es intrínseco. Siendo, pues, el ser humano un fin, de ninguna manera puede ser reducido a un medio o al cumplimiento de una función; es la dignidad el fundamento que hace al hombre el comienzo y el final de toda valoración moral.

Las características de los derechos humanos son muy propias que los distinguen de los demás y que hacen de estos una categoría especial dentro del sistema jurídico universal. Según el tratadista JORGE PALLARES BOSSA, profesor de la Universidad Libre -sede Cartagena de Indias-, son las siguientes: a) *Universalidad*, porque se trata de derechos que son la expresión de la dignidad de que goza todo individuo, sin distingos de edad, sexo, raza o condición. En consecuencia, deben ser acatados y respetados por todos los Estados; b) *Imperatividad*, por ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados; la violación de una norma internacional responsabiliza ante todos los Estados y no solo frente al Estado o la persona lesionada; c) *Indivisibilidad*, esto es, no pueden tomarse parcialmente sino en su integridad, tanto en la dimensión individual como social; d) *Interdependencia*, ya que el desconocimiento de uno entraña el desconocimiento de los demás derechos¹¹.

G. Globalización del derecho laboral

La globalización del Derecho laboral se impone, siempre y cuando no se atente contra los principios fundamentales del mismo, ya que de lo contrario se atentaría, igualmente, contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

La globalización no solo debe buscar el desarrollo de la economía, sino, ante todo, la dignificación del ser humano dentro de un bienestar social y justo. Debe ser integral en el sentido de que lleva implícito un conjunto de procesos que se dan en diversos ambientes más allá del financiero como el jurídico, político, social, cultural, etc.

En cuanto a la dimensión jurídica del proceso de desarrollo, el derecho ha de operar ante todo como un conjunto de garantías eficaces de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El conjunto mínimo de esos derechos y libertades es el que resulte de la Declaración Universal

¹¹ PALLARES BOSSA, JORGE. *Aspectos internacionales de la Constitución Política*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2002, págs. 72y ss.

de Derechos Humanos, 1948; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. En los países americanos la Declaración de Principios Sociales de América, 1945; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; la Carta Interamericana de Garantías Sociales, 1948; la Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 43; y el Pacto de San José de Costa Rica.

Por medio de convenios y recomendaciones, la OIT procura satisfacer su cometido de “lograr la realización de ciertas metas normativas con miras a garantizar que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, pueden perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. (Extracto de la memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, 70 reunión, 1984, pág. 3).

H. Criterio de nuestra Constitución Nacional sobre los derechos humanos

Nuestra Carta Política, en el artículo 1 dice, en la parte pertinente, que Colombia es una República, “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 el artículo 5° dispone que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

El artículo 53, inciso 4°, dice: Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

El artículo 93 dice: “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 artículo 94, dispone: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos”.

El artículo 214 dice: “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

...

“2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.

Artículo 226: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

Artículo 227: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del parlamento andino y del parlamento latinoamericano”.

El artículo 277 establece lo siguiente: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

...

2) “Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo”.

El artículo 278 dice: “El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

...

4) Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes”.

El artículo 282 reza: “El defensor del pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

...”

El artículo 366 dice: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objeto fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

“Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales el gasto público tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

I. Mínimo de los derechos humanos

El conjunto mínimo de los derechos humanos es el que resulte de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en los países americanos: La Declaración de Principios Sociales de América de 1945; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948.

VII. El actual derecho laboral colombiano

A. Concepto general

El derecho del trabajo contempla, además de las relaciones entre trabajadores y empleadores, las actividades de las asociaciones profesionales. Este derecho comprende el conjunto de normas legales encaminadas a regir las relaciones entre prestadores de un servicio personal y los beneficiarios de la labor. El derecho del trabajo mira esas vinculaciones en la medida en que el trabajo se realiza bajo la dependencia del empleador, en oposición al servicio autónomo que se ejecuta libremente por cuenta propia.

El derecho laboral es un derecho especial para determinadas personas; nació y se desarrolló para proteger a los trabajadores subordinados, siendo esa condición uno de sus propósitos fundamentales. La parte denominada derecho individual del trabajo se propone defender al trabajador, por su estado de inferioridad económica, contra los posibles abusos del empleador de las situaciones que se desprenden de la ejecución del contrato individual del trabajo.

Por otra parte, el Estado ha dejado la solución de los problemas político-sociales de carácter colectivo a los propios trabajadores -directamente o por medio de los sindicatos- y a los empleadores. En este terreno, el derecho del trabajo no solo cumple funciones de protección (económico-social), sino también de organización de las relaciones laborales, mediante acción concertada del Estado con las asociaciones profesionales. La idea de colaboración se impone y ha dado lugar a diversos mecanismos que no solo participan en funciones del Estado, sino que, preferentemente, son organismos de autodeterminación o de codeterminación en el campo del

derecho colectivo del trabajo. Esa colaboración entre sindicatos de trabajadores y empleadores se manifiesta preferentemente en la celebración de las convenciones colectivas, lo que implica una mayor ventaja y protección para los trabajadores, quienes individualmente carecen de fuerza para enfrentarse a los empleadores.

El derecho del trabajo ha dejado de ser derecho de los trabajadores exclusivamente para comenzar a ser el derecho de todos y ha perdido su carácter tuitivo, y a veces lírico, para convertirse en un elemento de organización económica y en un conjunto de normas de espíritu y alcance universales.

Además, la protección de los trabajadores se consigue no por una legislación especial dictada únicamente para estos, sino por razones de orden económico y ético como producto de una conciencia que tiende al bienestar general más que al particular de un gremio determinado, con el objeto de dignificar los valores humanos y el trabajo como hecho social. El derecho laboral se caracteriza por la tendencia a dar primacía a las relaciones colectivas, como consecuencia de la coparticipación de los trabajadores en la configuración de sus destinos y de la colectividad entera. En nuestra época, los fines del derecho del trabajo son principalmente colectivos, y los medios para su realización deben buscarse en el derecho colectivo del trabajo.

Las asociaciones sindicales constituyen en el presente, sin lugar a dudas, una especie de organizaciones sociales que reúnen las características esenciales de éstas: un acto libre de constitución, vocación de permanencia, grado mayor o menor de formalidad, organización y estructura internas, sujeción a la ley y a los principios democráticos (art. 39 de la Carta). La Constitución Política de 1991 atribuyó a los sindicatos plenos derechos de participación política por su condición de organizaciones sociales (ver art. 103, inciso 2°) que dice: “El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación. Concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”. Hoy, pues, los sindicatos son actores político-constitucionales y, en consecuencia, protagonistas de la vida política en una sociedad democrática.

La idea de colaboración, producto de una democracia participativa, se impone; la tendencia moderna es dar intervención al pueblo en la deci-

sión de los problemas públicos, ya que el sistema representativo se queda corto en este sentido. El artículo 2° de la Constitución Política Colombiana, establece la participación como uno de los fines esenciales del Estado. Además, el artículo 41 dispone que en todos los establecimientos públicos y privados se establecerán prácticas democráticas que sirvan para garantizar el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El legislador deberá desarrollar toda actividad ciudadana, pero en el campo político, la Constitución de 1991 establece un tipo de participación bastante amplia en referendos, consultas, iniciativa popular, cabildo abierto, etc. Esta participación persigue fines políticos, económicos, sociales, administrativos y culturales.

La democracia moderna está en el diálogo, especialmente entre gobernantes y gobernados, para resolver los posibles conflictos y darle transparencia al ejercicio del poder político. El artículo 55, inciso 2°, manifiesta que 'Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo'. El artículo 56 de la Constitución Nacional manifiesta que 'Una comisión permanente integrada por el gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales', y el artículo 57 manifiesta que 'La Ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas'.

Sobre las estrategias generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno, habrá un Consejo Nacional de Planeación, según el artículo 340 de la Carta, integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales. El Consejo tendrá carácter consultivo y servirá de foro para discusión del Plan Nacional de Desarrollo.

Hoy, según nuestra Carta Constitucional, en su artículo 39, el derecho de asociación profesional o sindical es un derecho fundamental, entendido como libre ejercicio de los trabajadores para fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes.

Lo anterior encuentra su justificación en el hecho de que los principios pluralistas, democráticos y participativos tienen un alcance extenso, en la medida en que están llamados a aplicarse en los espacios más cercanos a la persona humana, como manifestación del traslado de la democracia desde el ámbito del Estado hacia la sociedad.

La Carta Política de 1991, pues, abrió las puertas para que se consagre definitivamente el verdadero derecho social del Derecho del Trabajo que es el de aminorar las desigualdades e imponer la paz social.

El Derecho del Trabajo no consiste únicamente en la protección de los trabajadores, sino que tiende a construir y organizar un derecho que garantice la colaboración de todos los que intervienen en la actividad laboral; en la globalización de la economía el derecho social laboral impone el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y debe garantizar el bienestar social de la población.

A partir de la Carta Política de 1991 nuestro país entra en la era del Constitucionalismo del Derecho del Trabajo, o sea, se supera el marco meramente legal que se caracteriza por su estrechez frente al trabajo. Éste quedó instituido como uno de los pilares básicos del Estado Social Colombiano. (Preámbulo, art. 1º, 25, 26, 39, 53 de la Constitución Nacional).

Los constituyentes señalamos en su oportunidad, como lo resalta la honorable Corte Constitucional que no se trata, como pudiera pensarse con ligereza, de un simple retoque cosmético o terminológico. Se pretende de un rumbo inequívoco y fundamental para la constitución de una nueva legitimidad para la nueva Carta. El trabajo se eleva a rango de postulado ético-político necesario para la Interpretación de la acción estatal y de los demás derechos y deberes incluidos en la Carta, así como factor indispensable de integración social (Gaceta Constitucional No. 23, de marzo 19 de 1991, pág. 22, citado en la Sentencia C-479/92).

B. Definiciones

Son muchas las definiciones que se han dado sobre el derecho del trabajo, cuyas divergencias se desprenden según se le considere de carácter político, económico, jurídico o ideológico.

Entre las definiciones de carácter político, de las que nace el sentido protector del derecho del trabajo, figuran las siguientes:

La de WALKER LINARES: “El conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económico-social de los trabajadores de toda índole; esto es, de las clases económicamente débiles de la sociedad, compuestas de obreros, empleados, trabajadores intelectuales e independientes”¹².

¹² WALKER LINARES. *Panorama del Derecho Social Chileno*, Santiago de Chile, Edit. Nacimiento, 1947, pág. 14.

LYON-CAEN lo define así: “El derecho del trabajo es el conjunto de reglas que regulan: a) la explotación del trabajo humano en el régimen capitalista; b) los instrumentos de lucha de los trabajadores contra esa explotación; c) las restricciones incesantes sufridas, en razón de esa lucha, por el régimen capitalista mismo”¹³. En igual sentido lo definen SCALLE y LORIN.

Entre las definiciones de contenido económico encontramos la de ESTASEN, para quien es “el conjunto de principios que regulan la industria”¹⁴.

BRY afirma que “el interés de las cuestiones jurídicas y de los problemas sociales que implica, se unen a los programas incesantes de la industria para aumentar día a día su importancia y consideración como el complemento de los estudios económicos”¹⁵. Para ESPEJO DE HINOJOSA, la legislación industrial es “el conjunto de leyes y demás disposiciones que sirven para establecer las relaciones económico-jurídicas que surgen de la organización y funcionamiento de las industrias nacionales”¹⁶.

Desde el punto de vista ideológico tenemos, entre otras la de MARIO DE LA CUEVA, quien señala que “el derecho del trabajo es así un derecho de clase, esto es, un derecho protector de los trabajadores”¹⁷. ANTONIO CESARINO JUNIORS lo considera como una disciplina encaminada a la protección de los económicamente débiles o los *hiposuficientes*”¹⁸. MARTÍN GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS, conceptúan que es “una legislación privilegiada o de clase”¹⁹. En el mismo sentido lo hace HÉCTOR ESCRIBAR.

Entre las definiciones de *carácter jurídico* aparecen las siguientes:

GUILLERMO CABANELLAS opina que es “aquél que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo

¹³ LYON-CAEN, GÉRARD. *Manual de Droit Du Travail Et de la Sécurité Sociale*, París, 1955, pág. 13.

¹⁴ ESTASEN. *Derecho Industrial de España*, Barcelona, Edit. Labor, S. A., 1958, pág. 13.

¹⁵ BRY, GEORGES. *Cours Élémentaire de Législation Industrielle*, Prefacio, París, Edit. Sirey, 1912, pág. 7.

¹⁶ ESPEJO DE HINOJOSA. *Ley de Legislación obrera e Industrial de España*, Barcelona, Edit. Labor, S.A., 1931, Pág. 141.

¹⁷ DE LA CUEVA, MARIO. *Derecho Mexicano del Trabajo*, t. I, 4a ed., México, Edit. Porrúa, 1954, pág. 240.

¹⁸ CESARINO JUNIORS, ANTONIO. *Direito Social Brasileiro*, Sao Paulo, 1943, pág. 41.

¹⁹ GRANIZO, MARTÍN Y GONZÁLEZ ROTHVOSS. *Derecho Social*, 3a ed., Madrid, Edit. Labor, S.A., 1935, pág. 11.

subordinado”²⁰. Para PERGOLESI, “regula las relaciones que surgen directa o indirectamente de la prestación contractual y retribuida del trabajo humano”²¹. RODOLFO NAPOLI dice que es “aquél que tiene por fin disciplinar las relaciones tanto pacíficas como conflictuales entre empleadores y trabajadores que prestan su actividad por cuenta ajena, la de las asociaciones profesionales entre sí, y la de éstas y aquéllas con el Estado con un fin de tutela y colaboración”²². JOSÉ MARÍA RIVAS opina que “el derecho del trabajo es el conjunto de normas, autónomas y heterónomas, y de principios, que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores que emergen, en forma inmediata o mediata del contrato de trabajo o relación de trabajo y las de ambos con las asociaciones profesionales y el Estado como poder público”²³.

Nosotros somos partidarios de la siguiente definición, que encuadra en la legislación laboral colombiana: *conjunto de disposiciones jurídicas que se forman con ocasión del trabajo subordinado entre los trabajadores, empleadores y el Estado, para lograr la justicia dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.*

C. Concepto legal del trabajo en nuestra legislación colombiana

El trabajo 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.

De la anterior definición se deducen los elementos del trabajo protegido por nuestra legislación colombiana, a saber:

1. Actividad humana

Se demuestra con este elemento el gran concepto social y humano del derecho del trabajo; tiene en cuenta la actividad del hombre, descartando en su reglamentación el esfuerzo realizado por los animales y el movimiento de las máquinas. Se refiere al trabajo de cualquier naturaleza intelectual o material, permanente o transitoria para que merezca la protección de la legislación jurídico-laboral.

²⁰ CABANELLAS, GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral*, Bibliográfica Omeba, t. I, Buenos Aires, 1968, pág. 156.

²¹ PERGOLESI. *Scritti giuridici*, t. I, Padova, Edit. Cedam, 1936, pág. 99.

²² NAPOLI, RODOLFO. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1969, pág. 39.

²³ RIVAS, JOSÉ MARÍA. *Manual de Derecho del Trabajo*, 4a ed., Buenos Aires, Ediciones Macchi-López, 1975, pág. 52.

La actividad debe considerarse en un sentido amplio: es trabajo amparado por el derecho laboral tanto el que requiera dinamismo o movimiento, como el que significa *pasividad o inmovilidad*. Un celador que cuida sentado, una modelo que exhibe un vestido en un almacén desempeñan un trabajo.

2. *Actividad libre*

Se refiere a la libertad en sentido jurídico, o sea, la facultad que tiene toda persona de ejercer toda clase de oficio, siempre y cuando no esté prohibida por el ordenamiento legal. Se excluye el trabajo obligatorio, como en el caso del que realizan individuos condenados penalmente y, en todo caso, el que se desarrolla bajo presión o en contra de la libre autonomía del trabajador. Esta *libertad individual* se concreta bajo la forma de *libertad de trabajo*.

No se refiere la definición que comentamos a la libertad en *sentido económico*, ya que es muy discutible que aparezca en la relación laboral; por lo general el trabajador, al vincularse por medio de contrato individual de trabajo, carece de esa libertad para discutir si le conviene o no el trabajo ofrecido por el empleador; sus necesidades le obligan a trabajar para poder recibir un salario, fuente única, en muchos casos, de subsistencia.

3. *Realizado por una persona natural*

Esto quiere decir que las actuaciones de las personas morales o jurídicas no son objeto de protección del derecho laboral; sólo el servicio personal, realizado por una *persona natural*, es considerado por esa disciplina jurídica. Con toda claridad dice nuestra legislación, al definir lo que se entiende por contrato individual de trabajo, que es toda actividad realizada por una *persona natural denominada trabajador bajo la subordinación continuada* del beneficiario del servicio, denominado patrono o empleador, quien puede ser una persona natural o jurídica.

4. *Al servicio de otra*

Como hemos visto anteriormente, el que presta el servicio se llama trabajador y debe ser una persona natural. Ahora, quien se beneficia de ese servicio, puede ser una *persona natural o jurídica* y se llama *empleador o patrono*. Este tiene la facultad de impartir las órdenes conducentes en la ejecución de la labor y, a su vez, el trabajador debe acatar esas órdenes en virtud de la *subordinación*. Este elemento es muy importante porque, como lo dijimos, el trabajo que protege el derecho laboral es el realizado por cuenta ajena bajo dependencia.

5. Cualquiera que sea su finalidad

Debemos entender que se refiere a la finalidad que no implique violación de los sanos principios de la moral y de preceptos legales; no puede tolerarse en una rama jurídica lo que está prohibido en otra. El derecho constituye un todo orgánico en que las diferentes disciplinas jurídicas complementarias entre sí lo componen.

Existen casos, aunque las finalidades resulten contrarias a la moral y al derecho, en que la ley lo considera como *trabajo* y permite su protección. Esto ocurre en los casos en que se llenan los requisitos siguientes: 1) que la actividad en sí misma no sea ilícita; 2) que exista buena fe por parte del trabajador, lo que vale decir, la creencia de que los fines que se persiguen con su trabajo son lícitos. Hay que tener en cuenta, pues, para negar el carácter jurídico de trabajo a una actividad humana, el *elemento objetivo*, esto es, si la labor en sí misma constituye un acto inmoral o ilegal. Y el elemento subjetivo, consistente en la *mala fe* por parte del trabajador debidamente comprobada, ya que la *buena fe se presume*. (Cfr. art. 769 del C.C.).

Consideramos que ningún empleador puede negarse a pagar salarios y prestaciones sociales, con base en el argumento de que los fines que él perseguía con la actividad del trabajador eran ilícitos; nadie puede alegar en su beneficio su propia culpa. Aceptar esta conducta patronal es permitir el enriquecimiento ilegal. Aquí se aplica el antiguo aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

6. Efectuada en ejecución de un contrato de trabajo

En todo contrato de trabajo existe necesariamente una relación laboral en estado de dependencia, pero no toda relación de trabajo presupone la existencia de un contrato de trabajo. Hay casos de actividades laborales en donde no se configura el contrato individual de trabajo y, sin embargo, están protegidas por el derecho laboral. Es esta la razón por la cual coincidimos con GUILLERMO CAMACHO HENRÍQUEZ cuando afirma que es más adecuado decir, en vez de la actividad "efectuada en ejecución de un contrato de trabajo", la "originada en una relación de trabajo dependiente"²⁴.

El trabajo ocasional, accidental o transitorio es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono (consultar arts. 6º, 45, 223, 229, 230, 247, 251, 289, 306, 411 del C.S.T.).

²⁴ CAMACHO HENRÍQUEZ, GUILLERMO. *Derecho del Trabajo*, T. I, Bogotá, Edit, Temis, 1961, pág. 19.

D. Diferentes conceptos sobre el trabajo

El trabajo como hecho permite diferentes consideraciones si se tienen en cuenta las variadas posiciones desde las cuales se puede estudiar. Existen conceptos desde el punto de vista jurídico, social, político, económico, fisiológico, físico, etc. Veamos someramente algunas nociones sobre el trabajo, teniendo en cuenta distintos ámbitos de observación.

a) En lo *fisiológico*, aparece como efecto de la transformación de las distintas formas de energía en el interior de nuestros tejidos, o sea, el realizado dentro del organismo como consecuencia de la mutación de la materia en energía, y viceversa. Esta noción del trabajo constituye siempre un gasto de energía muscular y nerviosa.

b) En lo *físico*, el trabajo tiene un sentido mecánico y se concreta en el efecto útil de movimientos *externos* que determinan un rendimiento laboral; es la acción de toda fuerza modificadora del mundo exterior. El concepto físico del trabajo es bastante amplio, y cabe por lo tanto hablar de trabajo de las máquinas, de los animales, de las fuerzas de la naturaleza, así como de las del hombre.

c) En lo *político*, el trabajo es objeto “de la actividad legislativa y de la función rectora de la administración, con fines de protección para los trabajadores, de mantenimiento de paz social y del incremento productivo”.

d) En lo *social*, el trabajo es la exteriorización voluntaria de las facultades encaminadas a resolver necesidades de interés general. Constituciones políticas establecen el deber de aplicar las energías corporales e intelectuales en forma que redunden en beneficio de la colectividad.

e) En lo *económico*, el trabajo es la acción consciente del hombre hacia una finalidad con valor económico, o sea, que sirva para satisfacer necesidades económicas del ser humano. ANDRE GIDE sostiene que el trabajo es el esfuerzo reflexivo del hombre para cumplir necesidades de toda índole de su existencia.

Es tan trascendental la importancia económica del trabajo en la vida de relación, que podía afirmarse que todo, inclusive el hombre, como afirma CAMPOS RIVERA, es producto suyo, así como todo ese complejo de bienes y valores que integran nuestra civilización²⁵.

f) En lo *filosófico*, el concepto del trabajo varía según la tendencia filosófica que lo estudie.

²⁵ CAMPOS RIVERA, DOMINGO. *Derecho Laboral Colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 5.

Entre los antiguos hebreos se le consideró una maldición divina, como sanción por el pecado original; en el Génesis se hace decir al Creador: “Por ti será maldita la tierra; con trabajo comerás de ella todo el tiempo de tu vida... con el sudor de tu rostro comerás el pan; hasta que vuelvas a la tierra”. Los griegos también lo consideraron como sinónimo de pena y dolor; como los romanos, no tuvieron elevados conceptos acerca del trabajo material.

La doctrina rabínica modificó el concepto condenable del trabajo material, en el sentido de permitir al hombre colaborar con la divinidad en su obra de conservación del universo.

El *cristianismo* cambia, con sus conceptos filosóficos, las nociones antiguas sobre el trabajo. Es Jesús, un humilde trabajador. Quien con su actividad laboral para satisfacer sus necesidades, da ejemplo y la estima como el medio más apropiado para practicar la caridad, virtud esencial del cristianismo. San Pablo, quien ganaba el sustento como tejedor, sentenciaba: “...el que no trabaja no coma”.

El *cristianismo* tiene un elevado concepto del trabajo; las encíclicas papales dicen que es el medio idóneo para cumplir los fines individuales y sociales; con él se alcanza la perfección física, moral e intelectual del hombre.

Para la *escuela económica liberal*, el trabajo es una mercancía, sujeto a la ley de la oferta y la demanda. Esta tendencia condenó toda intervención estatal encaminada a reglamentar o limitar la libertad de contratación laboral; el trabajo como cosa estaba regulado por normas del derecho común.

En contra de la anterior escuela se pronunciaron las *corrientes socialistas*, en especial el marxismo, que explica lo que debe entenderse “por valor trabajo y por plusvalía, signo este último, a su entender, de la explotación capitalista que se aprovecha del trabajo de los asalariados, a quienes no se retribuye el excedente del tiempo empleado de la producción”. Para MARX, el hombre con el trabajo, al transformar la naturaleza que está fuera del él, transforma su propia naturaleza.

E. Concepto etimológico del “trabajo”

Según concepto de muchos autores, la palabra trabajo tiene su origen en la voz latina *trabstrabis*, cuyo significado es el de dificultad, traba, pena; porque el trabajo es la traba del hombre; es la lucha permanente contra las dificultades para satisfacer necesidades vitales.

También encuentra como origen la locución latina *laborlaboris*, que significa ocupación, tarea, obra, faena, esto es, actividad encaminada a pro-

ducir algo. De donde proviene laboral, que se aplica a la disciplina jurídica que regula las relaciones surgidas entre una persona natural que presta un servicio personal en beneficio de otra denominada *empleador*.

F. Diferentes formas del trabajo

El trabajo presenta diferentes modalidades que conviene analizar para comprenderlo mejor, como objeto que es del derecho laboral y que más adelante veremos. Tenemos, pues, las siguientes formas:

a) *Trabajo autónomo* es el que se realiza por cuenta propia sin configurar relación de dependencia respecto de otra persona; la noción de subordinación de un extremo respecto de otro no existe; el sastre, por ejemplo, que confecciona vestidos para la venta sin que nadie se los encargue, ejecuta una labor independiente.

b) *Trabajo dependiente* es el realizado bajo la subordinación a otra persona; supone una relación entre sí, vinculado por el fenómeno laboral que genera derechos y obligaciones.

La persona que ejecuta el trabajo por cuenta ajena se denomina trabajador y quien se beneficia y lo remunera se llama empleador o patrono.

c) *Trabajo intelectual* es aquella actividad en donde, para efectuarlo, predomina la inteligencia sobre el esfuerzo material. Es indudable que no puede hablarse de un trabajo intelectual puro o de un trabajo material total, ya que en toda labor existen, en mayor o menor grado, ambas clases de actividades.

Es trabajo intelectual el realizado por el profesor en las escuelas o en universidades; por los profesionales en el ejercicio de carrera, etc.

d) *Trabajo material* es propio de las actividades manuales, en donde predomina el factor material sobre el intelectual; el zapatero ejecuta un trabajo material, puesto que lo dominante en su labor son los movimientos prácticos sobre los conocimientos teóricos.

e) *Trabajo permanente* es el realizado en forma regular y continua con el ánimo durable en el tiempo; la continuidad de la relación laboral produce efectos jurídicos muy importantes para el trabajador. La estabilidad en el empleo debe ser una de las inquietudes perseguidas por el sindicalismo y por el legislador al dictar las normas protectoras del trabajo.

f) *Trabajo transitorio* es el de corta duración y realizado en labores distintas de las actividades del patrono. Para nuestra legislación no debe exceder de un (1) mes.

g) *Trabajo individual* es el ejecutado por una persona natural sin intervención de otras para su desempeño. Esta forma de actividad puede ser considerada en términos generales ya que en sentido estricto toda obra resulta ser el producto de varios esfuerzos individuales.

h) *Trabajo colectivo*, cuando la labor por ejecutar requiere el concurso de varias personas; la actividad de un individuo debe complementarse con la de otros para su terminación. Esta conjunción de labores debe realizarla todos los individuos en el mismo período de tiempo que dure su ejecución.

La actividad individual viene a constituir la base de la colectiva. Lo que sucede es que ésta es la predominante en el desempeño de la obra por llevarse a cabo.

G. El trabajo como objeto del derecho laboral

El trabajo como hecho social puede reglamentarse jurídicamente, pero no todo trabajo es objeto del derecho laboral. Es esta la causa que nos obliga a delimitar cuál es la actividad humana sometida a las disposiciones jurídico-laborales. Es muy importante tal aclaración, porque de ella depende si se aplican o no las normas de derecho del trabajo a determinada actividad laboral.

Son muchas las modalidades del trabajo, pero no todas las formas son materia de la rama jurídica laboral. El objeto del derecho del trabajo es la relación de trabajo individual, por medio de la cual una persona natural presta un servicio propio en beneficio de otra persona, mediante una remuneración.

No es lo mismo el trabajo ejecutado por cuenta propia que el prestado por *cuenta ajena*. Intrínsecamente no hay diferencias ente ambos, pero sí en cuanto al régimen jurídico aplicable. El trabajo libre por cuenta ajena, realizado por un sujeto a favor de otro sujeto y con carácter de dependencia, constituye la materia u objeto del ordenamiento jurídico laboral.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) El Siglo XXI¹

Cássio Mesquita Barros Júnior²

I. Explicación preliminar

El estudio de la OIT en el siglo XXI, con lo que yo llamo, es destinado a honrar al noble maestro y noble líder sindical, el Dr. RAFAEL FORERO RODRIGUEZ en el cumpleaños de noventa (90) años, que se celebra en la ciudad de Bogotá, capital de Colombia.

Tuve el privilegio de haber sido su compañero de curso patrocinado por la OIT en 1983 en las ciudades de Turín (Italia), Ginebra (Suiza) y Madrid (España) sobre “las normas internacionales del trabajo”, prelecionado por el abogado y ex colaborador de la OIT Geraldo von Potobsky.

En este curso, tuve la oportunidad de vivir con Rafael porque estaba todo el tiempo con las clases de la mañana hasta la noche, en los tres lugares indicados. Así socializados desde el desayuno no con él, sino con su devota esposa Leonor. que se convirtió en amiga querida de mi esposa María Lucía. Por lo tanto, debido a que ambos se dejaron nos acompañar a lo largo del curso, los locales de la OIT en el que permaneció internados. Llegué a conocer bien sus dones de inteligencia, la cultura jurídica y su extraordinaria humildad. Persona muy agradable, en una conversación denota una gran paz interior, competencia y la independencia de las opiniones, los atributos de un líder. Así fue Presidente de instituciones de clase y los organismos profesionales, además de la enseñanza académica. Autor de un

¹ (Artículo enviado en diciembre de 2012 para integrar la obra en honor del profesor Rafael Forero Rodríguez, con motivo de su 90 cumpleaños).

² Abogado. Profesor Titular Jubilado de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

extraordinario historial de servicio a su país, estudios y documentos publicados, pronto se convirtió en figura obligatoria en el equipo de trabajo de los abogados en Colombia.

Es un honor haber sido invitado a participar en los estudios que se reunieron en el libro en su homenaje justo y merecido. Elegí la OIT, por su conocimiento de la institución y por su actuación y la enseñanza en el escenario internacional.

II. Orígenes del Derecho Internacional del Trabajo

El Derecho Internacional del Trabajo tuvo su origen a mediados del siglo XIX. Causas históricas, económicas, sociales y técnicas justificaron su creación.

El advenimiento del liberalismo, que se tradujo en una ley liberal individualista, junto con la Revolución Industrial dio lugar a un desequilibrio social. En la práctica, no había libertad de contrato, debido a que el empleado tenía que someterse a las condiciones impuestas por el empleador, que era la parte económicamente más fuerte.

La libertad de contrato, desde esa perspectiva, se tradujo en una intensa explotación de la fuerza de trabajo. Las condiciones precarias de trabajo (horas de trabajo con una duración excesiva, los bajos salarios, las malas condiciones de seguridad e higiene, el uso indebido de la mano de obra de mujeres y menores) condujo inevitablemente a las malas condiciones de trabajo y vida: casas donde vivían muchas personas miserables que conducen a la promiscuidad, alto riesgo de accidentes y todo tipo de enfermedades, la alta tasa de mortalidad y la discapacidad causadas por accidentes repetidos.

Los trabajadores prohibido el ejercicio del derecho de asociación profesional, se sometieron enteramente a los empleadores. Estos, a su vez, usando la ley de naturaleza liberal e individualista en vigor, podían aprobar leyes que prohíben la asociación profesional de los trabajadores y la imposición de condiciones de trabajo muy duras.

En la segunda mitad del siglo XIX, las organizaciones sindicales, abogados, empresarios, autoridades eclesiásticas y otros grupos sociales comenzaron a preocuparse por el bienestar social y la dignidad de la figura del trabajador mediante la adopción de legislación para proteger el trabajo y el trabajador.

Así es que varios logros en la vida social marcó el período posterior de la historia: a) en 1848, la revolución entre proletarios y burgueses reconoció, en Francia, el derecho de asociación; b) en Alemania, hasta ahora las

restricciones existentes sobre la afiliación sindical se abolieron prácticamente, con la aprobación por la Asamblea Nacional de Frankfurt de *los derechos fundamentales del pueblo alemán*; c) en 1862, se firmó el primer contrato colectivo con los trabajadores ingleses; d) en 1863, surge la primera asociación alemana: la Asociación General de Trabajadores Alemanes, e) en 1864, la ley francesa ha eliminado su legislación el delito de coalición, haciendo huelga legal y dando un nuevo impulso al movimiento sindical francés; f) en 1865, se crea en Leipzig, la Unión General de Trabajadores del Tabaco alemán, que marca el comienzo del movimiento sindical en todo el país; g) entre 1867 y 1870 en Francia se crearon sesenta y siete sindicatos de trabajadores, así como las asociaciones nacionales en París, Marsella y Lyon; h) Ley alemana de 21 de junio de 1869, trajo grandes beneficios de carácter individual a los trabajadores germánicos; i) la realización de congresos de los trabajadores: en París en 1876, en Lyon, en 1878, en Marsella en 1879; j) en Francia, en el umbral del reconocimiento legal del derecho de sindicación, en 1881 había ciento treinta y ocho asociaciones de empleadores, con quince mil miembros y 500 asociaciones de trabajadores, con sesenta mil sindicalizados k) creación por Otto von Bismarck, el Seguro Social en sí mismo (1881), el seguro de enfermedad (1883), la protección contra los accidentes en el trabajo (1884) y la creación del seguro de vejez e invalidez (1889); l) promulgación de la Ley de Accidentes en el Trabajo en Italia (1883), en Alemania (1884) y en Francia (1898); m) el reconocimiento legal de derecho a organizarse, en Francia, por la Ley del 21 de marzo de 1884.

Hasta 1919, tratados bilaterales o multilaterales en las relaciones laborales fueron muy raros. Se había convertido en urgente la creación de leyes que garanticen los derechos de los estados que adoptan las normas de protección del trabajo, para que no sean perjudicados en el comercio internacional de los que, al no haber adoptado dichas medidas, reducirían los costos y, en consecuencia, tenían una producción con un menor coste. De ahí la necesidad de ajuste, en la medida de lo posible, de los gastos relacionados con los impuestos de las cargas sociales.

La esencia del Derecho Internacional del Trabajo se encuentra en su objeto social, dedicado a universalización de los principios de justicia social, que sirve como apoyo para sostener y desarrollar los derechos nacionales del trabajo que, sin esa ayuda, habría sucumbido tratando de proteger al trabajador antes de la competencia internacional.

La destrucción causada por la Primera Guerra Mundial, que dejó al mundo devastado y los trabajadores en la miseria completa, mostró la necesidad urgente de profundas transformaciones políticas y económicas.

III. La Creación de la Sociedad de las Naciones, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y las Naciones Unidas (ONU)

El francés Daniel Le Grand, entre 1840 y 1853, hecho muchos y constantes llamamientos a diversos gobiernos europeos para que, por acuerdo mutuo, promover la edición de las mismas leyes laborales con el fin de poner fin a las luchas entre competidores despiadados. Después de estudiar en detalle la situación legal en muchos países, desarrollados varios proyectos para establecer leyes internacionales sobre las horas de trabajo, el establecimiento de un día de descanso, el trabajo nocturno, las actividades insalubres o penosas y regulaciones especial para niños. Por todo este trabajo fue que Daniel Le Grand es considerado el precursor de la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque murió antes de ver su plan a buen puerto, sus proyectos comenzaron a ser defendidos por otros, en un primer momento, el interés de las entidades privadas, tales como el Congreso Internacional de Caridades, 1856-1857.

Poco a poco, la gente empezó a reconocer la importancia del respeto por el trabajo y la dignidad del trabajador y la conexión del progreso económico con justicia social.

En nivel internacional, se produce al mismo tiempo la creación de la Sociedad de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la celebración del Tratado de Paz de 1919, firmado en Versalles, destinada a poner fin a la primera gran guerra.

Con respecto al tema social, el art. 23 del Pacto de la Sociedad de Naciones instó:

“(Los miembros del Pacto de la Sociedad de Naciones) se esforzarán por garantizar condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño en sus propios territorios y países a que se extienden las relaciones de comercio e industria, y para este objetivo, establecer y mantener las organizaciones necesarias”.

El Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Versalles aumentó el campo de juego de Derecho Internacional del Trabajo al asignarle la tarea de promover la justicia social.

Las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1848 reconocieron la importancia de algunas de las demandas económicas y sociales que, sin embargo, sólo fueran consagradas por la Constitución mexicana de 1917 y

la Constitución de Weimar de 1919, que son excelentes ejemplos de este cambio para hacer frente a los problemas sociales. Las asociaciones profesionales se han reforzado y el derecho laboral colectivo ganó magnitud desconocida hasta ahora.

La Declaración de los Derechos Sociales de la Constitución Mexicana de 1917 marca el primer hito de la constitucionalización del Derecho del Trabajo. Esta "Declaración" se incluyó en la Constitución mexicana en los arts. 27, 28 y 123. Los arts. 3 y 5, aunque incluidos en el título *De las garantías individuales* también contienen temas sociales. El art. 123, con treinta fracciones, que se encuentra bajo el título *Del Trabajo y Seguridad Social*, se refiere a la duración del trabajo, los salarios en general, la estabilidad otorgada a todo y cualquier empleado, la protección de las mujeres y los niños, el derecho a asociación y huelga, el reparto de beneficios, los tribunales laborales.

La Constitución mexicana de 1917 fue un pionero que influyó en la mayor parte de todas las Constituciones que, después de la 1ª Guerra Mundial, junto a las libertades, garantías y derechos individuales, incluido en sus temas las características de los nuevos derechos sociales y económicos.

En la Constitución de Weimar se proporcionan los siguientes derechos sociales: la intervención del Estado en favor de la internacionalización de las medidas a un mínimo de derechos sociales (art. 162), la creación por parte de la UE de los "*derechos uniformes de los trabajadores*" (art. 159), el derecho al trabajo y el seguro de desempleo (art. 163), la libertad de asociación (art. 159), la participación de los empleados y trabajadores en los consejos de administración, de distrito y nacional (art. 165) el derecho de huelga y la función social de la propiedad.

Varios instrumentos internacionales como la *Carta del Atlántico*, la *Carta de las Naciones Unidas*, la *Declaración de Filadelfia*, la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, reforzó la idea de que *para que la paz sea universal y duradera debe establecerse en la justicia social, sólo se puede lograr a través de la dignidad del trabajo y el trabajador.*

Además, en este efecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966:

"1. Los Estados-Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho."

2. Las medidas que cada Estado-Parte en el presente Pacto tomarán para asegurar la plena efectividad de este derecho deberá incluir la orientación y la formación

técnica y profesional, el desarrollo de programas, normas y técnicas apropiadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante, y empleo pleno y productivo, en condiciones que garanticen las personas el disfrute de las libertades políticas y económicas fundamentales “(Art. 6).

“Los Estados-Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo feria y favorables, para asegurar especialmente:

a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ningún tipo, en particular, las mujeres deben tener las mismas garantías y condiciones de empleo no menos que los hombres y reciben la misma paga que ellos por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) la seguridad e higiene en el trabajo;

c) igualdad de oportunidades para todos de ser promovidos dentro de su trabajo a la altura de ellos, sin más consideraciones que los de tiempo de trabajo y la capacidad;

d) el descanso, el esparcimiento y razonable limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos “(art. 7).

Estos principios se convierten en el principio rector del Derecho Internacional del Trabajo y la OIT. Influyen en la ley francesa moderna y el derecho internacional posterior a la revolución francesa, cambiando el énfasis de la protección para los seres humanos.

La Liga de las Naciones no pudo evitar la Segunda Guerra Mundial. Así que el compromiso de los poderes que lucharon contra el nazifascismo para convocar a todos los países interesados en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional a unirse a la organización internacional que reemplazaría a la Liga de las Naciones. En este esfuerzo se debe la creación de las Naciones Unidas (ONU), el 26 de junio de 1945, en la ciudad de San Francisco, EE.UU.

El art. 55, “a”, de la *Carta de las Naciones Unidas* dice lo siguiente:

“A fin de crear condiciones de estabilidad y bienestar que son necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, las Naciones Unidas promoverán:

a) niveles más altos de vida, pleno empleo y condiciones de progreso y desarrollo económico y social (...).”

IV. La Organización Internacional del Trabajo: propósito, características, habilidades

En la actualidad vinculada a las Naciones Unidas en virtud del acuerdo firmado en Nueva York el 30 de mayo de 1946, el propósito de la OIT es promover el bienestar material y el desarrollo espiritual del ser humano a través de la dignidad del trabajo y del trabajador, así cómo crear una estructura social que fomente la paz, la estabilidad, el desarrollo económico junto con la justicia social.

Para sedimentar la estructura se trató de combinar la acción normativa, la creación de organizaciones y políticas públicas que permitan, entre otros:

a) una adecuada protección a la vida y salud de los trabajadores en todas las ocupaciones, se extienden a todos los que necesitan esta protección, b) formación profesional; c) protección a la transferencia de los trabajadores, incluida la migración de mano de obra; d) los salarios correspondientes a las necesidades del trabajador y de su familia, con comida garantizada, vivienda, ocio y cultura; e) garantizar la igualdad de oportunidades educativas y profesionales.

La característica principal de la OIT es su estructura tripartita, integrada por representantes de los empleadores, los trabajadores y los gobiernos. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores defienden este sistema sin rodeos, ya que son los directamente afectados por cualquier instrumento internacional emitida por la OIT. La propia OIT, mediante acuerdo adoptado por la Conferencia de 1977, ha fortalecido este sistema en todas sus actividades.

La Organización Internacional del Trabajo promovería la internacionalización final del Derecho del Trabajo con el inserto en diversos instrumentos internacionales de temas relacionados con la protección de los trabajadores y la mejora de sus condiciones de trabajo.

La competencia de la OIT es la más amplia posible, ya que, como se ha señalado bien Georges Scelle, no existe una frontera definida entre lo social y lo económico, aunque doctrinalmente, difícil de rastrear.

Por esta imbricación y la interdependencia, que todos los instrumentos internacionales adoptados después de la Segunda Guerra Mundial se encargan tanto de la seguridad social como de la seguridad económica, porque, como asegura Nicolas Valticos, no se puede *“resolver una clase de estos problemas sin tener en cuenta las que pertenecen a otra clase.”*

V. Una fusión de los preceptos de la OIT y la renovación del Derecho Internacional del Trabajo

Las convenciones de la OIT, en una primera etapa, se ocuparon de la protección de los trabajadores industriales. Luego vinieron los trabajadores agrícolas, por decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1922. Más tarde, ampliando su campo de juego *ratione personae*, varias categorías y ocupaciones estaban siendo cubiertas por la OIT, que se extiende a los trabajadores del sector público y del sector privado. Llegaron finalmente a aplicarlas a los trabajadores independientes, los pueblos indígenas y cooperativas, incluso, tribales y semi-tribales. Convención n° 107 y la Recomendación n° 104, ambos de 1957, son la manifestación más significativa de esta dimensión.

La expansión del Derecho Internacional del Trabajo *ratione materiae* que ha se preocupado, en principio, con las condiciones materiales de trabajo (horas de trabajo, descanso semanal, vacaciones, trabajo de la mujer y del niño, seguridad social) comenzó a preocuparse con los conceptos de libertad e igualdad. Prueba de ello es no sólo la firma de importantes convenciones sobre libertad sindical, abolición del trabajo forzoso y la eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación, así como la creación de órganos específicos de la OIT, tales como el Comité de Libertad Sindical, la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos.

En establecer más La protección del Derecho Internacional del Trabajo, que antes se limitaba a los más débiles, económicamente hablando, luego fue a cubrir a todos los trabajadores para después expandirse, con la presentación de la política social a los estados. Los responsables de la OIT se dio cuenta de que el progreso social no se deriva automáticamente de progreso económico. Por lo tanto, también comenzaron a preocuparse con el establecimiento de sus decisiones, convenciones o recomendaciones, y las políticas económicas vinculadas a un resultado social positivo. El Derecho Internacional del Trabajo, pasó a caracterizarse por la expansión tanto *ratione personae* cuanto *ratione materiae*, superando en mucho los límites peculiares al Derecho del Trabajo clásico.

Las convenciones, recomendaciones, declaraciones y resoluciones de la OIT y otras organizaciones internacionales renovaron el Derecho Internacional del Trabajo para promover la internacionalización y la estandarización de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ya que hasta el momento se limitaban a dentro de los Estados.

