



Universidad  
Politécnica  
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

# CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 3 • No. 10 • Octubre - diciembre 2017 • Número monotemático • ISSN 2413-810X

Publicación trimestral  
Managua, Nicaragua

## SUMARIO

- Presentación  
Geormar Vargas Téllez
- Artículos  
Yenny Pinto Sarmiento  
Andrea I. Franconi  
Danny Ramírez Ayérdiz  
Antonio Baylos  
Ana Clara Alfie  
Luis Manuel Osejo
- Reflexión académica  
Oscar Hernández Álvarez
- Corpus iuris de derechos humanos  
Corte IDH
- Informativo



ICEJP  
Instituto Centroamericano de  
Estudios Jurídicos y Políticos



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Mejor revista indexada  
Nicaragua 2017

ECJP  
UPOLI

Escuela de  
Ciencias  
Jurídicas y  
Políticas

INSTITUTO CENTROAMERICANO DE  
ESTUDIOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS  
ICEJP-UPOLI

---

Lydia Ruth Zamora,  
Rectora UPOLI

Óscar Castillo Guido,  
Decano Escuela de Ciencias Jurídicas  
y Políticas

Mario Isaías Tórrez,  
Director

José Alejandro Castillo,  
Docente investigador

Roberto Guerrero Vega,  
Docente investigador

Isbelia Ruiz Perdomo,  
Docente investigadora

Geormar Vargas Téllez,  
Centro de Documentación

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO es una publicación trimestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. Se permite el uso de los artículos citando la fuente y su reproducción con permiso previo de ICEJP-UPOLI/Editorial Jurídica UPOLI.

© Editorial Jurídica UPOLI. Managua, octubre de 2017.

ISSN 2413-810X (versión impresa). ISSN 2414-4428 (en línea).

La versión en línea disponible en el Portal de Revistas de la UPOLI:  
<http://portalderevistas.upoli.edu.ni/>

Universidad Politécnica de Nicaragua, costado sur Villa Rubén Darío, Managua. Apdo. postal 3395.  
Tels.: (505)2289-7740 al 44, ext. 328/378/217/369. Fax: (505)2249-9231.

Toda correspondencia dirigirla a: [revistacjp@upoli.edu.ni](mailto:revistacjp@upoli.edu.ni)



ICEJP

Instituto Centroamericano de  
Estudios Jurídicos y Políticos

# CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

---

Vol. 3. No. 10. Octubre-Diciembre 2017.  
Número monotemático de Derecho del trabajo

---

Geormar Vargas Téllez – Yenny Pinto Sarmiento– Andrea I. Franconi–  
Danny Ramírez Ayérdiz– Antonio Baylos– Ana Clara Alfie– Luis Manuel Osejo–  
Oscar Hernández