Es siempre muy grande el impacto de las normas internacionales del trabajo de la OIT, ya que refleja una conciencia internacional acerca de los valores intrínsecos en los asuntos que son objeto de Convenciones y Recomendaciones. Esta misma conciencia internacional y los mismos valores se reafirman y se proyectan a nivel nacional en que estados-miembros ratificaron las convenciones, la creación de una red de expansión de los ideales y planes de acción para el cumplimiento cada vez mayor a los derechos más fundamentales y la dignidad del trabajo y del trabajador.

La incorporación de los principios de la OIT a la legislación y la práctica nacional muestra que ciertas metas recomendadas por la OIT han logrado, al menos en las sociedades más desarrolladas.

Debido al esfuerzo de la Comisión de Expertos de la OIT, los gobiernos de los países de todos los continentes, en el período entre 1964 y 2005, aprobaron más de 2.000 (dos mil) cambios en las leyes o prácticas nacionales, a fin de armonizarlas con las convenciones ratificadas. Por cerca de dieciséis (16) años tuve el privilegio de ser miembro de esta Comisión, que se reunía anualmente en Ginebra.

VI. La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento

Los ideales fundamentales de la OIT se reafirmaron en la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1998, cuando, en una de sus declaraciones raras con ningún voto en contra, se aprobó la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, que responda al deseo de que el crecimiento económico debe ir acompañado de justicia social.

Esta Declaración, que según Michel Hansenne es una verdadera plataforma social mínima de alcance mundial, ante la realidad de la globalización económica, contiene los siguientes principios relativos a los derechos fundamentales:

- a) la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil;
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La Declaración de la OIT relativa a los *Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* es aplicable a todos los Estados Miembros, aunque no han sido ratificadas las ocho Convenciones más importantes sobre los de-

rechos fundamentales en el trabajo que contienen los mismos principios de la Declaración. Los Estados Miembros de la OIT, aunque han ratificado estas Convenciones expresamente por la simple condición de que los Estados tienen el deber, de acuerdo con la Declaración, a acatar y respetar “de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de estas Convenciones”.

La Enmienda Constitucional nº 45 entró en el § 3º del art. 5 de la Constitución brasileña de 1988 establece que los “*Tratados e Convenciones internacionales en materia de derechos humanos que se adoptan en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales*”.

Ante la resistencia de los empleadores y varios gobiernos, la Declaración tuvo el carácter promocional:

“*Tradicionalmente, la OIT ha desempeñado un papel fundamental en la elaboración de estos acuerdos, sin embargo, su rendimiento ha sido menos eficaz en su aplicación. En la práctica, la adopción de la Declaración no garantiza automáticamente que todos los Estados miembros deberán respetar sus disposiciones. La OIT, en realidad, carece de un mecanismo eficaz para asegurar el cumplimiento por sus miembros, sus convenciones o La Declaración. (...)*

El cumplimiento es, en el fondo, voluntario, no existiendo sanciones por violaciones”, como María Cristina Mattioli, explica, “ palabra por palabra”: “Las normas internacionales del trabajo ante el fenómeno de globalización: nuevo enfoque para las reformas laborales y sindicales en Brasil”, en Revista de la Corte Superior del Trabajo, v.78, n.º 2, p. 130, abril / junio de 2012).

Por lo tanto, el programa, además de proporcionar apoyo y asesoría normativa, utilizará entre otros medios, a través de campañas educativas en los medios de comunicación, para estudiar cómo cada uno de los principios y derechos enunciados en la *Declaración* se refieren al crecimiento económico, con la creación de empleos, la reducción de la pobreza y la igualdad de géneros.

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, sirve como punto de referencia a toda la comunidad internacional (legisladores, sindicatos de trabajadores y empresarios, empresas multinacionales, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales), y ha estimulado aumento de las ratificaciones de las convenciones fundamentales. Desde el inicio de la campaña para la ratificación, en 1995, se hicieron más de 400 nuevas ratificaciones de las ocho convenciones consideradas fundamentales, citadas anteriormente.

Además de reabrir el debate por la intensificación de la política normativa de la OIT y la eficacia de sus órganos de supervisión, la adopción de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento* ha intensificado los debates internacionales, teniendo en cuenta que la OIT hoy en día es la organización con mayor representación en la ONU, con más de 175 Estados-miembros.

Vale la pena señalar que la Constitución vigente de 1988 es coincidente, en varios pasajes, con los derechos fundamentales reafirmados en el art. 2 de la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT*.

En septiembre de 2003, la *XIII Conferencia de Salvador* reafirmó la necesidad de la aplicación de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento* y su no-vínculo a normas del comercio internacional. Este tema está presente en la agenda de otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas.

Desafortunadamente, la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* tiene baja densidad legal y poco enlace con el sistema de regulación preexistente en la OIT. El sistema de *Seguimiento de la Declaración de la OIT* relativa a los *Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* funciona al margen, sin agregar al sistema de control tradicional.

VII. La OIT en El Siglo XXI

Para seguir los cambios en todos los niveles derivados de la nueva economía globalizada e influir en el mundo del trabajo, el Derecho Internacional del Trabajo y la OIT vio la necesidad de renovación.

La OIT y el Derecho Internacional del Trabajo siguen preocupados por las condiciones de trabajo y derechos de pensión. Pero no sólo eso. Todos los aspectos relacionados con la figura del trabajador, que de alguna manera pueden influir en el aspecto social y la mejora de las condiciones de vida (programas de cooperación técnica para la formación profesional, la mejora del ambiente de trabajo, la política social de las empresas multinacionales, la educación del trabajador, la interrelación de las cuestiones económicas y sociales, la seguridad social de la población) también se convirtió en la preocupación central de la OIT y del Derecho Internacional del Trabajo.

Añade a todos estos factores, el problema más grave de desempleo que se está extendiendo por todo el planeta y que se ha convertido en un problema muy importante a resolver. El desempleo, visto como

resultado de numerosos factores, como la globalización económica, las innovaciones tecnológicas necesarias para el desarrollo que crean la necesidad de nuevas habilidades técnicas del empleado y invalidan las estructuras organizativas, está golpeando a todos. Como esto no es un desempleo coyuntural, sino estructural, es decir, como resultado de modelo de industrialización adoptado, no hay creación de empleo, pero disminución, a pesar de una mayor productividad.

Condensados todos estos aspectos, se puede decir en resumen que el gran objetivo de la OIT para el siglo XXI es la búsqueda del trabajo decente y productivo, lo que significa la inclusión de todos los trabajadores, hombres y mujeres, de todos los países, incluidos trabajadores no registrados, trabajadores a domicilio, el sector informal e incluso los voluntarios y desempleados, independientemente, por lo que el tipo de trabajo o donde se hace, debe ser ejercido en condiciones de libertad, seguridad, equidad y dignidad, lo que implica una total eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.

La cantidad y calidad de los empleos deben caminar juntas. El trabajo decente es sinónimo de trabajo productivo, que ofrece una remuneración adecuada y en que se proteja todos sus derechos.

La OIT expuso los siguientes objetivos estratégicos que deben guiar las decisiones y dirigir el plan de acción de los diferentes países en los próximos años para obtener un trabajo decente: 1. promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, 2. empleo, 3. la protección social, 4. el diálogo social.

Para reducir el déficit de trabajo que, en muchos aspectos, no se puede considerar como el trabajo decente, la OIT establece entre sus objetivos prioritarios la erradicación del trabajo infantil, la eliminación del trabajo forzoso, la eliminación de todas las formas de discriminación y el principio de la libertad sindical.

VIII. El trabajo de la OIT para la erradicación del trabajo infantil y todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio

Es necesario en primer lugar establecer ciertos conceptos

La OIT considera como *trabajo infantil* el trabajo realizado por niños menores de 15 años, con el fin de proveer a sus mismos o sus familias.

El *trabajo ofensivo para la dignidad del niño* es el trabajo que se ejerce en lugares incompatibles con un desarrollo sano (vertederos, limpieza pública, en burdeles, en las calles).

El *trabajo invisible* se caracteriza por las actividades que, aunque hecha por el niño en la familia, especialmente en la agricultura, no se ven ni se sentían como trabajo por la familia y la sociedad. Por lo tanto, este tipo de trabajo no aparece en las estadísticas oficiales y estudios. Considerado por la familia trabajadora rural como un niño que le ayuda, este trabajo es invisible, por ejemplo, en relación con el empresario propietario de la tierra que celebra el contrato de trabajo con los padres de los niños. Otro ejemplo de trabajo invisible, muy común, que se realiza en los hogares, en la costura de zapatos, en la fabricación de productos de limpieza. En estas actividades, que recibe remuneración es la madre que da algo a los niños en intercambio de trabajo: zapatos, dulces, útiles escolares, un poco de dinero.

Datos de la OIT indican que más de 250 millones de niños entre 5 y 14 años trabajan en el mundo, la mitad de ellos trabajan a tiempo completo. Debido a la recesión económica mundial, el trabajo infantil sigue creciendo.

De acuerdo con la Instrucción Normativa Intersecretarial nº 1 del Ministerio del Trabajo brasileño, de 24.03.94, existe una fuerte evidencia del trabajo forzoso.

“La situación en que se reduce el trabajador a una condición análoga a la esclavitud, a través del fraude, la deuda, la retención de los salarios, la retención de documentos, amenazas o violencia que implican en la restricción de la libertad de sí mismo y su familia a abandonar el lugar donde prestan sus servicios, o incluso cuando el empleador se niega a facilitar el transporte para que retire del lugar donde fue llevado, y no hay otro medio para salir en condiciones de seguridad, debido a las dificultades económicas o físicas de la región”.

La intervención presentada en la 19ª reunión de las Naciones Unidas en Ginebra en abril-mayo de 1964, define el trabajo forzoso como un que *“Se caracteriza por someter físicamente al trabajador y el riesgo permanente de su integridad física y su vida, en las instalaciones o la proximidad del lugar de la ejecución de su trabajo, con la privación del derecho de ir y venir, incluso por la fuerza.”*

Según lo observado por Giancarlo Perone,

“(…) Hay razones para creer que el fenómeno del trabajo forzoso es más difuso que los gobiernos están dispuestos a admitir. Nuevas formas de verdadera esclavitud se asocian con los modos tradicionales, de forma permanente o temporal, incluso en las sociedades altamente desarrolladas. El tráfico oculto dentro de los países y a través de las fronteras son la nueva figura del trabajo forzoso, que afecta gravemente a los inmigrantes y especialmente a las mujeres y menores de edad “(Giancarlo Perone”, OIT: Funcionamiento y la independencia “, en Émerson José Alves Lage, El Derecho al Trabajo y el

Derecho Internacional, las preguntas pertinentes: homenaje al Profesor Osiris Rocha, São Paulo, LTR, 2005, p 90). (Giancarlo Perone, "OIT: funcionamiento e independencia", in Émerson José Alves Lage.

Desde su creación en 1919, la OIT, preocupada por el tema del trabajo infantil, adoptó la Convención nº 5 sobre la edad mínima para la admisión en los empleos industriales. A partir de ahí, muchas convenciones y recomendaciones sobre el trabajo infantil en varios sectores fueron adoptadas.

La convención nº 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo es muy importante, ya que contiene todos los principios y objetivos consagrados en los instrumentos internacionales anteriores, emanados de la OIT. Además, afirma que los niños que trabajan deben tener los mismos derechos y condiciones de trabajo que tienen los adultos, a saber: las horas de trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas, licencias, retribuciones, seguridad social, etc.

Siguiendo la orientación mundial, la convención nº 138 ha creado más posibilidades para la realización al establecer acuerdos flexibles, como, por ejemplo, los que permiten el empleo o trabajo de niños en servicios ligeros a partir de los 13 años de edad o hasta mismo una edad mínima más baja (14 años para los servicios en general y de 12 años para trabajos ligeros) en el caso de los países con economía subdesarrollada y educación, y mientras esta situación continúe.

Estas propuestas, contrariamente a la práctica habitual de trabajo de niños en muchos países, que cuentan con el trabajo de los niños menores de 18 años en la economía familiar, ha influido mucho en el retraso en la ratificación de la convención nº 138 por la mayoría de Estados-miembros, incluido Brasil. Este hecho obstaculizó la acción de la OIT y los propios gobiernos, carentes de instrumento jurídico específico para actuar.

Ante este impasse, el Comité de Expertos de la OIT, comenzó a aplicar a situaciones concretas de trabajo infantil, a menudo en condiciones de semi o real esclavitud, las Convenciones nº 29 y 105, ambas sobre la abolición del trabajo forzoso. Esto se debe a que, al no tener condiciones de dar su consentimiento o elección, el niño entra en el mercado ya que fue obligado o presionado por los adultos. Por lo tanto, su trabajo siempre se verán forzados.

La dificultad de ratificar la convención nº 138 parece haber sido superada, al menos en parte, por la propia OIT informó que cerca del 85% de sus Estados-miembros han ratificado esta Convención (Revista Trabajo de la OIT, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, nº 69, p. 2, agosto de 2010).

El objetivo último de la OIT es la abolición total del trabajo infantil. Por lo tanto, el objetivo principal de la cooperación técnica de la OIT es ayudar a los gobiernos a elaborar y aplicar una política nacional al respecto. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores, entre otras de sus socios naturales, se les anima a colaborar. Las organizaciones no gubernamentales (ONG) también debe ser ayudado por los órganos de la cooperación técnica de la OIT.

Debido a factores profundos (pobreza de las familias debido al desempleo o subempleo de los padres, el sistema educativo, cualitativa y cuantitativamente deficiente, etc), la abolición total del trabajo infantil requiere un tiempo considerable para llegar.

Por lo tanto, en un principio, los cuerpos de la cooperación técnica deberían centrarse en estimular y ayudar a los gobiernos a desarrollar y adoptar medidas encaminadas a la abolición del trabajo infantil, por lo menos para los niños muy pequeños, en puestos de trabajo y en condiciones degradantes a la dignidad y moral, que son claramente peligrosos o perjudiciales para su salud (trabajo forzado o la esclavitud, la prostitución, minas, fábricas de vidrio, cortando caña de azúcar, etc.)

Uno de los principales instrumentos de la OIT para tratar de superar la explotación del trabajo infantil es el programa de cooperación técnica denominado *Programa Internacional para la Abolición del Trabajo Infantil* (*International Program on the Elimination of Child Labour - IPEC*), que reúne a gobiernos, sindicatos de empleadores y trabajadores. El IPEC busca soluciones nacionales y locales de los países involucrados. El establecimiento de programas nacionales se hace de acuerdo a las prioridades de cada Estado-Miembro de la OIT, respetando las especificidades de cada región.

Al lado de la OIT, varias organizaciones internacionales (Banco Mundial, UNICEF, UNESCO, Comisión de Derechos Humanos) tienen también, cada uno en su área de especialización, un papel importante que desempeñar.

Teniendo en cuenta que el trabajo infantil es un problema complejo que tiene su raíz en la pobreza de las familias debido al desempleo o subempleo de los padres, la abolición total del trabajo infantil requerirá algún tiempo para ser alcanzado.

Por lo tanto, la OIT decidió por la eliminación gradual del trabajo infantil a través de la elección de una acción enérgica con respecto a las peores formas de trabajo (trabajo con prostitución y la pornografía, los servicios insalubres y peligrosos, menores de 12 años).

De ahí que sigue la adopción de la Convención nº 182 de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil. Del mismo modo, la Recomendación nº 190/1999. Datos de la propia OIT indican que el 95% de los Estados-miembros han ratificado la Convención nº 182 de la OIT (*Revista Trabajo de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, nº 69, p. 2, agosto de 2010).

De acuerdo con la *Introducción* de los expertos en el Informe de la OIT de 2003, hecho con base en los informes anuales requeridos por los Estados-Miembros, y citado por Giancarlo Perone,

“Las actividades tradicionales de trabajo infantil, a la que se puede acreditar un carácter « benigno », se encogen, mientras crecen que los que no tienen ningún aspecto positivo (...)”. (Giancarlo Perone “, OIT: funcionamiento y independencia”, en Emerson José Alves Lage, *El Derecho del trabajo y el derecho internacional*, las preguntas pertinentes: Homenaje al Profesor Osiris Rocha, São Paulo, LTR, 2005, p 90).

Estas formas de trabajo infantil exigen una acción firme. Otras, sin embargo, pueden tener una acción más leve. Esta distinción es importante no centrarse en el error de crear leyes extremadamente restrictivas que se aplican indistintamente a las situaciones más variadas.

En nuestra opinión, puede ser aceptado otras formas de trabajo infantil, que no afecta a la dignidad, formación moral, psicológica y educativa. Prohibiciones draconianas en los países con una larga tradición de trabajo infantil no son realistas, tienen un profundo efecto en la economía del hogar y no logran el objetivo de proteger al niño.

IX. El trabajo de la OIT para promover la igualdad de género y la eliminación de la discriminación en materia del empleo y la ocupación

La desigualdad es también alarmante en relación con las diferencias de género en el mercado de trabajo. Las mujeres ganan mucho menos que los hombres, incluso en los puestos de mayor nivel. Normalmente desempeñan funciones de calidad inferior, y tienen menos posibilidades de encontrar trabajo. El problema es aún mayor si tenemos en cuenta el aumento de los hogares cuyo jefe es una mujer, ya sea como resultado de la emigración, el divorcio o el abandono. Por otra parte, la inseguridad en su empleo o subempleo pasará a los hijos y otros familiares que están bajo su responsabilidad.

En la implementación de una política integral para la igualdad de género, la OIT debería actuar en tres niveles: 1. político, tratando de aumentar

la representación de mujeres en los órganos tripartitos de la OIT, 2. programas y actividades de cooperación técnica, con el incremento del tema relacionado con la igualdad de género, 3. institucional, para dar el tema una perspectiva superior a través de sistemas de programación y de observación.

También hay otras formas de discriminación en el lugar de trabajo que deben ser combatidos vigorosamente, como la discriminación racial, cultural, social (especialmente en relación con los inmigrantes), étnica, así como las derivadas de la religión, la edad y el físico (como las personas con discapacidad).

Como han señalado los miembros de la Comisión de Expertos en la *Introducción del Informe de la OIT de 2003*: “La ley puede mitigar los problemas, pero no pueden eliminar la discriminación en el lugar de trabajo y sin que no se reflejan en acción las instituciones y mecanismos nacionales capaces de apoyar a las víctimas de la discriminación y los grupos a que los pertenecen. Se trata de una serie de acciones positivas, dejando a los organismos públicos y las organizaciones de trabajadores y empleadores buscar asiduamente, utilizando las herramientas tradicionales de negociación colectiva, pero también nuevas iniciativas adaptadas a las necesidades específicas” (Giancarlo Perone”, OIT: Trabajo y la independencia “en Emerson José Alves Lage, El derecho del trabajo y el derecho internacional, las preguntas relevantes: homenaje al profesor Osiris Rocha, São Paulo, LTR, 2005, p 93).

X. El trabajo de la OIT para promover la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva

La globalización económica, la creciente competencia, la integración del mercado, la migración de capital, las corporaciones multinacionales, la privatización de empresas estatales, fusiones y adquisiciones, reestructuraciones, la economía informal, son las realidades del presente, causando una profunda inseguridad sobre los trabajadores y los empleadores. Todas estas transformaciones afectan a la libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Aunque persiste la sindicalización en los grandes centros de trabajo, ha disminuido considerablemente en los últimos años. Mientras el mundo este más democrático, los sindicatos siempre causa cierta preocupación. Los trabajadores sienten un cierto temor de afiliarse al sindicato y desagrado a sus empleadores. La situación tampoco es cómoda para los sindicatos de empleadores.

Se puede decir que hay un déficit de representación en el mundo del trabajo, que preocupa a todos, ya que el trabajo decente en condiciones de libertad, la justicia y la dignidad humana presupone la existencia de voces independientes que pueden expresar sus aspiraciones y sus intereses. Los empleadores, por su parte, necesitan de los representantes para decirle hasta donde que las empresas pueden satisfacer las demandas de los empleados de acuerdo a las posibilidades de la empresa.

Para atraer el capital extranjero el gobierno podría considerar un salario más bajo y las leyes laborales más flexibles. La OIT afirma, sin embargo, que los inversionistas extranjeros pueden preferir tener costos más elevados, ya que se encuentran con la estabilidad política, la infraestructura, la demanda de bienes y servicios y las relaciones laborales pacíficas.

La representación sindical proporciona la realización de acuerdos y la disminución de los bordes. La falta de representación de los intereses de los trabajadores y de los empleadores libremente constituidos por las organizaciones puede crear conflictos de consecuencias más costosas, causando inestabilidad social.

Hay 3 prioridades de la OIT para el futuro en relación con la libertad de asociación: 1. fomentar la formación de los sindicatos de empleados y sindicatos de empleados y su afiliación, sin temor a represalias o intimidación, 2. fomentar un comportamiento más abierto y constructivo, tanto en los sectores público y privado, en relación con la representación de los trabajadores elegidos libremente, con el establecimiento de métodos de negociación y formas complementarias de cooperación sobre las condiciones de trabajo 3. luchar por el reconocimiento de las autoridades de que una política de mercado de trabajo correcto, basado en el respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, puede contribuir a la estabilidad económica, política y social en un contexto de integración económica internacional.

XI. Consideraciones finales

El entonces Director General de la OIT, Juan Somavía, discutiendo la globalización y el empleo, ya había advertido en 2000 que

“La competencia a escala mundial suele dar lugar a la pérdida de puestos de trabajo. Al mismo tiempo, los mecanismos de compensación del mercado, que actúan mediante la creación de nuevos puestos, han sido con frecuencia más débiles y lentos de lo previsto. En muchos países carentes de protección social, el malestar social ha sido especialmente agudo. El ajuste estructural de ámbito mundial crea perdedores y ganadores, y esta dinámica provoca reacciones que,

a ojos de muchos, pueden considerarse proteccionistas (...) La globalización, tal como la conocemos actualmente, sólo sobrevivirá si sus beneficios alcanzan a un mayor número de personas. Ha de pasar aún el examen de la legitimidad social (...) Si el modelo actual de globalización no se modifica, no perdurará (...) En la OIT, creemos que la prueba fundamental de la economía global será la de su capacidad para ofrecer trabajo decente para todos. Así podremos comprobar su eficacia de manera definitiva. Si puede organizarse de modo que sus resultados beneficien a las personas, se habrá probado su valor.” (Juan Somavía, “Trabajo decente en la economía global”, presentación por el Director General de la OIT en Nueva Delhi el 18 de febrero 2000, in *Un programa sobre trabajo decente, Revista Trabajo*, nº 34, p. 12, abril/mayo de 2000).

En relación con la erradicación de la pobreza, señala:

“La erradicación de la pobreza constituye el mayor reto social que afrontamos actualmente, pero también la mayor oportunidad económica. Empleadores, trabajadores, ministros de trabajo y líderes de la comunidad conocen mejor que nadie las dificultades que plantea la creación de oportunidades para que hombres y mujeres trabajen de manera productiva y se ganen la vida dignamente.” (Extraído de *Superar la pobreza mediante el trabajo*, Informe del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Sesión, 2003, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, ISBN 92-2-112870-9).

En el informe *“Una globalización justa: crear oportunidades para todos”*, publicado el 9 de julio de 2004, reafirma el Director General de la OIT, que la mejora de la calidad del trabajo y la generación de más puestos de trabajo debe ser una prioridad mundial, porque la falta de trabajo decente puede ser el *“principal riesgo para la seguridad internacional”*. (*“OIT: la desigualdad aumenta con la globalización”*, O Estado de S. Paulo, 10 de julio de 2004, página A-10.).

Estos son, en resumen, las prioridades básicas establecidas por la OIT para orientar la legislación y la acción de los gobiernos y los interlocutores sociales, con cada Estado debiendo tomar las medidas necesarias para ajustarse a los estándares internacionales de respeto a los derechos sociales.

La Globalización y los Desafíos en el Mundo Laboral

Martha Monsalve Cuellar

I- INTRODUCCION

El mundo cambio y con ello todos los entornos. No obstante los fenómenos cíclicos de la globalización, las crisis económicas, los cambios demográficos, las corrientes migratorias, avances tecnológicos y científicos que en todas las épocas de la historia de la humanidad se han presentado, que no son nuevos, en los tiempos actuales presentan serias características que están incidiendo en el mundo laboral y que se convierten en desafíos y que es preciso plantearlos para poder superarlos.

II- EL MUNDO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI

Es un verdadero reto y necesariamente tendrá que afrontar todos los desafíos que a raíz de las situaciones que hemos enunciado en la parte introductoria de este trabajo, nos indican claramente los grandes cambios que se han registrado con la inclusión de nuevas formas de trabajo buscando adaptarlas a ese mundo cambiante y dinámico marcado por retos como los avances tecnológicos que exigen una mayor capacitación y formación permanente, para ser más competitivos con base en la productividad, la eficiencia, la calidad que contribuyan a la sostenibilidad de las empresas que son generadoras de puestos de trabajo y contribuyen a la economía de los países.

Ha sido preciso acudir a nuevas formas de trabajo, flexibilidad en la contratación, abaratamiento del despido, reducción de costos de producción para proteger las inversiones de la volatilidad de los mercados y los grandes cambios financieros así como el aumento de las cargas impositivas.

III- LA GLOBALIZACION

Para muchos este ha sido un fenómeno cíclico, para otros estaríamos en una tercera globalización, para otros ha existido siempre.

Participamos de esta última afirmación pues de lo contrario hechos históricos como los viajes de los fenicios, Marco Polo, Cristobal Colón y Magallanes para apenas mencionar casos ilustrativos no taxativos ni menos cronológicos, nos indican claramente que el mundo se ha mantenido en constante globalización a través de su historia y que necesariamente ese fenómeno ha marcado grandes procesos y cambios de toda índole.

IV- LA FLEXIBILIDAD LABORAL

Con la ampliación de los mercados y la mundialización de las economías surgen necesidades en el medio laboral relacionados con la imperante necesidad de ajustar las condiciones de trabajo con las exigencias del mercado que pueden llevar a buscar formas de contratación que se adecuen a esas exigencias que pueden corresponder a períodos estacionales, circunstancias especiales como los calendarios académicos, y un sinnúmero de circunstancias que hagan ajustar las formas, duración y condiciones de contratación laboral, jornadas laborales flexibles e inclusive variaciones en el sitio de trabajo colocando a modo de ejemplo el teletrabajo, del cual hace apenas dos décadas no presentaba el auge de hoy.

V- LA COMPETITIVIDAD

Con el aumento de las ofertas en un mercado globalizado, no homogéneo en cuanto a sus condiciones de producción y costos laborales aparece el factor determinante del precio y la calidad que muchas veces se sacrifica en aras del primero.

Se busca esa competitividad mediante el abaratamiento de costos laborales que inciden precisamente en todos los derechos y garantías que en épocas de bonanza y condiciones económicas bien diferentes a las de hoy, obtuvieron los trabajadores a través de las negociaciones colectivas con sindicatos fuertes que hoy son parte de un pasado, presentando índices muy bajos de sindicalización en el mundo entero, otro de los fenómenos a destacar en el mundo laboral del siglo XXI.

Esto conlleva a que se critique agriamente por parte de los representantes de los trabajadores lo que se cataloga como atentatorio contra los derechos y conquistas de los mismos.

No obstante consideramos que hay otros aspectos íntimamente ligados con esa competitividad y de los cuales nos ocuparemos a continuación.

a. Formación profesional - No solamente para el trabajo, sino durante el trabajo y durante el período de desempleo.

Esa formación para el trabajo está y igualmente ligada con la calidad de la educación muy cuestionada, porque se ha convertido en un verdadero negocio muy lucrativo por cierto y con muy bajas exigencias en cuanto a su calidad académica y muy bajo sistema de control de esa calidad, lo que va a representar una formación técnica y profesional que no va a contribuir en nada a la calidad que va a ser factor muy importante en la competitividad.

La capacitación permanente en el sitio de trabajo para mejorar procedimientos que consecuentemente generen ahorro y con ello abaratamiento de costos amén del ingrediente importante para mejorar la calidad día a día.

La formación durante los períodos de desempleo para que las personas se mantengan vigentes y no se desactualicen en sus conocimientos, pues esto les generaría grandes dificultades para la inserción nuevamente en el mercado laboral.

b. El empleo de los jóvenes

Motivo de gran preocupación para la Organización Internacional del Trabajo la cual, en su reciente 101^a Conferencia Internacional reunida en Ginebra en Junio de 2012, en una de sus Comisiones se ocupó del estudio para buscar soluciones a ese grave flagelo que azota el mundo del trabajo y que se ha convertido no solo en problema demográfico sino social y familiar de grandes proporciones

c. Cambios demográficos

El envejecimiento poblacional, los índices bajos de natalidad, las migraciones laborales, los cambios en la estructura familiar, los “baby boom”, los jóvenes sobre calificados para los puestos de trabajo frente al fenómeno de la rotación de ejecutivos jóvenes por falta de arraigo o apego a sus empleos.

Las corrientes migratorias que han incidido tanto en el cambio de costumbres en el país receptor y generadoras de remesas que contribuyen al mejoramiento de las condiciones económicas de las familias que permanecen en el país generador de esas corrientes y dotándolas de capacidad adquisitiva.

El aporte de nuevos conocimientos capacidades y aptitudes pueden contribuir al mejoramiento de la calidad en las empresas que vinculan a trabajadores migrantes.

VI- LA CRISIS FINANCIERA DE 2008 Y SUS CONSECUENCIAS

No se encuentra explicación ni justificación para que en presencia de antecedentes como la crisis de 1930, la de los Tigres Asiáticos, en donde no se supieron las causa y lo que es mas grave, los responsables y que sanción recibieron, por una imperdonable falta de responsabilidad, capacidad, conocimientos, control y supervisión en los cerebros del mundo financiero, hayamos caído en esta nueva crisis que estallo en 2008 y que fue estudiada a extensión por expertos en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009, crisis que amenaza contra la estabilidad de la Unión Europea y la permanencia del euro que ha obligado a salir con medidas extremas al rescate de países con serias amenazas de ruina.

Las medidas adoptadas para afrontar la crisis basadas en aumento de las cargas impositivas, reducción de beneficios en los estados de bienestar, recortes en los gastos públicos, freno a la adquisición de bienes y servicios constriñen las economías e impiden en nuestro concepto que se mantenga la capacidad de compra que es fundamental en el ciclo de las economías para generar producción y con ello puestos de trabajo.

Ha sido preciso rescatar los sistemas financieros que originaron precisamente el caos y a estas alturas de la crisis, fuera del que se auto-sancionó ante la carga que representó el entender la magnitud del daño originado, no sabemos de sanciones a los que irresponsablemente llevaron a semejante caos que afectan a Europa y Estados Unidos y en menor grado, solo por el rebote a los países de América por no depender directamente de esos mercados financieros donde se origino la crisis pero cuyas consecuencias empiezan a afectarlos por la disminución de sus tasas de crecimiento, la disminución de las exportaciones y el aumento del valor del barril de petróleo que afecta enormemente a los países que tienen que importar este hidrocarburo tan importante para la generación de energía y que repercute directamente en un sector tan sensible como es el transporte terrestre y aéreo.

a. Aumento de tasas de desempleo sobre todo en los países afectados por la crisis en mayor grado. El aumento del trabajo no regulado y con ello el crecimiento de la pobreza absoluta que presenta cifras verdaderamente angustiosas a nivel mundial.

b. Reducción del Gasto Publico, genera recesión y con ello difícilmente puede lograrse una recuperación a corto plazo que se torna urgentísima.

c. Alza en las tasas impositivas lo que afecta directamente a la clase media ya que las grandes empresas tienen exenciones y muchos sistemas contables que les permiten evasión y elusión. Los pobres no pagan impuestos y con ello se disminuye la capacidad adquisitiva que genera recesión.

VII- CONCLUSIONES

- Es preciso generar medidas de choque que puedan contrarrestar los desafíos que quedan planteados en el mundo del trabajo de hoy.
- La selección responsable de los dirigentes que han de conducir a buen puerto nuestras naciones será factor primordial.
- Valorar que la formación, capacitación y responsabilidad de nuestras clases dirigentes acompañadas de una ética y honestidad en el manejo de la cosa pública.
- Entender que el mundo del trabajo lo integran dos fuerzas que se necesitan, complementan y deben armonizarse CAPITAL – TRABAJO. Por separado y sin mirar el futuro de frente y en toda su dimensión, será imposible asumir el desafío en el trabajo.

El Trabajo en la Constitución de la II República Española y sus Antecedentes

Alfredo Montoya Melgar¹

El trascendental fenómeno del pleno acceso del trabajo, y más concretamente, de los derechos de los trabajadores asalariados, a los textos constitucionales no se produce hasta avanzado el siglo XX, primero en el famoso artículo 123 de la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y poco después en la Constitución socialdemócrata de la República alemana de Weimar (1919).

Es explicable, por tanto, que las referencias al trabajo contenidas en las Constituciones españolas anteriores a esos dos hitos sean escasas, aunque no irrelevantes. Hay que esperar a 1931 para poder hablar de un verdadero constitucionalismo social o laboral en España, un auténtico Derecho constitucional del trabajo.

* * *

Tanto la primera Constitución española (la de 1812) como las cuatro que la suceden (Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876) son obras del siglo XIX, la última de las cuales –la Constitución canovista– adentrará su vigencia en el primer cuarto del siglo XX.

El constitucionalismo español del XIX es, pues, hijo de un siglo cargado de sobresaltos y graves episodios: es el siglo, iniciado con la invasión napoleónica y la Guerra de la Independencia, en el que se hunde nuestro Imperio de ultramar, el siglo de la repetida quiebra del régimen monárquico, el siglo de los pronunciamientos militares y las guerras carlistas,

¹ Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

el siglo de las confrontaciones entre orden y libertad, entre absolutismo y revolución, entre Antiguo Régimen y modernidad, entre centralismo y federalismo (e incluso cantonalismo)...; el siglo, en fin, en el que, en un panorama económico de lenta y tardía industrialización y de endémicos problemas en la agricultura, se plantea la cuestión social y se gesta el movimiento obrero. No todo, sin embargo, fue agitación y turbulencia en el siglo XIX español; como escribió Salvador de MADARIAGA, esta centuria fue también una “era de reconstitución nacional”.

* * *

En la historia del constitucionalismo español del siglo XIX se encuentra, lógicamente, la aproximación al trabajo propia del ideario liberal; esto es, el reconocimiento ante todo de la libertad de trabajo e industria y, como consecuencia suya, la libertad de elección de profesión u oficio; y ello no sin limitaciones, como hemos de ver más adelante.

* * *

El contexto político en el que aparece nuestra primera Constitución es bien conocido, por lo que bastará aquí un somero recordatorio: España se encontraba invadida por el ejército de Napoleón, del que eran prisioneros en Bayona Carlos IV y Fernando VII; y el poder político era asumido por unas juntas ciudadanas, provinciales y Central, opuestas al invasor. La Junta Central, reunida sucesivamente en Aranjuez, Sevilla y Cádiz, promovió, mientras esta última ciudad era asediada por las tropas francesas, la convocatoria de Cortes, con el fin de alcanzar un instrumento jurídico capaz de legitimar el poder nacional frente al invasor. Pierre VILAR ha sabido destacar la grandeza de estas Cortes que, según sus palabras, “legislan para el porvenir en la última milla cuadrada que queda libre del territorio”. El fruto de las Cortes de Cádiz fue la Constitución que el pasado mes de marzo cumplió dos siglos, y en la que se proclamó solemnemente la soberanía de la Nación española, a semejanza de lo que en 1789 había hecho la Declaración francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano y en 1791 la primera Constitución de Francia.

La Constitución del 12 culmina el proceso de desmantelamiento del Antiguo Régimen que se había iniciado dos años antes con la abolición de los señoríos jurisdiccionales, la supresión de la Inquisición, el reconocimiento de la libertad de imprenta y otras muchas reformas. La Constitución de Cádiz corona ese proceso con el reconocimiento de los grandes principios políticos de la soberanía nacional, la separación de los poderes del Estado, la integridad del territorio nacional y la proclamación, todavía incompleta y poco sistemática, de derechos fundamentales. La Constitu-

ción se dirige a los individuos en su condición de ciudadanos; se dirige al sujeto político, cuyas obligaciones para con la Nación establece; en consecuencia, consagra esa libertad civil, así como el derecho de propiedad y los demás derechos legítimos de los ciudadanos (art. 4).

Los bienes individuales que la Constitución del 12 quiere proteger son, en consecuencia, “la seguridad personal de los ciudadanos, su honor y su propiedad” (Discurso de Argüelles presentando la Constitución, pág. 57), y, con gran énfasis, la “igualdad de derechos” (Discurso, pág. 68); igualdad que se intentó también se plasmara, desgraciadamente sin éxito, en la abolición de la esclavitud.

El liberalismo social y económico del momento impide el intervencionismo estatal que seis decenios más tarde dará lugar a la aparición de la legislación laboral. Ese liberalismo resplandece cuando el Discurso preliminar (pág.100) denuncia “el funesto empeño de sujetar todas las operaciones de la vida civil á reglamentos y mandatos de autoridades, [que] ha acarreado los mismos y aun mayores males que los que se intentaban evitar”.

No obstante, hay que reconocer que la Constitución de 1812 no deja de contener algunas alusiones al trabajo, aunque no se refieran precisamente a su contenido “social” y a la necesidad de su protección; antes bien, se trata de reglas que se ocupan del trabajo como requisito de ciudadanía en ciertos supuestos.

Así ocurre con la disposición contenida en el art. 20, que reconoce el derecho a obtener carta especial de ciudadanos a aquellos extranjeros que, habiendo “traído o fijado en las Españas alguna invención ó industria apreciable” o “establecido en el comercio con un capital propio y considerable” contraigan matrimonio con española. El precepto estaba refiriéndose claramente al reconocimiento de la ciudadanía española a fabricantes y comerciantes extranjeros de importancia, pero no contemplaba a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados.

Otra referencia al trabajo, ésta sí comprensiva tanto de actividades por cuenta propia como ajena, se encuentra en el art. 21 de la Constitución, cuando considera ciudadanos a los hijos legítimos de extranjeros domiciliados en las Españas, nacidos en dominios españoles, mayores de 21 años, y avecindados en esos dominios, “ejerciendo (...) alguna profesión, oficio o industria útil”.

Igualmente se reputaban ciudadanos a aquéllos españoles “originarios del África” que, entre otros requisitos, ejercieran “alguna profesión, oficio

o industria útil con un capital propio”, mención esta última que parecía excluir a los trabajadores por cuenta ajena (art. 22).

En otras ocasiones, la condición laboral no sólo no es fuente de derechos sino que es causa de limitaciones y sanciones. Así, determinadas situaciones laborales provocaban la pérdida o suspensión de la condición de ciudadano. En este sentido, el art. 24.2º de la Constitución sancionaba con tal pérdida el “admitir empleo de otro Gobierno” (art. 24.2º), mientras que el art. 25 preveía la suspensión de los derechos de ciudadano a quienes tuvieran el “estado de sirviente doméstico” o carecieran de “empleo, oficio o modo de vivir conocido”; normas que se hacían eco de la distinción entre la condición de español y la de ciudadano, “de la que vino a resultar la negación a una parte de aquéllos de los derechos políticos que sólo a éstos últimos se reconocían”. El art. 23, por su parte, circunscribía el derecho a “obtener empleos municipales y elegir para ellos” a los ciudadanos españoles.

En fin, en un par de preceptos de la Constitución del 12 puede apreciarse una tímida insinuación de lo que habían de ser mucho más tarde los grandes instrumentos del Estado de bienestar -la Seguridad Social, el Sistema Nacional de Salud y los Servicios Sociales-. Así, el art. 321.6º encomendaba a los Ayuntamientos la función de “cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia”, y el art. 335.8º atribuía a las Diputaciones la misión de “cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren”. También aquí se aprecia la influencia francesa, pues entre las “disposiciones fundamentales” de la Constitución de 1791 se encontraba el compromiso de mantener un “établissement général de secours publiques” a favor de inválidos y pobres.

* * *

La Constitución de 1837 –fruto del compromiso entre progresistas y doctrinarios, elaborada por una comisión presidida por Argüelles- es aún más escueta que la de Cádiz en sus referencias al trabajo. En primer lugar, reitera (art. 1.4º) la regla de la Constitución gaditana que hacía perder la condición de español al que admitiera “empleo de otro Gobierno”, aunque ahora se añade limitativamente “sin licencia del Rey”. Por otra parte, en segundo y último lugar, declara, con fórmula que ciertamente había de alcanzar fortuna en nuestro Derecho constitucional, que todos los españoles “son admisibles a los empleos y cargos públicos,

según su mérito y capacidad” (art. 5)², fórmula ésta que recuerda a la del preámbulo de la Constitución francesa de 1791 cuando declara que todos los ciudadanos son admisibles a los cargos públicos atendiendo sólo a sus “*vertus et talents*”.

* * *

En medio de las graves alteraciones políticas de los años 40, el 23 de mayo de 1845, siendo presidente del Consejo Narváez, se promulga por Isabel II una nueva Constitución, de corte liberal-moderado, exponente de la Monarquía doctrinaria. La nueva ley fundamental se limita a reproducir, en lo que a nosotros interesa, lo dispuesto en los citados arts. 1.4º y 5º de la Constitución de 1837, en los de igual numeración.

* * *

La Constitución de 1869, promulgada tras el destronamiento de Isabel II en el que desembocó la Revolución “gloriosa” de 1868, tuvo el gran mérito de incorporar, además del sufragio universal, los derechos individuales de libre emisión de ideas y opiniones y los colectivos de reunión pacífica y asociación “para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública” (art. 17), derechos que ya había anunciado, junto con la libertad religiosa, de enseñanza y de imprenta, el Manifiesto del Gobierno Provisional, presidido por el general Serrano, de 25 de octubre de 1868, y que se habían regulado de inmediato por sendos Decretos-leyes. El de 1 de noviembre de 1868 reconoció “el derecho de reunión pacífica para objetos no reprobados por las leyes” (art. 1), y el de 20 de noviembre de 1868 reconoció el derecho de asociación, que la E. de M. de la norma extendía a los obreros al reconocer que “movimientos sociales surgen de día en día [y] no pueden ser sometidos sin dolorosa violencia a la representación de las asociaciones primitivas e históricas”, siendo así que “nuevos organismos creados por la acción espontánea de una sociedad que progresa (...) acuden constantemente pidiendo plaza y derecho”. Obviamente, el Gobierno Provisional estaba reconociendo la necesidad de que los desaparecidos gremios fueran sucedidos por los nuevos sindicatos.

También acogió la Constitución de 1869 la libertad de los extranjeros de establecerse en territorio español, “ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas” (art. 25) y, una vez más, el derecho de todos los españoles a acceder a los empleos y cargos públicos

² Fórmula que hoy acogen los arts. 23.2 y 103.3 de la vigente Constitución de 1978.

“según su mérito y capacidad” (art. 27), norma ésta a la que se añadía la de que “la obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles”. Rasgo significativo de la Constitución de 1869 era la concepción no taxativa de los derechos en ella reconocidos; como decía su art. 29, “la enumeración de los derechos consignados en este título (el I) no implica la prohibición de cualquier otro derecho no consignado expresamente”. Pese a todo, la Constitución, como el régimen revolucionario del 68 en su integridad, tuvo en lo social, como reconoce ARTOLA, “un alcance muy limitado”.

* * *

Nuestra última ley fundamental del siglo XIX fue la Constitución de la Monarquía Española promulgada durante el reinado de Alfonso XII, el 30 de junio de 1876, cuya vigencia se prolongó hasta 1923, fecha en que quedó “suspendida pero no cancelada” por el general Primo de Rivera. La Constitución del 76 se inspiraba en las ideas liberal-conservadoras de paz y orden, propias de la monarquía doctrinaria, y debió su texto articulado al esfuerzo personal de Cánovas, que trabajó sobre las bases de un anteproyecto elaborado por una llamada “Comisión de Notables”. La Constitución proclama que “cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca” (art. 12), lo que supone el primer reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo en España, más allá de la específica libertad de acceder a empleos públicos, proclamada también en constituciones precedentes. Por otra parte, la Constitución canovista vuelve a reconocer los derechos a “reunirse pacíficamente” y a “asociarse para los fines de la vida humana” (art. 13, en cuyo desarrollo habían de promulgarse las Leyes de 8 de enero de 1877 y 30 de junio de 1887) y a acceder a empleos y cargos públicos “según mérito y capacidad” (art. 15).

* * *

En síntesis, el constitucionalismo español del siglo XIX cuando abordó la realidad del trabajo lo hizo con extrema parquedad, no llegando más allá de proclamar la libertad de profesión u oficio, y de reconocer, tras la revolución de 1868, los derechos de reunión y asociación genéricos, dentro de los que podía interpretarse que se hallaban incluidos las específicas reuniones y asociaciones de patronos y obreros.

* * *

La Constitución de la II República Española (aprobada por las Cortes Constituyentes el 9 de diciembre de 1931, sobre la base de un proyecto elaborado en 20 días por una comisión presidida por Luis Jiménez de Asúa)

rompe rotundamente con la precedente tradición decimonónica e incorpora con decisión y claridad los derechos laborales básicos, dentro de una concepción que ha sido calificada como de “radicalismo democrático” e “idealismo social” (R. Carr). Ciertamente, no cabe ignorar los precedentes, de muy diverso signo, que anticiparon en España el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, de tal modo que la consagración constitucional del modelo social en sustitución del preexistente, liberal e individualista, se produce como culminación de un arduo proceso de propuestas y medidas reformistas, iniciadas en el último cuarto del siglo XIX, con el telón de fondo de los movimientos obreros organizados. En esos difíciles comienzos, nacidos en medio de la incomprensión de burgueses y obreros, hay que recordar tanto los nombres de políticos eminentes (Cánovas, Moret, Canalejas, Dato...) y de intelectuales empeñados en la cuestión social (Azcarate, Maluquer, Posada...), como las grandes instituciones en las que se fraguaron los primeros estudios científicos y las primeras acciones administrativas sobre el trabajo asalariado (la Comisión de Reformas Sociales, creada en 1883 y el Instituto de Reformas Sociales, constituido en 2003). A esas iniciativas, inspiradas por un intervencionismo humanista, muy influido por la Institución Libre de Enseñanza, se sumará, a partir de la primera guerra mundial, la fuerte corriente ideológica del corporativismo, en la que, buscándose soluciones intermedias entre el individualismo liberal y el colectivismo marxista, se instituirán mecanismos paritarios de regulación del trabajo y de solución de conflictos que culminarán en la creación de la Organización Corporativa Nacional de Primo de Rivera. De la Dictadura primorriverista datan también el Código del Trabajo (1926) y un proyecto de Constitución (1929) de notable contenido social.

Las Cortes Constituyentes de la II República adoptaron una Constitución de acusado perfil social, en el que era clara la influencia del constitucionalismo de Querétaro y Weimar. Como hemos dicho en otra ocasión, la enorme trascendencia de la Constitución republicana deriva en gran medida del hecho de que “por primera vez en nuestra historia constitucional, se ocupa de un modo expreso y circunstanciado del trabajo asalariado”. Ya desde su pórtico, anuncia la Constitución republicana su atención por el mundo del trabajo, al definir a España como “una República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de Libertad y Justicia” (art. 1); una caracterización ésta que un significado historiador de izquierda –Tuñón de Lara– no vaciló en calificar de demagógica, entre otras cosas por el abultado número de parados que padeció la República.

Es preciso anticipar que el desarrollo de la Constitución de 1931 no fue ni pudo ser homogéneo, dada la diversa inspiración que la República tuvo

en sus diversas etapas: período constituyente, bienio azañista-socialista, bienio radical-cedista y Frente Popular.

Dentro del título III (Derechos y deberes de los españoles) y de su capítulo I (Garantías individuales y políticas) se recogen las tradicionales libertades de elección de profesión (art. 33: “Toda persona es libre de elegir profesión”³) y de acceso a los empleos y cargos públicos según “mérito y capacidad”, regla tradicional⁴ a la que se añade: “sin distinción de sexos” (art. 40), haciéndose la salvedad de “las incompatibilidades que las leyes señalen”. Con todo, ni en el Título Preliminar ni en ningún otro lugar de la Constitución de 1931 se reconoce *expressis verbis* el derecho al trabajo, en contraste con su consideración de “obligación social” (art. 46). Lo que sí legitimaba el art. 37 de la Constitución era la exigibilidad a los ciudadanos de prestaciones personales civiles o militares.

Por otra parte, la Constitución republicana reconoce por vez primera el derecho de los españoles a “sindicarse libremente”, disponiendo la obligación de los sindicatos de inscribirse en un registro público (art. 39). Esta norma fue desarrollada por la Ley de Asociaciones Profesionales de 8 de abril de 1932, la primera ley española que regula específicamente la libertad sindical, diferenciándola del genérico derecho de asociación que ya venían reconociendo las Constituciones de 1869 (art. 17) y 1876 (art. 13). Sin embargo, la Constitución republicana no reconoció el derecho de huelga, al que sí se refería el art. 21 de la Ley de Asociaciones Profesionales; más aún: la Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931, se anticipó a considerar como “actos de agresión a la República”, sancionando a sus autores e inductores con penas de confinamiento, extrañamiento y multas, “las huelgas no anunciadas con ocho días de anticipación (...), las declaradas por motivos que no se relacionen con las condiciones de trabajo y las que no se sometan a un procedimiento de arbitraje o conciliación” (arts. 1.IX y 2), así como los cierres patronales (“la suspensión o cesación de industrias o labores de cualquier clase, sin justificación bastante”). Por añadidura, la citada Ley facultaba al Ministro de la Gobernación para suspender las reuniones o manifestaciones públicas de carácter social (también las políticas y religiosas) susceptibles de “perturbar la paz pública” y para clausurar los centros o asociaciones que incitaran a la realización de huelgas y cierres ilegales.

³ Antecedentes de esta disposición en el Proyecto de Constitución de 1873 y en el art. 12 de la Const. de 1876.

⁴ Antecedentes en art. 5 Const. 1837, art. 5 Const. 1845 y art. 27 Const. 1869.

En el capítulo II (“Familia, economía y cultura”) del título I de la Constitución republicana se contienen importantes limitaciones del derecho de propiedad, cuya posible socialización se prevé, al tiempo que se faculta al Estado para “intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional” (art. 44). En vísperas de la Guerra Civil y durante ésta se generalizaron, sobre todo en Cataluña, las “incautaciones” de empresas y fincas por colectividades obreras así como, éstas sobre todo en Madrid y Asturias, las “intervenciones” a través del control obrero o gubernamental.

En el extenso art. 46 de la Constitución republicana se encuentra el programa del Derecho del Trabajo de la República, que ésta se había preocupado de anticipar aprobando la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, una excelente norma inspirada directamente en el Proyecto de Ley elaborado por Heinz Potthoff en la República de Weimar, en 1923. El citado art. 46 de la Constitución de 1931 considera el trabajo como una “obligación social”, y declara que “gozará de la protección de las leyes” –con lo que está reafirmando el tradicional carácter tuitivo del Derecho del trabajo-; y declara que la República asegura a todo trabajador las condiciones necesarias de una “existencia digna” –reiteración del papel intervencionista del Estado en las condiciones laborales-.

En detalle, la Constitución declara que la legislación laboral ha de regular una serie de cuestiones, que alcanzan a un amplio campo de materias: seguros sociales (enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte), trabajo de mujeres y jóvenes con especial protección de la maternidad, jornada de trabajo y salario mínimo y familiar, vacaciones anuales remuneradas, condiciones del obrero español en el extranjero, instituciones de cooperación, relación económico-jurídica de los factores de la producción, participación de los obreros en la dirección, administración y beneficios de las empresas, y “todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. Algunos de esos derechos, como ya hemos dicho, habían sido ya reconocidos por la LCT de 1931, que a su vez contaba con el importante precedente del Código del Trabajo de Primo de Rivera de 1926, y con otros aún más antiguos, como los reconocidos en la Ley de Accidentes del Trabajo de 1900.

En concreto, la República tuvo tiempo para elaborar varias importantes leyes sociales, algunas de ellas con anterioridad a la promulgación de la Constitución; así, la de jornada máxima legal de 1 de mayo de 1931, la de accidentes laborales en la agricultura –Ley de 9 de septiembre de 1931-, o

la de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931. Promulgada la Constitución, se aprueba la Ley de 8 de octubre de 1932, de accidentes del trabajo en la industria y se ensayan diversas medidas contra el paro, tan grave en la época (en 1935 la tasa de desempleo llegó al 15 por 100, con un volumen de unos 800.000 parados) que no llegaron a culminar en una ley de seguro de paro. Como tampoco llegaron al término deseado los intentos reformadores de los ministros Giménez Fernández –uno de mis maestros, por cierto, en la Universidad hispalense- y Ruiz Funes en materia agraria.

Los artículos subsiguientes de la Constitución del 31 se encargaban de proclamar la protección por la República de los campesinos y pescadores (art. 47), y de considerar al trabajo como eje de la metodología de la enseñanza, que había de inspirarse en “ideales de solidaridad humana” (art. 48). El art. 31 declaraba “el derecho a emigrar o inmigrar”, no sujeto “a más limitaciones que las que la ley establezca”; un Decreto de 8 de septiembre de 1932 se ocupó de regular la colocación de extranjeros en España, siendo derogado tres años después (por el Decreto de 29 de agosto de 1935). Siguiendo nuestra tradición constitucional⁵, la ley fundamental de la II República determinaba que la calidad de español se perdía por aceptar empleo de otro Gobierno, añadiendo una cláusula limitativa: siempre que tal empleo llevara “anejo ejercicio de autoridad o jurisdicción” (art. 24.1º).

En fin, al distribuir las competencias entre Estado y regiones autónomas, la Constitución de 1931 atribuía al Estado la legislación social, sin perjuicio de su posible ejecución por las regiones autónomas, “en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes” (art. 15.1ª). Por cierto, el levantamiento revolucionario de Luis Companys, presidente de la generalidad de Cataluña proclamando el “Estado catalán” (6 de octubre de 1934) determinó la suspensión del Estatuto de autonomía catalán y la asunción por el Ministerio de Trabajo de las competencias sobre ejecución de la legislación social.

En fin, el citado art. 15 de la Constitución republicana disponía que la ejecución de las leyes sociales sería inspeccionada por el Gobierno “para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia”, norma que garantizaba el carácter estatal de la Inspección de Trabajo.

La Guerra Civil, concluida con la victoria militar de Francisco Franco, puso fin a la Constitución republicana y a un gran número de normas derivadas de ella. Una curiosa disposición de guerra –el Decreto del Go-

⁵ Así, art. 24.2º de la Constitución de 1812 y art. 1.4º de la Constitución de 1837.

bierno del Estado nº 56, de 1 de noviembre de 1936 (BOE del 5 de noviembre), dictado por Franco en Salamanca- señalaba que “la naturaleza del Movimiento Nacional no necesita de normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que, revestidos de falsa existencia legal, mantuvieron un ficticio funcionamiento puesta al servicio de la anti-Patria”. Ello no obstante, el Decreto encomendaba a la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado la “derogación inmediata” de las normas anteriores a 18 de julio de 1936 “contrarias a los altos intereses nacionales”. Así, por ejemplo, el Decreto de 13 de mayo de 1930 procedió a derogar la legislación de Jurados Mixtos y Tribunales Industriales. Sin embargo, hubo alguna norma laboral republicana –la Ley de Jornada Máxima Legal de 1 de julio de 1931- que perduró más de medio siglo, al no ser derogada formalmente hasta 1983 (RD 2001, de 28 de julio).

Un Santandereano muy Santanderino

Hernán Alejandro Olano García¹

He querido titular así mi escrito en homenaje al profesor Rafael Forero Rodríguez, por cuanto nació en Málaga, departamento de Santander, el 16 de julio de 1923, hijo de Rafael Forero Blanco y María Antonia Rodríguez Naranjo y, en razón de la época denominada “La Violencia”, se vio desplazado de su localidad a la ciudad de Tunja, donde culminó en 1946 estudios de bachillerato en el Colegio de Boyacá², el ilustre claustro Santanderino, fundado por “El Hombre de las Leyes” en 1822, por eso hablaré de este Santandereano – Santanderino antes de abordar un tema propio de mi especialidad.

Forero Rodríguez, al culminar sus estudios de bachillerato, ingresó en Bogotá a la Universidad Externado de Colombia, época en la cual tramitó su Cédula de Ciudadanía 85540 y años más tarde, en 1951 obtuvo el título de Doctor en derecho, obteniendo la Tarjeta Profesional de Abogado # 875. Se especializó en Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana

¹ Abogado, con estancia Post Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; Director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de La Sabana. Es el Vicecónsul Honorario de la República de Chipre en Colombia y Cabildero inscrito ante la Cámara de Representantes de Colombia. Dirige el Grupo de Investigación en Derecho e Historia de las Instituciones “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”, en la Universidad de La Sabana de Chía, Colombia. Es Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Correspondiente Extranjero de la Academia Chilena de Ciencias Políticas, Sociales y Morales. Dirección: Km. 7 Autopista Norte, costado occidental, Chía, Cundinamarca [@HernanOlano](mailto:hernan.olano@unisabana.edu.co) en Twitter.

² Nos une ese mismo Colegio del cual yo egresé en 1984.

en 1952, siendo el primer egresado de dicha especialidad que por primera vez se impartía en esa Institución.

Contrajo nupcias con Leonor Contreras Blanco y su hijo es Rafael Forero Contreras, esposo de Lucía Acevedo y padres de Rafael, estudiante universitario.

El doctor Forero Rodríguez, fue elegido Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia en 1981, su trabajo de posesión se tituló *“Reformas a la Ley Laboral Mejicana”*.

En 1988 fue ascendido a Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, tomando posesión el 27 de julio en el Salón de Honor del Club de Abogados de Bogotá, disertando sobre el tema *“Génesis del Derecho del Trabajo en Colombia”*, que fue contestado por don Luis Fernando Paredes Arboleda. El Presidente don Hernando Morales Molina, al entregar al doctor Forero Rodríguez el Diploma de Numerario, exaltó los méritos científicos y personales del recipiendario, quien fue encargado de la Secretaría General de la Corporación ese año. Tesorero de la Academia durante muchos períodos.

En la Revista 302-303, se destaca su exaltación a la presidencia del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la cual fue fundador y directivo. En 1982 se le eligió en Wiesbaden, Alemania, como Miembro del Consejo Consultivo de la Asociación Mundial Laboral. Representó a la Academia en el Seminario de la O.I.T. realizado en Turín, Italia.

También fue Miembro Fundador y Directivo de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo; Miembro Fundador de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo; Miembro Directivo y ex Gobernador del Colegio de Abogados de Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia; Fundador y directivo de la Asociación Colombiana de la Seguridad Social; Secretario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal del Trabajo.

Miembro del Consejo Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a los congresos de Madrid, Washington, Budapest, etc. Ponente en diferentes congresos iberoamericanos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Visitante- ilustre de diversas ciudades y universidades de Iberoamérica.

Catedrático en las universidades de Buenos Aires, Argentina; Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM en México; Universidades de Zaragoza y Carlos III de Madrid, en España y de la Universidad Católica de Caracas, Venezuela; a nivel nacional, fue profesor en derecho laboral y derecho procesal del trabajo en las universidades Externado de Colombia, Pontificia Javeriana, Santo Tomas y Católica de Colombia; así

mismo, se le ha distinguido como profesor honorario de las Universidades San Martín de Porres y San Marcos de Lima, Perú.

Precisamente, la Universidad San Martín de Porres de Lima, le concedió el título de Doctor Honoris Causa, distinción que comparte con Luis Alberto Sánchez, Miguel Caveró Egúsquiza, César Barrós Conti, Alberto Fujimori F., Mario Samamé Boggio, el R.P. Juan Sókolich A.; Xavier Domingo; Walter Alva, María Reiche, Thor Heyerdhal, Alejandro Miró Quesada, Francisco Gómez Anton, Alfonso Grados Bertorini, Baltazar Cavazos Flores, Romualdo Biaggi Rodríguez y Horacio Arteaga Acosta.

En 2012 elegido Miembro Honorario de la Corporación. Es igualmente Miembro del Colegio de Abogados de Bogotá y Socio Decano del Club de Abogados y condecorado con la Orden de la Gran Cruz del Club de Abogados de Bogotá. Es Miembro Correspondiente de la Academia Chilena de Sociales, Políticas y Morales.

Entre sus escritos encontramos “El Empleador” en el libro de Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela “Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, editado por la UNAM; “Relaciones intertemporales y relaciones impersonales de trabajo”; así mismo, ha participado con capítulos en el libro “Pensamiento Jurídico Colombiano”; en el libro de Editorial Heliasta “Derecho Individual del Trabajo”, con el capítulo “El contrato individual de trabajo en la legislación colombiana”; y en los Liber Amicorum a los doctores Rafael Caldera, Guillermo Cabañellas, Baltasar Cavazos, Américo Pla Rodríguez, Mozart Víctor Russomano, entre otros.

El doctor Forero Rodríguez es recipiendario de honores merecidos gracias a su disciplina, a su capacidad de estudio, a su vocación académica y a su decidida entrega como persona de bien a la sociedad.

Algunos términos que se deben precisar para la finalización del conflicto armado interno

En primer lugar debemos hacer una distinción, y es que la expresión Derechos Humanos, ha sustituido a la original “Derechos del Hombre”, de los siglos XVIII y XIX. Hombre es el conjunto humano y por eso se ha modificado la denominación y, a partir de su desarrollo dentro del Derecho Internacional, se ha ido consolidando el Derecho Internacional Humanitario, que es al que a continuación nos referiremos.

Derechos Humanos son aquellos derechos que el ser humano posee por su propia naturaleza y dignidad como ser humano y son inherentes a su condición.

Los Derechos Fundamentales también son afines y suele hablarse de ellos cuando se incluyen dentro de una Constitución y son positivizados por el constituyente.

Derecho Internacional Humanitario es el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinadas a reglamentar los problemas humanitarios derivados directamente de conflictos armados, internacionales o no.

El Comité Internacional de la Cruz Roja CICR, **lo define así:** es el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinadas a reglamentar los problemas humanitarios derivados directamente de conflictos armados, internacionales o no.

Estas normas restringen, por razones humanitarias, el derecho de las partes en un conflicto a utilizar los métodos y medios de guerra de su elección, o protegen a las personas y los bienes afectados, o que pueden ser afectados por el conflicto.

El Derecho internacional Humanitario, como rama del derecho internacional público, se inspiró en el sentimiento de humanidad y centrada sobre la protección de la persona.

El Derecho Internacional Humanitario se denomina también, a veces, “derecho de los conflictos armados” o “derecho de la guerra”. Esta última expresión, utilizada en el pasado principalmente para el derecho que reglamentaba la conducción de las hostilidades, se aplica también a las normas relativas a la protección de las víctimas. Generalmente se pueden considerar esas tres expresiones como equivalentes y la opción por una u otra dependerá esencialmente de los usos y del público. Por ejemplo, las organizaciones internacionales, las universidades y los Estados utilizan más bien “derecho humanitario” o “derecho de los conflictos armados”, mientras que las fuerzas armadas utilizan “derecho de la guerra” o “derecho de los conflictos armados”.

El Derecho Internacional Humanitario DIH es el conjunto de normas definidas no sólo en los convenios de Ginebra: el derecho de La Haya los completa en este ámbito.

El Derecho de Ginebra tiene por finalidad garantizar el respeto debido a la persona humana en la medida en que sea compatible con las exigencias militares; más precisamente, tiende a salvaguardar a los militares fuera de combate y a las personas que no participan en las hostilidades.

El Derecho de La Haya procede del principio de que los beligerantes no deben causar males que excedan la finalidad de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo. En el derecho de La Haya se deter-

minan, pues, los derechos y los deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y se limita la opción por los medios de destrucción.

Se considera actualmente que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977 son los principales instrumentos del DIH. Al respecto, cabe señalar que en los Protocolos de 1977 se incluye, en gran parte, el derecho de La Haya.

El tema de los Derechos Humanos ha cobrado especial importancia desde la expedición de la Carta de 1991. La arbitrariedad y la violencia ya lo habían colocado como un tema prioritario dentro del procedimiento de reforma, para poder incluir en nuestro ordenamiento las consideraciones de los convenios internacionales, que integran elementos de juicio valiosos para desarrollar la Carta de Derechos y los distintos mecanismos de protección que aquí analizaremos.

“La fuerza de los derechos humanos a nivel internacional es cada vez más grande. La Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han adoptado decisiones trascendentales sobre el tema, que han llegado inclusive a desencadenar procesos de reforma constitucional en otras latitudes. Y en un plano más político, pero menos significativo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolvió formalmente justificar limitaciones a la soberanía de un Estado con base en la defensa de los derechos humanos, como sucedió con los kurdos en Irán. Se está desarrollando, entonces, un campo inmensamente rico que ha llevado a un replanteamiento de doctrinas jurídicas y posiciones políticas que tenían una larga tradición. No es este el lugar apropiado para profundizar en este y otros temas relativos a la interpretación de los derechos y sus implicaciones. De lo que se trata simplemente es de recoger fuentes normativas indispensables para entender los alcances de la Carta de Derechos.”³

La Constitución de 1991 desarrolla y garantiza la defensa y el respeto de los derechos humanos. Más de diez artículos de nuestra Carta Fundamental hacen mención a la necesidad de formar, respetar y divulgar los derechos humanos. Se destacan particularmente los artículos 1°, 2°, 3°, 85° y 95° que determinan los principios fundamentales de la organización política y administrativa del Estado, caracterizada por la descentralización, la participación y el respeto a la dignidad humana; la promoción y respeto de los derechos humanos dentro de un orden justo; la preeminencia del constituyente primario en la orientación de los destinos del Estado; la obligatoriedad inmediata de la aplicación de los derechos humanos en el país, todo lo anterior fundamentado en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

³ CEPEDA ESPINOZA, Manuel José. *Los Derechos Constitucionales, Fuentes Internacionales para su Interpretación*. Presidencia de la República de Colombia, 1994.

La vigencia y respeto de los derechos humanos no es sólo un mandato constitucional, sino condición indispensable para considerarnos una sociedad civilizada. Como mandato, la defensa de los derechos humanos es responsabilidad individual, social e institucional que se sustenta en últimas en la apropiación por parte de todos los colombianos y sus instituciones de una nueva cultura de derechos humanos.

Las autoridades territoriales, dado el anterior contexto, deben estar en capacidad de desarrollar actividades regionales en favor de la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos en su jurisdicción. Igualmente, se puede crear o fortalecer los Fondos y las instancias de atención a los desplazados; diseñar y ejecutar programas de asistencia de emergencia para los dirigentes políticos, sociales, empleados públicos y comunidades en general, cuya vida e integridad física se encuentra en alto riesgo; construir y adecuar albergues provisionales en casos específicos de desplazados por la violencia.

A su vez, cada gobernador o alcalde, puede convocar a la sociedad civil como gestora de proyectos participativos de promoción, protección y defensa de los derechos humanos; promover y fortalecer los Cabildos de Paz; establecer políticas educativas formales y no formales para la promoción de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

En síntesis, los alcaldes y gobernadores deben entender que la apropiación de una cultura de los derechos humanos, ha de ser fruto de un trabajo continuo y de largo aliento en el cual deben participar los más diversos actores.

Por último, los mandatarios territoriales también están obligados en la aplicación del derecho humanitario en las zonas de conflicto armado interno, velando por los derechos de los ciudadanos en situaciones de combate; prohibiendo la utilización de las viviendas de los civiles en situaciones de combate o armas bacteriológicas y químicas en esas zonas, entre otras cosas. En otras palabras, se ha de aplicar en esta materia una serie de normas que veremos como son el Convenio de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II que lo reglamentan.

En torno a estos aspectos, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-111 de marzo 6 de 1997, se refirió a que la administración puede adelantar sus cometidos y ejercer la autoridad del Estado en un ámbito que ciertamente no es reducido, pero que no puede reclamar el ejercicio injustificado de los derechos fundamentales de las personas a fin de cumplir su objeto propio, pues se presume que ello no es el medio para hacerlo.

Dijo la Corte *“Es fácil concluir que el remedio constitucional del amparo no se edifica sobre la anulación del esquema constitucional de las funciones y poderes del Estado. Existen fallas de las personas que la Corte no puede enmendar sin subvertir el orden constitucional y aminorar hasta un grado extremo la propia responsabilidad personal... .. La cláusula del Estado social de derecho (artículo 1° de la Constitución Política), tiene poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales, asigna competencias al legislador, establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportunidades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización.*

La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicas. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción, sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.

No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a estos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de eje-

cutar el mandato oficial de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones....

... La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.”⁴

En lo que tiene que ver con la protección de los valores fundamentales de un Estado social y democrático de derecho, la Constitución introdujo un gran vuelco filosófico. La tarea de desentrañar el significado de estos valores no es fácil y será objeto de nuestro curso. Tomará tiempo. A veces los criterios objetivos podrán parecer insuficientes. Por eso, la misma Carta le concede a los tratados internacionales sobre derechos humanos un valor especial y determina que no pueden ser desconocidos ni siquiera en los estados de excepción.

Con todos estos aspectos, se puede ver que las funciones del Estado están cambiando. Más que construir autoridad, lo que perseguiremos con este curso y estos planteamientos, es fortalecer la legitimidad institucional, ampliar la democracia, abrir espacios para el pluralismo, promover la igualdad y encontrar las necesidades del país para fortalecer la paz y la democracia.

Bibliografía

CEPEDA ESPINOZA, Manuel José. *Los Derechos Constitucionales, Fuentes Internacionales para su Interpretación*. Presidencia de la República de Colombia, 1994.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de marzo 6 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Mil juristas. Biografías de los Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia 1894 – 2004*, Colección Portable, 2004.

⁴ Sentencia SU-111 de marzo 6 de 1997. Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El Teletrabajo

Miguel Pérez García

Escribo con especial cariño y admiración este artículo en la conmemoración de los noventa años de una persona, que como el doctor Rafael Forero Rodríguez, ha dejado huella por sus inigualables calidades humanas y su conocimiento jurídico, especialmente en el área laboral, que lo colocan en un referente obligado.

*Su don de gentes, su comentario oportuno y chispeante, cuando hay lugar a ello, su afa-
bilidad, consejo pertinente y simpatía, han sido,- desde que tuve el placer de conocerle
en un cada vez más distante mayo de 2002, en un congreso del Colegio de Abogados
Laboralistas-, motivo de enriquecimiento intelectual y personal.*

Introducción

Una de las modalidades para laborar que ha venido adquiriendo gran protagonismo en los últimos tiempos es la conocida como Teletrabajo, que se caracteriza por la utilización de las tecnologías de la información y que la labor se desarrolle fuera de la sede de quien contrata, lo que permite movilidad, flexibilidad, rendimiento, economías en transporte, mejora del medio ambiente y mejor aprovechamiento del tiempo, obteniéndose mayor disponibilidad para la vida familiar y capacitación.

Estas notas distintivas se recogen en diferentes definiciones que se han venido dando a esta figura, que se pueden sintetizar en que el teletrabajo constituye una modalidad de trabajo que se caracteriza por la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), por personas que desarrollan su labor en lugares diferentes a la sede de quien contrata, bajo una relación de trabajo o de prestación de servicios.

La persona que realiza este tipo de trabajo es conocida como teletrabajador, siendo su herramienta la nueva tecnología que le permite adelantar su labor por medio de la utilización de las redes telemáticas.

I. Clases de teletrabajo

Para teletrabajar han surgido diferentes formas, siendo la original y más característica el domicilio del trabajador, entendiéndose como tal una ubicación laboral en la oficina particular, casa o domicilio, pudiéndose desempeñar el teletrabajador bajo una relación de trabajo dependiente con vínculo laboral o de manera autónoma frente a quien contrata bajo una relación de carácter comercial o civil de prestación de servicios.

Otra alternativa se da a través de las llamadas oficinas satélites, sitios que aunque pertenecen a una misma organización empresarial, se estructuran bajo el criterio de cercanía al domicilio de los trabajadores, primando la ubicación geográfica sobre aspectos funcionales o de otro orden, contando con un importante grado de autosuficiencia, dependiendo del mayor o menor grado de relación con el centro principal de operaciones, de acuerdo a la eficiencia que se tenga en el uso de la tecnología.

Cuando nos encontramos frente a personas que deben desplazarse continuamente a los sitios o lugares en los que debe prestarse el servicio, estas reciben el nombre de móviles, nómadas o itinerantes, quienes deben manejar bastante información y comunicarse permanentemente con la empresa.

También encontramos los telecentros o centros de teletrabajo, que son unidades estratégicamente ubicadas que cuentan con toda la infraestructura tecnológica de punta, creados por el sector público o personas particulares, que ofrecen al público en general la posibilidad de teletrabajar de manera continua o parcial de acuerdo con los requerimientos que se tengan.

- Estos centros tienen ventajas y características, como las siguientes:
- Reducen los tiempos de desplazamiento, lo cual supone un ahorro de tiempo y dinero, se cuida del medio ambiente e influye de manera positiva en la salud de los usuarios y en su vida familiar.
- Facilitan el traslado de puestos de trabajo a áreas rurales donde los precios de las viviendas son más cómodos.
- Suponen una mejora de la formación informática de los trabajadores locales.
- Proporcionan una solución para los teletrabajadores que temen aislarse al trabajo solos en su domicilio.
- Suponen un mejor aprovechamiento de los centros y de los lugares de trabajo, pues pueden ser utilizados en tres turnos, las veinticuatro horas del día.

- Facilitan el acceso al trabajo. Suelen estar situados en la zona donde viven los usuarios y disponen de parqueaderos para todo tipo de vehículos¹.

Si estos centros de teleservicios se ubican en zonas rurales, pueblos pequeños o ciudades intermedias relativamente aisladas, reciben la denominación de telecottages, facilitándose a través de ellos el acceso al conocimiento en regiones distantes o con dificultades para ello, disponiéndose de infraestructura similar a la poblaciones más avanzadas y de mayor conocimiento, facilitándose la permanencia en los sitios de origen, mitigándose el desplazamiento de personas hacia centros urbanos más desarrollados, con los consecuentes problemas económicos y sociales.

II. Antecedentes del teletrabajo en Colombia

Esta regulación tuvo sus antecedentes en el año 2006 en un proyecto de Acuerdo del Concejo de Bogotá y en un proyecto de ley del Congreso de la República, en los que se destacaba la incidencia del teletrabajo en la generación de empleo, particularmente en ciertos grupos poblacionales como discapacitados, mujeres cabeza de familia y jóvenes, además de generar aumentos en la productividad empresarial.

En ese orden de ideas la exposición de motivos del proyecto de Acuerdo presentado al Concejo de Bogotá, destacaba que “[...] existe una gran evidencia empírica que revela las bondades del teletrabajo no solo en materia de aumentos significativos en productividad, sino también en materia de generación de nuevos servicios y por lo tanto, de empleos [...]”².

A su vez la exposición de motivos del proyecto de ley del congreso ponía de presente, que *“A través de esta alternativa laboral se establecen nuevos mecanismos y más oportunidades para las personas que no cuentan con trabajo, ya que se evitan los costos de desplazamientos de un sitio a otro y contribuye a la igualdad social, pues también permite vincular laboralmente a las personas en situación de discapacidad”*³, concluyéndose que *“[...] el fomento del teletrabajo, como una política pública, reviste gran importancia en materia de productividad por la dinamización de la economía del país y por el impulso que permite al emprendimiento productivo mediante formas asociativas de organización empresarial; contribuye con el avance en materia de innovación tanto desde el punto de*

¹ Pérez García Miguel, Contratación Laboral, Intermediación y Servicios, primera edición, Legis editores SA, 2012, Bogotá, Colombia, página 52.

² Proyecto de Acuerdo 335 de 2006, Concejales Diana Angélica Tovar, María Isabel Nieto y Cristina Plazas M.

³ Proyecto de Ley 170 de 2006, Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos.

vista de la adopción de tecnologías blandas (nuevas formas de organización del trabajo), como de la incorporación de las tecnologías de la información para la prestación de nuevos servicios productivos”.

III. El teletrabajo en Colombia

En Colombia se reguló por primera vez el teletrabajo con la ley 1221 de 2008, y se expidió un decreto reglamentario cuatro años después, el 0884 de 2012, que configuran el marco normativo de esta modalidad de trabajo.

La nueva ley, que se enmarca en el contexto de lo reseñado, conceptualiza el teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC).

1. Naturaleza del teletrabajo

Define el teletrabajo como una forma de trabajar por medio de actividades remuneradas en desarrollo de un vínculo laboral o a través de la modalidad de prestación de servicios, en la que el teletrabajador actúa independientemente y con autonomía, utilizando sus propios medios para atender a varios clientes, siendo común a ambas formas de teletrabajar la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC).

Este elemento distintivo junto con la no presencia física del trabajador en la sede de la empresa cuando media una relación de trabajo, va a ser lo característico del teletrabajador en la nueva ley, no considerándose como tal a la persona que ocasionalmente realice el trabajo en su domicilio o en lugar diferente a la sede del empleador (núm. 4, artículo 6°, ley 1221/2008)

De acuerdo con la ley, al enfocarse el teletrabajo a una forma de organización laboral, este puede tomar dos vías: una a través de una relación laboral remunerada como trabajo dependiente, y otra bajo la modalidad de prestación de servicios, en la que lo característico es producir un resultado final a un tercero frente al cual se actúa con total autonomía e independencia, disponiéndose en el artículo 2do de la ley, al referirse a los cauces que puede tomar el Teletrabajo, que este “[...] es una forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o de prestación de servicios a terceros [...]”.

Aunque la ley hace la distinción en cuanto a los tipos o clases de teletrabajo, llama la atención que exclusivamente regule lo relacionado con el teletrabajo bajo la forma de trabajo dependiente remunerado con vínculo laboral, y deje de lado la modalidad de prestación de servicios que se men-

ciona en el artículo 2° ya citado, para la cual, al no existir desarrollo legal particular, consideramos aplica lo general para la prestación de servicios a terceros, o sea, lo concerniente a una relación comercial.

El legislador prevé que la regulación de esta nueva forma de trabajar dará muy buenas posibilidades de trabajo a la población vulnerable conformada por personas en estado de discapacidad, mujeres cabeza de familia, desplazados, reclusos, personas amenazadas o distanciadas geográficamente en lugares atrasados y con poco recursos, dándole la ley al Ministerio del Trabajo la responsabilidad de formular una política pública que permita la incorporación de esta población al mundo laboral (par. 1, artículo 3ro, ley 1221/2008).

2. La relación laboral del teletrabajo

El decreto reglamentario 0884/2012 expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo del mandato legal, trata de las particularidades que se deben tener en cuenta en la relación laboral teletrabajador empleador dejando de lado, al igual que la ley, el teletrabajo vía prestación de servicios que queda sólo enunciado en la ley.

En cuanto a lo característico y propio de esta nueva modalidad laboral, el decreto confirma lo dispuesto en la ley de que para que se configure, el teletrabajo la actividad debe ejecutarse en un lugar diferente a la sede del empleador y que se utilicen las tecnologías de la información y comunicación TIC, porque de lo contrario no estaríamos frente a la reglamentación especial del teletrabajo sino a la general de cualquier relación empleador trabajador.

Aunque el principio general es que al teletrabajador aplican las normas laborales, sin embargo, dada su peculiaridad, se regulan aspectos particulares que difieren de la normativa general para adecuarse a las particularidades del teletrabajo, como es el caso de las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno, que no aplican a los teletrabajadores, salvo en situaciones especiales.

En efecto, solo se tendrán en cuenta estos aspectos cuando es posible verificar el cumplimiento de una jornada laboral, y por petición del empleador el teletrabajador prolongue el tiempo de dedicación a su trabajo o se le asigne más trabajo del normal. Solo en estas circunstancias se tendría derecho al reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos.

Independientemente de esta situación, el Ministerio del Trabajo debe velar, implementando los métodos que considere adecuados y efectivos, para evitar que los teletrabajadores sean sometidos a excesivas cargas de trabajo (artículo 161 CST, núm. 1, artículo 6° ley 1221/2008).

En el caso de los servidores públicos aplica el mismo principio, ya que si puede verificarse la jornada laboral y el teletrabajador la supera en el desarrollo de su labor, se le deben reconocer horas extras, dominicales y festivos al igual que cualquier otro empleado. (Artículo 10, decreto 0884/2012).

Si de auxilio de transporte se trata, este no aplicará cuando el teletrabajador no requiera de gastos de movilidad, lo que está acorde con la misma naturaleza del teletrabajo, que en principio no exige desplazamiento de un lugar a otro debido a que la labor se desarrolla, como ya dijimos, en su propio domicilio o en un telecentro o local cercano al sitio de residencia. Si hay desplazamiento si aplica el auxilio de transporte (artículo 10, decreto 0884/2012).

De todas maneras, el contrato laboral de los teletrabajadores debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 del CST y las normas sobre seguridad social para los trabajadores particulares, y en el caso de los servidores públicos aplican las obligaciones de las disposiciones vigentes que rigen sus relaciones.

Un principio que impera en esta nueva modalidad de relación laboral es que indistintamente de que esta se tenga por primera vez o parta de quien se venía desempeñando en la forma tradicional, debe hacerse de común acuerdo entre las partes, incorporándose a la nueva relación que surge las peculiaridades y elementos propios del Teletrabajo, que deben anexarse al contrato de trabajo que se firme entre las partes o a la hoja de vida del trabajador (artículo 3, decreto 0884/2012).

Para los teletrabajadores empleados públicos se dispone una medición del desempeño laboral mediante un instrumento que debe elaborar y adoptar la comisión del servicio civil para cumplir con los fines previstos en las disposiciones vigentes (artículo 11, decreto 0884/2012).

3. Igualdad de trato de los trabajadores

A los teletrabajadores no se les debe tratar en forma desigual al resto de trabajadores, lo que significa que deben tener igualdad de trato y los mismos derechos, teniendo en cuenta, claro está, las condiciones particulares que la ley prevé dadas las peculiaridades que por su naturaleza tiene el teletrabajo, lo que conlleva a que a los teletrabajadores se les debe garantizar un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural, disponiendo de un espacio periódico para recuperar fuerzas y reiniciar con renovadas energías el trabajo (núm. 5, artículo 6, ley 1221/2008). Esta igualdad de trato se manifiesta también en aspectos como:

- “El derecho de los teletrabajadores a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades.

- La protección de la discriminación en el empleo.
- La remuneración.
- El acceso a la formación.
- La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo.
- La protección de la maternidad. • Las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.
- El derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador (núm. 6º, art. 6º, L. 1221/2008)“.

La igualdad de trato debe promoverla el empleador entre trabajadores y teletrabajadores independientemente de que se trate de una empresa privada o una entidad pública, no solo en cuanto a remuneración, capacitación y formación sino en todo lo relacionado con el acceso a mejores oportunidades laborales y demás derechos fundamentales del mundo del trabajo (artículo 4º decreto 0884/2012).

4. El salario del teletrabajador

En relación con el salario, se busca que el teletrabajador no resulte vulnerado frente a lo que percibe el resto de trabajadores, por lo que la ley establece dos puntos de referencia que garanticen el principio de “a trabajo igual salario igual” que aplica a las relaciones de trabajo.

El primer referente que se establece es el de que la remuneración del trabajador no puede ser inferior a la que reciba por igual labor y rendimiento, en la respectiva localidad el trabajador de planta, y el segundo prevé, que cuando se contraten solo teletrabajadores, que el salario se establezca tomando como referencia la naturaleza del trabajo y la remuneración que se pague por labores similares en la respectiva localidad (núm. 2, artículo 6, ley 1221/2008).

El teletrabajador tiene derecho a su salario independientemente de que no cuente en un momento dado con los equipos, programas y demás medios para llevar a cabo su labor o no haya recibido oportunamente los paquetes de información o los programas, o no se hallan reparado a tiempo, pese a haberlo advertido, ya que estas son obligaciones del empleador. Al teletrabajador le corresponde velar por el correcto uso y mantenimiento de todos los elementos que se le confían para el eficiente desarrollo de su actividad (núm. 7, artículo 6, ley 1221/2008).

Similar situación se da cuando se presenta un corte en las líneas telefónicas o en el fluido eléctrico en el lugar de trabajo suministrado por el em-

pleador con excepción de la modalidad de trabajo móvil. (núm. 8, artículo 6, ley 1221/2008).

5. Garantías del teletrabajador

Con el fin de explicitar de una manera muy clara las garantías que la ley establece para el teletrabajador, el decreto reglamentario relaciona varias precisiones que deben quedar definidas en el contrato laboral como:

- Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y, si es posible, de espacio.
- Determinar los días y los horarios en los cuales el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal.
- Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de la entrega de los mismos, por parte del teletrabajador, al momento de finalizar la labor encomendada.
- Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador (art. 3º D. 0884/2012).

6. Seguridad social

En lo que respecta a la seguridad social, a los teletrabajadores se les aplica lo previsto en la ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen, sin que se prevea una normativa especial (lit. c, núm. 6, artículo 6, ley 1221/2008, artículo 7, decreto 0884/2012), circunstancia que confirmó la Corte Constitucional aclarando que a esta clase de trabajadores cobija, al igual que el resto, todo lo relacionado con el subsidio familiar, afirmando que ““La protección en materia de seguridad social (sistema general de pensiones, sistema general de seguridad social en salud y riesgos profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales””⁴; dentro de los cuales se incluye el sistema de subsidio familiar, en los términos y condiciones de la normatividad que lo regula para los teletrabajadores.

Los aportes a la seguridad social deberán cancelarse a través de la planilla integrada de liquidación de aportes PILA, al igual que el resto de trabajadores.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 2011, Exp. D-8292, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En lo que a salud ocupacional se refiere, el empleador debe incorporar el puesto de trabajo del teletrabajador a los planes y programas que tenga en esta materia, teniendo en cuenta las particularidades de esta clase de trabajo, contando con una red de atención de urgencias para responder oportuna y eficazmente a cualquier accidente o enfermedad que llegare a presentarse durante el ejercicio de la labor encomendada al teletrabajador (núm. 9, artículo 6, ley 1221/2008).

Dada la singularidad de la labor desempeñada por el teletrabajador, el empleador privado debe incorporar en el reglamento interno de trabajo o mediante resolución; si se trata de una entidad estatal, lo relacionado con las condiciones especiales que se deben tener en cuenta para el teletrabajo, en el marco de las disposiciones vigentes sobre la materia (artículo 8°, decreto 08884/2012).

Por su parte las administradoras de riesgos laborales ARL deben adecuar las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a lo peculiar del teletrabajo en coordinación con el Ministerio de Trabajo, y con el fin de prever una respuesta pronta y adecuada a las eventualidades que se puedan presentar, elaborarán una guía de prevención y actuación en situaciones de riesgo que debe ser suministrada al teletrabajador y al empleador, quienes conocerán y entenderán en su contenido y alcance (artículos 8° y 9°, decreto 0884/2012).

En cuanto a la afiliación al sistema general de riesgos laborales, esta se hará a través del empleador de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1295 de 1994, mediante un formulario que elaborará el Ministerio de Salud y Protección Social, que debe contener las actividades que va a ejecutar el teletrabajador, el lugar en el que las desarrollará, la clase de riesgo que corresponda a las labores a ejecutar y la clase de riesgo de la empresa o centro de trabajo, al igual que el horario asignado. Este formulario servirá de referente para la clasificación del riesgo y definición del origen de las contingencias que se podrían presentarse. Además, este documento diligenciado, junto con la copia del contrato o del acto administrativo, según sea el caso, debe radicarse en la administradora de riesgos laborales que corresponda (art. 9° D. 0884/2012).

7. Elementos de trabajo

El empleador es el responsable de suministrar los equipos, programas y demás elementos que exija la labor a desarrollar por el teletrabajador, además de que él es el responsable de garantizar el mantenimiento de los equipos y elementos del trabajo, al igual que conexiones, costos de ener-

gía, desplazamientos y demás aspectos que exija el desempeño de la labor, correspondiéndole al teletrabajador el adecuado manejo y mantenimiento de los equipos y elementos encomendados respondiendo por su buen estado, salvo el normal deterioro. (Núm. 7° artículo 1221/2008).

En ese orden de ideas se especifica que todo lo relacionado con el uso adecuado de equipos, programas y manejo de la información que conduzca al eficiente desarrollo e implementación del teletrabajo, debe quedar especificado por el empleador del sector privado en el reglamento de trabajo y en el caso de los servidores públicos, las entidades deben adaptar los manuales de funciones y competencias laborales (artículos 5° y 6°, decreto 0884/2012).

8. Modalidades para teletrabajar

En lo relacionado con las formas o modalidades para teletrabajar la ley regula tres, en las que el elemento a tener en cuenta es el lugar en donde el teletrabajador realiza su labor; el teletrabajo autónomo, el suplementario y el móvil.

En el autónomo estamos frente al teletrabajo tradicional, en el que se utiliza para realizar la labor el propio domicilio o un lugar específico como una oficina, un local comercial, un telecentro o un telecottage y las oficinas satélites. Como se puede observar, se trata de un sitio diferente a la sede de quién contrata, incluyéndose en esta categoría a quienes trabajan por fuera de la empresa y solo acuden a ella en algunas ocasiones.

Los suplementarios son aquellos teletrabajadores que combinan su lugar de trabajo entre el domicilio, laborando allí dos o tres días a la semana, y en la oficina el resto del tiempo; el elemento identificador de este tipo de teletrabajo no es claro al tomar como nota distintiva el número de días a la semana que se permanezca en el domicilio o en una oficina, cuando lo determinante es desempeñar la actividad fuera de la sede del contratante, independientemente de que esta sea el domicilio, la oficina, un local comercial o un telecentro, entre otras alternativas, como ya se indicó.

“Aquí, la percepción del legislador se puede entender como la validación de la diversidad de posibilidades que el teletrabajo ofrece en cuanto al lugar en que se puede llevar a cabo, que en realidad puede ser cualquier sitio apropiado, que cuente con la infraestructura tecnológica adecuada, que es en últimas lo importante en este tipo de trabajo”⁵.

⁵ Pérez García Miguel, Contratación Laboral, Intermediación y Servicios, primera edición, Legis editores SA, 2012, Bogotá Colombia, página 58.

El móvil se refiere a un teletrabajador itinerante cuya labor se caracteriza por el permanente desplazamiento geográfico, “como suele suceder con actividades de promoción comercial en determinadas circunstancias, en las cuales se requiere una continua movilidad para atender requerimientos de clientes dispersos en diferentes lugares o, también, el caso de oficios que por su propia naturaleza exigen ese “rotar” permanente, como las actividades de asesoría y control en sectores como el agropecuario y el ganadero, entre otras”⁶.

9. Política pública de fomento del teletrabajo

Para hacer realidad el teletrabajo y cumplir con los objetivos propuestos, el gobierno debe implementar una política de fomento de esta nueva organización laboral que promueva el uso, apropiación y masificación de las tecnologías de la información y las comunicaciones mediante una adecuada promoción, difusión y fomento del Teletrabajo.

Esta política debe tener en cuenta unos componentes mínimos en infraestructura de telecomunicaciones, acceso a equipos de computación, incentivos, capacitación, divulgación y mercadeo, aplicaciones y contenidos, y una evaluación permanente que facilite formular correctivos oportunamente.

Parte de esa política pública está configurada por la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo, a través de la cual se deberán adelantar estrategias de capacitación y formación de teletrabajadores y de aclaración de aspectos tecnológicos, organizativos y legales, al igual que promover el acceso a esta nueva modalidad a la población vulnerable, para lo cual esta red se integra por:

- Entidades públicas del orden nacional, que hacen parte de la agenda de conectividad.
- Empresas privadas de cualquier orden, representadas por los gremios que designe el Gobierno nacional.
- Operadores de telefonía pública básica conmutada nacional.
- Cafés Internet.
- Organismos y/o asociaciones profesionales. (artículo 4º, ley 1221/2008).

Para lograr el objetivo, el responsable de formular la Política Pública de Fomento al Teletrabajo, previo estudio del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y poner en funcionamiento y coordinar

⁶ Idem

la Red Nacional, es el Ministerio de Trabajo, que cuenta para ello con el acompañamiento del Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones MINTIC, el de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el SENA y la DIAN, además de las personas y entidades del sector privado ya reseñadas.

El reto es grande, y los pasos que se han venido dando auguran un promisorio futuro de la figura, y el Gobierno, con la puesta en funcionamiento en marzo de 2013 de la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo, da muestras de su compromiso e interés en una herramienta que facilitará el acceso al empleo a muchas personas que de otra forma les sería muy difícil, como es el caso de la población vulnerable por diferentes circunstancias de desplazamiento, lejanía de centros urbanos y discapacidad, entre otros factores.

La Reforma Laboral en España

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea¹

Con sumo gusto me uno al merecido homenaje de nuestro querido Rafael Forero Fernández, que ha tenido la suerte de llegar a los 90 años con una historia familiar y profesional del más alto nivel.

Hace muchos años que conocí a Rafael y siempre me llamó la atención de él la gran bonhomía y sus finas observaciones sobre los problemas laborales. Tuvimos ocasión el Prof. De la Villa y yo mismo, al asistir en Colombia al Congreso ABYLIMPIC en 1985, bajo la presidencia de Belisario Betancur y tuvimos por parte de la Familia Forero una magnífica acogida en su casa, donde tuvimos ocasión de volver a charlar con muchos y muy buenos legalistas colombianos.

En España hemos tenido recientemente una Reforma Laboral de gran calado que se ha plasmado en la Ley 3/2012. Se puede decir que hay un antes y después de esta Ley en el sistema normativo laboral español y creo que en estos tiempos de profunda crisis que estamos viviendo, tiene elementos de interés en la medida en que combina lo social y lo económico de modo razonable, ya que los objetivos principales de la reforma son la creación de empleo y la no destrucción del mismo a través de mecanismos preventivos. En el tiempo que llevamos de vigencia de la ley se está logrando más lo segundo que lo primero, pero confiemos en que a no tardar, veamos un crecimiento del empleo.

I. Consideraciones generales

En esta breve crónica vamos a referirnos tan solo, por su trascendencia, a la Reforma Laboral aprobada por el Real Decreto Ley 3/2012 y que incide en un escenario pavoroso. Lo avalan los datos siguientes sobre las

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo, Vicepresidente del Foro de la Sociedad Civil Académico de Número de la Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

condiciones estructurales de nuestra economía y la situación del empleo. El diagnóstico es de alta gravedad.

La situación actual del Mercado de Trabajo (EPA – 4º trimestre de 2011) es la siguiente:

- Población > 16 años : 38.508.200
 - Activos: 23.081.200
 - Ocupados : 17.807.500
 - Parados: 5.273.600
 - Inactivos: 15.427.000
- Tasa de actividad : 59,94%
- Tasa de empleo : 46,2%
- Tasa de paro: 22,85%.

A febrero de 2012, la situación ha empeorado notablemente. En concreto y según AGETT:

- Los parados de larga duración se han incrementado en más de un 570% desde que comenzó la crisis y ya representan a la mayoría de los parados en España.
- La tasa de paro entre los jóvenes se ha multiplicado por tres desde el inicio de la crisis, pasando del 18% en el tercer trimestre 2007 al 48,6% en el cuarto trimestre de 2011.
- Los extranjeros en situación de desempleo se han triplicado desde que comenzó la crisis y ya representan uno de cada cuatro parados en España.
- El colectivo de mayores de 45 años, se ha incrementado en más de un millón de personas desde que comenzó la crisis.

Y además, las perspectivas económicas mundiales son las siguientes:

- Bajo crecimiento económico y ralentización de todos los mercados, incluidos los emergentes.
- Persistencia de la crisis financiera mundial asociada a una fuerte crisis de la deuda pública en Europa.
- Fuerte deterioro del contexto internacional con revisiones a la baja en las cifras de crecimiento de todos los países.
- Implantación de duros planes de ajuste que dificultan la recuperación.

Por otra parte y a nivel estructural tenemos las siguientes variables:

Índice de competitividad

PAÍS	PUESTO 2011-2012	PUESTO 2010-2011	TENDENCIA	CAMBIO 2010/2011
SUIZA	1	1		0
SINGAPUR	2	3		1
SUECIA	3	2		-1
FINLANDIA	4	7		3
ESTADOS UNIDOS	5	4		-1
ALEMANIA	6	5		-1
PAISEA BAJOS	7	8		1
DINAMARCA	8	9		1
JAPÓN	9	6		-3
REINO UNIDO	10	12		2
ESPAÑA	36	42		6

Fuente: World Economic Forum

PAÍS	PUESTO 2012	PUESTO 2011
SINGAPUR	1	1
HONG KONG	2	2
NUEVA ZELANDA	3	3
ESTADOS UNIDOS	4	4
DINAMARCA	5	5
NORUEGA	6	7
REINO UNIDO	7	6
COREA DEL SUR	8	15
ISLANDIA	9	13
IRLANDA	10	8
ESPAÑA	44	45

Fuente: Banco Mundial y Corporación Financiera Internacional

Flexibilidad en las relaciones laborales

-Facilidad para emplear-

INDICADOR -Índice 0-100-	PROMEDIO OCDE	ESPAÑA
DIFICULTAD DE CONTRATAR	26,5	78
RIGIDEZ HORARIO	30,1	40
DIFICULTAD DESPIDO	22,6	30
RIGIDEZ EMPLEO (promedio 3 anteriores)	26,4	49
COSTE DESPIDO (semanas de salario)	26,6	56

Fuente: Banco Mundial y Corporación Financiera Internacional

A la hora de analizar el papel que ha tenido nuestro sistema de Relaciones Laborales en la enorme crisis que padecemos, hay que concluir que ha sido muy importante, aunque no exclusivo. Los problemas del mundo financiero y los de la economía en general con un modelo productivo inadecuado, han sido, sin duda, más culpables que la ley laboral (y su aplicación por Sindicatos y Empresarios). Pero aquí solo nos ocuparemos del sistema normativo laboral. En nuestra opinión pueden destacarse tres claves de la ineficiencia de nuestro modelo de Relaciones laborales:

1ª. La protección del puesto de trabajo más que del trabajador

Como luego decimos, la legislación se ha dirigido más a proteger el puesto de trabajo es decir, que no **haya cambios** en las condiciones contractuales y a que **no se pierda** el puesto (rigidez económica y procedimental en la extinción del contrato). Y en consecuencia ha existido poca preocupación por la formación, por la empleabilidad de los trabajadores, de modo que cuando perdían su puesto de trabajo era muy difícil trasvasarlos a otro. No ha existido movilidad profesional. Y en cuanto al despido, apretados por la necesidad, los empresarios han optado por él, aunque fuera caro, más que por la modificación de condiciones que probablemente hubieran evitado la extinción.

2ª. *La rigidez e inadecuación de los convenios colectivos respecto a la empresa concreta.*

Debido a la eficacia general de los convenios era imposible (hasta 1994) y muy difícil, después, **excluirse** de sus mandatos que, sobre todo en los convenios sectoriales y provinciales, contenían reglas que obedecían a criterios generales y no particularizados de las empresas. Ello acababa asfixiándolas. Se trataba de un modelo "esfinge" inmune a lo que pasara a su alrededor, que a la postre se convertía en corsé de hierro.

3ª. *La falta de una atención especializada a las PYMES.*

Las Pymes constituyen más del 90% de nuestro tejido empresarial y tienen unos modos de funcionar en los aspectos laborales muy distintos de las grandes empresas. A pesar de ello, nuestra legislación ha tratado (salvo pequeños detalles) de modo igual a unas y a otras. Ello ha producido unas enormes disfunciones que se han traducido en términos de desempleo. A nivel comparado países de nuestro entorno como Alemania e Italia por ejemplo tienen para las pequeñas empresas un trato muy distinto de las de mayor tamaño, con resultados positivos.

Pues bien, estas tres grandes ineficiencias, comprobables y comprobadas, requerían una operación de urgencia para detener la sangría del paro o al menos intentarlo. Hubiera sido muy deseable que se hubiera logrado por consenso y antes, pero después de casi cuatro años de marear la perdiz no se consiguió. Y lo dramático de la situación más la presión de la UE exigían actuar pronto y en profundidad.

Como era de esperar, la Reforma ha levantado una enorme polémica llena de inexactitudes y ligerezas. Ello no obsta al respecto de las impresiones y vivencias de los trabajadores, que indudablemente a **nivel personal** y a **corto plazo** van recortados los derechos de los que veían disfrutando. Incluso a nivel académico se han hecho enjuiciamientos simples y muy ideologizados. El enemigo a batir es la Reforma porque, según se dice, supone el desmantelamiento del Derecho del Trabajo creado, con sangre, sudor y lágrimas, a lo largo del siglo XX. Y es así, se sigue diciendo, porque consagra el poder unilateral del empresario en el mundo de la empresa ("barra libre"), aboliendo la participación de los trabajadores que quedan reducidos a meros "*homo economicus*". Fuerza pura y dura del trabajo, con unos derechos inciertos y vulnerables. Incluso una Asociación izquierdista de Jueces afirma en un manifiesto, que ante el brutal atropello que supone la Reforma de todas las instituciones laborales, se converti-

rán –ellos- en garantes de los derechos fundamentales de los trabajadores. No de los empresarios y trabajadores –como parece obligado en un juicio en el que hay dos partes defensoras de sus derechos- **sino solamente de una de ellas**: los trabajadores. Ello cual no deja de resultar asombroso porque se trata de una norma que emana de las Cortes Generales (cuando el RDL se convierta en Ley), es decir de la voluntad popular y porque hay un delito en el Código Penal que se denomina prevaricación.

Pero ¿es verdad todo éso?. Podemos afirmar con independencia de criterio que no lo es. La Reforma Laboral es un cambio muy profundo de nuestro sistema de relaciones laborales pero en absoluto es un terremoto que acabe con sus cimientos. Para razonar tal afirmación parece necesario hacer algunas reflexiones sobre lo que fue, lo que es y lo que debe ser el Derecho del Trabajo en una sociedad evolucionada (y convulsa) como la que vivimos.

El Derecho del Trabajo nace en los finales del XIX y a lo largo del siglo XX como un dique contención del poder del empresario en la empresa. Al principio las normas se dirigen a la protección **física** del trabajador (legislación sobre mujeres y niños, seguridad e higiene, etc.) para pasar luego a la protección **económica** o de un status razonable del trabajador en su prestación laboral (salario, jornada, protección contra el despido, seguridad social, etc.) para finalmente, a partir de 1970, transitar hacia la protección cívica del que trabaja (promoción profesional, participación en las decisiones económicas a nivel macro y micro, consolidación de los sindicatos y especialmente la protección –legal y jurisprudencial- de los derechos fundamentales: libertad de expresión y reunión, intimidad, dignidad, igualdad y no discriminación, etc.). Son los derechos del ciudadano, ejercidos como **trabajador-ciudadano**. La Constitución entra en las fábricas.

Pero además de dicho tránsito en el papel protector del ordenamiento laboral, se produce otro de no menor interés. **El de la protección de la prestación laboral**. En un primer momento todos los esfuerzos del legislativo como hemos dicho, van dirigidos a proteger el **puesto de trabajo, en una empresa concreta y de una población determinada**. Como pronto se vio que eso era algo “antinatural”, como poner puertas al campo, se pasó a asegurar que si se perdía el puesto concreto de trabajo, se conservaría un puesto, aunque distinto (movilidad funcional), en la **misma empresa** y en la **misma población**, Y de ahí se pasó, por las presiones de la competitividad, a garantizar tan sólo, **trabajo**, aunque fuera en distinto puesto, distinta empresa o incluso distinta población (movilidad geográfica). Evidentemente que eso suponía para el trabajador un sacrificio pero tenía la compensación de tener un trabajo dignificado por los

estándares que marca la Ley y el convenio. Y es que la evolución del entorno económico, tecnológico y productivo y sobre todo las exigencias de la competitividad del mundo empresarial exigió un cambio profundo de la configuración de las relaciones de trabajo, en el sentido de hacerlas mucho más flexibles. No **desreguladas** sino más permeables a las exigencias de la competitividad so pena de morir ante la competencia no nacional, sino global. Es lo que se ha denominado “**flexiseguridad**”: combinación protectora de los derechos del empresario y los de los trabajadores. Y así se ha podido decir, por el Prof. Borrajo, que hemos pasado –y no había más remedio que pasar- de la **protección unidireccional** del Derecho del Trabajo a la persona del trabajador, a una **protección institucional** de la empresa (que no del empresario). De modo que lo que es bueno para la empresa lo es también para el empresario y para el trabajador.

Todas estas reflexiones creemos que son esenciales para entender la Reforma Laboral (la nuestra y la de los demás países de la UE). Es imposible entender el presente sin considerar el pasado. Y nuestro pasado normativo laboral contiene un tremendo desfase con el resto de Europa. Mientras esta salía de una Guerra atroz con el triunfo de los valores democráticos y de las libertades públicas laborales (huelga, sindicación y negociación colectiva) nosotros entrábamos en una concepción corporativista de las relaciones de trabajo introduciendo esas libertades públicas, no en la Constitución o leyes fundamentales, sino en el Código Penal. Y a cambio de ello el Régimen, el Estado, se convirtió en el protector de los derechos de los trabajadores a través de numerosas leyes y fundamentalmente de la de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944 completada por las Reglamentaciones, que emanaban del Ministerio de Trabajo. Esta Ley supuso la consagración de la rigidez en las relaciones laborales, a través de la inmovilidad funcional, la intervención administrativa global, un coste del despido disuasorio (60 días por año hasta 5 años, frente a 15 días por año y 6 meses máximo que consagraba la Ley republicana de 1931), etc. etc. Y esa Ley duró hasta 1980 (¡¡36 años!!) en el que se promulga el Estatuto de los Trabajadores, que no produjo ningún **cambio radical** respecto a la Ley del 44 en lo que se refiere al contrato de trabajo. Dejó la semilla de desarrollo. pero el posibilismo (¡años difíciles!) impidió que diera su fruto en el propio Estatuto. Sí se produjo el cambio radical en las libertades públicas laborales (sindicación, huelga y negociación colectiva) que pasaron, de ser **delito** a ser **derecho fundamental**. Pero en lo que era el contrato y sus variables no sufrió cambios sustanciales, por lo que hasta, prácticamente el 2012, con la reforma indiciaria de lo que se necesitaba en 1994, no se ha producido una reforma real de nuestra normativa laboral: ¡32 años! que, sumados a los 36 anteriores, son ¡64!

II. La flexibilidad interna

¿Y cuales son los hitos fundamentales de esta Reforma?. A nuestro juicio los que se refieren a la **modificación de las condiciones de trabajo** y a la **negociación colectiva**. Tiene también otros contenidos significativos, pero esos dos son los más importantes. Comenzando por la negociación colectiva de nuevo hay que traer a colación nuestra historia pasada. Como es sabido los convenios colectivos los reguló en España (dejando aparte la corta etapa republicana) la ley de 24 de abril de 1958. Eran convenios colectivos anómalos, trufados, ya que no existían Sindicatos. Pero en aquel momento supuso una leve apertura y un proceso de entrenamiento para el futuro ya que en 1960 Comisiones Obreras, aunque en la clandestinidad, tenía una clara presencia, a través de sus militantes, en la pseudonegociación colectiva. Negociación que convivía con las Reglamentaciones de Trabajo que emanaban del Estado. Cuando en 1978 se consagra en la Constitución el derecho de negociación colectiva coincide con una muy precaria situación de las Organizaciones

Empresariales (CEOE) de las Sindicales (CC OO, UGT, USO y ELA-STV, fundamentalmente). Por eso cuando en 1979 estábamos en la elaboración técnica del Estatuto de los Trabajadores y se concretó en su título III la regulación de los convenios, lo primero que me preguntaron (a J.A. Sagardoy) los entonces Ministros de UCD, Abril Martorell y Calvo Ortega, es cómo estaba regulado en Europa la eficacia de los convenios y su ultratractividad. Yo expuse lo que correspondía a la realidad: los convenios colectivos solo obligaban a los afiliados a cada una de las partes firmantes y terminada la vigencia del convenio no se prorrogaban "sine die" sus mandatos. Eso, en términos generales era así y así sigue siendo en la mayoría de los países de la UE.

Citando algún país y respecto a la ultratractividad, señalar con brevedad que en Alemania se distingue entre **cláusulas normativas y cláusulas obligacionales, con el mismo efecto de ultratractividad** que existía en nuestra regulación. No obstante, la pervivencia de las cláusulas normativas es más leve que en nuestro ordenamiento anterior, dado que pueden ser sustituidas por un contrato individual, siempre que respete los derechos adquiridos.

En Francia los convenios colectivos pueden ser de duración determinada o indeterminada. Los convenios de duración indeterminada pueden ser denunciados por cualquiera de las partes que lo suscriben, **teniendo la obligación, no obstante, de acatar su cumplimiento hasta que se renueva por otro y, en todo caso, durante un período de un año desde su denuncia.**

En Italia se distinguen cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios. El sistema no reconoce la *ultractividad* de los convenios (excepto la de los convenios que perviven del régimen anterior a la Constitución de 1948 (convenios corporativos). Sin embargo, es frecuente que los convenios incorporen, a pesar de no existir obligación legal, una cláusula en este sentido.

En cuanto a la eficacia de los convenios, se puede decir que en general en Europa la misma no es **general** sino **limitada**, a los firmantes, con posibles adhesiones posteriores.

Pero aun reconociendo que ese era el panorama europeo, quiso el Gobierno por razones políticas sensatas y oportunas, dotar a las organizaciones empresariales y sindicales de un **plus legal** que les fortaleciera en aquellos momentos de inicio del Régimen democrático en España. Por eso se dispuso –con plena conciencia de que era anómalo respecto a los países de la Unión Europea (CEE)- que cuando un convenio lo firmaran los sindicatos y patronales más representativos, ese convenio tendría eficacia **general**, además de normativa. Es decir, obligaría a todos, como si fuera una Ley. Y es que se fue no al modelo contractual sino al **normativo**, siguiendo la famosa opinión de Carnelutti de que el convenio colectivo “Es un híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato”. Es una ley que se dan las partes y que nace de su voluntad en lugar de hacerlo en el Parlamento. Y en cuanto a **la ultractividad** se instauró la misma con carácter indefinido. Y, así se han dado casos de convenios con ¡trece años de prórroga!. Pero insistimos en que lo que se hizo en 1980 fue algo **inusual** en la Europa de entonces (y de ahora).

Las previsiones del Gobierno tuvieron un fruto realmente abundante. Los sindicatos (especialmente CC OO y UGT, puesto que USO nunca llegó al 10% de miembros de los comités a nivel nacional) y la Patronal (con el monopolio de CEOE) se robustecieron de modo impresionante y se convirtieron en protagonistas casi únicos del mundo del trabajo por cuenta ajena desde el punto de vista institucional. Y además, como era previsible, cobraron especial importancia los convenios supra- empresariales. Se fue a un modelo de Sindicalismo y Patronal **vertical-descendiente**: de arriba abajo.

Los resultados han sido agridulces. Por un lado, la poderosa intervención de Sindicatos y patronal en al regulación de las condiciones de trabajo han supuesto una institucionalización del conflicto capital-trabajo, con la consiguiente paz social. Y además, han estructurado el mercado del trabajo, (cara a competencias desleales) y las relaciones laborales han mejorado el status socio-laboral de los trabajadores, de un modo induda-

ble. Pero, a la vez, han burocratizado excesivamente a las Organizaciones socio-laborales, y sobre todo los convenios han sido muy rígidos, sin fácil (hasta 1994 imposible) desvinculación ni posibilidad de hacer a nivel de empresa convenios frente al supraempresarial (prohibición de concurrencia). Han sido, al final, un **corsé de hierro**. Y muchas empresas que no podían cumplir un convenio que afectaba a miles de ellas, no han tenido más opción que despedir a trabajadores de su plantilla o, en el peor de los casos, cerrar. Eso es así, guste o no guste reconocerlo. Y la ultratractividad de los convenios es un golpe mortal al afán negociador y afianza la cristalización **intemporal** de condiciones de trabajo. ¿Y qué ha hecho la Reforma? Creo que es incontestable que no sólo no nos ha alejado de Europa, como dicen muchos críticos sino que nos ha acercado a ella desde que nos apartásemos en 1980 del modelo europeo imperante por razones de oportunidad, como queda dicho. Es decir hemos actuado con 32 años de retraso y tanto en la eficacia general como en la **ultratractividad**.

Prioridad del convenio colectivo de empresa

En el ámbito de la Negociación Colectiva es, sin duda, en el que la Reforma Laboral ha incidido de manera más importante.

Había que acercar esa negociación a las circunstancias y características de cada empresa en particular, teniendo como puntos de orientación al respecto los referidos a la productividad y competitividad que se revelan imprescindibles en un momento de crisis económica como el que se está atravesando a nivel global y de modo más acusado y grave dentro de nuestro mercado nacional.

Llama enormemente la atención el que, ahora, se viertan críticas indiscriminadas contra la reforma instaurada por el Real Decreto Ley 3/2012 cuando bastantes de las regulaciones que recoge aparecen, cuando menos, ya insinuadas en el anterior Real Decreto Ley 7/2011 y en el Acuerdo alcanzado en materia laboral el pasado día 12 de enero de este mismo año 2012.

Pero entrando en el contenido de la vigente Reforma Laboral que nos ocupa, la aprobada por el Real Decreto Ley 3/2012, y examinando la regulación que contiene en relación con la Negociación Colectiva hay que afirmar con absoluta rotundidad que apuesta decididamente por la negociación a nivel de empresa. En tal sentido, la preferencia que la Reforma otorga al Convenio de Empresa, incluso de Centro de trabajo, se pone de relieve en la prioridad aplicativa que el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores le otorga con la generalización que comporta la agregada

letra g) en cuanto dispone **“aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”**.

El acercamiento de la regulación de las condiciones de trabajo a las propias características y exigencias de cada empresa es algo que, a esta altura del tiempo, se revela imprescindible en cualquier situación y circunstancia pero mucho más cuando se está pasando por una crisis económica y financiera del calibre de la actualmente existente a nivel global que adquiere en España síntomas realmente alarmantes.

Descuelgue del convenio colectivo aplicable de ámbito superior a la empresa

La Reforma Laboral establecida en el Real Decreto Ley 3/2012 ha supuesto una importante y sustancial modificación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Hasta ahora las empresas se hallaban vinculadas al Convenio Colectivo de ámbito superior, fuese este sectorial, provincial, autonómico o estatal, y sólo en función de la concurrencia de circunstancias de **disminución persistente de su nivel de ingresos o que su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente afectando a las posibilidades del mantenimiento del empleo podían descolgarse del sistema salarial previsto en aquel Convenio**.

La situación experimenta una radical transformación con el nuevo Real Decreto Ley 3/2012. A partir de su vigencia esa única causa de descuelgue **se amplía** en estos términos:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.
- g) Mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social.

Como, sin dificultad se advierte, la posibilidad empresarial de separación de la regulación del Convenio correspondiente de ámbito superior abarca, ahora, las más importantes materias integrantes de la relación laboral. Y su reglamentación particularizada en función de la circunstancias y características de cada empresa en particular se erige en principio regulador de aplicabilidad en función de la concurrencia de determinadas causas y mediante el cumplimiento de ciertas formalidades.

Evidentemente el descuelgue del Convenio Colectivo que debiera resultar aplicable no se configura en la Reforma como algo puramente potestativo y dependiente, en exclusiva, de la voluntad de la empresa que se separa de la regulación general sino que requiere la concurrencia de **causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**, igual que sucede con el Despido Colectivo (Art. 51) y cabe resaltar, en orden a la concurrencia de causas técnicas, que las mismas aparecen definidas en la Reforma con una mayor precisión y, tal vez, con un cierto exceso o generalización conceptual. Y así, se dice que concurrirán tales causas **cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en caso tales, como la existencia de pérdidas actuales o previstas** o la disminución persistente de su nivel de **ingresos** (esto ya estaba previsto para el descuelgue meramente salarial) **o ventas** (este concepto se introduce). Y se añade, ahora, **en todo caso se entenderá que la disminución es persistente si se produce tres trimestres consecutivos**. Y además se exige un proceso negociador que puede terminar en arbitraje vinculante.

Ultractividad del convenio colectivo denunciado

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, y conforme a su artículo 2. 2. se produjo una importante modificación en orden a la vigencia del Convenio Colectivo denunciado que se viene a recoger en el nuevo Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y que responde a estos nuevos principios:

Para empezar la vigencia del Convenio Colectivo denunciado queda a **lo que las partes hubieran establecido en el propio Convenio que termina su vigencia, con un máximo de dos años**.

Hay quien piensa que es mucho tiempo y otros que poco. Pienso que más que el tiempo, que debería ser un año, lo importante es que si no hay nuevo convenio no quede el trabajador a la intemperie del Estatuto, sino que, como ocurre en otros países de la UE, el salario y la jornada, al menos, **se contractualicen**. Es decir, que sigan vigentes, como condiciones personales, para los trabajadores que estaban regulados por el convenio fenecido.

Modificación de condiciones de trabajo

Tiene gran relevancia la posibilidad amplia que ahora ofrece la ley, de **modificar las condiciones de trabajo**. Este es un tema crucial. Todos los expertos decíamos, con razón, que uno de los grandes fallos de nuestro sistema de relaciones laborales, radica en que la eficiencia de las empresas en cuanto a los recursos humanos se enfocaba al despido

(solución traumática) más que a la modificación de condiciones: salarios, jornada, horario, movilidad funcional, movilidad geográfica, suspensión del contrato **(solución preventiva)**. Es, por ejemplo, lo que ha hecho Alemania, con unos resultados muy loables respecto al empleo. Alemania con la reducción de jornada, suspensión de contratos y modificación de condiciones ha salvado cientos de miles de puestos de trabajo.

Para empezar, resulta de importancia resaltar la modificación operada en el artículo 22. 1 del Estatuto de los Trabajadores, al cambiar las ya clásicas **categorías profesionales por los Grupos Profesionales**, que vienen a constituir un concepto más amplio que posibilita la movilidad funcional.

De interés resulta, asimismo, mencionar la modificación operada en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores referido a la jornada, respecto de la que se establece la posibilidad de distribución irregular por parte del empresario hasta un 5% o en el porcentaje que se pacte en Convenio Colectivo de la jornada anual establecida, lo que viene a comportar una medida flexibilizadora que, tal vez, se haya quedado corta en su porcentaje legal.

Por lo que hace a la MOVILIDAD FUNCIONAL –artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores– se trata de conseguir con ella un mecanismo de adaptación viable, eficaz y más seguro. Para su puesta en práctica se hace referencia ya al Grupo Profesional en relación con el ejercicio de funciones, superiores e inferiores, no correspondientes al mismo. Se sigue haciendo referencia a la tenencia de las titulaciones académicas o profesionales que habrán de estar **de acuerdo** con las funciones nuevamente asignadas y para la realización de funciones superiores o inferiores al Grupo Profesional se requerirá la concurrencia de **razones técnicas u organizativas**. En todo caso la decisión empresarial de movilidad funcional deberá ser comunicada a los representantes de los trabajadores. Es importante destacar que **se suprime la exigencia de perentoriedad o imprevisibilidad** para la realización de funciones de índole inferior y se hace ya expresa mención de la jurisdicción social como la competente para conocer de las reclamaciones en la materia.

Por lo demás, en esta materia de movilidad funcional se mantiene la regulación anterior, si bien ahora figura en el artículo 39 un nuevo apartado 4) de este tenor literal: El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones substanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.

Movilidad geográfica

Se podría decir que, en términos generales, se mantiene la regulación anterior, si bien se implanta un modelo más unilateral no siempre precisado de la negociación.

Resulta de interés destacar que ahora la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se relaciona con **la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo así como las referidas a la actividad empresarial**. Y sobre todo se elimina la posibilidad de que la Autoridad laboral paralice el traslado por seis meses.

Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores que viene reconociendo la posibilidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo experimenta en la nueva Reforma Laboral interesantes alteraciones que es conveniente resaltar.

En primer término y al igual que ocurre con la movilidad geográfica se precisa para la viabilidad de tal modificación la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se consideran tales las que se hallen relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Es también de reseñar como al catálogo de condiciones de índole sustancial en el marco de la relación de trabajo se añade ahora **la cuantía salarial**, lo cual es muy trascendente. Muchas empresas no han despedido por llegar a acuerdos de reducción del salario.

La decisión de la modificación de índole colectiva será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo y surtirá efecto en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Ese período de consultas se llevará a efecto con los representantes legales de los trabajadores y, a falta de estos, por quienes les deban sustituir y durante un plazo de **quince días**. Dichas consultas se podrá sustituir por mediación o arbitraje.

Para la modificación de condiciones sustanciales establecidas en los convenios colectivos estatutarios se dice ahora que **deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3) del Estatuto de los Trabajadores, lo que presupone la necesidad de acuerdo**.

Igual que ocurre con la movilidad geográfica si el trabajador o el colectivo de los que resulten afectados por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo no llegara a estar de acuerdo con la misma, si es que no ejercita en los casos previstos la rescisión de su contrato de trabajo,

podrá actuar la vía jurisdiccional ante los Tribunales del Orden Social bien con carácter individual o mediante conflicto colectivo cuya promoción tendrá la virtualidad de paralizar el proceso individual.

Suspensión del contrato o reducción de jornada

Esta modificación de las condiciones de trabajo que ya aparece en las reformas operadas en el año 2011 experimenta, ahora, en el Real decreto Ley 3/2012 una acabada regulación que conlleva evidentes avances en orden a la promoción de una medida que pretende eludir los más graves efectos de una extinción contractual provocada por una situación de crisis empresarial.

Como es obvio, la viabilidad de la misma aparece sometida a la **concu- rrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción** y el procedimiento a seguir se establece, como ya estaba previsto, con independencia del número de trabajadores de la empresa y de los que resulten afectados por la medida.

Se elimina, también para este tipo de modificación como ocurre con el despido colectivo, la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo **la necesidad de la autorización administrativa** y se traslada a las partes la decisión a adoptar. Pero, naturalmente, no se margina en términos absolutos a la autoridad laboral, por cuanto al inicio del procedimiento, que puede iniciar el empresario, deberá darse comunicación del mismo a dicha autoridad iniciándose simultáneamente un período de consultas con los representantes de los trabajadores por un período de quince días, la mitad del previsto para el Despido Colectivo.

Contra las decisiones suspensivas contractuales derivada de la falta de acuerdo podrá reclamar el trabajador afectado ante la jurisdicción social.

Por las mismas causas e idéntico procedimiento podrá reducirse la jornada de trabajo entre un 10% y un 70%, sin que durante tal reducción puedan realizarse horas extraordinarias salvo las determinadas por fuerza mayor.

III. La flexibilidad externa

Otro punto importante de la Reforma, es el referente a la extinción del contrato de trabajo. Como es sabido el despido puede fundamentarse en motivos objetivos o disciplinarios. El primero se concreta en causas económicas, tecnológicas, productivas u organizativas. Y si se prueba su existencia la indemnización es de 20 días por años hasta un año de salarios. El segundo se basa en incumplimientos graves y culpables del trabajador y si el empresario logra probarlos la indemnización es cero. Y si no, su op-

ción estaba en readmitir al trabajador o abonarle 45 días de indemnización hasta un máximo de 42 mensualidades.

La indemnización de 20 días por año es homologable a la UE, la segunda de 45, no. Y ahora el importe es de 33 con un máximo de 24 mensualidades.

Nuestras indemnizaciones aún con la de 33 días, sigue siendo inusual en la UE, por su cuantía. Si proyectamos un despido improcedente de un trabajador de 40 años de edad, con 10 años de antigüedad y un salario bruto anual de 35.000 Euros el resultado con la anterior normativa (45 días) es el siguiente:

PAIS	INDEMNIZACIÓN	DURACIÓN PROCEDIMIENTO
España *	43.150,60 EUR	3-6 meses
Bélgica	26.250 EUR	1 año
Portugal	25.000 EUR	3-5 años
Italia	17.500 - 58.333 EUR	1 año
Francia	17.500 - 43.750 EUR	10-18 meses
Suiza	17.500 EUR	6-12 meses
Países Bajos	14.583 - 15.312 EUR	6-12 meses
Alemania	14.500 - 29.000 EUR	6-9 meses
Austria	11.666,66 EUR	6 meses-2 (o más) años
Dinamarca	11.666 EUR	18 meses
República Checa	8.750 EUR	Puede durar 3 o más años
Grecia	7.500 - 15.000 EUR	6-12 meses
Reino Unido	Compensación por lucro cesante. Máximo: £66,200. Se analiza el tiempo que ha llevado o puede llevar conseguir otro trabajo.	6 meses

(*) A razón de 45 días de salario por año de servicio.

Y ¿que es lo que ha pasado? Pues una perversión del sistema llevó a que los despidos de 20 días se deslizaran en muchísimos casos a los 45. La razón estaba en que las causas (económicas, productivas, etc.) eran **genéricas** y los jueces que están para **fallar sobre hechos**, no para emitir dictámenes, tenían enormes dificultades de fallar de modo firme, con lo que a la postre el empresario desconfiaba del sistema y acababa en el **despido express: caro** (45 días por año) **pero seguro**.

En cuanto al despido colectivo mayor –que afectaba al 10% ó más de la plantilla- la ley **exigía la autorización administrativa**. Tal exigencia, desde el punto de vista conceptual puede defenderse, pero la experiencia ha demostrado que tal exigencia encarecía enormemente los despidos. Había que negociar porque en muchos casos, la mayoría, **si no había acuerdo no**

había autorización. Y así no sólo se llegaba a los 45 días por año sino que los 50 ó 60 (y más) días por año no eran “rara avis”. Ahora la autorización administrativa **desaparece.**

Bien es cierto que la Administración ha hecho a lo largo de los años una labor encomiable en pro de la paz social, del consenso y de las soluciones no traumáticas. Y ello ha de reconocerse, por ser de justicia. Pero lo cierto es, que sobre todo en empresas medianas y grandes, el coste de los EREs era una gran incógnita. Y muchos inversores internacionales decían, al explicarles nuestro sistema: Mire Vd., yo sé lo que **me cuesta entrar** y quiero saber lo **que me cuesta salir.** Y éso no tenía, en la práctica, una respuesta segura.

Ahora la indemnización es la misma que antes –20 días por año, hasta doce mensualidades- y lo que se ha hecho **es fijar las causas** económicas en la pérdida de ingresos o ventas **durante tres trimestres consecutivos.** Redacción por cierto, mejorable por su excesiva inconcreción.

Visto todo lo anterior y reiterando lo que hemos dicho mil veces: que una reforma laboral no debe pivotar sobre el coste del despido, hay que afirmar por pura objetividad que la Reforma no ha producido un terremoto social en el coste del despido, ni mucho menos. Ha rebajado, como se viene haciendo desde 1980 la cuantía indemnizatoria, pero no más. De cualquier forma siempre nos ha llamado la atención que el empresario español, **que es el que da empleo,** dice y sigue diciendo en porcentajes superiores al 70% que uno de los mayores obstáculos para emplear es **el coste del despido.** Hay que profundizar en esta cuestión.

IV. Contratación, formación y absentismo

En materia de contratación, la Reforma no ha sido muy ambiciosa. Ha desechado el contrato único, que expertos y organismos internacionales recomendaban y ha optado por la creación de un contrato limitado a las empresas medianas-pequeñas. Sigue habiendo el contrato laboral fijo, el de fijo discontinuo, el indefinido, el a tiempo parcial, el de relevo, el temporal, los contratos formativos –que han sido objeto de una más adecuada regulación en la que se cuida más el aspecto relativo a la formación y la financiación de esta, permitiéndose con carácter transitorio y hasta tanto el paro laboral se sitúe por debajo del 15% que pueden ser contratados personas menores de treinta años - y, también, el trabajo a domicilio, que ahora se denomina **trabajo a distancia,** y en el que la **actividad preponderante** se realiza en el propio domicilio del trabajador.

Toda esta serie de modalidades contractuales ya existentes adquieren en la nueva normativa laboral retoques importantes en función de las propias características de cada uno.

La formación es una de las claves del éxito, cara al empleo, de un sistema de relaciones laborales. El RDL 3/2012 da un paso importante al consagrar la formación como un **derecho** del trabajador, con todas las exigencias que ello origina para las empresas y los poderes públicos, dándole además 20 horas inexcusables de formación a cargo de la empresa. Pero a pesar de ello, habría que avanzar más en la cuestión yendo, con más decisión, al **modelo dual de formación-trabajo** que ha dado tan buenos frutos en Alemania. ¡Cómo se echan de menos, aquellas escuelas de aprendices en las grandes empresas!. Tuvimos la desgracia de vincular el aprendizaje y las universidades laborales al franquismo, sin tener la capacidad de aislar del tiempo los buenos contenidos que poseían.

En cuanto al **absentismo**, que es una plaga discutida y en cuya lucha confluyen los intereses de sindicatos y empresarios, la Reforma entra de modo estruendoso pues elimina **la relación del absentismo individual con el colectivo** y con la ausencia del trabajador en los porcentajes que marca la ley, el despido es automático. Pensamos que, como se parte de la base de que las ausencias son **justificadas**, quizá podrían buscarse algunas soluciones añadidas, como por ejemplo el poder decisorio de los médicos de la empresa o de la mutua e incluso prever que el despido opera cuando las ausencias se producen al menos dos veces en el semestre o en el año. Es decir castigar al absentista “profesional” y no al que no lo es, ya que dentro de los cánones de política social resulta duro que se extinga el contrato por breves ausencias justificadas. Pero como a la vez el absentismo es un torpedo a la productividad, hay que buscar una solución equilibrada.

Nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

La innovación contractual que trae el Real Decreto Ley 3/2012 –artículo 4- es la del contrato indefinido para emprendedores.

Con este nuevo contrato se trata de incentivar la iniciativa empresarial y favorecer la creación de empleo, pero sólo lo podrán suscribir **empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores**. Es un contrato **por tiempo indefinido y a jornada completa**. Deberá formalizarse **por escrito y en el modelo que se establezca**. Su normativa reguladora será, en términos generales, el Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo para contratos indefinido, pero se exceptúa el período de prueba que ha de ser el

de un año en todo caso, lo cual ha sido objeto de muchas críticas, y que de seguro se va a enmendar de alguna forma.

Para este nuevo contrato se establecen como es costumbre distintos incentivos y subvenciones, que a nuestro juicio sirven para poco, porque *“nadie contrata a quien no necesita”*.

Creemos que nuestro gran problema **es el de contratar**, mas que el de **facilitar el despido**. Y para eso es necesario –además de otros factores económicos, de negocio y de financiación, que son claves- que la empresa tenga animación para contratar. Y eso pasa, no tanto por las subvenciones como porque el régimen jurídico del contrato a lo largo de su vida y en su extinción sean razonables. Que no haya miedo a contratar y menos a los fijos. Y en el panorama empresarial lo hay y mucho. ¿Eso significa “barra libre” para despedir o cambiar condiciones?. En absoluto debe ser así. Simplemente que cuando concurren causas objetivas puedan cambiarse las condiciones que se pactaron o extinguir el contrato con cierta normalidad. Y desde luego, con causalidad, negociación previa y control judicial. Y eso existe en la Reforma. Pero aun así, creemos que para las empresas de hasta 15 trabajadores, por ejemplo, debería de establecerse un tipo de contrato más flexible puesto que en ellas, más que en ningún otro tipo de empresa, se cumple el dicho ya mencionado de que *“nadie contrata a quien no necesita, ni nadie despide a quien necesita”*. Y entre nosotros, siempre se ha legislado con una enorme desconfianza hacia el empresario. Casi se le niega la “presunción de inocencia”.

V. Otras cuestiones

El RDL 3/2012 trata otras cuestiones no exentas de interés pero que no podemos tratar aquí pues sería muy extenso.

VI. Valoración final

Quizá un modo de valorar la Reforma, sea preguntarnos cual podría ser la alternativa. Alternativa real no ideal.

Si la Reforma Laboral se aprovecha fundamentalmente para despedir y no para contratar, la responsabilidad de los emprendedores sería histórica, monumental. No creo en absoluto que se pueda resumir el cambio legal en una patente de corso para el despido. Sigo creyendo firmemente que los empresarios contratan a quién necesitan y solo despiden a los que no necesitan, Habrá excepciones, sin duda, pero son excepciones. Y lo que la norma no debe hacer, cuando una empresa **necesita** despedir para ser viable y competitiva, es **prohibirlo**. Hay que dar una salida razonable y

razonable es que el coste de la extinción se aproxime al de nuestros competidores y eso ha hecho la norma. Pero dicho eso, si ahora no se aprovechan las facilidades de contratar sino las de despedir, sería un fiasco enorme.

No jugamos mucho en el envite. El viejo refrán campestre “guarda pan para Mayo y leña para Abril porque no sabes el tiempo que ha de venir” podría aplicarse a nuestra situación. Es la hora de la responsabilidad social, de la solidaridad, del buen hacer, pues de lo contrario caeremos en un hoyo del que será muy difícil salir. Ahora nos mantiene vivos la esperanza de que esto se va a enderezar; que el empleo aunque tarde algo, comenzará a remontar. Que nuestras vidas tendrán más color. Que perderemos cosas pero ganaremos valores y tantas y tantas más esperanzas. Cada uno en nuestras responsabilidades nos las agostemos. No tendría perdón. Lo que está claro es que la alternativa no es **dejar las cosas como estaban**, ni desde luego, potenciar la protección social.

Y siempre sin olvidar que los inversores internacionales y las Autoridades comunitarias nos dejan poco margen. Bien es verdad que habrá que hacer esfuerzos políticos serios para lograr que todo lo que nos ocurre no se resuelva solo con recortes, con cirugía, sino que habrá que simultanearlos con estímulos económicos, con medicina interna. De lo contrario, podemos llegar al estrangulamiento de la economía, a la muerte. Y asimismo, sería bienvenido que se nos diera por parte del Gobierno algo más que cifras deprimentes y se nos ofreciera algo de filosofía de vida, de ánimo, de optimismo. Estamos absolutamente “economizados”. Por otra parte, creemos que esta Reforma va a tener dos problemas aplicativos: la **judicialización** excesiva y una **conflictividad** más a nivel colectivo que individual.

Para terminar con una nota de esperanza, creemos que esta Reforma como el tilo y el tejo, solo puede nacer con frío (no hay Gobierno que se atreva a hacer lo que ha hecho éste, si no estamos inmersos en la gigantesca crisis que padecemos), pero necesita **el calor** para desarrollarse. Cuando se normalice el clima económico-crediticio- productivo, esperamos que las empresas aprovechen todos los cambios normativos para crear empleo y para sostenerlo. Ahora sí que tiene un aliado en la ley y no un enemigo como antes. Y es que los instrumentos pueden ser muy útiles bien usados y nefastos si ocurre lo contrario.

Y en el supuesto de que pasado unos meses (pocos) el empleo siga su curva descendente, habrá que **poner en marcha un plan “B” de creación de empleo**, de emergencia, y con el consenso de Patronal y Sindicatos.

Por poner un ejemplo, el contrato de **lanzamiento de nueva actividad** y **el contrato de fomento del empleo** por ejemplo, crearon en su día, más de dos millones de contratos de trabajo y de algún modo aliviaron la crítica situación de paro.

La disciplina fiscal en Colombia¹

Fernando Sarmiento Cifuentes²

Introducción

En la actualidad en muchos países del mundo se presentan importantes variaciones económicas que conducen a que el *Estado de Bienestar* presente crisis agudas que ponen en riesgo la *Sostenibilidad Fiscal*. En efecto, dentro del anotado orden de cosas –*Estado de Bienestar*– las prestaciones sociales de los trabajadores, tales como vacaciones extendidas, pensiones de jubilación a edades tempranas y con altas fijaciones personales, las normas aplicables de la seguridad social ampliadas en casi todos los casos a la totalidad poblacional, las exenciones tributarias, el otorgamiento de subsidios de desempleo, y otras concesiones igualmente gravosas determinan que los gastos estatales excedan notablemente a los ingresos.

I. Normatividad Nacional

Para prevenir o subsanar estas dificultades, se ha considerado el establecimiento de la llamada Disciplina Fiscal, que comporta el establecimiento jurídico de diferentes instituciones que desarrollan la observancia de exigentes normatividades a los Estados para la regulación del gasto público. Una de tales instituciones jurídicas, tal vez la más connotada, se denomina Regla Fiscal.

A tales circunstancias no es ajena Colombia, que pretende alcanzar un grado de control de su economía, que por una parte le de fijeza a los gastos

¹ Trabajo en homenaje al doctor Rafael Forero Rodríguez elaborado por Fernando Sarmiento Cifuentes, Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

² Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

del Estado de modo tal que se puedan atender los requerimientos sociales básicos, de manera que no se alteren los elementos esenciales de la seguridad social, del empleo y del desarrollo económico, por una parte, y por la otra que se evite la denominada *enfermedad holandesa* que no es otra cosa, en la práctica, que la dependencia de una sola fuente de ingresos que eventualmente pueda colapsar y determinar dificultades financieras de gravedad.

II. La sostenibilidad

Así, se conciben normas que garanticen la disciplina fiscal. Entre ellas cito: El acto Legislativo 3 de 2011³, mediante el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal en la Constitución Política de Colombia. Esta dispone en el Título XII del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, capítulos 1, 2 y 3, acerca de las Disposiciones Generales, los Planes de Desarrollo y el Presupuesto, que se transcriben a continuación:

Acto Legislativo 3 de 2011

“Artículo 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto

³ Publicado en el Diario Oficial No. 48.117 de 1° de Julio de 2011

Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

PARAGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Artículo 2°. El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Artículo 3°. El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación”.

Se observa que la política fiscal en Colombia ha mostrado inflexibilidad en el gasto, y carácter procíclico, que se patentizan en elevados niveles de deuda pública. Para la corrección de estas fallas el Estado mediante el Acto Legislativo 3 se muestra inclinado al logro y mantenimiento de la sostenibilidad fiscal, a la modificación del régimen de regalías minero-energéticas y a la adopción de la regla fiscal. Estos serían, al integrarse en su actuación, los instrumentos esenciales, aunque no exclusivos, de la nueva disciplina fiscal del país. Sin embargo, el constitucionalizar la sostenibilidad fiscal

determinó condiciones que podrían sintetizarse entre quienes le atribuyen la virtud de que garantiza el cumplimiento efectivo y progresivo de los derechos económicos, culturales y sociales de los colombianos, y la de quienes piensan que con tal constitucionalización se acentúa la pugna entre los ultra-fiscalistas y sus oponentes que coligen que con tal principio se incentivaría el activismo de la Corte Constitucional.

III. Incidente de impacto fiscal

Sus características procesales son las siguientes:

Se prevé que el incidente mencionado podrá ser propuesto por el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno. Su objeto es el de examinar cualquier sentencia de condena proferida por las Cortes: Constitucional, Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, sentencias que pueden presentar un efecto severo en las finanzas públicas.

El trámite incidental es obligatorio y no siempre prosperará. Comporta el análisis de las consecuencias de las sentencias en las finanzas públicas, así como el plan para su cumplimiento.

Las Cortes pueden modular; modificar o diferir los efectos de sus sentencias, para evitar alteraciones de la sostenibilidad fiscal. No se trata de retrotraer los fallos, sino de ajustar su cumplimiento a la situación real de las finanzas estatales.

IV. Regla fiscal

La Ley 1473 de 2011 específicamente consagra y desarrolla la regla fiscal, en los siguientes términos:

“Artículo 1° Objeto. La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país.

.....

Artículo 4°. Coherencia. La regla fiscal se materializa a través del Marco Fiscal de Mediano Plazo. El Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gastos de Mediano Plazo, el Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, deben ser consistentes con la regla fiscal, contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo⁴.

⁴ Subrayas no son de los textos transcritos

Artículo 5°. Regla Fiscal. El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido.

El déficit estructural del Gobierno Nacional Central no será mayor al 1% del PIB a partir del año 2022.

Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural de 2.3% del PIB o menos en 2014, de 1.9% del PIB o menos en 2018 y de 1.0% del PIB o menos en 2022”.

Ahora bien, la Regla Fiscal es el instrumento político-jurídico que asegura la disciplina fiscal y que garantiza la estabilidad macroeconómica. Debe advertirse que su trámite legislativo se adelantó separadamente de otras normaciones y se concreta, como ya se anotó, en los términos de la Ley 1473 de 2011 y el Decreto 1790 de 2012. Empero, el cumplimiento de las metas del balance estructural establecidos en la regla fiscal encuentra su respaldo jurídico en el antecitado Acto Legislativo 3 de 2011.

Su consagración se obtuvo por los avances en el marco fiscal, y el momento económico, con la finalidad de perfeccionar el estado social de derecho y de adaptar la economía colombiana a los niveles internacionales. Otorga un adecuado manejo al crecimiento económico de la minería y de la explotación petrolera. Sus objetivos son los de promover la disciplina fiscal mediante la protección de las finanzas públicas, mantener el nivel sostenible de la deuda pública, facilitar el manejo contracíclico de la política fiscal y obtener la confianza pública al reducir las incertidumbres de los empresarios y de los consumidores. Se recomienda para su empleo que cuente con la asesoría de un comité técnico externo e independiente, similar al que tiene el Banco de la República en su Junta Directiva.

En lo referente a la responsabilidad por el incumplimiento de la regla fiscal, no se prevén sanciones especiales salvo las que afectan la credibilidad de la Administración. Su aplicabilidad la impondrá el mercado. La teoría que alienta la regla fiscal, se orienta hacia lo procedimental más que a las fórmulas numéricas. No obstante, se han ideado importantes elaboraciones matemáticas, que exceden, en su exposición, los lindes de este artículo.

Debe manifestarse que la sola existencia de la regla fiscal no asegura la sostenibilidad fiscal, pues esta requiere de un fuerte y constante apoyo político y de opinión así como la coadyuvancia de otras Instituciones, pero resulta indispensable para mantener el equilibrio fiscal.

Por otra parte, la fijeza en los términos, que determina la regla fiscal reduce en algún grado los márgenes de inversión, indispensables para el desarrollo de la infraestructura del país, frente a los requerimientos nacionales y de los retos que imponen los TLCs⁵ que entran en funcionamiento uno tras otro (U.S.A, Canadá. Unión Europea y otros en proceso). .

V. Sistema general de regalías⁶

Colombia tiene desde épocas remotas, vocación minera y su auge produce importantes regalías. En lo atinente a su manejo y distribución, se viene de un sistema que le otorgó, sobre la totalidad de sus rendimientos, el 87% a los municipios y departamentos, –entidades territoriales-, que no contaban con la adecuada institucionalidad y la fortaleza económica, requeridas para su buena administración, lo que generó resultados inequitativos y de concentración e ineficacia notables, a más de altos niveles de corrupción.

Así las cosas, mediante el Acto Legislativo 5 de 2011 se modificaron los artículos 360 y 361 de la Constitución Política para redistribuir los ingresos del Sistema General de Regalías.

Estos preceptos constitucionales obtuvieron concreción y desarrollo según lo ordenado por la Ley 1530 de 2012 que aspira corregir las anteriores anomalías, en pro de una correcta y eficiente distribución que implica cambios que hacen extensivo el sistema a todo el territorio nacional bajo la égida del Departamento Nacional de Planeación, así como la prevención de que los recursos provenientes de la explotación petrolera y minera produzcan al fenómeno de la “enfermedad holandesa”⁷.

⁵ Tratados de Libre Comercio

⁶ Minero-energéticas

⁷ La expresión enfermedad holandesa se usó por primera vez para referirse a los efectos adversos que sufrió la industria manufacturera de Holanda por la apreciación cambiaria (mayor valor de la moneda nacional) causada por el descubrimiento de grandes reservas de gas natural en ese país.

Para el caso colombiano, la bonanza proviene de los altos precios internacionales del petróleo, que ha alcanzado cotizaciones superiores a los 100 dólares por barril. Esto ha ocasionado una renta petrolera extraordinaria debida al incremento del valor de sus exportaciones y de su participación dentro del total nacional.

...

Por su parte, la apreciación cambiaria impide el desarrollo de exportaciones diferentes a las de la bonanza e impulsa el sector petrolero, que crea poco empleo, desestabiliza el crecimiento –por la volatilidad de sus precios- y afecta los planes y decisiones de gasto gubernamental.

...

VI. El presupuesto

Al presupuesto nacional, aprobado anualmente, se le asignan como objetivos centrales: El mantenimiento de la disciplina fiscal; la fijación de asignaciones con arreglo a exigencias prioritarias y la eficiencia en el gasto. Lamentablemente, se le introducen, casi siempre, eventuales tratamientos a problemas de simple coyuntura.

En cuanto al llamado presupuesto orgánico, se esperaba una reforma estructural tributaria cuya finalidad central sería la equidad. Esto corresponde a una necesidad sentida, que paulatinamente debilita progresivamente la desigualdad del ingreso. Por otro aspecto, la Ley 819 de 2003, origen del Marco Fiscal de Mediano Plazo, ha dispuesto que los presupuestos nacionales deban acreditar superávits primarios. Exige además la necesaria congruencia entre el citado Presupuesto y el Plan Nacional de Desarrollo, mas debe comportar un ingrediente significativo de inversión. Por esto se considera que la Regla Fiscal debe ubicarse en la Ley Orgánica del Presupuesto -(Constitución Política Art. 349)-. Así se logrará, que un porcentaje importante de los ingresos se ahorre con destino principal al prepago de la deuda externa y, en segundo término, a la conservación de la robustez del fondo que financie el gasto público anticíclico. Un modelo apropiado de estatuto presupuestal contemporáneo, actualizado y armónico, es el logrado recientemente en Francia, al decir de los expertos, y que convendría seguir, así fuere parcialmente, dado el punto de vista jurídico contenido en la regla fiscal.

VII. Estatuto tributario

En la actualidad el país comporta un estatuto tributario⁸ prácticamente obsoleto, de gran extensión, que según sus críticos permite la elusión y la evasión en el pago de los impuestos nacionales y se requiere su reforma de modo tal que se cuente con un nuevo estatuto de fácil manejo e interpretación para la ciudadanía, que elimine exenciones no justificables, reestructure

La economía colombiana presenta apreciación cambiaria, desindustrialización y favorabilidad de los precios relativos de los bienes no transables. Por tanto, se diagnostica enfermedad holandesa en su etapa inicial, por cuanto ho hay traslado significativo de factores entre los sectores industrial y minero por restricciones geográficas y sociales de los lugares de explotación minera.

V. UN Periódico (Publicación de la Universidad Nacional de Colombia). "Alerta por enfermedad holandesa en Colombia". Diego Felipe Gutiérrez Bedoya y Jackeline Piraján, Bogotá. Octubre 14 de 2012. Pág. 9.

⁸ Decreto 624 de 1989

impuestos tales con el llamado cuatro por mil (4 o/oo)⁹, el del valor agregado –IVA–, el de renta, el del patrimonio y el de sucesiones (herencias). Sin embargo, esta reforma orgánica del estatuto tributario no se conseguirá por ahora, y, en cambio, se ha introducido a la consideración del Congreso Nacional una nueva reforma parcial, y de carácter semi-fiscalista, aunque las autoridades sostengan otras consideraciones. Debe anotarse que al final del año 2012 se aprobó la Ley de Presupuesto que no subsanó las fallas anotadas precedentemente pero cuyo análisis detallado desborda los límites del presente escrito.

Desde otro punto de vista, se tratan de equilibrar, los sistemas fiscales, desde el propio campo institucional, y no sólo mediante la acción de los organismos de control, fijando la normatividad precisa, jurídicamente ordenada, y que, además, permitan el control preventivo y racional de los ciclos económicos, de manera que se evite la inflación, se controle el fenómeno depresivo, para mantener el crecimiento y desarrollo, bajo la mira de remediar o prevenir el desempleo de crecientes núcleos humanos.

Por otro aspecto, es del caso controlar como ya se ha indicado, los desarrollos inflacionarios que se manifiestan por el auge desmesurado de la minería y las explotaciones petroleras aunado al decrecimiento de la industria nacional y las explotaciones agropecuarias, en notable decrecimiento en actividades como las de la floricultura, la producción cafetera, la ganadería de carne y leche, etc. Aún así, la normativa expedida, podría dar cabal aplicación a la sostenibilidad como ejercicio de disciplina fiscal. No obstante, se columbran serias divergencias con la expedición de nuevas formulaciones mandatorias de gasto público y de ampliación del “Sistema de bienestar”¹⁰. Y no sólo de éstas, sino que aparecen tendencias de crear excepcionalidades, como por ejemplo, la presentada de manera tímida con el nombre de “La Regla Fiscal: Cláusulas de Oro”, con destino a financiar la infraestructura (vial, aeroportuaria, portuaria, fluvial, etc.)¹¹.

A lo anterior se suman las fuertes presiones sociales en materia de cubrimientos de la educación, vivienda de interés social, vivienda gratuita, salud, régimen pensional universal y otros requerimientos de indudable necesidad e interés pero que generan gastos fiscales desmesurados que excederían las posibilidades de la economía nacional.

⁹ Sobre los movimientos bancarios

¹⁰ Periódico Ámbito Jurídico No. 356 del 15 al 28 de Octubre de 2012. Artículo denominado “Congreso crea pensión familiar”. Págs. 1 y 3. Publicación de Editorial Legis. Bogotá

¹¹ V. Revista Carta Financiera No. 160. ANIF. Octubre/Diciembre de 2012. Págs. 60 y 61.

VIII. Jurisprudencia

La jurisdicción Constitucional ha tenido oportunidad de decidir así sobre la exequibilidad del Acto Legislativo 3 de 2011.

a) Sentencia C-132/12

Inhibitoria para proferir fallo de fondo sobre el principio de sostenibilidad fiscal, por cuanto no se cumplen los requisitos mínimos que debe cumplir la demanda contra una reforma constitucional.

b) En extensa y bien fundada sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, se declara exequible por los cargos atribuidos el Acto Legislativo 3 de 2012 que declaró la sostenibilidad fiscal y se inhibió de fondo respecto a la Ley 1473 de 2011 relativa a la Regla Fiscal.

c) Sentencia C-332 de 2012

Declara exequible el Acto Legislativo 3 de 2011 cuestionado bajo el cargo de vicio de trámite.

d) Sentencia C-367 de 2012, que decide estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 que declara exequible el Acto Legislativo 3 de 2011, por tratarse de cosa juzgada constitucional.

e) Sentencia C-371 de 2012 que ordena estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 con relación al Acto Legislativo 3 de 2011 de Sostenibilidad Fiscal por la existencia de cosa juzgada constitucional.

f) Sentencia C-384 de 2012 que ordena, “Estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 por tratarse de cosa juzgada constitucional.

g) Sentencia C-397 de 2012 que decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 que declaró exequible el Acto Legislativo 3 de 2011 por existir cosa juzgada constitucional.

h) Sentencia C-416 de 2012 que decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 que declaró exequible el Acto Legislativo 3 de 2011 por tratarse de cosa juzgada constitucional.

i) Sentencia C-457 de 2012 que declaró estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 que declaró exequible el Acto Legislativo 3 de 2011 de sostenibilidad fiscal, dada la existencia de cosa juzgada constitucional.

j) Sentencia C-490 de 2012 que dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-332 de 2012 que declaró exequible el Acto Legislativo sobre sostenibilidad fiscal por configurarse cosa juzgada constitucional, respecto del presunto vicio de forma insubsanable.

En suma, en el presente, el Acto Legislativo 3 de 2011 es exequible.

Por su parte el Ministerio Público –Procuraduría General de la Nación-, ha expresado conceptos así:

- a) Concepto 5219 del 28 de Septiembre de 2011, relativo al expediente D-8616, según demanda de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 3 de 2011. Se refiere a los reparos de la parte actora sobre i) la vulneración de la concepción del Estado Social de Derecho, puesto que se hace primar lo económico y fiscal y compromete la existencia y la garantía real y material de los Derechos Humanos; ii) porque desconoce los fines esenciales del Estado ante el principio de sostenibilidad fiscal; iii) porque los derechos fundamentales como sus mecanismos de protección –tutela- se ponen en claro riesgo; iv) porque es sustitutivo de la Constitución, pues suprime el postulado del Estado Social de Derecho al condicionar toda actividad del Estado al principio de la sostenibilidad fiscal.

En su análisis jurídico el concepto del Ministerio Público citado no encuentra vicios en el proceso formativo del Acto Legislativo. Tampoco encuentra desbordamiento alguno por parte del Congreso que afecte el funcionamiento o competencia de otras ramas del poder público que contraríen su equilibrio funcional. Que el Acto Legislativo 3 de 2011 concibe la sostenibilidad fiscal como una medida de control del gasto público social destinado a la realización del Estado Social de Derecho acorde con los planes de desarrollo y los presupuestos. Agrega que es responsabilidad a cargo del Gobierno Nacional alcanzar la eficiente provisión de fondos y su funcionamiento y establecer el control de los gastos necesarios para preservar los cometidos del Estado y los derechos individuales y abunda en consideraciones sobre la importancia de estos aspectos, pero anota que el Acto Legislativo 3, acusado, garantiza que al interpretar el principio de sostenibilidad fiscal ninguna autoridad podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Concluye su argumentación el Ministerio Público solicitándole a la Corte Constitucional que declare exequible el Acto Legislativo 3 de 2011.

- b) Concepto 5244 de 9 de Noviembre de 2011. Expediente D-8690.

La Procuraduría General del Nación solicita a la Corte Constitucional que declare estarse a lo resuelto en el expediente D-8616 y que declare exequible la Ley 1473 de 2011 (Regla Fiscal) con fundamento en consideraciones similares a las indicadas en el punto anterior y,

además, en el derecho de los colombianos para que se protejan, con la sostenibilidad fiscal, la seguridad y efectividad de sus intereses a cargo del Estado en materia de estabilidad macroeconómica del país.

c) Concepto 5256 de 23 de Noviembre de 2011.

La Procuraduría con base en fundamentos similares a los arriba expuestos, le solicita a la Corte Constitucional que declare exequible el Acto Legislativo 3 de 2011.

d) Concepto 5273 de 12 de Diciembre de 2011. (Expedientes acumulados D-8770 a D-8775 y D-8781). Le solicita el Ministerio Público a la Corte Constitucional “Estarse a lo resuelto en el proceso en el cual se acumularon los expedientes D-8762 a D-8768”.

IX. Aspectos de la legislación y jurisprudencia españolas

Empero, para analizar el caso colombiano en la materia que se contempla es preciso examinar otras realidades diferentes a la nuestra. Con esta finalidad y en apoyo a los puntos de vista expuestos en este ensayo, me permito invocar algunas de las disposiciones generales de la Jefatura del Estado Español:

Ley Orgánica 8 del 23 de Septiembre de 1980, mediante la cual se dispuso en su artículo primero que: “Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de las competencias que de acuerdo con la Constitución, les atribuyan las Leyes y sus respectivos Estatutos¹². La financiación de dichas Comunidades Autónomas se regirá por la (...) Ley Orgánica y por el Estatuto de cada una de dichas Comunidades ...”

Artículo segundo. La actividad financiera de las Comunidades Autónomas se ejercerá en coordinación con la Hacienda del Estado ..., con arreglo a los siguientes principios: a) ... b) La garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general ...c) La solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones ... d) La suficiencia de recursos para el ejercicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas...

Ley Orgánica 5 del 13 de Diciembre de 2005 complementaria a la Ley 18 de 2001, General de Estabilidad Presupuestaria. En la exposición de motivos toma en cuenta que la Ley 18 de 2001 tiene por objeto el establecimiento de los principios rectores a los que deberá adecuarse la política

¹² V. Suelst Cock, Vanessa. Federalismo en teoría y práctica. Juruá Editores. Curitiba Br. Lisboa. P. 2010, Págs. 233 y ss.

presupuestaria del sector público en orden a la consecución de la estabilidad y crecimiento económicos, en el marco de la Unión Económica y Monetaria, así como la determinación de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva del principio de estabilidad presupuestal ...

Adelante, en dicha exposición de motivos, se dice que el principio de autonomía financiera que el artículo 156.1 de la Constitución Española garantiza a las Comunidades Autónomas, obliga a que el objetivo común a todas las Administraciones públicas sea el de adoptar un marco de estabilidad presupuestaria que asegure a éstas la capacidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzarlo, permitiéndole, igualmente, decidir si tal objetivo puede lograrse con una política de incremento de los ingresos públicos o de reducción de los gastos, y sin que pueda recurrirse a una mayor emisión de deuda pública como forma de financiación ...

Por su parte el artículo 3º de la citada Ley Orgánica establece las medidas necesarias para el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria por parte de las Comunidades Autónomas.

El artículo 4º recoge el principio de corresponsabilidad de las comunidades Autónomas frente a la Unión Europea, como consecuencia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

La invocación de las leyes españolas sirve para ilustrar el punto relativo a su defectuosa observancia que condujeron a la crisis financiera del Estado Español, que hoy es de suma gravedad, puesto que los niveles de desempleo son de aproximadamente el 25% de la población adulta en capacidad de trabajar y que en relación con los jóvenes menores de 25 años, representa, según informes de público conocimiento, el desmesurado porcentaje en *Paro forzoso*, del 52%. Esto por una parte. Por la otra, debido a la crisis financiera, España está seriamente amenazada de secesiones de algunas Autonomías, con mayor o menor grado de determinación, tales como Cataluña, Galicia, el País Vasco ...

Ahora bien, en materia jurisdiccional el Pleno del Tribunal Constitucional ha proferido:

La Sentencia 157 del 18 de Octubre de 2011, mediante la cual se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra normas comprendidas en la Ley 18 de 2001, General de Estabilidad Presupuestaria. Dicha sentencia en su parte decisoria determinó: "... Desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos (...) de la Ley 18 de 2001 (...) General de Estabilidad Presupuestaria".

Para esta decisión dicho Tribunal Constitucional tuvo en cuenta, entre otras consideraciones, las del Abogado del Estado, en cuanto éste alegó la Estabilidad Presupuestaria como objetivo de política económica que se manifiesta en la Unión Europea desde su tratado constitutivo. Así el artículo 119 del Tratado de Financiamiento de la Unión Europea alude a los principios rectores de las acciones de los Estados miembros: precios estables, finanzas públicas confiables, condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable. El artículo 126 desarrolla estos principios en relación con el déficit público, previendo la supervisión por el Consejo de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados Miembros, así como las medidas en caso de incumplimiento”.

Se tiene, según esta cita, que el objetivo de las leyes recurridas -por el Principado de Asturias- no es exclusivamente, cumplir los mínimos exigidos por la normativa de la Unión Europea, sino que llega más lejos, como se señala en la exposición de motivos de la Ley 18 de 2001, y pretende potenciar el crecimiento y una convergencia real con los países más desarrollados. Se trata, por tanto, de un nuevo régimen normativo mediante el cual el Gobierno puede, facultado por el artículo 149.1.13 CE, ejecutar decisiones que se adoptan anualmente con la aprobación del Congreso. Tampoco es correcto que no existan criterios de flexibilización, pues cabe aprobar y liquidar los presupuestos sin cumplir el principio de estabilidad, pero en ese caso se establecen medidas para corregir la situación y también concretar el principio de estabilidad para cada Comunidad Autónoma con la intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera”.

Por otro aspecto, tuvo en cuenta el Tribunal que “ ... se puede concluir que la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas está condicionada por la coordinación con la Hacienda Estatal y por el ejercicio de otras competencias estatales, de manera que es necesario examinar en cada caso la decisión del Estado que incida en la autonomía financiera autonómica para apreciar si áquel se excede o no de las competencias que le atribuye la Constitución. En este sentido, el Estado Español manifiesta que la intervención prevista en la Ley recurrida del Consejo de Política Fiscal y Financiera responde a la actuación y coordinación que es propia de dicho órgano”.

Por su parte, la Sentencia 196 del 13 de Diciembre de 2011 del Pleno del Tribunal Constitucional, referente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra normas de la Ley 18 de 12 de Diciembre de 2001, que afectarían su autonomía modificando el artículo 146 de la Ley de Haciendas Locales (39/1988), determinó en su fallo: “Destimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos

2.2, 3.2, 3.3.1, 6.21, 7.1, 8.3, 11, 19, 20.2, 25, disposición adicional única en su punto 2 (en cuanto modifica el artículo 146 de la Ley de haciendas locales 38/1988, de 28 de Diciembre), disposición transitoria única y disposición final cuarta en su punto 1, de la Ley 18/ 2001 de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria”.

Para esta decisión el Tribunal, entre otras consideraciones tuvo en cuenta que “... la impugnación del artículo 11 de la Ley 18 de 2001 la basa la representación legal del Gobierno de Aragón en el hecho de que a su entender, este precepto supone la quiebra del principio de autonomía previsto en el artículo 137 de la Constitución Española en la medida en que supone la sujeción de la Comunidad Autónoma a una responsabilidad general innominada, de espaldas a los medios de control frente a la actividad de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 153 del mismo texto constitucional”.

Para ello, entre otras apreciaciones, tuvo en cuenta la argumentación del Abogado del Estado (Español) que sostuvo que “... la consolidación fiscal (...) consiste en cerrar los presupuestos de modo que los gastos se financien con los ingresos, sin endeudamiento, lo que ha llevado a la eliminación del déficit en el ejercicio de 2001, por primera vez en la historia de la democracia, se hace público el crecimiento económico español a mayor ritmo que los socios europeos y todo ello en un contexto de desaceleración de la economía mundial ...”.

En resumen, en España, se consolidó desde hace buen tiempo la normativa de estabilidad fiscal no obstante tratarse de un Estado Autonómico que podría considerarse como semi-federal, no obstante lo cual su inobservancia ha devenido en la actual crisis de difícil superación.

Conclusiones

Colombia se encuentra en el grupo de Estados que propenden por la sostenibilidad Fiscal , y, el punto axial al efecto, es el Acto Legislativo 3 de 2011, que otorga cubrimiento constitucional a la Regla Fiscal, desarrollada por la Ley 1473 de 2012, y demás normas con las que se quiere mantener la necesaria disciplina del gasto público. Al amparo constitucional se llegó por la vulnerabilidad de la Ley misma, dado el fenómeno real de la Constitucionalización del Derecho, y el denominado *activismo judicial*. El País ha seguido, al parecer, en esta materia los paradigmas europeos, con algunas diferencias.

Igualmente, se destaca la jurisprudencia colombiana desarrollada con atinada pertinacia por la Corte Constitucional, con apoyo jurídico del

Ministerio Público, ante la verdadera avalancha de demandas de inconstitucionalidad contra dicho Acto Legislativo 3 de 2011, arco toral de la sostenibilidad fiscal. Esta multiciplidad de demandas de inexequibilidad denotan las tensiones sociales ínsitas en las pretensiones de atención estatal a ingentes necesidades no satisfechas aún.

Empero, es posible que dicho marco jurídico mediante la voluntad política de los gobiernos logre definitivamente afianzarse. Sin embargo, las necesidades crecientes de la población deberán ser atendidas de manera eficaz lo cual requiere el equilibrio constante entre necesidad -gasto -e ingresos fiscales-.

Bibliografía

ABC, del Proyecto de Acto Legislativo por el cual se establece el criterio de Sostenibilidad Fiscal- Ministerio de Hacienda y Crédito Público- República de Colombia.

Acto Legislativo 3 de 2011¹³.

Acto Legislativo 5 de 2011¹⁴.

Constitución Política de Colombia (1991). Editorial Temis, Bogotá 2008.

Ley 1530 de 2011.

Textos de la Fundación para la Educación Superior y Desarrollo - Fedesarrollo 40 Años- No. 81- La Regla Fiscal para Colombia, julio de 2010. Artículos de Oscar Iván Zuluaga, Gloria Alonso, Eduardo Wiesner, Mauricio Olivera, Juan Camilo Restrepo, Roberto Junguito, Roberto Steiner, Guillermo Perry y Juan Carlos Echeverry. Estudios de orientación económica.

Texto de Fedesarrollo- No. 86 de mayo de 2011: La Sostenibilidad Fiscal como principio constitucional: Rodrigo Suescún, Alfonso Prada, Humberto de la Calle, César González y Marcela Prieto.

Revista Carta Financiera de Anif –Asociación Nacional de Instituciones Financieras- No. 159 (Julio-Septiembre 2012), páginas 11, 12, 34 y 35.

Revista Carta Financiera de ANIF (Octubre-Diciembre 2012) Págs. 60 y 61.

UN Periódico (Publicación de la Universidad Nacional de Colombia). “Alerta por enfermedad holandesa en Colombia”. Diego Felipe Gutiérrez Bedoya y Jackeline Piraján. Octubre 14 de 2012, Pág. 9.

Periódico Ámbito Jurídico No. 356 del 15 al 28 de octubre de 2012. Artículo denominado “Congreso crea pensión familiar”. Págs. 1 y 3. Publicación Editorial Legis.

¹³ Diario Oficial No. 48117 de 1 de julio de 2011.

¹⁴ Diario Oficial No. 48134 de 18 de julio de 2011.

Sentencias de exequibilidad de la Corte Constitucional, relativas al Acto Legislativo 3 de 2011. Ellas son: C-132/12; C-288/12; C-332/12; C-367/12; C-371/12; C-384/12; C-397/12; C-416/12; C-457/12 y C-490/12.

Conceptos de la Procuraduría General de la Nación, sobre las demandas de exequibilidad del Acto Legislativo 3 de 2011: 5219 del 28 de Septiembre de 2011; 5244 de 9 de Noviembre de 2011; 5256 de 23 de Noviembre de 2011 y 5273 de 12 de Diciembre de 2011.

Ley Orgánica 8 (España) del 23 de Septiembre de 1980.

Ley Orgánica 5 del 13 de Diciembre de 2005

Sentencia 157 del 18 de Octubre de 2011 del Pleno del Tribunal Constitucional (España).

Sentencia 196 de 13 de Diciembre de 2011 del Pleno del Tribunal Constitucional.

Suelt Cock, Vanessa. Federalismo en Teoría y Práctica. Juruá Editorial. Curitiba Br., Lisboa Pt., 2010, págs. 233 y ss.

El Espíritu que Alumbró las Leyes de Indias

Fernando Suárez González¹

Si en el año 1492 hubiera habido periódicos en España, los titulares habrían sido frecuentemente espectaculares:

2 de enero: El Rey Boabdil entregó ayer las llaves de la Alhambra.

3 de enero: Los Reyes Don Fernando y Doña Isabel entraron en Granada.

1 de abril: Un Decreto de ayer concede cuatro meses para salir de España a quienes practiquen el judaísmo.

9 de abril: Ha muerto en Florencia Lorenzo de Médicis.

1 de mayo: En el Campamento de Santa Fé, Cristóbal Colón ha sido nombrado Almirante de las tierras que descubra.

3 de junio: El franciscano Ximenez de Cisneros ha sido nombrado confesor de la Reina.

5 de junio: D^a. Isabel y D. Fernando partieron ayer de Granada.

8 de junio: Los Reyes celebran en Córdoba la Pascua del Espíritu Santo.

14 de junio: Grandísimo recibimiento a los Reyes en Toledo.

24 de junio: Costosas fiestas en Segovia en honor de los Reyes.

14 de julio: Sus Majestades han regresado a Valladolid.

25 de julio: Falleció el Papa Inocencio VIII

28 de julio: Los Reyes salen de Valladolid hacia la Corona de Aragón.

4 de agosto: Salen de Palos de Moguer una nao y dos carabelas que pretenden llegar a las Indias navegando hacia poniente.

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo

19 de agosto: Ayer sábado, Zaragoza recibió a los Reyes con gran triunfo.

26 de agosto: Con el nombre de Alejandro VI, ha sido elegido Papa el Cardenal Rodrigo de Borja

13 de octubre: Los expedicionarios españoles llegaron ayer a Guanahani.

15 de octubre: D^a. Isabel y D. Fernando, recibidos alborozadamente en Barcelona.

7 de diciembre: Juan de Cañamás intentó degollar al Rey Fernando. Le salvó el Toisón de Oro que llevaba.

Es claro que la noticia del año es la del descubrimiento de América. Volviendo, pues, a ella, el Diario del Descubridor, tal como lo resumieron Bartolomé de las Casas y Martín Fernández de Navarrete, consigna el viernes 12 de octubre la primera referencia que tenemos de los indios: "Vieron gentes desnudas".

Cuando, ya en tierra, se juntó allí mucha gente de la isla, el Almirante hace la primera descripción que conocemos de los habitantes del nuevo mundo: "Yo, porque nos tuviesen mucha amistad, porque conocí que era gente que mejor se libraría y convertiría a nuestra Santa Fé con amor, que no por fuerza, les dí a algunos de ellos unos bonetes colorados y unas cuentas de vidrio que se ponían en el pescuezo, y otras cosas muchas de poco valor con las que tuvieron mucho placer y quedaron tan nuestros que era una maravilla. Los cuales, después, venían a las barcas de los navíos adonde nos estábamos, nadando, y nos traían papagayos y hilo de algodón en ovillos y azagayas (lanzas y dardos pequeños), y otras cosas muchas, y nos las trocaban por otras cosas que nosotros les dábamos, como cuentecillas de vidrio y cascabeles. En fin, todo lo tomaban y daban de aquello que tenían de buena voluntad. Más me pareció que era gente muy pobre de todo. Ellos andan todos desnudos como su madre los parió, y también las mujeres, aunque no ví más de una, harto moza. Y todos los que yo ví eran todos mancebos, que ninguno ví de edad de más de treinta años; muy bien hechos, de muy hermosos cuerpos y muy buenas caras; los cabellos gruesos casi como sedas de cola de caballos, y cortos. Los cabellos los llevan por encima de las cejas, salvo unos pocos detrás que traen largos, que jamás se los cortan. De ellos se pintan de prieto, y ellos son del color de los canarios, ni negros ni blancos, y de ellos se pintan de blanco, y de ellos de colorado, y de ellos de lo que hallan, y de ellos se pintan las caras, y de ellos todo el cuerpo, y de ellos sólo los ojos, y de ellos sólo la nariz. Ellos no traen armas ni las conocen, porque les mostré espadas y las

tomaban por el filo y se cortaban con ignorancia. No tienen ningún hierro; sus azagayas son unas varas sin hierro, y algunas de ellas al cabo tienen un diente de pez y otras cosas. Ellos todos a una mano, son de buena estatura de grandeza y buenos gestos, bien hechos. Yo ví algunos que tenían señales de heridas en sus cuerpos, y les hice por señas qué era aquello, y ellos me mostraron cómo allí venían gentes de otras islas que estaban cerca y les querían tomar y se defendían. Y yo creí y creo, que aquí vienen de tierra firme a tomarlos por cautivos. Ellos deben ser buenos servidores y de buen ingenio, que veo que muy presto dicen todo lo que les preguntan, y creo que prontamente se harían cristianos, que me pareció que ninguna secta tenían. Yo, placiendo a Dios Nuestro Señor, llevaré de aquí, al tiempo de mi partida, seis a V.A. para que aprendan a hablar. Ninguna bestia de ninguna manera ví, salvo papagayos, en esta isla”².

Insiste el Diario en relatarnos, el sábado 13 de octubre, que “luego que amaneció, vinieron a la playa muchos de estos hombres, todos mancebos, como dicho tengo, y todos de buena estatura. Gente muy hermosa: los cabellos no crespos, salvo corredios y gruesos como sedas de caballo, y todos de la frente y cabeza muy ancha, más que otra generación que hasta aquí haya visto, y los ojos muy hermosos y no pequeños. Y ellos no son ninguno prietos (color oscuro que casi no se distingue del negro) pero sí del color de los canarios, ni se debe esperar otra cosa, pues está, Este oeste, con la isla del Hierro en Canarias, en una sola línea. Las piernas las tienen muy derechas, todos a una mano, y no sacan barriga, salvo muy bien hecha. Ellos vinieron a la nao con almadías (canoas), que son hechas del pie de un árbol, como un barco largo, y todo de un pedazo, y labrado muy a maravilla según la tierra, y son grandes, pues en algunas venían cuarenta o cuarenta y cinco hombres y en otras, más pequeñas, hasta haber de ellas unas en las que venía un solo hombre. Remaban con una pala como de hornero y andaban a maravilla; y, si se le trastornaba, luego se echaban todos a nadar, y la enderezaban y vaciaban con calabazas que traían ellos. Traían ovillos de algodón hilado y papagayos y azagayas y otras cositas que sería tedio escribir, y todo lo daban por cualquier cosa que se los diese. Y yo estaba atento y trataba de saber si había oro, y ví que algunos de ellos traían un pedazuelo colgado en un agujero que tienen en la nariz”³.

² Primer Diario de a bordo de Cristóbal Colón, según resumen del Padre Bartolomé de las Casas y Martín Fernández de Navarrete, Editora de los Amigos del Círculo del Bibliófilo, S.A., Barcelona, 1980, Tomo I, págs. 40-41. Cfr. Colección Documental del Descubrimiento (1470-1506), Real Academia de la Historia, CSIC, Fundación Mapfre América, 1994, tomo I, págs. 121 y sigs.

³ Primer diario cit. Pág. 42-43. Cfr. Colección Documental cit. Tomo I, págs. 123.

El domingo 14 de octubre el Almirante dice que vió dos o tres poblaciones y que la gente “venían todos a la playa llamándonos y dando gracias a Dios. Los unos nos traían agua; otros, otras cosas de comer. Otros, cuando veían que yo no curaba de ir a tierra, se echaban a la mar nadando y venían, y entendíamos que nos preguntaban si éramos venidos del cielo. Y vino un viejo en el batel dentro, y otros que a voces grandes llamaban a todos los hombres y mujeres: “Venid a ver los hombres que vinieron del cielo; traedles de comer y beber”. Vinieron muchos y muchas mujeres, cada uno con algo, dando gracias a Dios, echándose al suelo, y levantaban las manos al cielo, y después a voces nos llamaban que fuésemos a tierra”⁴.

Dicen los historiadores que sólo el 17 de diciembre de 1492 –dos meses y cinco días después de poner el pie en las tierras descubiertas- comprendió Colón que no estaba en Cipango ni en Catay, en el Oriente extremo imaginado, y algún tiempo después cayó en la cuenta de que si no encontraba oro en las cantidades apetecidas podía, al menos, volver con hombres para venderlos como esclavos.

Cuando está de regreso de su primer viaje, el Almirante escribe desde la mar a los Reyes Católicos el 4 de marzo de 1493: “Todas estas islas están pobladísimas de la mejor gente, sin mal ni engaño, que haya bajo el cielo. Todos, tanto mujeres como hombres, andan desnudos como sus madres los parió, aunque algunas mujeres traen alguna cosita de algodón o una hoja de hierba con que se cobijan...”. El descubridor reitera cosas que tiene escritas en su diario, da indicios de su delirio de grandeza (dice textualmente que en la carta que escriban al Santo Padre para darle cuenta de esta victoria suplica que le pidan un cardenalato para su hijo, que al hijo de Médicis de Florencia se le dió el capelo sin que haya servido ni tenga propósito de tanta honra de la cristiandad), anuncia por primera vez que hay pueblos –los caribes- de los que están temerosos los de otras islas porque comen carne humana y formula el inquietante propósito de que “cuando Vuestras Altezas mandaren que yo les envíe esclavos espero yo traerlos o enviarlos de éstos la mayor parte”⁵. De ese texto deduce algún historiador que, además del oro, “otro insondable saco de beneficio” era la esclavización de los indios idólatras⁶.

⁴ Primer Diario, cit. pág. 45. Cfr. Colección Documental cit. tomo I, pág. 124.

⁵ Colección documental cit., Tomo I, págs. 273 a 279.

⁶ Pérez de Tudela, El Descubrimiento, entre nebulosas y luz documental, en Colección Documental cit. tomo I, pág. CCIX.

Unos días después, el 15 de marzo, entraron en el Puerto de Palos la Pinta y la Niña y Colón se trasladó a Barcelona para presentarse a los Reyes, que le recibieron con honores extraordinarios y le hicieron sentar para que relatase el viaje.

“Vino a Barcelona a besar las manos de los Reyes Católicos –refiere Alonso de Santa Cruz en su “Crónica”⁷- y les dio cuenta de lo que había visto en ellas (las Indias). Trajo consigo tres hombres de los habitantes de las islas y algunas muestras de oro y plata, y papagayos, y pimienta de la que en aquellas partes se cría”.

No están de acuerdo los historiadores sobre el número de los indios que enseñó Colón en Barcelona⁸ pero Ballesteros y Beretta sostiene que trajo los indios “para venderlos como esclavos” y que “los escrúpulos de la Reina tuvieron su confirmación en el dictámen de letrados y teólogos”⁹.

En efecto, el descubrimiento y la consiguiente colonización de América plantean a la Corona de España la preocupación por el trato que deben recibir los indios y es muy frecuente atribuir el espíritu que inspira a los Reyes a los miembros de la Junta de Burgos, a Palacios Rubios, al bachiller Enciso o a Francisco de Vitoria, pero la Junta de Burgos se reúne en 1512, Palacios Rubios escribe en 1514, el bachiller Enciso en 1519 y la “Relectio de Indias” del P. Vitoria es de 1539, de manera que los criterios de la Reina Isabel –que muere en 1504- no están inspirados en esas doctrinas, sino pura y sencillamente en el Evangelio y en su Ley de amor. La doctrina vigente en España en el momento de la llegada al Nuevo Mundo es el universalismo jurídico, que concibe a la humanidad con una grande y única familia y del que surgen como postulados la igualdad jurídica de todos los pueblos y la igualdad jurídica de todos los hombres, ideales ambos del pensamiento cristiano¹⁰.

Es este universalismo jurídico cristiano el que inspirará desde los primeros momentos la acción de la Monarquía española en los territorios descubiertos.

⁷ Edición y estudio de Mata Carriazo, Sevilla, 1951, cit. por San Miguel Pérez en Isabel I de Castilla, Diputación Provincial de Palencia, 1998, pág. 227.

⁸ Altamira dice que cuatro, de los diez que llevaba (Historia de España y de la civilización española, 3ª edic. Barcelona, Herederos de Juan Gili, tomo II, pág. 387).

⁹ Historia de España y su influencia en la Historia universal, salvat editores, Barcelona, 1922, tomo III, pág. 810.

¹⁰ Viñas Mey, España y los orígenes de la política social, Madrid, Biblioteca Marvía,, 1929, pág. 23 y sigs.; Gómez de Mercado, Política y Derecho Social de España, vol. I Reus, 1935, pág. 17 y sigs.

Ciertas bulas sucesivas del Papa Alejandro VI, en el curso del año 1493¹¹, dividieron entre España y Portugal el mundo por descubrir, confiando a ambas monarquías la misión de llevar el Evangelio a toda criatura que se encontrase a ambos lados de la línea divisoria y el 7 de junio de 1494 las dos potencias se ponen de acuerdo en el Tratado de Tordesillas, pero bajo el mandato pontificio según el cual la evangelización es la ley fundamental de la colonia.

“Los soberanos españoles –comenta San Miguel¹²-, verdaderamente impactados por el éxito de la expedición, actuaron con sus acostumbradas energía y resolución instando al navegante a la preparación de un segundo e inmediato viaje. Las expectativas abiertas por el primero, así como el inevitable interés de las potencias europeas en las novedades llegadas de España, aconsejaban actuar con suma diligencia”. El autor invoca a continuación el testimonio de Santa Cruz, según el cual “Sus Altezas le mandaron dar mucha prisa en su partida”.

Para esa urgente partida dieron también Sus Altezas un instrumento jurídico y político de regulación de las relaciones entre la Monarquía y su Virrey y de dirección e inspiración de su acción de gobierno: La Instrucción de Gobierno –que es la primera de la Monarquía Hispánica- de 29 de mayo de 1493:

“Primeramente, pues a Dios nuestro Señor plugo por su santa misericordia descubrir las dichas islas y tierra firme al Rey y a la Reina nuestros Señores por industria del dicho don Cristóbal Colón su almirante–virrey y gobernador de ellas, el cual ha hecho relación a Sus Altezas que las gentes que en ella halló pobladas conoció de ellas ser gentes muy aparejadas para se convertir a nuestra santa fé católica, porque no tienen ninguna ley ni secta, de lo cual ha placido y place mucho a Sus Altezas, porque en todo es razón que se tenga principalmente respeto al servicio de Dios nuestro Señor y ensalzamiento de nuestra santa fé católica. Por ende, Sus Altezas, deseando que nuestra santa fé católica sea aumentada y acrecentada, mandan y encargan al dicho almirante virrey y gobernador que por todas las vías y maneras que pudiere procure y trabaje de atraer a los moradores de las dichas islas y tierra firme a que se conviertan a nuestra santa fé católica, y para ayudar a ello, Sus Altezas envían allá al devoto Padre Fray Buyl, juntamente con otros religiosos que el dicho almirante consigo ha

¹¹ 3 de mayo de 1493, Inter cetera; 3 de mayo de 1493, Eximie devotionis; 4 de mayo de 1493, Inter cetera segunda; 25 de junio de 1493, Piis fidelium; 26 de septiembre de 1493, Dudum siquidem.

¹² Isabel I de Castilla cit. pág. 226.

de llevar, los cuales, por mano e industria de los indios que acá vinieron procuren que sean bien informados de las cosas de nuestra santa fe, pues ellos sabrán y entenderán ya mucho de nuestra lengua y procurando de los instruir en ella lo mejor que se pueda. Y porque esto mejor se pueda poner en obra, después que en buen hora sea llegada allá el armada, procure y haga el dicho almirante que todos los que en ella van y los que más fueren de aquí en adelante traten muy bien y amorosamente a los dichos indios, sin que les hagan enojo alguno, procurando que tengan los unos con los otros mucha conversación y familiaridad, haciéndose las mejores obras que ser pueda, y asimismo el dicho almirante les de algunas dádivas graciosamente de las cosas de mercadería de Sus Altezas que lleva para el rescate y los honre mucho. Y si caso fuere que alguna o algunas personas tratasen mal a los dichos indios en cualquier manera que sea, el dicho almirante, como virrey y gobernador de Sus Altezas, lo castigue mucho, por virtud de los poderes de Sus Altezas que para ello lleva”¹³.

La segunda expedición comenzó el 22 o el 23 de septiembre de 1493 y en ella viaja, en efecto, Fray Bernardo Boyl, que entra pronto en conflicto con Cristóbal Colón, precisamente por razón del derecho de los indios, y que regresa doliente un año después¹⁴.

En enero de 1494 dispone Colón el regreso a España del fiel capitán de la nao “Santa María” o “Mari galante”, Antonio Torres y se conoce el Memorial que el 30 de ese mes le entrega sobre lo que ha de decir y suplicar de su parte al Rey y a la Reina, así como los comentarios que los Monarcas van haciendo a sus distintos párrafos.

Colón le encarga que anuncie que se han descubierto tantos ríos tan poblados de oro “que cualquiera de los que lo vieron y cogieron solamente con las manos por muestra vinieron tan alegres y dicen tantas cosas de la abundancia de ello que yo tengo empacho de las decir y escribir a Sus Altezas”, pero a continuación le encomienda decir que él deseaba “en esta armada poderlos enviar mayor cantidad de oro del que acá se espera poder coger, si la gente que aquí está cerca de la mayor parte súbitamente no cayera doliente”. Además de los que cayeron dolientes, el descubridor relata las dificultades de ir a buscar el oro con los sanos: El camino es luengo, es menester llevar muchos mantenimientos que ni pueden llevarse a cuestas ni hay bestias que pudiesen suplir, ni los caminos están aparejados.

¹³ Colección Documental cit., tomo I, pág. 412-413.

¹⁴ Carta de los Reyes a su Embajador en Roma, Garcilaso de la Vega, sobre el regreso de Fray Bernardo Boyl, el 16 de febrero de 1495, en Colección Documental cit. tomo II, pág. 714.

“Así que diréis a Sus Altezas que estas son las causas porque... no se les envía oro mas de las muestras”.

“Diréis a Sus Altezas –dispone también Colón- que a causa que aca no hay lengua por medio de la cual a esta gente se pueda dar y entender nuestra santa fé como Sus Altezas desean... se envían de presente con estos navíos así de los caníbales hombres y mujeres y niños y niñas, los cuales Sus Altezas pueden mandar poner en poder de personas con quien puedan mejor aprender la lengua, ejercitándolos en cosas de servicio y poco a poco mandando poner en ellos algún más cuidado que en otros esclavos para que deprendan unos apartados de otros que no se hablen ni se vean si no muy tarde, que más fácilmente desprenderán allá que no acá y serán mucho mejores intérpretes...”¹⁵.

“Diréis a Sus Altezas –sigue diciendo Colón- que el provecho de las almas de los dichos caníbales y aún de éstos de acá ha traído en pensamiento que cuantos más allá se llevasen serían mejor y en ello Sus Altezas podrían ser servidos de esta manera, que visto cuanto acá son menester los ganados y bestias de trabajo para el sostenimiento de la gente que acá ha de estar y bien de todas estas islas. Sus Altezas podrán dar licencia y permiso a un número de carabelas suficiente que vengan acá cada año y traigan de los dichos ganados y otros mantenimientos y cosas de poblar el campo y aprovechar la tierra y esto en precios razonables a sus costas de los que las trajeren, las cuales cosas se les podrían pagar en esclavos de estos caníbales gente tan fiera y dispuesta y bien proporcionada y de muy buen entendimiento, los cuales, quitados de aquella inhumanidad creemos que serán mejores que otros ningunos esclavos, la cual luego perderán que sean fuera de su tierra...”¹⁶.

De una nota que figura al margen de ese texto y que parece reflejar el comentario regio se deduce que ese asunto “se ha suspendido por agora”, a pesar de lo cual y de las terminantes instrucciones recibidas de los Reyes en la Instrucción de Gobierno, dice San Miguel que para remediar la paulatina decepción acerca de las posibilidades económicas de las tierras recién descubiertas, Colón decidió enviar a España un primer contingente de indígenas para proceder a su venta. Lo confirma la “Relación” que hace

¹⁵ Colección cit. Tomo I, Pág. 539 a 544.

¹⁶ Loc. cit. pág. 545. Vid Morales Padrón, Historia del descubrimiento y conquista de América, 2ª edición, Edit. Nacional, Madrid, 1971, pág. 107-108. Según este autor, tal envío “fue toda una improcedencia, porque al mismo tiempo Boyl y Margarit exponían ante la Corte puntos de vista completamente distintos al establecimiento del tráfico esclavista. El cargamento humano llevado por Torres causó una deplorable impresión en la Corte y Torres tuvo que regresar a La Española con una respuesta dilatoria sobre lo que Colón proponía”.

Michele Cuneo a Gerónimo Annari, en Savona, en octubre de 1495¹⁷, donde refiere que debiendo partir para España las carabelas con las cuales él quería repatriar, cargaron en ellas el 17 de febrero de 1495 quinientas cincuenta almas entre machos y hembras de los mejores, de las cuales cerca de doscientas murieron en la travesía y el resto llegó medio enfermo.

Aseguran algunos historiadores que la Reina montó en cólera. “Semejante decisión –escribe San Miguel¹⁸- repugnaba a sus convicciones morales y, no se olvide, contradecía expresamente el primer enunciado de las Instrucciones entregadas al Almirante el 29 de mayo de 1493. Era un acto abominable, pero también un grave incumplimiento de las regias directrices”. Joseph Pérez, por su parte, dice que la Reina manifestó su enojo, preguntando: “¿Qué poder tiene mío el Almirante para dar a nadie mis vasallos?”. De ahí la afirmación de que, a partir de la primavera de 1495, los Reyes Católicos perdieron la confianza en Colón¹⁹.

Un estudioso no especializado como el que escribe estas líneas percibe ciertas vacilaciones iniciales por parte de los Reyes respecto de la aceptación de que Colón importara esclavos. La impresión más generalizada es la de que la Reina aceptaba la esclavitud si los esclavos eran prisioneros de justa guerra, como ella consideraba la guerra de Granada. De no ser así, no había justificación en conciencia y de ahí los escrúpulos que le suscita el hecho de que los indios no fueran enemigos como los moros.

Volviendo, pues, a las vacilaciones, es lo cierto que el 12 de abril de 1495, ante la llegada a Sevilla de las referidas carabelas, los Reyes escriben al Obispo de aquella ciudad, Juan de Fonseca, diciendo literalmente lo que sigue: “Cerca de lo que nos escribisteis de los indios que vienen en las carabelas, parécnos que se podrían vender allá mejor en esa Andalucía que en otra parte. Debeislo hacer vender como mejor os pareciere”²⁰. Cuatro días después, sin embargo, el Rey y la Reina emiten en Madrid una Real Cédula ordenando a Fonseca que el dinero que se obtenga por la venta de los indios que envió el Almirante se reserve hasta averiguar si es lícita. “Reverendo en Cristo padre Obispo del nuestro Consejo. Por otra letra nuestra os hemos escrito que hiciéseis vender los indios que envió el almirante Don Cristóbal Colón en las carabelas que ahora vinieron. Y porque nos querríamos informarnos de létrados, teólogos y canonistas si con buena conciencia se pueden vender estos por esclavos o no y esto no se

¹⁷ Colección Documental cit. tomo II, pág. 867.

¹⁸ Isabel I cit. pág. 255.

¹⁹ San Miguel, op. loc. cit.

²⁰ Colección Documental, cit. tomo II, pág. 783.

puede hacer hasta que veamos las cartas que el almirante nos escribe para saber la causa por que los envía acá por cautivos y estas cartas tiene Torres que no nos las envió, por ende en las ventas que hiciéseis de estos indios sea fiado el dinero de ellos por algún breve término porque en este tiempo nosotros sepamos si los podemos vender o no. No paguen cosa alguna los que los compraren pero los que los compraren no sepan cosa de esto; y haced a Torres que se dé prisa en su venida, que si se tuviere que detener algún día allá que nos envíe las cartas”²¹.

Entre 1496 y 1498 siguen llegando a España esclavos indios²² pero, evacuadas aquellas consultas envían los Reyes Católicos desde Sevilla, el 20 de junio de 1500²³, una Cédula al Continuo de Palacio Pedro de Torres para que entregue los indios que tenía en depósito, a fin de que, puestos en libertad, sean devueltos a la Indias por fray Francisco de Bobadilla²⁴, a quien los Reyes enviaron a Santo Domingo para fiscalizar la conducta del Almirante y que, según Altamira²⁵ fue quien repartió, en calidad de siervos, a los indios de la isla entre los colonos españoles, sujetándolos a las labores del campo y de las minas²⁶.

Las dudas de la Reina ante el hecho de que se comercializase con indios quedaron definitivamente resueltas en el más positivo de los sentidos, como demuestran de manera patente varios documentos fechados en los meses finales del año 1501.

El 10 de noviembre de ese año, la Reina manda desde Ecija a un tal Cristóbal Guerra –que había obtenido licencia regia para ir con una carabela “a descubrir por nuestros mares”- que entregue al corregidor de Jerez de la Frontera la india que trajo para que éste se la envíe y al día siguiente escribe a Gómez de Cervantes, Corregidor de Jerez, para mandarle que envíe luego a dicha india “con persona de cuidado con quien venga honestamente”²⁷. Pero no se trataba sólo de una india. El 2 de diciembre, el Rey y la Reina escriben al mismo Corregidor para que haga información

²¹ Colección Documental cit. tomo II, págs. 789-790. Cfr. Altamira, op. cit. pág. 432.

²² Vid. la carta de los Reyes al Obispo Fonseca, fechada en Tortosa el 13 de enero de 1496, para que entregue a Juan de Lezcano cincuenta indios para el servicio de las galeras (en Colección Documental cit. tomo II, pág. 888) o la relación de los gastos que se hicieron con los esclavos indios que se trajeron el año 1496 y de la que se deduce que viajaron en tres carabelas (en op, loc. cit. págs. 913-914).

²³ Rumeu de Armas considera esa fecha “memorable en la historia de la humanidad”.

²⁴ Colección Documental, tomo II, pág. 1212. Cfr. Altamira, op. cit. pág. 432.

²⁵ Op. cit. pág. 433.

²⁶ A finales de noviembre de 1500 regresó Colón de su tercer viaje y el 17 de diciembre fue recibido en la Alhambra por los Reyes.

²⁷ Colección Documental cit. tomo II, págs. 1342-1343.

sobre los indios que Cristóbal Guerra y los que con él fueron mataron en la isla de Poinare y los que tomaron vivos y trajeron a España, vendiendo muchos de ellos en las ciudades de Sevilla, Cádiz, Jerez, Córdoba y otras partes y teniendo algunos de ellos en su poder y de otras personas. “Y porque lo susodicho fue hecho contra nuestra prohibición y defendimiento y siendo los dichos indios nuestros súbditos y nos queremos saber la verdad de cómo lo susodicho pasó, y confiamos de vos que sois tal persona que bien y fielmente haréis lo que por nos vos fuere cometido y mandado, por la presente os cometemos y mandamos que luego os informéis y sepáis la verdad por cuantas vías y maneras las pudierais saber, cuantos indios e indias mataron y trajeron los dichos Cristóbal Guerra y los que con él fueron y en qué islas los prendieron y mataron, y quienes fueron las personas que lo hicieron y cuantos trajo el dicho Cristóbal Guerra y cuantos de ellos vendió y a que personas, y por que precios, y cuantos están en su poder y de otras personas que no hayan sido vendidos; y así, sabida la verdad, si hallaréis lo susodicho ser y haber pasado como dicho es, toméis luego de poder del dicho Cristóbal Guerra y de sus bienes todos los maravedis y precios porque fueron vendidos los dichos indios e indias, y toméis los dichos indios e indias de poder de las personas que los tienen, restituyendo a cada uno el precio que a cada uno el precio que a cada uno le costó, y los que no hubieren sido vendidos, los toméis sin dar por ellos precio alguno, y así tomados y recogidos en vuestro poder los unos y los otros los entreguéis al comendador de lares nuestro gobernador de las islas y tierra firme del mar océano, para que los lleve a la dicha isla donde fueron tomados y los ponga en libertad; y los maravedis que se montaren en los indios que fueron vendidos en la ciudad de Córdoba nos los enviad para que nos mandemos tomarlos y enviarlos al dicho gobernador; y asimismo, para que seamos informados como ha pasado lo susodicho y de las culpas de los que en ello entendieron, nos enviad la dicha información que sobre todo tuviéreis, signada de escribano ante quien pasare, y cerrada y sellada en manera que haga fé, para que nos la mandemos ver y proveer cerca de ello lo que sea justicia. Y entre tanto que nos la mandamos ver, tened presos y a buen recaudo al dicho Cristóbal Guerra y a las otras personas que en ello hallaréis culpados y no los dejéis sueltos ni fiados sin nuestra licencia y mandado...”²⁸

El 9 de diciembre vuelven a escribir a Gómez de Cervantes insistiendo en el mandato de que se vuelvan los indios a la isla de la que fueron traídos, a costa de las personas que “en ello fueron culpables”. “Para lo cual

²⁸ Colección Documental, cit., tomo II pág. 1350 y 1351.

y para hacer las ejecuciones y ventas y remates de bienes que necesario fueren, os damos poder cumplido. Y haced que se ponga mucho cuidado y diligencia en aderezar los mantenimientos y cosas que para llevar los dichos indios fuere menester, a costa de las tales personas, de manera que por su causa no haya detenimiento alguno”²⁹.

La preocupación es tan obsesiva que tres días después escriben –ahora desde Palma del Río- al citado Corregidor de Córdoba reclamando otros seis indios que Pero Hernández de Córdoba compró al susodicho Cristóbal Guerra de los que trajo de las Indias, para que los envíe con persona de cuidado al Corregidor de Jerez de la Frontera “para los tornar donde fueron tomados”. “Y si hallareis que el dicho Pero Hernández los ha vendido o algunos de ellos por mas precio del que dio a Cristóbal Guerra por ellos, cobrad de él y de sus bienes la tal demasía y entregadla a las personas que los hubieran comprado, para que sobre aquello se les acabe de pagar lo que por ellos dio al dicho Cristóbal Guerra”³⁰.

El 6 de junio de 1499, el Obispo de Badajoz Juan Rodríguez de Fonseca firma con Vicente Yañez Pinzón la primera Capitulación para ir a descubrir islas y tierra firme a la parte de las Indias y en ella le autoriza, en nombre de Sus Altezas, para disponer de cuanto hallare, incluyendo “toda manera de esclavos negros o loros o otros de los que en España son tenidos por esclavos y que por razón lo deben ser”³¹.

Sustituído Bobadilla por Fray Nicolás de Ovando, los Reyes le dictan el 16 de septiembre de 1501 las “Instrucciones sobre lo que ha de hacer como gobernador en las islas y tierra firme del mar océano”, en las que le advierten que desean que los indios se conviertan “a nuestra santa fe católica” y salven sus almas “porque este es el mayor bien que les podemos desear”. “Tendréis mucho cuidado de procurar –le dicen- que, sin hacerles fuerza alguna, los religiosos que allá están los informen y amonesten para ello con mucho amor, de manera que lo más presto que ser pueda se conviertan”.

“Procuraréis –añaden- como los indios sean bien tratados y puedan andar seguramente por toda la tierra y ninguno les haga fuerza, ni los robe ni haga otro mal o daño, poniendo para ello las penas que viereis ser menester, ejecutándolas en las personas que fueren culpables y haciendo sobre ello los pregones y prohibiciones necesarios”. Reiterado el mismo encargo para que lo cumplan “los caciques y los otros principales”, los Reyes dicen

²⁹ Colección Documental cit.. tomo II pág. 1358.

³⁰ Colección Documental cit. pág. 1364.

³¹ Colección Documental cit. tomo II, pág. 1151-1153.

saber que algunos cristianos de las islas, especialmente de La Española, tienen tomadas a los indios sus mujeres e hijas y otras cosas contra su voluntad, y le mandan que cuando llegue les dé órdenes de devolver cuanto tienen tomado contra su voluntad y prohíba bajo grandes penas que en adelante nadie ose hacer lo mismo y si se quieren casar con las indias, sea voluntad de las partes y no por la fuerza.

“Porque nuestra merced y voluntad –añaden- es que los indios nos paguen nuestros tributos y derechos que nos han de pagar como nos lo pagan nuestros súbditos vecinos de nuestros reinos y señoríos, pero porque la forma como acá se pagan y cobran a ellos sería grave según la calidad de la tierra, hablaréis de nuestra parte con los caciques y con las otras personas principales de los indios que viéreis son menester, y de su voluntad concordaréis con ellos lo que nos hayan de pagar cada uno cada año de tributos y derechos, de manera que ellos conozcan que no se les hace injusticia. Porque para coger oro y hacer las otras labores que nos mandamos hacer, será necesario aprovecharnos del servicio de los indios, compelerlos a trabajar en las cosas de nuestro servicio, pagando a cada uno el salario que justamente os pareciere que debieren tener, según la calidad de la tierra”.

También se preocupan los Reyes de que entre los cristianos y los indios haya toda paz y amistad y concordia y entre ellos no haya ruidos ni escándalos. “Defenderéis que ninguno sea osado de dar ni vender ni trocar armas ofensivas ni defensivas a los indios poniéndoles para ello las penas que bien visto os fuere; y si en su poder hallárais algunas de las dichas armas, haréis que se las tomen en pago de lo que nos tuvieren que pagar de nuestros pechos y tributos y derechos y se pongan en poder de nuestro factor”³².

Merece especial atención la Real Instrucción dirigida por los Reyes en marzo de 1503 al referido gobernador. De su texto se deduce que los monarcas deseaban que los indios –en lugar de andar por los montes apartados unos de otros- vivieran juntos en pueblos “como están las personas que viven en nuestros reinos”, cada uno en su casa con su mujer y con sus hijos y con heredades para labrar, sembrar y criar ganados. En cada pueblo de los que se hicieran debía haber iglesia y capellán que se encargara de enseñar “nuestra santa fé católica” a los indios y a los niños.

Mandaban los Reyes que no se consintiera a los cristianos que estaban en las Indias tomar las mujeres, hijos o hijas de los indios o hacerles cualquier otro mal o daño en sus personas o en sus bienes, “ni servirse de ellos

³² Colección Documental cit. tomo II, pág. 1288 a 1294.

como hasta aquí han hecho, salvo queriéndolo los dichos indios por su propia voluntad y pagándoles los jornales que justos fueren, según fueren tasados por nuestro gobernador”.

Se preocupaban los Reyes, con la mayor solicitud, de que los indios no trocaren sus bienes con los españoles por cosas de poco valor y de que vistieran como hombres razonables, encargando expresamente al gobernador que “en todo los indios sean muy bien tratados y mirados, porque con mayor cuidado procuren por hacer las casas y labrar y criar ganados para sus mantenimientos”.

No faltaba la sugerencia de que algunos cristianos se casasen con mujeres indias y las mujeres cristianas con algunos indios, “porque los unos y los otros se comuniquen y enseñen”.

Especialmente preocupados por el trabajo de recoger el oro de las minas, encargan al gobernador que tenga mucho cuidado en que se coja mejor y con menos trabajo y sabiendo que se utilizan indios se le manda que no sean maltratados ni agraviados, que lo hagan por su voluntad y pagándoles sus jornales³³.

El 30 de octubre de 1503, una Carta acordada dictada en Segovia por la Reina recuerda que el Rey y ella, “con celo de que todas las personas que están en las islas y tierra firme del mar océano fuesen cristianos y se redujesen a nuestra santa fé católica habíamos mandado que ninguna persona de las que por nuestro mandado fuesen a las dichas islas y tierra firme no fuesen osados de prender ni cautivar a ninguna persona de los indios para traerlos a estos mis reinos, ni para llevarlos a ninguna otra parte, ni les hiciesen ningún otro mal ni daño en sus personas ni en sus bienes, bajó ciertas penas en dicha muestras carta contenidas; y aún por hacerlos más merced, porque algunas personas habían traído de las dichas islas algunos de los dichos indios, se los mandamos tomar y los mandamos poner y fueron puestos en toda libertad. Y después de hecho todo esto, para convencerlos más y habitarlos a que fuesen cristianos y para que viviesen como hombres razonables, mandamos que algunos de nuestros capitanes fuesen a las dichas islas y tierra firme del dicho mar océano y enviamos con ellos algunos religiosos que les predicasen y doctrinasen en las cosas de nuestra santa fé católica y para que los requiriesen que estuviesen a nuestro servicio; como quiera que en algunas de las dichas islas fueron bien recibidos y acogidos, en las islas de San Bernardo e isla fuerte y en los puertos de Cartagena y en las islas de Baru, donde estaba una gente que se dicen caníbales, nunca los quisieron oír

³³ Colección Documental cit. tomo III, pág. 1489 a 1496.

ni acoger, antes se defendieron de ellos con sus armas y les resistieron que no pudiesen entrar ni estar en las dichas islas donde ellos están; y aún en la dicha resistencia mataron algunos cristianos; y después acá han estado y están en su dureza y pertinacia, haciendo guerra a los indios que están a mi servicio, prendiéndolos por los comer como de hecho los comen. Y porque yo he sido informada que para lo que conviene al servicio de Dios y nuestro, y a la paz y sosiego de las gentes que viven en las islas y tierra firme que están a mi servicio y prendiendo los dichos caníbales sean castigados por los delitos que han cometido contra mis súbditos, conviene que yo mandase proveer sobre ello. Y yo mandé a los de mi Consejo que lo viesen y platicasen; y por ellos visto, acatando como nos con celo que los dichos caníbales fuesen reducidos a nuestra santa fe católica, han sido requeridos muchas veces que fuesen cristianos y se convirtiesen y estuviesen incorporados en la comunión de los fieles y bajo nuestra obediencia y viviesen seguramente, y tratasen bien a los otros sus vecinos de las otras islas, los cuales no solamente no lo han querido hacer, como dicho es, más antes han buscado y buscan de se defender para no ser doctrinados ni enseñados en las cosas de nuestra santa fe católica, y contiunamente han hecho y hacen guerra a nuestros súbditos y han muerto muchos cristianos de los que han ido a las dichas islas; y por estar como están endurecidos en su mal propósito idolatrando y comiendo los dichos indios, fue acordado que debía mandar dar esta mi carta en la dicha razón. Y yo túvelo por bien”.

“Por ende, por la presente doy licencia y facultad a todos y cualesquier personas que con mi mandado fueren así a las islas y tierra firme del dicho mar océano que hasta ahora están descubiertas, como a las que fueren a descubrir otras qualesquier islas firme, para que si todavía los dichos caníbales resistieren y no quisieren recibir y acoger en sus tierras a los capitanes y gentes que por mi mandado fueren a hacer los dichos viajes y oírlos para ser doctrinados en las cosas de nuestra santa fe católica y estar a mi servicio y bajo mi obediencia, los puedan cautivar y cautiven para los llevar a las tierras e islas donde fueren; y para que los puedan traer y traigan a estos mis reinos y señoríos, y a otras cualesquier partes y lugares do quisieren y por bien tuvieren, pagándonos la parte que de ellos nos pertenezca; y para que los puedan vender y aprovecharse de ellos sin que por ello caigan ni incurran en pena alguna, porque trayéndolos de estas partes y sirviéndose de ellos los cristianos, podrán ser más ligeramente convertidos y atraídos a nuestra santa fe católica”³⁴.

³⁴ Colección Documental cit. tomo III, págs.1579 a 1581.

Pérez de Tudela, que considera esta provisión “tristemente señalable” hace sobre ella el siguiente comentario: “Era la ruptura de un principio, con lo que ello entraña, bajo el pretexto alegado de remover un estorbo a la evangelización de los otros indígenas. Se trataba –probablemente– de asegurar que las expediciones en torno al ámbito de Urabá, tuviera en todo caso un provecho asegurado: Al Moloch de los “medios inexcusables” quedaba sacrificado el orden de las finalidades. Historia sempiterna, con su sempiterna teoría de consecuencias. Qué parte de ese atentado al raciocinio ético pudo corresponder a la ruina física de la Reina –ya declarada- o qué parte a la imposición de D. Alvaro de Portugal³⁵ sobre aquella situación, no es cosa que podamos ni siquiera aventurar. Lo cierto fue la conversión de la descubierta en un “salteo” desalmado, que el propio siglo, pasados los años, vería como algo infamante”³⁶.

Apenas dos meses después, el 20 de diciembre de 1503, en Medina del Campo, dirige la Reina dos documentos al gobernador de las islas y tierra firma: Una Carta acordada para que los indios de la isla española ayuden a los cristianos en las labores y granjerías de estos, pagándoles los jornales que se tasasen, y una Real cédula para que puedan venir a España los indios que de su voluntad quisieren hacerlo.

Según el primero de dichos textos, la Reina –que recuerda haber mandado a Nicolás Ovando que los indios vecinos y moradores de la isla Española fuesen libres y no sujetos a servidumbre– dice que ha sido informada ahora de que, a causa de la mucha libertad que dichos indios tienen, huyen y se apartan de la conversación y comunicación de los cristianos, de modo que, aún queriéndoles pagar sus jornales no quieren trabajar y andan vagabundos, con lo que los cristianos que viven en la isla no encuentran quien trabaje en sus granjerías y mantenimientos ni les ayude a sacar el oro que hay en la isla, de lo que viene perjuicio a los unos y a los otros. La Reina manda al gobernador que apremie a los indios para que traten y conversen con los cristianos de la isla y trabajen en sus edificios y en sacar y coger oro y otros metales y hacer granjerías y mantenimientos, haciendo pagar a cada uno el día que trabajare el jornal y mantenimiento que, según la calidad de la tierra, de la persona y del oficio, el gobernador estimare que debe tener. Aunque recomienda que cada cacique se haga

³⁵ Es el Presidente del Consejo, a quien Cristóbal Guerra había escrito el 28 de septiembre anterior diciendo que “no hay quien tenga gana de ir a aquellas partes” y que la gente está alterada. Cfr. Colección Documental cit..., tomo III, pág. 1576 y sigs.

³⁶ Pérez de Tudela, *El Descubrimiento entre nebulosas*, cit. pág. CCXXXIV. El autor justifica su última afirmación con la referencia al capítulo I del libro XXXVII de la Historia de Fernández de Oviedo.

cargo de cierto número de indios para que los haga ir a trabajar donde fuere menester, insiste en que lo hagan, no como siervos, sino como las personas libres que son. “Haced que sean bien tratados los dichos indios, y los que de ellos fueren cristianos mejor que los otros, y no consintáis – reitera la Reina- ni deis lugar que ninguna persona les haga mal, ni daño, ni otro desaguisado alguno”³⁷.

El segundo de los referidos documentos está redactado así: “A mí es hecha relación que algunos cristianos vecinos y moradores de la isla Española tienen en sus casas algunos criados y criadas indios industriados en las cosas de la fe de mucho tiempo acá, y que por la crianza y amor que a los dichos cristianos [tienen] no los osan traer creyendo que incurrirán por ello en algunas penas; fueme por su parte suplicado y pedido por merced les diese licencia para que libremente pudiesen traer los dichos indios a estos dichos mis reinos o como la mi merced fuese; y yo, acatando lo susodicho, túvelo por bien”.

“Por ende yo os mando que si los dichos indios e indias o algunos de ellos quisieren venir con los dichos cristianos de su propia voluntad a estos dichos mis reinos les deis lugar que lo puedan hacer, que yo por la presente les doy licencia para ello a cualesquier maestros y capitanes pilotos y personas para que los puedan traer, con tanto que cada uno de los dichos indios que así vinieren traigan fe de vos el dicho gobernador o de otro cualquier gobernador que después de vos hubiere en esas dichas islas, de cómo vienen de su propia [voluntad] sin que por ello caigan ni incurran en pena alguna”³⁸.

Todavía el 14 de febrero de 1504, cuando en Medina del Campo el Rey y la Reina firman las Capitulaciones que autorizan a Juan de la Cosa a descubrir nuevas islas y tierra firme del mar océano (“con tal que no sean las que descubrió Don Cristóbal Colón, nuestro Almirante del dicho mar océano, ni las que pertenecen al serenísimo Rey de Portugal, nuestro muy caro y muy amado hijo”), consignan allí que puede traer oro, plata y otros metales perlas, y piedras preciosas y monstruos y serpientes y animales y pescados y aves, y especierías y droguerías y cualesquiera obras cosas de cualquier género, calidad y nombre que sean, “con tal que no podáis traer esclavos, salvo los que por nuestro mandado son pronunciados por esclavos, que son los que están en las islas de Sant Bernaldo e isla fuerte y en los puestos de Cartagena y en las islas de Baru, que se dicen caníbales”³⁹. La

³⁷ Colección Documental cit. tomo III, pág. 1590-1591.

³⁸ Colección Documental cit. tomo III, págs. 1592.

³⁹ Colección Documental cit. tomo III, pág. 1619.

misma fórmula se utiliza en las Capitulaciones que firma el Rey en Medina el 30 de septiembre de 1504 con Alonso de Ojeda para ir a descubrir islas y tierra firme del mar océano⁴⁰, si bien el 5 de octubre se le da licencia para que pueda llevar consigo “seis esclavos blancos nacidos en estos nuestros Reinos de Castilla, sin embargo de cualquier vedamiento que por nuestro mandado esté puesto para que ninguno los pueda llevar”⁴¹.

El 7 de noviembre de 1504 llega Colón a Sanlúcar de Barrameda, de regreso del cuarto viaje, cuando ya está la reina gravemente enferma. No por repetido resulta menos impresionante el décimo dictado del Codicilo que acompaña el Testamento de la Reina, del 23 de noviembre de 1504:

“Cuando nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas y tierra firme del Mar Océano, descubiertas o por descubrir, nuestra principal intención fue, tal como nos dirigimos en la súplica al Papa Alejandro VI, de feliz memoria, quien nos otorgó dicha concesión, intentar atraer a esos pueblos y convertirlos a nuestra santa Fe católica, y enviar a dichas islas y tierra firme preladados, religiosos y clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir a sus habitantes en la fe católica, para enseñarles las buenas costumbres, y para poner en todo la diligencia debida, como se había convenido más ampliamente en las cartas de dicha concesión. Por ende suplico al Rey mi señor muy afectuosamente, y encargo y mando a dicha Princesa mi hija y a dicho Príncipe su marido, que lo hagan y cumplan así, y que eso sea su principal fin, y que pongan en ello una gran diligencia, y que no consientan ni toleren que los indios, ciudadanos y habitantes de dichas Indias y tierra firme, ganadas o por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y en sus bienes; y que ordenen que sean bien y justamente tratados; y si algún agravio han recibido lo remedien, y provean de manera que no se exceda en cosa alguna lo que por las letras apostólicas de la dicha concesión nos es instruido y mandado”⁴².

Murió la Reina tres días después, a los cincuenta y tres años de su edad y en mayo de 1505 siguió Colón la misma suerte en la ciudad de Valladolid.

Siguiendo la estela de la Reina Isabel, se produce una labor legislativa de dos siglos que acaba constituyendo la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias aprobada en 1636 y que los estudiosos de Derecho del Trabajo no pueden ignorar. En efecto, en ellas se consagra la libertad de trabajo de los indios, el jornal que deben ganar, la prohibición del pago en especie, la computación como tiempo de trabajo del empleado en el

⁴⁰ Colección Documental cit. tomo III, pág. 1656.

⁴¹ Colección Documental cit. tomo III, pág. 1662.

⁴² Colección Documental cit. tomo III, págs. 1673 y 1674.

recorrido, el descanso dominical, la protección de la mujer y del menor, las prohibiciones de cargar a los indios y tantas otras disposiciones que conforman una legislación laboral casi sistemática, cuyo grado de cumplimiento es, todavía hoy, materia de debate entre los historiadores.

El Equilibrio del Código Sustantivo del Trabajo de 1950

Germán G. Valdes Sánchez¹

Introducción

Gentilmente se me ha invitado a participar en un libro destinado a servir como homenaje al Dr. RAFAEL FORERO RODRIGUEZ con motivo de sus 90 años de vida y se me ha solicitado incluir una alusión a la relación personal que me ha ligado a su trayectoria profesional, lo cual cumplo con gusto por medio de las siguientes letras.

En mi memoria ubico mis primeros encuentros con RAFAEL FORERO RODRÍGUEZ hacia los años 1980 o 1981 y los asocio con los gratos y productivos momentos vividos en los congresos del Colegio de Abogados del Trabajo celebrados en Paipa y en Melgar por la época mencionada. A Rafael lo vi ante todo como un caballero, con un impecable manejo de las artes propias de la diplomacia y de las relaciones públicas internacionales, y quien constantemente servía de puente entre la juridicidad laboral colombiana en el territorio patrio y los más ilustrados profesos-

¹ Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Profesor emérito y honorario de la misma Universidad; Director de la Especialización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de dicha Universidad; exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; expresidente de la Sala Laboral de la misma; Expresidente de la dicha Corte Suprema de Justicia; autor de numerosos artículos, ensayos y libros y entre éstos los de "Comentarios al Régimen Laboral Individual Colombiano", "Curso de Procedimiento Laboral", "Análisis de la Reforma Laboral", "Independencia Judicial y Seguridad Jurídica: ejes de la convivencia", "Reflexiones sobre el Derecho Laboral en el Siglo XXI"; miembro del Colegio de Abogados del Trabajo, del Colegio de Abogados Rosaristas, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Instituto de Derecho Procesal, del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; asesor y litigante en la oficina de abogados laboristas "Aslabor Ltda".

res del área en el ámbito latinoamericano. Alguien lo definió, y estoy de acuerdo, como un excelente embajador en el mundo del iuslaboralismo de Iberoamérica.

También tuve la oportunidad y la fortuna de encontrármelo en el ejercicio de la profesión, unas veces en el litigio y otras en los trámites de la negociación colectiva, en ocasiones representando los mismos o similares intereses y en otras en posiciones opuestas, sin que lo uno o lo otro generara cambio alguno en su talante respetuoso y proclive a la obtención de soluciones equilibradas.

En los algo más de treinta años en los que he compartido diferentes situaciones y experiencias con Rafael, sólo puedo registrar motivos de satisfacción y de agradecimiento, comenzando por el haberme permitido compartir con su maravillosa familia, cada uno de sus integrantes al cual más de gentiles, pero siguiendo destacadamente con la relación que me permitió iniciar con destacadísimos juristas de Perú, Argentina, Uruguay, México, Venezuela, España y de otros países, de quienes recibí mensajes jurídicos de maravillosa profundidad que, sin duda, han incidido en mis reflexiones sobre el Derecho Laboral y en la aplicación de criterios en el ejercicio de mi actividad profesional, ya como asesor o litigante, como magistrado o en el desarrollo de mi actividad académica.

Traducir el significado de la amistad con Rafael en estas líneas no es sencillo, dado lo amplio del espectro de matices humanos y jurídicos que resultan de ella, por lo cual acudo, para destacar el valor de esa amistad, a señalar que ella es la que me ha animado a participar en este trabajo.

I. El tema de reflexión

Cuando se me formuló la invitación a escribir para este libro me dieron plena autonomía para la escogencia del tema y tal amplitud generó la primera gran dificultad. No es sencillo escoger un campo de estudio cuando en el proyecto editorial van a participar importantísimos juristas de muy variadas especialidades. El tema no puede ser tan específico para que pueda alcanzar algún elemento de ligamen con la universalidad del texto y por ello decidí plasmar algunas reflexiones sobre un aspecto que menciono en mis clases de Derecho Laboral Individual con alguna superficialidad, dado que soy consciente del rechazo que genera en quienes insisten en escindir el desarrollo del Derecho Laboral, entre otras ramas del derecho, en el Nuevo y el Viejo Derecho, dándole al último una connotación de pensamiento caduco por haber sido construido antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Personalmente no comparto esa división y creo, al contrario, que la construcción de muchas de las expresiones jurídicas posteriores a la Nueva Carta, no habrían sido posibles si no se apoyaran en los criterios que se fueron construyendo a partir del siglo anterior, particularmente con posterioridad a 1930 en lo que toca con nuestro derecho del trabajo.

Creo igualmente, que no se han comprendido muchas de las razones que en su momento condujeron a incluir en el Código Sustantivo del Trabajo varias de las disposiciones que han terminado siendo declaradas inexequibles, bajo unos supuestos que distan muchísimo del sentido social con el cual fueron construidas, eliminando así elementos de protección al trabajo como instrumento comunitario so pretexto de proteger al trabajador individualmente considerado. La mejor protección para la clase trabajadora se encuentra en la defensa de las fuentes de trabajo y una de ellas, posiblemente la de mayor importancia, es el trabajo subordinado, privado o público, que, obviamente, no puede ser concebido sin aceptar la indisoluble relación de empleador y empleado.

En el Código Sustantivo del Trabajo se comienza por declarar que la finalidad del mismo *“es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”*, expresión particularmente iluminada en cuanto al equilibrio pretendido por ese conjunto legal, pues comienza por reconocer que ante todo se debe procurar la justicia entre las partes de la relación laboral y ello supone que no se pueden ignorar los intereses de ninguna de ellas, para reforzar su propósito recordando la importancia de respetar los legítimos propósitos económicos de ambos contratantes y la importancia de ubicar esos fines en el contexto de las relaciones sociales. Aun más, se le impone a los intérpretes de las disposiciones laborales, particularmente a los jueces que son los naturalmente llamados a ejercer tal función de orientar el entendimiento de esas normas, tener siempre en cuenta lo señalado en el artículo primero, parcialmente transcrito arriba.

Tal finalidad explica algunas diferenciaciones y excepciones establecidas en varios aspectos de la regulación laboral. El legislador de entonces tuvo claro, porque eso no es un misterio, que no todos los empleadores por el solo hecho de tener tal condición, son iguales. Algunos son muy poderosos económicamente y con capacidad suficiente para asumir todas las cargas laborales, pero ello no es la constante. Hay empleadores con mermada o mediana capacidad económica y los hay también con muy escasos recursos, hasta el punto de verse ellos mismos obligados a compartir hombro a hombro con sus empleados, la carga de la ejecución de

las labores propias de su actividad productiva. Es obvio que no a todos se les puede tratar por igual porque ello limitaría la posibilidad de creación de pequeñas empresas, talleres u otras actividades que generan empleo formal así sea reducido en el número de plazas de ocupación, y con ello, dan lugar a todos los beneficios derivados del mismo, con la consecuente proyección familiar que de allí se deriva.

No se pretende agotar todos los aspectos en los que se puede considerar que el Código Sustantivo del Trabajo incluyó importantes aciertos que con el tiempo perdieron vigencia o actualidad, sea por desuso o por su exclusión del contexto normativo al ser considerados contrarios a los lineamientos de nuestra Constitución, pero sí se busca con algunos ejemplos invitar a que las reflexiones sobre este Código incluyan consideraciones que fueron tomadas en cuenta por los legisladores de entonces y que de ser preservadas generarían un efecto muy beneficioso para la clase trabajadora de nuestro País. Se habla de la clase trabajadora y no solamente de los trabajadores, porque en la primera se encuentran todos los que derivan la posibilidad de su sustento de su trabajo exclusivamente, incluyendo los que carecen de empleo. Estos últimos son parte de la clase trabajadora pero no son trabajadores porque no tienen lugar para su desempeño, situación gravísima que bien podría ser aliviada mediante el estímulo a la generación de empleo por medio de la creación de pequeñas y medianas empresas que permanecen latentes por el temor a los gravámenes de la contratación laboral formal, una parte importante de los cuales no llegan a traducirse en beneficios para los trabajadores, tal como ha terminado reconociéndose en algunas de las iniciativas legislativas recientes.

II. El aspecto de las prestaciones “patronales”

La regulación sobre la relación laboral realmente termina, en lo que tiene que ver con los nexos individuales, con las normas sobre las vacaciones. En lo sucesivo, el Código se refiere a las prestaciones “patronales” comunes y especiales, conceptos respecto de los cuales comienza reconociendo que no son una carga que emane naturalmente de un contrato de trabajo y por ello prevé desde el inicio que dejará de estar a cargo de los empleadores *“cuando el riesgo de ellas [las prestaciones] sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto”*.

Como la propia Constitución lo señala, la Seguridad Social es un servicio público que podrá ser prestado por entidades públicas o privadas bajo la dirección, coordinación y control del Estado en ejecución de las

reglas diseñadas para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social Integral, con el cual se prevén entidades y procedimientos dirigidos a la adecuada atención de los riesgos cuyo cubrimiento se le asigna a tal sistema, dentro del que se contempla la función de los empleadores, no como prestadores de los servicios y beneficios correspondientes sino como partícipes en el mecanismo de financiación de estos servicios que, en concreto, corresponden a una obligación de la sociedad en procura de brindar asistencia a aquellos de sus integrantes que sufran las contingencias que los marginen de la posibilidad de ejercitar una actividad productiva de la cual deriven su sustento, temporal o definitivamente.

Las prestaciones sociales, llamadas en el Código Sustantivo del Trabajo “patronales” no tienen un nexo directo con el trabajo en cuanto su elemento causal no es la prestación de un servicio y por eso no se encuadran dentro de las obligaciones que surjan propiamente de un contrato de trabajo a cargo del empleador quien, de acuerdo con la ley de seguridad social, sólo tiene con aquellas el deber del pago de una parte de las cotizaciones que todos los habitantes del territorio nacional deben asumir, dentro de los diferentes mecanismo previstos para el efecto dependiendo de la capacidad de pago de cada quien.

En 1950, pese a encontrarse ya prevista su existencia y estar ratificada la misma en la ley 90 de 1946, aun no se había puesto en marcha el sistema de seguridad social destinado a cubrir las contingencias de salud, invalidez, vejez, muerte y paro forzoso que, básicamente, corresponden con las que se asignaron a los empleadores para su cubrimiento por conducto de las prestaciones “patronales” contempladas a partir del artículo 193 del mencionado Código Sustantivo del Trabajo. Pero como los riesgos correspondientes existen por encima de tenerse o no una relación de trabajo, vale decir, surgen en realidad por el único hecho de la existencia humana, resultaba necesario concebir algún mecanismo de protección para todas las personas y en particular para las menos capacitadas para asumir las consecuencias económicas de la materialización de alguna de esas contingencias, lo cual derivó en la asignación provisional de esas cargas a los empleadores, bajo el supuesto de ser ellos, dentro del conjunto social, los mejor dotados económicamente para atenderlas. Claro que los riesgos laborales tienen nexo con el trabajo, pero sus consecuencias, que es lo que realmente se cubre, no distan de las que nacen de los riesgos de salud de origen común, que se sintetizan en la limitación para trabajar.

La carga especial, aunque transitoria, proveniente de las prestaciones comunes se asignó a todos los empleadores por tener, en mayor o menor

medida, un nexo claro con las actividades que el trabajador debía desarrollar en virtud del contrato de trabajo, pero las prestaciones especiales, dirigidas al cubrimiento de otras contingencias cuya ocurrencia era más distante de la ejecución de las labores originadas en la relación laboral o suponían un gravamen particularmente oneroso (caso de las pensiones), fueron ubicadas únicamente en cabeza de algunos empleadores que por su especial capacidad económica podían asumirlas sin poner en riesgo la subsistencia de la actividad productiva correspondiente. Por eso, para poder identificar a esos empleadores de mayor solidez, se destinaron artículos específicos a reseñar las condiciones necesarias para asumir algunas de estas cargas especiales, como la condición de empresa entendida como la unidad productiva con ánimo de lucro y la noción de capital que permitiría conocer cuando se tenía el necesario para convertirse en responsable de algunas de estas obligaciones. No se previó entonces que las variaciones económicas y monetarias dejarían de tener con el paso del tiempo, el contenido de distinción entre empleadores con la suficiente solidez económica y los otros carentes de ella, aunque hoy se debe reconocer que esas cantidades, fijadas repetidamente luego del artículo 260 del C.S.T., han debido ser objeto de actualización en su significado económico en la misma forma como se señaló por la vía judicial que el salario fijado en algunas de ellas debía entenderse debidamente indexado.

Las prestaciones “patronales” comunes en su gran mayoría han sido subrogadas por el sistema de seguridad social y lo mismo ha terminado sucediendo con las especiales. Pero algunas, tanto de las primeras como de las segundas, han subsistido a cargo de los empleadores, en esencia porque no se encuentran dirigidas al cubrimiento de un riesgo, elemento indispensable dado que el tránsito de las obligaciones en cuestión no se previó en relación con las prestaciones sino frente a los riesgos que es la noción cuya responsabilidad asumió la seguridad social. Es el caso del *“calzado y overoles para trabajadores”* y de la prima de servicios, cuya finalidad no concuerda en realidad con la función de cubrimiento de una contingencia sino que obedecen a otras razones, como el evitar agravar la carga del vestuario para los trabajadores en el caso de la primera o de sustituir la participación de utilidades que existió en alguna regulación anterior en lo atinente a la segunda.

Diferente es la situación del auxilio de cesantía que sí se dirige a atender uno de los riesgos más importantes y gravosos como es el llamado en su momento *“paro forzoso”*, pero cuyo traslado al sistema de seguridad social no se ha concretado ante todo por razones del necesario equilibrio financiero que debe existir para asegurar la adecuada atención de las pres-

taciones. Lo mismo puede decirse frente a los intereses sobre la cesantía que en su condición de elemento accesorio, sigue la misma suerte del concepto principal.

También es distinta la situación de las consecuencias del accidente de trabajo cuando en el acaecimiento del mismo media la culpa del empleador, porque en tal evento se da la presencia de un elemento subjetivo distante del riesgo objetivo que le compete asumir a la seguridad social.

Son circunstancias especiales que han impedido el traslado de la carga prestacional correspondiente al sistema de seguridad social, pero ello no contradice la condición de transitoria que tuvo la obligación de los empleadores de cubrir las prestaciones “patronales” comunes y especiales.

De lo visto resulta claro que las prestaciones no son una obligación propia de los empleadores en su condición de tales y que frente a algunas de ellas se excluyó a la mayor parte de ellos para evitar que su gravamen afectara la estabilidad de su actividad productiva y, visto desde el punto de vista social, de la correspondiente fuente de empleo. De las prestaciones que aun se encuentran a cargo de los empleadores por las razones muy sucintamente reseñadas atrás, una de ellas tiene la condición de especial y es la prima de servicios.

Este beneficio fue calificado por el legislador en 1950 como una prestación especial a pesar de no encontrarse dirigido al cubrimiento de un riesgo de los que debían ser asumidos por la seguridad social. Esto significa que aunque en el Código se reconociera que las prestaciones “patronales” solo estarían temporalmente a cargo de los empleadores, desde tal momento debía saberse que la prima de servicios no dejaría de estar a cargo de ellos dado que la figura de la subrogación del riesgo no tenía en relación con tal concepto ninguna operatividad al no estar destinada al cubrimiento de una contingencia.

Ello explica el marco restringido dentro del cual fue diseñada la obligación, que en su origen excluía a todos los empleadores que no tuvieran la condición de “*empresa de carácter permanente*”, limitaba los destinatarios, establecía una reducción en la carga económica para las empresas con un capital menor e imponía unas condiciones especiales para su causación y su conservación. Es decir, el legislador de entonces no tuvo en mente generar ninguna discriminación en relación con determinados trabajadores sino aceptar unas diferenciaciones reales en el caso de los empleadores para limitar un gravamen, que no es consecuencia propia de una relación de trabajo subordinada, a los empleadores con mayor capacidad económica.

Es en esos aspectos en los que se ubicó el elemento de equidad perteneciente al Código Sustantivo del Trabajo, que se pretende destacar en este trabajo. La otra solución, de contenido puramente jurídico, era la de excluir la prima de servicios porque, como se ha señalado repetidamente, no tenía la naturaleza de una prestación y no correspondía a ninguna consecuencia real derivada de la existencia de una relación de trabajo subordinado. Es cierto que fue calificada como prestación para darle una ubicación en el conjunto de reglas establecidas en el Código, pero claramente en el numeral 2º del artículo 306 se explicó por el legislador que esa prima tenía la función de sustituir la participación de utilidades y la prima de beneficios existentes con anterioridad, con lo cual aceptó que no tenía la función de cubrir ningún riesgo, entendido éste como la potencialidad de un daño, que pudiera ser asumido por la seguridad social.

Dicho en una forma muy simple, no se trató de quitarle un beneficio a unos trabajadores sino de darle algo especial o adicional a otros, por el hecho de tener sus empleadores una mayor capacidad económica. Tuvo más la condición de gravamen que de otra naturaleza y por eso su asociación con las utilidades y beneficios que pudiera tener aquel empleador que llenara los requisitos para ser destinatario de tal obligación.

III. El tema de las exclusiones y de las proporciones

En varios apartes del Código se incluyeron tratamientos especiales para ciertos empleadores y para algunos trabajadores. Al igual que lo explicado en relación con varias de las prestaciones “patronales” y como se vio en concreto frente a la prima de servicios, no fue la intención del legislador ser discriminatorio con algunos de los trabajadores sino comprensivo con la condición insuficientemente boyante de muchos de los empleadores. Ser empleador involucra una calificación jurídica pero en su ámbito de aplicación hay un amplio abanico de distinciones y una de ellas, de gran importancia, se refiere a la capacidad económica del empleador.

Por eso en las disposiciones primigenias, por ejemplo, respecto de las indemnizaciones originadas en el despido sin justa causa, se establecían rangos de empresa según su capital para, consecuentemente, imponer unas cuantías diferenciales en el pago resarcitorio. Así mismo se distinguieron los empleadores de acuerdo con el número de sus trabajadores o con la labor a la cual se dedicaran para reducir algunos de los costos de la contratación laboral, siempre bajo el entendido de ser importante procurar evitar el desestímulo para contratación laboral o, lo que es igual, promocionar esta suerte de contratación dadas las evidentes ventajas que

la misma entraña para la clase trabajadora por las importantes garantías que lleva consigo.

Un ejemplo de lo anterior, aunque hoy prácticamente no tiene aplicación, corresponde a la exclusión de los trabajadores ocasionales, accidentales o transitorios respecto de varios de los beneficios previstos en la ley laboral, exclusión que no tuvo por finalidad un marginamiento de estos trabajadores respecto de esos beneficios sino un estímulo para que los empleadores los vincularan laboralmente y no por medio de otra suerte de contratación que podía resultar atractiva dadas las condiciones especiales de estos contratos en cuanto a su limitada duración y a la exigencia de tener por objeto "*labores distintas de las actividades normales del patrono*". Hoy su uso es prácticamente inexistente por las inmensas cargas que representa esta suerte de contratación y por eso quienes atienden estas tareas terminan siendo enganchados por medio de otra suerte de contratación que no cuenta con las garantías y beneficios de la laboral.

No se duda de la importancia de los postulados con los cuales se quiere rodear al trabajo subordinado ni de lo deseable que resulta que el mismo obedezca a la real condición de trabajo digno que apareja una expresión de estabilidad y de una adecuada y suficiente remuneración. Pero lo anterior no impide pensar en que ese trabajo digno debe ser para todos los que potencialmente tienen la condición de trabajadores y no simplemente para un conjunto reducido y privilegiado de ellos, con exclusión de una parte importante de los integrantes de la clase trabajadora, llámense desempleados, subempleados o trabajadores informales.

Por eso, la necesidad real que existe para atender en nuestro entorno social es la creación de fuentes de trabajo y dentro de ellas, las de trabajo subordinado, por lo que resultan socialmente legítimas todas las medidas que se dirijan a estimular la contratación laboral formal, que por sí misma involucra múltiples elementos de protección para el empleado, aunque no represente las condiciones ideales en cuanto al nivel de ingresos ni de beneficios extralegales. En todo caso los ingresos y garantías laborales siempre resultan más favorables para el individuo que las que puedan resultar de otra suerte de vinculaciones.

La industria puramente familiar, los talleres artesanales, las labores agrícolas o pecuarias, las actividades de beneficencia, para no hablar de la microempresa o de los pequeños establecimientos de comercio, no pueden ser medidos con los mismos parámetros de las grandes industrias o los poderosos entes del sector financiero, pero igualmente contribuyen con

la necesidad primaria de la creación de empleo formal y de atender para los trabajadores los beneficios que la propia ley laboral considera básicos y como elementos mínimos para asegurar una adecuada defensa del individuo en relación con las exigencias propias de la adecuada atención de su subsistencia y la de sus familiares.

En suma, el propósito del Código de 1950 al establecer algunas expresiones de tratamiento diferencial fue altamente positivo y desde ese punto de vista resulta concordante con los postulados constitucionales, tanto con los incluidos en la Carta anterior con sus reformas sociales y en especial la de 1936, como con la Nueva Constitución que, en buena hora, ratifica el compromiso de toda la sociedad con la clase trabajadora, aunque algunas de sus expresiones no resultaron ser lo idealmente afortunadas.

IV. La figura de la revisión del contrato

Una de las más importantes figuras del Código representativas de su espíritu de equilibrio se encuentra en la revisión del contrato, referida tanto al individual como al resultante de la contratación colectiva.

Dolorosamente tal mecanismo ha terminado muy secundarizado, poco o nada utilizado y frecuentemente desacreditado porque le atribuyen la condición de herramienta destinada a la desmejora de las condiciones laborales, lo cual evidencia una visión excesivamente miope cuando no gravemente mal intencionada.

La figura de la revisión para los contratos laborales, individuales y colectivos, es claramente tuitiva porque busca que en circunstancias especiales de dificultad para el empleador, los contratos de trabajo no se terminen sino que se adecuen en forma que los cambios permitan superar los inconvenientes sin llegar a soluciones extremas perjudiciales para todos los integrantes de la comunidad laboral.

La ley condiciona la viabilidad en la utilización de la figura para cuando *“sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica”*, lo cual significa que el empleador no puede acudir a ella arbitrariamente sino ante la realidad de situaciones traumáticas que ponen en peligro la continuidad de la actividad productiva en todo o en parte, con el consiguiente perjuicio también para el conjunto de los trabajadores. Además, exige que esas situaciones especiales sean aceptadas como realmente existentes por el trabajador o por el conjunto de trabajadores o declaradas judicialmente para que se pueda acudir a la modificación correspondiente de los contratos de trabajo.

Ante una situación que hace inviable la continuidad de la actividad empresarial, el empleador se ve abocado a la adopción de medidas extremas como pueden ser el cierre de la unidad de producción, empresa o establecimiento, o la reducción del personal por la vía del despido colectivo, naturalmente con la correspondiente autorización del Ministerio de Trabajo, como también puede darse, y la experiencia ha mostrado que ello no puede tenerse como una medida exótica, el abandono de los bienes por parte del empresario con el consecuente incumplimiento de todos sus deberes laborales.

Por eso, como antes se anotó, se pone en manos de las partes del contrato la facultad de revisar su propio acuerdo, por lo demás acudiendo a lo más clásico de la contratación en general como es la modificación por las partes de sus propios consensos. La idea es que mediante un mecanismo de negociación y previo el establecimiento de las circunstancias de dificultad que obligan a acudir a la revisión, las partes convengan las condiciones nuevas que habrán de regir su relación contractual, temporal o definitivamente.

Naturalmente el ideal es que cualquier modificación que restrinja los beneficios para el trabajador tenga una aplicación provisional o condicionada a que se logren superar las circunstancias sobrevinientes de dificultad para que luego se pueda recuperar el desarrollo primigenio de las condiciones de trabajo, pero aunque ello no resulte así, de todos modos se logra el principal objetivo y mayor beneficio para un trabajador como es la conservación del empleo.

Es claro, en todo caso, que por ninguna circunstancia se pueden afectar los derechos previstos en la ley pues ellos cuentan con la garantía constitucional y legal de la irrenunciabilidad, por lo que los acuerdos que puedan resultar de la revisión contractual solamente procederían sobre los elementos extralegales que hubieran sido convenidos o que hubieran tenido génesis en la iniciativa unilateral del empleador. Aquellos que se hubieran generado en la mera liberalidad del dicho empleador, en tanto no se hubieran consolidado como derecho merced a la repetición o costumbre en su reconocimiento, bien podrían ser modificados por el mismo sin acudir a la figura en cuestión dando aplicación al principio según el cual en derecho las cosas se deshacen en la misma forma como se hacen.

Lamentablemente las bondades de esta figura no han sido visualizadas y ello ha contribuido a que en muchos casos se haya acudido por la empresa a las medidas extremas de terminar su actividad o de recortar el número de trabajadores a su servicio, con lo cual se llega a una conclusión

totalmente indeseada, especialmente desde el punto de vista social, dado que lo uno o lo otro se traduce en desempleo que, desde varios puntos de vista, es el resultado más gravoso para un conglomerado social.

En ocasiones, pese a la evidencia del cambio negativo en las condiciones económicas y laborales de la empresa, cuya aceptación por el sector trabajador permitiría un procedimiento ágil en las conversaciones tendientes a lograr el acuerdo entre las partes para la introducción de las modificaciones contractuales correspondientes, se tropieza con un empecinamiento en cuanto a la negación de su existencia, lo cual impone la necesidad de acudir a la vía judicial para el establecimiento de esa situación de anormalidad económica especial, lo que resulta especialmente desestimulante para el empleador por el temor del tiempo que pueda demandar tal trámite, por lo que termina recurriendo a las otras opciones y, en ocasiones, a mecanismo de hecho totalmente indeseables desde todo punto de vista.

Ojalá se hagan nuevas reflexiones sobre esta figura que, entre otras ventajas, representa una sana expresión de civilidad.

Conclusión

Las reflexiones que se han plasmado en estas páginas no pretenden agotar el tema pero sí brindar una visión básica de las reivindicaciones que merecen las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, varias de las cuales han sido marginadas de nuestro ordenamiento legal bajo justificaciones aparentemente tutelares de los intereses de los trabajadores pero que en realidad no recaban en la verdadera teleología de esas normas y ello ha terminado en la mutilación de varias previsiones que se construyeron pensando en la base social y no solamente en quienes tienen trabajo que, en ese conjunto humano, cuentan con elementos protectores que los convierten en privilegiados frente a sus compañeros de clase social.

Se acepta que las condiciones de vinculación laboral en nuestro medio no son las ideales en cuanto al propósito de contar con integrantes de una sociedad que puedan atender dignamente y con suficiencia sus requerimientos vitales, pero tampoco se puede negar que quienes cuentan con un empleo formal llevan mucha ventaja frente a los demás de su mismo entorno social, aunque sea simplemente por el hecho de contar con la seguridad de un ingreso, con una medidas de protección en la ejecución de sus labores, con las expresiones de la seguridad social y con el privilegio de una vida positivamente activa.

Por eso, el principal propósito de un conglomerado social debe centrarse en procurar una ocupación productiva para todos sus integrantes y una

de las opciones más positivas, es la del empleo formal. La defensa de las fuentes de empleo existentes y la promoción de unas nuevas aunque sea en actividades sencillas como son las que proporcionan los empleadores pequeños, debe constituirse en el objetivo social fundamental. Cumplido el mismo podrá pensarse en el deseado mejoramiento de las condiciones económicas de un número mayor de trabajadores subordinados al que existe en la actualidad, que indudablemente es insuficiente para poder creer en que la reducción del lastre de la falta de trabajo está convirtiéndose en una realidad.

Del Delito de la Violación a la Intimidad, Reserva e Interceptación de Comunicaciones

Jorge Enrique Valencia M.¹

Con el escrito que sigue rindo homenaje a mi muy ilustre maestro de práctica forense laboral en el externado de Colombia, por allá en 1965, doctor Rafael Forero Rodríguez, por sus enseñanzas, por su inmenso y grande corazón y su nobilísimo espíritu.

I. Artículo 192. – Ley 890 de 2004. – Violación Ilícita de Comunicaciones

El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años (hoy dieciséis (16) meses a cincuenta y cuatro (54) meses), siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años (hoy treinta y dos meses (32) a setenta y dos (72) meses)².

¹ Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ex Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

² Lo que aparece entre paréntesis y negrilla corresponde al aumento de la Ley 890 de 2004, artículo 14. El Tribunal Constitucional determinó que la expresión “se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo” (L. 890/2004, art. 14) debe hacerse desde la conversión en meses y no en años (Sent. C – 238, mar. 25/2005, M.P. Jaime Araújo Rentería). Un tal aumento rige en cada Distrito Judicial a partir de momento en que entró en vigencia la Ley 906 de 2004 (Sent. Mar. 21/2007. Rad. 26065).

Antecedentes histórico-legislativos

Artículo 304. – Ley 90 de 1936. – Violación de correspondencia.

“El que sustraiga, extravíe, destruya, o intercepte una correspondencia postal, telegráfica o telefónica que vaya dirigida a otra persona, o se imponga indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de quince (15) días a un (1) año, siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad.

Si el responsable revelare el contenido de la correspondencia, y de tal hecho se derivare perjuicio, la sanción será de un (1) mes a dos (2) años de arresto y multa de cinco a quinientos pesos”.

Artículo 288 del Código de 1980.- Violación ilícita de comunicaciones.

“El que ilícitamente, sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de ocho (8) meses a tres (3) años de arresto si se tratare de comunicación oficial.

Si el autor del hecho revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o en perjuicio de otro, la pena será prisión de uno (1) a tres (3) años, si se tratare comunicación privada, y de dos (2) a cinco (5) años si fuere oficial”.

Artículo 192. – Ley 599 de 2000. – Violación ilícita de comunicaciones.

“El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Sí el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años”.

1. Descripción dogmática

Tipo de sujeto activo indeterminado. – Por mandato del legislador, cualquiera puede ejecutar la conducta prohibida sin tener presente ninguna cualidad o condición especial.

Tipo monoofensivo. – Se dirige la agresión a lesionar o poner en peligro a un solo bien jurídico socialmente relevante, merecedor de protección penal, por virtud de la importancia que tiene la libertad de comunicación del pensamiento, garantía insustituible de la libertad individual.

Tipo de acción. – El comportamiento está representada por una conducta voluntaria y positiva del sujeto que produce una consecuencia concreta en el mundo externo.

Tipo de lesión. – El acontecimiento comporta el menoscabo efectivo del bien, objeto de la tutela penal.

Tipo mixto alternativo. – Por representar sendas hipótesis alternativa-mente dibujadas que contemplan la misma amenaza penal y que requie-ren ser consideradas por separado.

Tipo de tendencia. – Por estar acompañada la conducta de un estado es-pecial interno que subyace en el ánimo del autor: sustraer, ocultar, extra-viar, destruir, interceptar, controlar, impedir o enterarse indebidamente de la comunicación, o revelar su intimidad, o emplearla en provecho pro-pio o ajeno, con perjuicio de otro.

Tipo anormal. – Por ser necesario establecer elementos de la descripción típica que aluden a valoraciones de carácter jurídico o cultural.

Tipo de resultado. – La hipótesis legal, con arreglo a su representación y contenido, reclama la producción de un efecto³.

Tipo residual. – Recurriendo a la técnica de incriminación, el delito se aplicará en defecto de otro tipo que contenga mayor riqueza descrip-tiva⁴.

Objeto jurídico⁵

2. Nuestra ley penal sitúa el delito de que se trata entre las conduc-tas que afectan la libertad individual, atendiendo, correctamente, a que la expresión de todas las operaciones del alma, formadas y ponderadas en su entendimiento, están íntimamente relacionada con el interés de la persona por comunicarse con otras, con entera y absoluta autonomía, go-bernando sus propias acciones, sin depender de otros, y sin interferencias

³ Refiriéndose a la legislación penal de su país, Costa Rica, se sostiene “que el tipo penal es estructurado como de peligro abstracto, prueba de lo cual es que para la consumación del delito no se necesita que el que abra la correspondencia se imponga de su contenido. (Javier Llobet Rodríguez – Juan Marcos Rivero Sánchez, Comentarios al Código Penal, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1989, p. 351, 1ª Edición).

⁴ Así también, Francesco Carrara, Programma, Parte Especial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, t. IV, Nros. 1631, 1640, 1641 y Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1946, t. IV, p. 108.

⁵ Suele el hombre -al decir de Carrara-, ser eminentemente sociable y hacer partícipes a sus semejantes de lo que quiere, piensa y siente, para procurarse su ayuda o socorro en lo que ha menester o desea conseguir; con el designio de cultivar los afectos de las almas, que es el supremo bien sobre la tierra. (Cfr. Programma, opus cit., Nro. 1630).

ni intromisiones que nunca tienen –a la vista de lo dicho–, buen recibo. En nuestro sistema positivo la comunicación se protege como medio (*por servir para un determinado fin*), y contenido (*por mirar y comprender el fondo del escrito*). Toda persona tiene el derecho –asegurando la prolongación de un principio político superior–, a que sus partes, referencias y noticias circulen libremente y a que se respete su ámbito de libertad y reserva⁶. La correspondencia es inviolable, según así lo proclama nuestra Carta Política⁷, y como bien explica Maggiore, no puede existir libertad de pensamiento allí donde se suprime o amenaza la libertad epistolar⁸. Consignados estos adelantamientos, el interés protegido no es otro distinto a la inviolabilidad de la correspondencia particular –faceta muy importante de la libertad individual en lo que particularmente concierne a la necesidad social de comunicarse con otros–, y asimismo a que nadie se entere de sus confidencias, o que estas se revelen indebidamente en provecho propio o ajeno, o con perjuicio de otro, conductas todas que tienen encaje en el mismo dispositivo penal. Para abreviar, el valor tutelado es la libertad individual en el aspecto muy sensible de la comunicación con otros corresponsales, contra intromisiones e indiscreciones ajenas.

Objeto material

3. Comunicación privada⁹, como objeto postal, donde se participan sentimientos, impresiones, novedades, sucesos, informes, aspectos personales, etc.

⁶ La libertad de correspondencia es una manifestación eminente del Derecho reconocida a todo hombre, a fin de que desarrolle su propia personalidad, merced a la vida de relación con las otras personas. (Cfr., Florián, *Delitti contro la libertà individuale*, Vallardi, p. 418).

⁷ Art. 15. “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

⁸ Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1955, t. II, p. 893.

⁹ **Jurisprudencia nacional.-**

Para que se configure este delito, se necesita que la sustracción o el hecho imputado se realice sobre correspondencia postal confiada al servicio de correos, sea oficial o privada la empresa.

“Para el Tribunal es indudable que el procesado cometió el delito de abuso de confianza, desde luego que aparece plenamente comprobado en autos que se apropió en provecho suyo el

El carácter privado significa que “los escritos o grabados” con referencias particulares y personales son los que “una persona posee”¹⁰. Objeto material real.

Tipo objetivo

Sujeto activo

4. Puesto que se trata de un delito común, el modelo de incriminación puede ser realizado por cualquiera que posea capacidad penal ante la imposibilidad de que el autor viole su propia correspondencia.¹¹

Sujeto pasivo

5. Lo serán, el destinatario de la comunicación e igualmente el remitente –como titulares del interés protegido por este tipo penal–, los cuales deben estar determinados. Respecto al destinatario podrá ser una persona natural, un extranjero o un ente de creación legal.¹²

dinero que contenía la carta que le fue entregada por el denunciante con destino a su hermana, residente en otro lugar, es decir, que hizo suya una cosa mueble ajena que le fue entregada y confiada por un título no traslativo de dominio.

“Pero en cuanto al delito de violación de correspondencia, cree que no hubo infracción de la ley penal por ese aspecto. En efecto, la respectiva disposición se refiere a violación de correspondencia postal, telegráfica o telefónica, violación que bien puede consistir en que se sustraiga, extravíe, destruya o intercepte, o en que alguna persona se imponga indebidamente de su contenido. Correspondencia quiere decir, entre otras cosas, comunicación por escrito de una persona con otra. La palabra postal (de posta), según el Diccionario de la Real Academia Española, significa lo “concerniente al ramo de correos”. Posta, del latín posita, traduce puesta, colocada. Correo (de correr), conforme al mismo diccionario, tiene entre otros significados el de servicio público que tiene por objeto el transporte de la correspondencia oficial y privada; casa, sitio o lugar donde se recibe y se da la correspondencia. De manera que correspondencia postal es la colocada, depositada o puesta en una oficina de correos para ser transportada de un lugar a otro, es decir, la confiada al servicio público que, naturalmente, puede tener el carácter de oficial o privado. En este orden de ideas, para que haya violación de correspondencia postal, conforme a nuestro Código Penal, la sustracción, extravío, destrucción, interceptación, etc., debe referirse a correspondencia confiada al servicio público de correos, ya tenga carácter oficial o de empresa privada (Tribunal Superior de San Gil. “Jurisprudencia”, pp. 458, 459).

¹⁰ Así, Ricardo Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Marcos Lerner, Editorial Córdoba, Córdoba, 1988, p. 198.

¹¹ “Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, siempre que no sea el destinatario de la comunicación.” (Jorge E. Buompadre, Derecho Penal, Parte Especial, Mario A. Viera Editor, corriente, 2000, t. I, p. 619).

¹² Al igual que la doctrina, la jurisprudencia italiana se han inclinado por considerar que pueden ser sujetos pasivos del delito en examen, tanto el remitente como el destinatario, precisando que la protección jurídico penal se efectúa, en el interés del uno, como del otro (Vicenzo Manzini, Trattato di Diritto Penale Italiano, Turín, 1933– 1939, t. VIII, p. 740). Este autor, agrega, que eventualmente puede ser un tercero. En el mismo sentido, la casación italiana en Sentencia 17- VII- 935, publicada en Giustizia Penale, año 1946, II, p. 945. (Vid., Maggiore, Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, t. IV, p. 498).

Conducta

6. Cométese este delito cuando ilícitamente se sustrae, oculta, extravía, y de igual modo se destruye, intercepta, controle o impida la relación privada de personas ciertas. Y también –según la parte final del tipo–, cuando el autor coge el hilo, de manera indebida, de una carta que plasma o modela la expresión intelectual de las ideas propias del remitente.

7. Se define la *correspondencia* como el servicio público o privado, que tiene como meta final recibir y despachar papeles o pliegos de cualquier naturaleza de un lugar a otro al través del correo. Desde la perspectiva postal aparece integrada por aquellos objetos que se depositen en este servicio para su conducción y entrega. Debe llevar la dirección del destinatario, que ha de estar caracterizado, sin importar que haya fallecido, o esté preso o demente¹³. No lo es, la encaminada a personas indefinidas o desconocidas, como en su momento se dirá.

8. Puede decirse que la *correspondencia* es un concepto genérico, y la *comunicación*, su proyección específica. Para la ley penal –dice Manzini–, correspondencia no viene a ser sino el conjunto de comunicaciones personales directas y mediatas, esto es, relaciones síquicas seguidas entre personas singularizadas que se comunican ideas, propósitos, noticias¹⁴. La *comunicación* se explica, en general, como todo contacto o trato entre personas diferentes y lejanas, hecha por medios idóneos o capaces para transmitir el pensamiento (*palabras, símbolos*), y deberá tratarse de una *comunicación privada*, puesto que en el caso de documentos oficiales, como ya hablaremos, otro tipo penal recoge la conducta (*art. 196*). Se repite –y estamos de sobreaviso–, que la comunicación tiene que efectuarse entre personas susceptibles de ser individualizadas.

9. La comunicación privada a que alude la ley encuentra su forma típica y representativa en la *carta*, documento de carácter privado escrito entre persona y persona, redactada en castellano, o en idioma extranjero, o en clave, firmada o no, que se trasmite en sobre abierto o cerrado, o aun sin sobrar¹⁵. Resultan indiferentes los procedimientos o pasos utilizados para que aquella se encamine a la dirección final. Puede remitirse por la vía del correo oficial o privado, o por mensajero, e inclusive, ser llevada personalmente por el particular interesado.

10. Con certeras frases ha expuesto Cairioli –recordando la doctrina de su patria que se inspira en la autoridad de Florian–, que:

¹³ Maggiore, Derecho Penal, Parte Especial, opus cit., t. IV, pp. 500 – 501.

¹⁴ Trattato, opus cit., t. VIII, p. 78.

¹⁵ Así también, Florián, Delitti contro la libertà, Vallardi, opus cit., p. 416

“La correspondencia epistolar es una comunicación realizada por una persona a otra, en un documento: Se ha dicho certeramente en nuestra doctrina que “esta especie de correspondencia halla su forma típica en la carta, es decir, toda comunicación escrita entre persona y persona, firmada o no, que se trasmite en sobre abierto o cerrado, o aun sin ensobrar, asimismo integran la categoría de correspondencia epistolar, las tarjetas de visita con palabras, las tarjetas postales, fotografías enviadas bajo sobre aun no acompañadas de escrito o de otro signo particular, discos, cintas o células fono eléctricas enviadas bajo sobre o cubierta (cuando fijan un pensamiento del remitente a transmitirse al destinatario). En cambio, los impresos, las muestras sin valor los paquetes postales y las valijas, no son en sí mismos correspondencia ya que no tienen carácter de participación de una actividad del entendimiento de una persona a otra, no son comunicaciones personales. Pero, si una carta fuera colocada dentro de un paquete postal, gozaría de la protección penal”¹⁶.

“La tutela penal –ha expresado muy bien un autor español–, en los delitos de apertura e interceptación de comunicaciones, correspondencias y mensajes abarca y se extiende a su total contenido, cualquiera que fuere su significado y valor –incluso si hicieren referencia a frívolos acontecimientos o contuvieren pensamientos, voliciones o deseos intrascendentes– y surge por el simple hecho del cerramiento de la comunicación o de la entrega de la correspondencia al correo o del mensaje a quien tuviere el deber de transmitirlo”¹⁷.

Primera modalidad del delito

11. Atrás se dijo que el legislador construye la figura penal –en sus formas de integración–, con la fórmula del modelo mixto alternativo. Aunque se ejecute más de una de las acciones previstas en el precepto, el hecho será siempre único, ya que los distintos supuestos consignados en el tipo son equivalentes en su previsión legislativa. Conforme a la enunciación legal, los verbos activos que presiden la estructura punible se indican y explican a continuación:

Sustraer. Es tanto como apoderarse subrepticia y materialmente –que es una detentación de hecho–, de la correspondencia antes de que se entregue al destinatario, poniéndola el autor bajo su poder y disponibilidad física. Y de la misma manera –subraya la doctrina–, cuando se la sustrae del ámbito del sujeto pasivo para pasarlo al suyo¹⁸. Es preciso y necesario, entendiéndose bien, que el agente se adueñe del objeto que no le pertenece y se

¹⁶ Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte Especial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, t. III, p. 199.

¹⁷ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, t. III, p. 204.

¹⁸ Ramiro Salinas Sicha, Derecho Penal, Parte Especial, Grisley, Lima, 2008. p. 552. 3ª Edición.

quede con él. Lo esencial es que se produzca un indebido desplazamiento del lugar donde se halla a otro cualquiera controlado por el agente¹⁹. Hay *sustracción* –escribe un publicista nacional–,

“cuando después de haber sido entregada a la oficina o al empleado de correos, telégrafos o teléfonos, y antes de llegar a su destinatario, se la saca, quita o retira de los sitios donde debe permanecer; con lo cual se priva de la disponibilidad sobre ella a los encargados de manejarla, conducirla o recibirla, y se interrumpe el proceso que normalmente debía seguir hasta arribar al destino que le había dado el remitente^{20”}.

Es de esclarecer, y valga la cualidad de la precisión, que sustraer no significa destruir. Una cosa es poner el sujeto bajo su dominio y acción inmediata la correspondencia, y otra muy distinta, llevársela, para reducirla a cenizas o destruirla, haciéndola desaparecer del todo²¹.

Ocultar. Embozar o enclaustrar. – Esta modalidad que asume la conducta estriba en encubrir o esconder la particular correspondencia sin afectar su existencia física, ocultamiento que puede ser temporal o permanente. Si lo primero, se tratará de una demora intencional con el consiguiente retraso parcial en la entrega, como se ha dicho. Si lo segundo, el carácter permanente de la acción, con sus notas estáticas y sostenidas, se traducirá en el hecho de que difícilmente llegará a manos del destinatario. A no ser que el autor, **motu proprio**, termine o concluya la situación anti-jurídica por él creada, entregándola a quien va encaminada²².

Extraviar²³. Dejar abandonada una cosa sin saber dónde. Es separar o apartar, por cualquier medio, el curso habitual de la correspondencia, la cual no alcanza su meta final sin una nueva intervención del agente²⁴. El

¹⁹ Cfr., Antonio Vicente Arenas, Comentarios al Código Penal Colombiano, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1981, t. II, p. 405.

²⁰ Pedro Pacheco Osorio, Derecho Penal Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1970, t. II, p. 214. En el mismo sentido, Maggiore, Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, t. IV, p. 502

²¹ Vid., con detalles técnicos similares, Carlos Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1980, t. V, p. 391–392.

²² **Jurisprudencia Argentina**

“Constituye el delito de ocultamiento llevar la correspondencia a un sitio ajeno al correo y retenerla allí durante diez días” (Cám. Fed. La Plata, 25/7/1958, J.A, 1958 – IV – 256).

²³ “Se extravía la correspondencia echándola a un canasto, tirándola entre otros papeles, dejándola en un lugar donde se sabe que nunca se encontrará, pudiendo la carta o el pliego mantenerse sin embargo intacta a través de mucho tiempo”. (Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, **opus cit.**, t. V, p. 392).

²⁴ “No comete el delito quien dándose cuenta de que la correspondencia tiene un rumbo equivocado, no lo enmienda”. (Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 358).

destinatario difícilmente tomará conciencia de ella, y por tanto, al no encontrarse o hallarse, no se enterará de su existencia. Acaso se diga que aquella se mantiene en camino, lo cual puede ser cierto, pero en una travesía opuesta o equivocada a la que le concierne, situación que se presenta, entre otras suposiciones, cuando el autor tacha o raspa la dirección original, poniendo otra. El extravío consiste, entonces,

“En desviarla de su itinerario regular, traspapelándola, colocándola en sitio distinto del que le pertenece, remitiéndola a dirección o personas diversas de las destinatarias, entregándosela a quien no va dirigida, etc.; con lo cual se retarda su llegada al legítimo destinatario”²⁵.

Destruir. Es tanto, como romper, quemar, acabar, abatir. La destrucción del objeto postal supone su anulación o eliminación corporal, lo cual puede efectuarse deshaciéndolo, desintegrándolo con agua, fuego u otro medio idóneo; rompiéndolo en pedazos; borrando su grafía, etc.²⁶. Con ello se pierde definitivamente para sus dueños y terceros, de modo que ya no corresponda a su destino²⁷.

Interceptar. Atajar, salir al paso, cortando lo que ya comenzó, lo que se ha iniciado. Es detener o impedir el giro o el recorrido seguido por el correo –sin atentar, naturalmente, contra la integridad de la correspondencia–, para que no la reciba la persona a quien se dirige, y por igual modo, mudar o retardar su entrega al desviarla indebidamente a otras manos con un rumbo opuesto al que tiene asignado. Hay que saber que el punible solo puede perpetrarse durante el tiempo que la correspondencia está en curso²⁸. La cosa protegida se intercepta

²⁵ Pacheco Osorio, Derecho Penal Especial, **opus cit.**, t. II, p. 214

²⁶ “**Destruye** una correspondencia el que por cualquier medio la deshace, arruina o aniquila, privándola de su existencia material. También la destruye, jurídicamente hablando el que respetando, en todo o en parte su forma, la priva de su significado original. En este caso el destinatario puede recibir el mensaje pero de tal manera adulterado, que no sirva para conocer lo que realmente se le comunicaba. Habría sido más exacto emplear la palabra suprimir, como en el código italiano, ya que ella comprende no solo la destrucción física sino también la destrucción jurídica”. (Antonio Vicente Arenas, Comentarios al Código Penal Colombiano, **opus cit.**, t. II, p. 405, Cuarta Edición).

²⁷ Maggioro, Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, t. IV, p. 503.

²⁸ **Intercepta** una correspondencia el que se apodera de ella antes que llegue a su destinatario. Si la toma cuando ya esté la ha recibido y se ha enterado de su contenido no se puede decir que la intercepta. También intercepta correspondencia el que, sin apoderarse de ella, la detiene en su camino, retardando dolosamente la entrega al destinatario. (Antonio Vicente Arenas, Comentarios al Código Penal Colombiano, **opus cit.**, t. II, p. 405, Cuarta Edición). Para Jiménez Huerta, “La expresión interceptar tanto significa gramaticalmente como apoderarse de una comunicación escrita antes de que llegue al lugar o a la persona a que se destina o, de otra manera dicho, detener dicha comunicación en su camino. La

“cuando alguien se apodera de ella antes de llegar a su destino, y por consiguiente, se interrumpe el curso que ya le había impreso el servicio correspondiente”²⁹.

Controlar. Es ejercer el control de un mecanismo o de un sistema. Denota esta forma de delinquir el acto de inspección, fiscalización e intervención del transporte o servicio de la correspondencia particular que se despacha o recibe, sin dañar o destruir, por supuesto, su existencia tangible.

Impedir. Estorbar, imposibilitar o reprimir la realización de algo. Se tiene esta conducta en el punto que el agente obstaculiza o entorpece indefinidamente la entrega del objeto de la acción de tal manera que la correspondencia jamás se recoge, produciéndose necesariamente su pérdida.

12. Mirando el texto legal, valga fijar la vista en varias cosas:

a.- Que la correspondencia, como ya se ha dicho, no vaya dirigida al autor.

b.- Que no entraña delito –en esta primera fracción del punible–, tomar conocimiento de la carta ni tampoco ofrece interés la publicación o generalización de sus términos.

c.- Que la otra forma comisiva recoge, con mucho fundamento, el enterearse indebidamente del fondo de lo escrito.

d.- Que la circunstancia agravante de revelar el contenido de la comunicación o emplearla en provecho propio o ajeno, o con perjuicio del otro, se examinará más adelante.

e.- La correspondencia solo puede ser desviada mientras está en curso, y ello sucede desde el momento en que el remitente se desprende de la correspondencia, hasta el momento en que de ella se desprende el correo³⁰. La entrega se hace a quien se destina aunque no se reciba personalmente, si la pieza se coloca en poder de una persona facultada para tal fin o se deposita en lugar autorizado por la Ley de Correos o por el estatuto de la empresa particular a la que se le haya confiado el transporte³¹.

Destinatario original de la correspondencia

interceptación puede realizarse ora sustrayendo o suprimiendo la comunicación, ora desviándola de su destino para hacerla llegar a un lugar en que el destinatario es desconocido y necesariamente se producirá su pérdida”. (Derecho Penal Mexicano, **opus cit.**, t. III, p. 209). Según Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas la interceptación consiste en el apoderamiento de una cosa que está siendo dirigida a su destino y antes de que llegue a este. (Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 427, Décima sexta edición).

²⁹ Así, Pacheco Osorio, Derecho Penal Especial, **opus cit.**, t. II, p. 215.

³⁰ Cfr., Soler, Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. IV, p. 117.

³¹ Cfr., Núñez, Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. V, p. 105.

13. La correspondencia debe estar dirigida a persona o personas determinadas o que se puedan determinar. El hecho desaparece –glosa Manzini–, si el remitente sabe que el destinatario es imaginario e igualmente en aquellas hipótesis en que la misiva no tiene dirección.³² Cree el maestro italiano que si en el sobre no se consigna ningún nombre o algún dato que permita conocer su identidad, ni tampoco existe domicilio, o señas escritas, para hacer saber dónde y a quien se manda, no existe tutela penal que resguardar. Por cierto que nada importa que el destinatario esté ausente de su domicilio o que en el entretanto hubiera fallecido. La violación a la ley penal subsiste en estos casos.³³

14. Imperioso resulta advertir que la comunicación tiene que ser actual y dirigirse a una persona auténtica y verdadera de forma tal que por sus antecedentes y datos personales su identificación se logre y no deje lugar a dudas³⁴. No constituirá delito darse cuenta de una carta fechada mucho tiempo atrás y enviada a sujetos indeterminados, esto es, al público, o a los electores, a los conciudadanos, o a los estudiantes de una Universidad o a los residentes de un club, condominio, parcelación etc. Es también importante, por ser necesario, que tenga una dirección visible en su exterior y un nombre que exprese o establezca, de una u otra forma, su reconocimiento.

15. Hay una situación excepcional –comenta Bayardo Bengoa–,

“cuya consideración es importante hacer: si el destinatario fuera persona imaginaria –y el agente de la conducta lo supiera– no habría delito no obstante la voluntad consciente del agente, de abrir el respectivo pliego; y ello porque siendo el destinatario persona inexistente, no hay relación de correspondencia por falta de requisito de la personalidad; en tal situación del delito, el agente encuadraría su conducta en la hipótesis del delito putativo”³⁵.

³² Trattato, **opus cit.**, t. VIII, p. 652.

³³ Precisa Núñez que “No se excluye el delito porque el autor sepa que el destinatario es imaginario o que ha dejado de existir, porque la ley sólo exige que el autor no sea el destinatario y el remitente subsiste como titular del bien ofendido”. (Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. V. p. 98).

³⁴ “La norma requiere que la correspondencia sea actual y personal. Un escrito pierde el carácter originario de comunicación y, por tanto, de correspondencia, cuando por el transcurso del tiempo, o por otra causa, no se le puede asignar sino un valor meramente retrospectivo, coleccionístico, histórico, artístico, científico o probatorio. En estos casos la correspondencia asume el caso de un escrito cualquiera, esto es, de un documento de propiedad del destinatario o de quien tenga derecho”. (Raúl Peña Cabrera, Citando a Manzini en, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, t. I, p. 531).

³⁵ Derecho Penal Uruguayo, Parte Especial, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, t. VII, p. 260.

Correspondencia anónima

16. Se pregunta si la comunicación sin rúbrica, y con más fuerza, la que aparece suscrita con seudónimo, tiene o no carácter penal. Contesta Nelson Hungría afirmando que es irrelevante que esta sea anónima o signada con seudónimo, o nombre supuesto, pues la ley protege contra la indiscreción, tanto al remitente como al destinatario³⁶. A su vez, explica Frago que no se excluye la tutela penal en relación con la carta anónima, desde que el destinatario esté señalado³⁷.

Pensamos que dilucidar esta cuestión es del todo indiferente, porque lo esencial es que el autor –con la conciencia de que actúa ilegalmente–, da a conocer cosas personales o privadas que solo a su titular inspiran interés, como así lo pregonan la interpretación doctrinal más aceptada y lo contempla específicamente la ley.

Las encomiendas

17. Como lo destaca la doctrina foránea (*Majno, Manzini*), dentro de la previsión legal de este tipo no están comprendidas las encomiendas que ciertamente no revisten la característica de una comunicación personal entre remitente y destinatario. Encomienda es todo lo que se envía, como cualquier objeto (*ropa, comida*), y lejos está de asimilarse a la correspondencia³⁸, pero, en cambio, sí lo estaría la carta puesta dentro de ella³⁹, siempre que el sujeto la abra y se entere indebidamente de su redacción, captando lo útil o conveniente, aunque lo fuese irregularmente desde el punto de vista postal⁴⁰. Al decir de Manzini, si el sujeto se apodera de un “*saco postal*” sin abrir ninguna de las cartas incluidas en el mismo, no habría cometido el delito en estudio.⁴¹

La otra modalidad punible: ilegítimo conocimiento del contenido

18. Respecto a la segunda conducta prohibida –como forma propia y autónoma de tipicidad–, el sujeto debe instruirse o empaparse ilícitamente del escrito que se envía a otro y que va depositado en el interior de la correspondencia. No es suficiente que se ofrezca a la vista. Esto no es todo, si

³⁶ Comentarios al Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1958, v. VI, p. 237.

³⁷ Licoes de Direito Penal, Forense Río de Janeiro. t. II, p. 237. 6ta Edición.

³⁸ Cairioli Martínez, Curso de Derecho Penal Uruguayo, **opus cit.**, t. III, p. 201.

³⁹ Comenta Maggiore –con base en el derecho penal italiano–, que “se presenta este delito en caso que la carta haya sido violada únicamente para comprobar si la correspondencia incluía valores”. (Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, t. IV, p. 500).

⁴⁰ Cfr., Soler, Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. IV, p. 114.

⁴¹ Trattato, **opus cit.**, t. VIII, p. 754.

cabe hablar así. Lo expresivo es que el autor, insistimos ahora, se imponga efectivamente de su contenido, conforme lo enseña la norma penal de manera tajante y manifiesta. Sin ello, la infracción no prosperará no obstante el hecho de abrir la correspondencia porque esta forma no se parifica con aquella⁴². Lo cual significa la necesidad de que el agente lea lo que por letras está escrito⁴³ y que le conviene saber⁴⁴, sin que interese que haga o no uso de sus manifiestos y pasajes. En tales condiciones, y sin pretensiones o pleitos, el suceso está realizado. El ciego o el inculto no cometerían esta conducta a no ser que pongan a un tercero a que pronuncie con palabras lo que allí se hace patente. No basta, pues, con abrir o destapar el sobre, mas venir en conocimiento de lo que en ello aparece, del papel que va por dentro, participándole alguna cosa⁴⁵. La lectura por el autor –y esto no suscita ninguna duda por postular una verdad irrefragable–, es un momento posterior a la sustracción o interceptación de la correspondencia. Por demás, no exige la preceptiva penal –en este particular supuesto–, que la comunicación contenga secretos o confidencias que, como tales, no pueden conocerse o trascender a otros.

Contenido de la comunicación

19. El *contenido* no es más que la acción de informarse el agente –sin facultad expresamente otorgada por la ley, ni por los interesados–, de una comunicación personal que un sujeto hace a otro sujeto, acerca de consideraciones delimitadas que solo a ellos interesa explicar y meditar y que otros desconocen. Comprende no solo las expresiones vertidas en la escritura sino cualquier otra cosa relevante adjunta a la misma, como por ejemplo, el material gráfico. Es insuficiente romper el sobre, cuanto conocer o haber comprendido, al menos, parte de las expresiones transmitidas a través del lenguaje escrito. Dado el texto del tipo legal, resulta prohibida

⁴² Laje Anaya, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 191.

⁴³ El término “imponerse” es más amplio y más elástico que “leer”. (Llobet – Rivero, Comentarios al Código Penal de Costa Rica, **opus cit.**, p. 353, 1ª Edición.

⁴⁴ Dice Manzini que es indispensable que el agente lea la comunicación hecha, pues es el único medio de indagar su contenido (Trattato, **opus cit.**, t. VIII, p. 834). Maggiore opina “que le parece excesiva la opinión de Manzini, de que este delito sólo puede cometerse por medio de la “lectura”, y que por consiguiente no puede imputárseles a los analfabetos y a los que ignoran, en general, la lengua en que está escrita la correspondencia”. (Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, t. IV, p. 500).

⁴⁵ “No basta con haber visto la correspondencia, sino haber comprendido por lo menos una parte esencial de su contenido”. (Ranieri, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1975, t. V, p. 496).

la lectura de lo compuesto por otro, porque de ser esto así, el delito se configura.

20. El autor se *impone del contenido* de una correspondencia –explica Nuñez–, cuando por la lectura directa o sacando reproducción, sin apoderarse de ella, se entera del contenido del pliego, telegrama o de otra pieza de correspondencia cerrada, abriéndola o sin abrirla⁴⁶. Se insiste y porfía: es esencial que una vez que el autor abra la correspondencia y pase revista a la comunicación, se percate y tome conciencia de los estados de ánimo, impresiones y sensaciones precisados allí. Es obligante que tome conocimiento del mensaje y de las aserciones que allí se representan.⁴⁷

21. No tiene, pues, apoyo ni justificación ante la ley punitiva, la conducta del sujeto que no solamente toma la correspondencia que no está cautelada por ninguna seguridad externa, y en seguida abre la carta, con el ánimo de imponerse de lo que se dice y hace constar, por tratarse de una ilegal intrusión. De por sí, el acto atenta contra la libertad de comunicación, y su marco de intimidad, que es uno de los atributos de la personalidad del ser humano, con sus notas, siempre actuales y presentes, de exclusividad y discreción. Bien que resulta irrelevante que la vuelva a cerrar para imprimirle el curso postal que le es propio, restituyéndola al estado anterior (*statu quo ante*), puesto que de ambas maneras se modifica el mundo exterior.

22. Con relación al tema tratado, y con la significación y entendimiento de la ley penal de su país, trae a colación Molinario una cuestión que vale tener a la vista:

“...una revista tenía una sección denominada “Consultorio de psicoanálisis”, atendida por una mujer y destinada a evacuar las consultas que formulaban los lectores. A raíz de haber sido despedida la encargada de aquella sección por la dirección de la revista, ésta encargó a otros redactores y empleados aquella sección. Entre tanto, los lectores siguieron formulando sus acostumbradas consultas, que dirigían, siguiendo instrucciones, al seudónimo de la antigua encargada. Las personas que sustituyeron a ésta, abrían las cartas recibidas y contestaban las preguntas contenidas en las mismas. La antigua encargada promovió querrela por violación y retención de correspondencia, delitos que estimaba cometidos en su perjuicio.

La Cámara del Crimen rechazó las pretensiones de la actora decidiendo que “el artículo 153 del Código Penal exige, como condición esencial para la exis-

⁴⁶ Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. V, p. 105.

⁴⁷ Así también, Damasio E. de Jesús, *Direito Penal*, **opus cit.**, t. II, p. 292.

*tencia del delito que contempla, que la carta sea abierta por la persona a quien no le fue dirigida; y ese extremo no se encuentra reunido cuando la misiva se ha dirigido a la sección de una revista, formulando consultas y utilizándose a ese efecto, de acuerdo a instrucciones expresas, el seudónimo de la querellante encargada de esta sección, siendo abiertas por un empleado superior autorizado a tal fin*⁴⁸.

Otro delito?

23. Ahora, si el propósito del autor es dañar, inutilizar, hacer desaparecer o destruir el objeto, sin la intención de conocer o revelar su carácter expresivo, o emplear la comunicación en provecho personal o de un tercero, el punible a investigar sería otro: un delito de daños (*art. 265*). Y con otro linaje de razones, si la voluntad del sujeto se endereza a apoderarse de la carta para conocer las intimidades del otro y constreñirlo después, a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con ánimo de enriquecimiento personal, o de un tercero, habría una extorsión (*art. 244*), y acaso se hable –dentro de la teoría del concurso–, de una pluralidad de hechos punibles independientes que se funden en un único proceso (*art. 31*).

Apertura y enteramiento de la comunicación

24. Se ha dicho y apostillado –retirada y machaconamente por los especialistas del tema–, que no configura conducta contraria a derecho la lectura de una comunicación cuya cubierta estaba abierta y cualquiera puede acceder a su interioridad⁴⁹. Lo que envuelve, según se afirma, la renuncia del remitente para que su tenor sea conocido por cualquiera, declinando su interés por resguardar su entendimiento de terceros⁵⁰. Y más aún, que una tal actitud,

*“Implica el consentimiento de que terceros distintos del destinatario tomen conocimiento de su contenido”*⁵¹.

No participamos del criterio, porque en el tipo que describe la conducta, esta particular situación no es tenida en nada. La circunstancia de que no se cierre o lacre el sobre, o no se adopten otras seguridades para tal fin –formas protectoras del objeto–, no significa que el remitente o el receptor

⁴⁸ Derecho Penal, Parte Especial, La Plata, 1943, pp. 384 – 385. 2º curso.

⁴⁹ Por todos, Núñez: “No constituye el delito enterarse de una correspondencia abierta, puesto que implica la renuncia del titular al secreto de ella”. (Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. V, p. 105).

⁵⁰ Damasio E. de Jesús, *Derecho Penal*, **opus cit.**, t. II, p. 291

⁵¹ Carlos Creus, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, t. II, pp. 361- 362.

tácitamente autoricen su examen y repaso por otros o su difusión a distintos fulanos. Dentro de los límites a que pueden llegar las cosas, exigir que la carta se encuentre cerrada –lo que impide de algún modo ver el interior entre un espacio limitado y lo que está fuera de él–, es un requisito que la ley colombiana no contempla ni prevé.

25. En la sistemática nacional resulta del todo indiferente –desde cualquier punto de vista–, que la correspondencia esté cerrada o abierta⁵². Está cerrada si es enviada al destinatario con las seguridades y custodias del caso (*costuras, lacre, cera*), gesto que podría demostrar la voluntad del expedidor por rodearla de seguridad y resguardo, y abierta, en el supuesto contrario, cuando se hace caso omiso de la goma del cierre y no está tapada por broches metálicos o por otros sujetadores. Actitud que no autoriza a nadie a imponerse de lo allí consignado (*el animus sciendi de los romanos, saber lo que lícitamente no debiera saberse*). Lo principal a destacar –y es digno de nota–, es que nadie tiene por qué entrometerse en el mundo personal de otro, para conocer de primera mano sus relaciones y pensamientos, o para ilustrarse de las indiscreciones y debilidades, involucradas en el escrito, las mismas que atañen al ámbito de su exclusiva disponibilidad, como guiones particulares de la libertad individual. El imponerse de la comunicación, explica Donna, tanto puede hacerse abriendo o no la carta, apoderándose de ella o no, ya que bastaría que la retuviera y mirara al trasluz⁵³. En opinión de Núñez, Fontán Balestra y Soler, y a pesar de que la ley de su país no hace la salvedad, debe tratarse de cartas o pliegos cerrados⁵⁴.

Importancia de la comunicación

26. No puede argumentarse que la comunicación abarque un alcance apreciable o digno de estimación por su substancia, fondo y solidez, para ser penalmente protegida, porque aquí prevalece a más del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, únicamente asequible a los interesados, la protección de la libertad que rodea las personas, pero naturalmente, deberá tener valor y miga para estas por su exclusividad o privacidad. Puede tratarse de argumentos de elevada penetración, o referencias o noti-

⁵² En contra, Calixto Montenegro para quien si la correspondencia está abierta “no cometerá delito quien se imponga de ella “por suponer” en el emisario autorización de conocimiento por terceros” (Curso de Derecho Penal Especial, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1977, **opus cit.**, t. I, p. 409).

⁵³ Derecho Penal, Parte Especial, – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, t. II- A, p. 359.

⁵⁴ Vid., Oscar Alberto Estrella – Roberto Godoy Lemos, Código Penal, Parte Especial, de los Delitos en Particular, arts., 140/185, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1996, p. 233.

cias que a los demás no cautivan, o que no merecen la pena ser tenidas en cuenta por su trivialidad o frivolidad, pero que se respetan y consideran –a no ser que se trate de una simple hoja sin ninguna relevancia o mérito–, porque son expresiones de la libertad individual y estados recónditos de la vida privada, o por decirlo así, son componentes de un diálogo entre dos individuos que alternativamente intercambian ideas, afectos, pareceres y controversias. Expone magistralmente Manzini que la ley presume,

*“En modo absoluto, en todas las comunicaciones hechas por medio de la correspondencia, una importancia jurídica suficiente como para determinar la intervención de la ley penal, aun si su contenido no tuviere notable interés práctico, y esto porque se tiene presente la libertad individual y no los intereses diversos”*⁵⁵.

Con parecido criterio, Soler:

“No es de extrañar que la palabra escrita adquiera así una protección absolutamente independiente de la materialidad del papel en que consta, y que la ley acuerde preferencia a esa clase de cosas, despojadas casi de valor material como cosas muebles, pero cargadas de sentido humano”.⁵⁶

“Pouco importa - dice Magalhaes Noronha–, que conteúdo da correspondencia, seja secreto, grave, serio, fútil jocoso etc.: o devassamento será sempre crime”.⁵⁷

27. De seguro que no exige la estructura del delito, según dejamos aclarado, que la comunicación encierre cavilaciones cautelosas, a solapo, o bajo sigilo. La ley no reprime en este segmento penal el secreto de la comunicación privada sino la captación y la inteligencia indebida de sus términos.

28. Por supuesto que si el sujeto al abrir la comunicación se encuentra con que las letras están extendidas en idioma extranjero, o en un código de signos convenidos para la transmisión de mensajes privados, a la manera de una carta cifrada, es patente y perceptible que no podrá hacerse cargo de lo allí escrito. A no ser que alguno, versado en estos menesteres, traduzca o descifre lo que está representado en esa lengua o interprete, con su verdadero significado, lo segundo. De no ocurrir lo que se acaba de mencionar no se realizará ésta parte de la segunda conducta aunque podrían configurarse formas imperfectas de la actividad delictiva por tratarse de acciones próximas al tipo.

⁵⁵ Trattato, **opus cit.**, t. VIII, p. 739.

⁵⁶ Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. IV, p. 109.

⁵⁷ Direito Penal, Saraiva S.A. Livreros Editores, Rio de Janeiro, 1976, v. II, p. 192.

Medios

29. El tomar conocimiento de informes, opiniones, percepciones y testimonios plasmados en la comunicación privada –hecho realizado ilícitamente–, puede hacerse de distintos modos o maneras. La ley no registra modalidad especial para conocer sus alcances e influencias; es bastante que el autor, proceda a la lectura de la pieza, leyéndola al trasluz, o de soslayo, con el objeto puesto entre la luz y el ojo, o al través de aparatos especiales, o simplemente abriéndola, con el mismo propósito⁵⁸. Pero no es suficiente con abrir la cubierta: *debe leerse y enterarse del contenido, percibiendo su significado*, lo cual representa una ofensa a su libertad personal, y de paso, una clara perturbación de la intimidad que caracteriza toda comunicación. Basta, pues, dice Vásquez Iruzubieta, la imposición de su contenido para perfeccionar el delito⁵⁹.

Puede el marido leer la comunicación dirigida a su mujer, o viceversa ¿?

30. En el plano penalístico, controvertido ha sido el punto de si uno de los cónyuges puede abrir la correspondencia de su compañero y conocer los mensajes privados dirigidos a él. En la vida práctica y jurídica, el análisis de esta cuestión origina intensas discusiones e intrincados problemas de interpretación. Y bien:

a.- Opina Nelson Hungría que recíprocamente los esposos pueden abrir las comunicaciones sin que ello constituya crimen alguno, no pasando esto, en un caso o en otro, de simples indelicadezas⁶⁰.

b.- Considera Magalhaes Noronha que en el caso de que un cónyuge toma conocimiento de la carta del otro, tal acción no debe ser elevada a la categoría de un crimen. La vida conyugal, añade, establece una comunión tan íntima entre marido y mujer que, bien es decir, crea un estado de renuncia permanente a ese derecho que él dispone. Esto, asienta y proclama, es meramente académico. Dudamos, dice, que una esposa, en *Santa paz do*

⁵⁸ No importa el “cómo se impone del contenido; es suficiente con que se imponga por vía directa, como sería por ejemplo, el proceder a la lectura al trasluz”. (Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, *opus cit.*, t. V, p. 396).

⁵⁹ Cfr., Código Penal Comentado, Editorial Plus Ultra S.A.I. y C, Buenos Aires 1971, t. III, p. 142.

⁶⁰ Afirma el profesor brasileño, en adición, que solamente por motivos inconfesables (ilícitos inmorales), puede querer un cónyuge ocultar la propia correspondencia al conocimiento del otro, de modo que muy por encima de esta pretendida facultad está el interés de preservar el espíritu de unidad y seguridad de la vida conyugal, o de la irrestricta intimidad doméstica. (Comentarios ao Código Penal, *opus cit.*, t. VI, p. 239).

Senhor con el marido, puede ser procesada por haberla abierto. La hipótesis, pues, sería más viable si ella contiene prueba de adulterio⁶¹.

c.- La vida en común —explica Damasio E. de Jesús—, produce tal comunidad de intereses y de intimidad entre los conyugues, que es incorrecto afirmar que existe delito si, por ejemplo, la mujer lee una carta dirigida a su marido. Puede ser un acto indelicado, más no un acto criminoso. En los términos del art. 231, II, del C.C. la vida en común es deber de los casados⁶².

d.- Eusebio Gómez, no coincide con el juicio de que los cónyuges puedan recíprocamente abrir la correspondencia del otro, y mucho menos, la del marido privilegiadamente. Bien que admite que la mayoría de los autores sostiene lo contrario. A tal efecto, expone:

“Si por razones obvias puede consagrarse la impunidad de los padres y tutores, respecto de la apertura de la correspondencia de los hijos menores y pupilos, no debe consagrarse la de los cónyuges por las recíprocas violaciones de su correspondencia y, mucho menos, la del marido exclusivamente.... El derecho de vigilancia no puede convertirse en el derecho al espionaje conyugal. Autorizar tal espionaje es conspirar contra la dignidad del matrimonio, que tiene su fundamento más sólido en el respeto que se deben los esposos entre sí. El derecho a la inviolabilidad a la correspondencia pertenece a todo individuo y respecto de todos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. El marido que duda de la fidelidad de su mujer, no puede hollar ese derecho en procura de pruebas que funden su sospecha”⁶³.

e.- Opina Molinario que,

“Tanto el esposo como la esposa, se hallan facultados para enterarse del contenido de la correspondencia dirigida a sus respectivos conyugues y ello por la confianza y comunidad de intereses que el vínculo matrimonial comporta”⁶⁴.

f.- La facultad del esposo respecto al epistolario dirigido al otro desposado, solo es admisible, dice Emilio C. Díaz, *“en casos de gravedad, apreciable en concreto, ante el hecho particular”⁶⁵.*

⁶¹ Direito Penal, Parte Especial, Editora Saraiva, São Paulo, Brasil, 1986, t. II, p. 194. 9ª Edição.

⁶² Direito Penal, **opus cit.**, t. II, pp. 293 - 294.

⁶³ Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, t. III, pp. 412-413.

⁶⁴ Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, p. 384. 2º Curso.

⁶⁵ El Código Penal para la República Argentina, Librería y Editorial “La Facultad”, Buenos Aires 1947, pp. 330 - 331. 5ª Edición.

g.- Piensa Soler que actualmente no es posible admitir un derecho de inspección sobre la correspondencia, si bien en épocas anteriores se llegaba a reconocer esa facultad hasta en el patrón con relación a sus subalternos. Hoy, asevera, no puede admitirse semejante facultad ni siquiera al marido con respecto a la mujer. Advierte finalmente que la ley española lo autoriza expresamente y que contra esta repugnante facultad se muestra dudosa la opinión italiana, citando a Florián, Manzini y Negri.⁶⁶

31. Manzini, luego de sostener que la autoridad marital no da facultades al marido para ponerse al corriente de los escritos privados que recibe su esposa, ni para sustraerlos, suprimirlos o desviarlos, admite que, sin embargo, pertenece al cónyuge –marido o mujer–, la facultad de que se habla, si tiene razonables sospechas de que aquella contiene la prueba de la infracción a la obligación jurídica de recíproca fidelidad o de otras obligaciones de asistencia familiar⁶⁷.

h.- Florián cree que sólo excepcionalmente puede permitirse al marido la facultad de abrir el papel escrito y dirigido a su mujer, y evoca en este aspecto, un fallo del Tribunal de Casación, por encontrar justa, la siguiente decisión de la jurisprudencia italiana:

«No constituye delito el hecho del marido que, en ejercicio de su derecho de vigilar la conducta de la mujer, cuando tenga dudas sobre su fidelidad, toma conocimiento de la correspondencia dirigida a ella»⁶⁸.

i.- Y con una última consideración, el artículo 174 del Código penal mexicano contempla como casos de justificación los siguientes:

“No se considera que obren delictuosamente los padres que abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a sus hijos menores de edad, y los tutores respecto de las personas que se hallen bajo su dependencia, y los cónyuges entre sí”.

Anotan Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas que en esta situación concreta –expresamente reconocida en el texto legal–, se consagra ausencia de antijuridicidad, aunque más bien constituye una excusa absoluta⁶⁹.

32. La literatura nacional, a lo que conozco, no se ocupa del asunto, para tomarle siempre prestado algo a nuestros afanes y propósitos, porque es cosa de admirar la nieve de muchos inviernos, a más de la sabidu-

⁶⁶ Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. IV. p.

⁶⁷ Cita de Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, **opus cit.**, t. III, pp. 411 – 412.

⁶⁸ Delitti contro la libertà individuale, **opus cit.**, p. 428.

⁶⁹ Código Penal Anotado, **opus cit.**, p. 428.

ría, que acompañan por siempre a nuestros preceptores y maestros. Ya sabemos que el legislador protege la libre comunicabilidad entre las personas –ámbito granado de la vida de relación y cuya ofensa constituye un atentado a la libertad individual–, y nadie, si siquiera el esposo o la esposa están autorizados para invadir la intimidad del otro y enterarse de sus aspectos personalísimos en toda la extensión de afecciones y sentimientos, y en condiciones tales, no puedo menos que estar de acuerdo con el criterio de los profesores argentinos, Gómez y Soler. Si ambos tienen dentro del hogar la misma autoridad y compromiso, por aquello de la igualdad de sexos, es comprensible el mutuo respeto y las consideraciones recíprocas que deben ser la regla general.⁷⁰ Sin que pueda entronizarse un derecho al “*espionaje conyugal*”, acción que no tendría realce, ni razón de ser, por invadir y lesionar el objeto protegido.

33. El matrimonio no concede, ¡no faltaba más; a ninguno de los esposos, el “derecho”, así entre comillas, a violar la correspondencia del otro. No es posible entronizar o justificar la acción de espiar o acechar las cartas o comunicaciones por sospechas, así fueren fundadas, de infidelidad, o de conducta ilícita, actitud que no tiene sentido, ni razón de ser, por invadir y lesionar la seguridad de la correspondencia, manifestación específica de la libertad individual, derechos constitucionalmente consolidados y asegurados en nuestro sistema legal.

La ilicitud del hecho. Elemento normativo

34. El conocimiento del documento privado debe hacerse *ilícitamente* y su enteramiento de manera *indebida*. Aunque puede ser exacto, ni más ni menos, que el empleo de las expresiones acotadas (*ingredientes normativos de la figura típica*), contribuyen a fijar, con más fuerza y vigor, la noción legal de la infracción se vuelve a decir y refrendar que el empleo de los adverbios *ilícitamente* o *indebidamente* no son necesarios, por cuanto que estos requisitos son de la esencia de todos los delitos⁷¹. Se trata de presupuestos

⁷⁰ No se descarta que eventualmente puedan verse afectadas otras personas que por una u otra razón mantienen comunicación permanente o relaciones comerciales, de negocios, culturales, religiosos, ideológicos, o de otro orden, con uno de los esposos.

⁷¹ “El acto de abrir la carta ha de ser, según la ley, indebido, expresión ésta que, como en otras infracciones ha sido considerada innecesaria; pero en este caso, como en otros, la expresión tiene el sentido de fundar el delito sobre una firme y delineada figura objetiva y subjetiva de ilicitud que excluye toda posibilidad de imputar el delito en forma culpable. Un sujeto puede saber que abre una carta y querer abrirla; ello lo constituiría en dolo, si no se requiriese expresamente una acción que no solamente consiste en saber que se abre, sino en que se abre sin deberla abrir. Carrara destaca muy bien la importancia que tiene con respecto a esta clase de hechos esa exigencia, por la posibilidad grande que existe de que

del injusto típico que solo pueden ser estudiados mediante una especial valoración de la situación de hecho⁷².

Casos especiales de licitud. El ejercicio de un derecho

35. Habrán circunstancias especiales en que la comunicación puede abrirse lícitamente para averiguar su tenor y contenido, lo que elimina la hipótesis del delito al no obrarse antijurídicamente. Una proposición permisiva prevalece frente al tipo de injusto. Como serían los casos del padre, tutor o curador que abren y conocen los escritos o recados que reciben sus hijos o pupilos, prevalidos de un poder jurídico de actuar, pues la inspección, vigilancia o conocimiento de las comunicaciones que les son dirigidas, como afirma Jiménez Huerta, son atributos inherentes a sus deberes y obligaciones, las mismas que emanan de la patria potestad o de la tutela que ejercen⁷³. Y también cabría hablar de una causa de justificación en los supuestos que la ley expresamente autoriza a la autoridad judicial para enterarse de su contenido, conforme a los presupuestos objetivos del deber jurídico donde se actúa, conforme a derecho⁷⁴. De igual modo, es factible la licitud de la conducta frente a un estado de necesidad que impide el nacimiento del injusto, en el ejemplo propuesto por el profesor español: cuando el encargado de una negociación abre, en ausencia del dueño, una comunicación dirigida a éste y que es trascendente en orden a algún nego-

la acción se realice por mero descuido o inadvertencia". (Soler, Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. IV, p. 115.).

⁷² Cfr., Maggiore, Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, t. I, p. 320.

⁷³ Derecho Penal Mexicano, **opus cit.**, t. III, pp. 206 - 207.

⁷⁴ Reproducimos aquí, por ser íntegramente aplicable al tema tratado, otra situación fáctica expuesta por Jiménez Huerta:

"Una situación que en la actualidad se presenta frecuentemente en las grandes empresas, es la de las comunicaciones escritas que llegan a sus oficinas administrativas o de correspondencia dirigidas personalmente a nombre de los jefes de sus diversos departamentos, y que son abiertas en dichas oficinas para su registro, distribución y control. Estimamos que cuando dichas comunicaciones escritas indican en sus sobres, carpetas o envolturas los nombres y apellidos de sus destinatarios, pero con la expresión del cargo o puesto que desempeñan en la empresa, es lícita su apertura por el encargado de la oficina de correspondencia, pues, por una parte, la comunicación que abre está dirigida a la persona en consideración al puesto o cargo que ejerce en la empresa y la persona que realiza la apertura está precisamente designada por la empresa para que, en nombre de la misma, proceda a su oportuno registro y control; y, por otro, un tácito consentimiento legitima también su conducta, pues los funcionarios de la empresa aceptan prestar en ella sus servicios con conocimiento de su organización. Sin embargo, cuando los sobres, carpetas o envolturas que encierra la comunicación aparezcan dirigidos exclusivamente a nombre y apellidos de los funcionarios o empleados que en ella laboran, el encargado de la oficina de registro y control procede ilícitamente si abre esta correspondencia personal". (Derecho Penal Mexicano)

cio. Sin descartar, según el mismo autor, una excepcional hipótesis de legítima defensa como acontece, por ejemplo, si el dueño de una negociación abre una comunicación escrita que su empleado dirige a su competidor, suministrándole datos o secretos industriales de la empresa⁷⁵.

Reconozcamos en estos casos –con vista a la legislación nacional–, que si el autor sustrae o intercepta la correspondencia para estar en antecedentes y circunstancias de la comunicación, estas acciones lo hacen incurso en la segunda parte del hecho que como tal, se describe en el tipo.

Autoría y participación

36. Autor del delito de violación ilícita de comunicaciones puede ser cualquiera que realiza personalmente todos los elementos compositivos de la figura punible⁷⁶.

Si varios individuos vinculados entre sí, colaboran en el suceso, con división de tareas (*dominio funcional del hecho*), y un aporte necesario en el marco del común acuerdo para la ejecución del acaecer punible, todos son coautores.

Si el autor se sirve de otro como instrumento se concreta la figura de la autoría mediata que es una forma de autoría. La comisión responsable del hecho pertenece al “*hombre de atrás*” que tiene el dominio del hecho en tanto el “*hombre de adelante*” actúa, pero no comete injusto. Actúa sin tipicidad objetiva, o sin dolo, o justificadamente (*Zaffaroni*).

Si existe dependencia de la participación respecto del hecho principal, se hablará de complicidad. La acción del cómplice se reduce a prestar una colaboración dolosa en el hecho punible cometido intencionalmente por otro, sometiéndose el sujeto a la verdadera voluntad del autor.

Tipo subjetivo

37. El dolo –que representa la característica esencial de la imputación subjetiva–, gobierna el tejido legal de la figura. En la primera hipótesis, si bien se observa, el autor debe efectuar cualquiera de las acciones diseñadas en régimen alternativo (*sustraer, ocultar, extraviar, interceptar, controlar, impedir*), con pleno conocimiento que se trata de pliegos privados que no están despachados a él, sino a otra persona.

⁷⁵ Derecho Penal Mexicano, **opus cit.**, t. III, p. 207.

⁷⁶ Realiza este delito, quien comete por sí mismo el hecho, de interceptación de la comunicación.

En la restante forma de comisión, el sujeto se pone al corriente de la comunicación, sin tener carta blanca para ello, conducta que incide en el ámbito tutelado por el artículo 192 del C.p. Es claro que no es él, el destinatario del objeto, de un lado, y del otro, que no tiene ningún poder expreso ni facultad legítima para estar al tanto de los juicios, conceptos y convicciones que allí se encierran.

En ambas conjeturas tendrá que existir conciencia y voluntad por sustraer, ocultar, extraviar, etc., la correspondencia particular enviada a otro, y también, la voluntad y conciencia para imponerse ilícitamente de su interioridad. La doble dimensión, cognoscitiva y volitiva, concurren en la estructura del tipo para satisfacer la realidad del dolo⁷⁷. El dolo es directo.

Puede ocurrir un error por homonimia (*dos o más personas llevan un mismo nombre*), o porque el cartero inadvertidamente entrega el envío a una persona, y otra, con distracción, rasga la cubierta y la lee. En tales supuestos dubitativos, podrá demostrarse la buena fe excluyente del dolo⁷⁸. Por cierto que la buena fe se presume mientras no se demuestre lo contrario según lo explica, con sensatez y seguridad, la jurisprudencia española (*STS de 31 de marzo de 1905 y 23 de octubre de 1939*).

Elemento subjetivo distinto del dolo

En el primer elenco de acciones no se advierte ánimo especial alguno. En el último acontecimiento –y por tratarse expresamente de un elemento subjetivo excepcional o una circunstancia anímica bajo la cual el agente actúa, requerida en la preceptiva del tipo del artículo 192–, surge el propósito de *informarse indebidamente de la comunicación*. Su realización conlleva una finalidad trascendente indispensable en la conformación de la acción típica.

Comisión por culpa⁷⁹

⁷⁷ El dolo del autor, a la par del conocimiento de ser una correspondencia dirigida a un tercero, exige la conciencia de que la abre sin derecho y la voluntad de abrirla en esas condiciones. (Núñez, Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. V, p. 99). En el mismo sentido, Soler, Derecho Penal Argentino, **opus cit.**, t. IV, p. 115.

⁷⁸ Así también, Nelson Hungría, Comentarios al Código Penal, **opus cit.**, t. VI, p. 239.

⁷⁹ La figura de la culpa en este maleficio no encuentra elementos para su imputabilidad. Demasiado fácil es que le ocurra, aún al hombre más prudente, abrir una carta que ha caído en sus manos sin advertir a quién está dirigida; y cuando el que se encuentre en tal emergencia, apenas advertido del error, vuelva la carta a su dirección, no puede ser imputable de delito, aun cuando sucediese que haya tomado conocimiento de algún secreto ajeno. Y tampoco el mensajero podrá ser incriminado por haberse equivocado involuntariamente en la entrega. Se puede admitir que, en este delito, su dolo se agota en el solo fin de la curiosidad sin in-

39. La conducta del delito –que se compone del hecho y la intención–, solo existe cuando el abrimiento de la correspondencia se hace con la voluntad dolosa de empaparse de los enunciados y declaraciones de la comunicación. Si alguien imprudentemente destapa la correspondencia que ha recibido por error en la dirección o equivocación en el nombre, o por descuido o falta de cuidado, o por otra causa parecida de precipitación o ligereza por parte del repartidor, y se informa de lo allí trazado o expresado, no realiza comportamiento punible⁸⁰.

Ejecución

40. Se consuma la primera parte del acto punible apenas el autor ejecuta uno u otro de los comportamientos alternativos delineados en la hipótesis de conducta. Lo que equivale a decir, que se realizaron totalmente los ingredientes del tipo objetivo⁸¹.

Con respecto a la otra modalidad incriminada, el momento consumativo es aquel en que el agente se impone, a cosa hecha, de la comunicación privada, con lo cual se produce la intrusión del autor a la misma. Como escribió Giulio Crivellari, el delito se consuma con la lectura de la comunicación, o mejor, con el *conocimiento del contenido*⁸². Nada importa que el agente una vez cerciorado de su intimidad, la cierre de nuevo, restitución de dañar, pero no se puede admitir la punibilidad de la culpa; Farinaccio, de fals., quaest. 150, pars 4, Nro. 129, 130. (Carrara, Programma, *opus cit.*, t. II, Nro. 1633, p. 412).

⁸⁰ **Jurisprudencia argentina.**

“Una persona dirigió una carta comercial a una firma de la Capital que era concesionaria para la venta de un determinado producto. La carta fue recibida por uno de los integrantes de otra firma que había sucedido a la primera en aquella representación y que ocupaba el mismo local. Advertida del error, la persona que había abierto la carta la devolvió a su remitente. Este hizo saber el hecho a los primitivos concesionarios y éstos, a su vez, se presentaron querellando por violación de correspondencia a sus sucesores. La Cámara decidió que “no existe el delito del artículo 153 del Código Penal si el remitente de la carta que se dice desviada ha reconocido que, si bien la dirigió a los querellantes, la remitió con la dirección del local en que funciona la sociedad formada por los querellados, lo que conduce necesariamente- a admitir la posibilidad de que fuera abierta por uno de éstos inadvertidamente. Conduce a la misma conclusión el hecho de que los querellados, cumpliendo con su deber, efectuaran la devolución de la carta al remitente, no pudiendo sostenerse que estuviesen en la obligación de hacerla llegar a los destinatarios ni que, por no haberlo hecho, merezcan la sanción establecida para el que desvía una carta”. (Cámara del Crimen de la Capital, La Ley, t. III, p. 151).

⁸¹ **Jurisprudencia argentina**

“El delito se considera consumado y no simplemente tentado cuando el encargado de distribuir la correspondencia la arroja a un baldío, aun cuando luego sea recuperada y llegue a poder del destinatario”. (Cám. Nac. Fed. 21/7/1961. L.L. t. 104, p. 542).

⁸² Códice Penale per il Regno D'Italia, Unione Tipografico-Editrice, 1895, t. V. p. 652.

yendo la correspondencia al **statu quo ante**, ni tampoco que haga o no uso de la misma. El crimen no se consuma con la simple abertura de la correspondencia –que ya constituye una ofensa a la libertad individual, según enseñaba Carrara⁸³–, sino con el conocer de primero, precediendo a los demás, las diversas expresiones y enunciados de la comunicación. Es apenas comprensible, como todos entenderán, que el criterio del maestro italiano no se amolda o acomoda a las previsiones de nuestro derecho positivo, por partir de otras consideraciones y reflexiones.

Tentativa

41. Cabe la posibilidad del dispositivo amplificador del tipo. En orden a la tentativa ésta se produce siempre que el comportamiento del autor persiga un ataque al bien jurídico sin llegar a dañarle. Ello ocurrirá, cuando el sujeto se propone abrir la correspondencia, y alguien le impide examinar el tenor de la comunicación, y también, cuando la pieza postal interceptada retoma nuevamente su curso por la acción de un tercero, o cuando dándose un inicio de ejecución, el acto no se lleva a la práctica o no se concluye, por la presencia de distintas y plurales razones que lo impiden no obstante la idoneidad de los actos desplegados.

Circunstancia agravante especial

42. Contempla el legislador patrio en el segundo párrafo del artículo 192 –como una forma especialmente agravada–, el caso del autor que *revela* la intimidad de la comunicación, o la emplea, en provecho propio o ajeno, o con perjuicio de otro.

Revelar, en su imagen literal, es descubrir o manifestar lo ignorado o secreto, permitiendo que otros estén al tanto de su escritura, haciendo público ese conocimiento. En el idioma penal del tipo, es tanto como divulgar, propalar o pregonar, en cualquier forma, los asuntos reservados o recónditos del hombre que pertenecen a su intimidad y al círculo de su vida particular o privada, de manera excluyente.

43. El núcleo de la acción agravada no es tanto “conocer” o “imponerse” de la carta, cuanto “soltar la voz”, “poner en circulación”, “dar a conocer a otros”, o “echar en corro”, aspectos personalísimos del sujeto pasivo, cual-

⁸³ Programma, opus cit., Nro. 1632. “Podría parecer a primera vista que el delito se consumaría con la lectura y no con la sola apertura de la carta. Pero no es así porque cuando la carta ha sido abierta, la ofensa a la libertad ya esta consumada merced a la violación de esa carta que contenía el depósito de nuestros pensamientos”. (Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, **opus cit.**, t. VII, p. 253.

quiera sea su índole o naturaleza, no destinados a otras personas, cuya revelación, con la potencialidad dañosa del acaecer, violenta la privacidad ajena. Es indiferente que la revelación se hubiera exteriorizado a un solo individuo, o a un grupo reducido, ante un auditorio o ante una muchedumbre, o si se prefiere, ante el público en general.

44. Del modo como la agravante está redactada, también se reprime –con un nuevo ensanchamiento de la punibilidad–, la publicación del contenido de la comunicación si en la mira del agente está emplearla en provecho propio o ajeno, o en perjuicio de otro. Lo cual significa que la información si bien no se divulga o trasmite a terceros, el sujeto la emplea para su utilidad o el de un tercero, ánimo que encarna un elemento subjetivo adicional al delito, bien que no se exige la obtención efectiva del beneficio o del daño o menoscabo que se recibe, bastando la intención. No está demás apuntar que el provecho o ventaja a que se refiere la circunstancia suplementaria no es de pura naturaleza económica, cuantificable en dinero sino que puede abarcar aspectos morales, como serían, la fama o reputación de la víctima o de un tercero.

45. Es importante destacar que el daño que se causa con la divulgación puede ser de diversa índole: económico, moral, profesional. Consiste en una lesión al sujeto pasivo en cualquier aspecto de su personalidad o del desarrollo de sus actividades en el medio donde está asentado.

46. Por último, no distingue la ley si el autor llega al conocimiento de la comunicación en forma franca o legítima –como resultado de un acceso normal a la misma–, o si, por el contrario, previamente la ha interceptado para, hallándose en posesión de la misiva particular, hacer pública la confidencialidad allí depositada. A no dudarlo, tales comportamientos lesionan el interés protegido por la norma penal y aquellos deberán responder de una acción tipificada como delito por la ley penal.

47. Sin descartar que otras personas – con quienes uno de los cónyuges–, datos sensibles de la intimidad personal, vea violado su derecho a la intimidad o a la privacidad por la conducta consciente y voluntaria del autor, quien so pretexto de la relación matrimonial se entera indebidamente del contenido de la comunicación.

Bibliografía

Arenas Antonio Vicente, *Comentarios al Código Penal Colombiano, Parte Especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1981, t. III.

Bengoá Bayardo Fernando, *Derecho Penal Uruguayo, Parte Especial*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, t. VII.

Buompadre Jorge E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Mario A. Viera Editor, t. I.

C. Díaz Emilio, *El Código Penal para la República Argentina*, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires 1947. 5ª Edición.

Cairioli Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte Especial*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1989, t. III.

Carraca Francesco, *Programma, Parte Especial*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, t. IV,

Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, *Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Creus Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, t. II.

Crivellari Giulio, *Códice Penale per il Regno D'Italia*, Unione Tipografico-Editrice, 1895, t. V.

Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, t. II- A.

E. de Jesus Damásio, *Direito Penal, Parte Especial*, Editora Saraiva, São Paulo, Brasil, 1986, t. II. 9ª Edição.

Estrella Oscar Alberto - Godoy Lemos Roberto, *Código Penal, Parte Especial, de los Delitos en Particular, arts., 140/185*, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1996.

Florián Eugenio, *Delitti conto il sentimento religioso e la pertá dei defunti: Delitti contro la libertà individuale*, Vallardi.

Fontán Balestra Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1980, t. V.

Fragoso Heleno Claudio, *Licoes de Direito Penal*, Forense Río de Janeiro, 1981, t. II. 6ta Edición.

Gómez Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, t. III.

Hungría Nelson, *Comentarios Ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1958, v. VI.

Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A, México, 1978, t. III.

Laje Anaya Justo, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I.

Llobet Rodríguez Javier, Rivero Sánchez Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1989.1ª Edición.

Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1955, t. II.

Manzini Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turín, 1933- 1939. t. VIII.

Molinario J. Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, La Plata, 1943. 2º curso.

Montenegro Calixto, *Curso de Derecho Penal Especial*, Ediciones librería del Profesional, Bogotá, 1977, t. I.

Noronha Magalhaes, *Direito Penal*, Saraiva S.A. Livreiros Editores, Rio de Janeiro, 1976, v. II.

Núñez Ricardo Cayetano, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Marcos Lerner, Editorial Córdoba, Córdoba, 1988.

Pacheco Osorio Pedro, *Derecho Penal Especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1970, t. II.

Peña Cabrera Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, t. I.

Ranieri Silvio, *Manuel de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1975, t. V.

Salinas Siccha Ramiro, *Derecho Penal, Parte Especial*, Grisley, Lima, 2008. 3ª Edición.

Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1946, t. IV,.

Vásquez Iruzubieta, *Código Penal Comentado*, Editorial Plus Ultra S.A.I. y C, Buenos Aires 1971, t. III.

Edición digital realizada por:
Rafael Forero Contreras
www.rfr.hol.es
Noviembre de 2013
Ver. 1.1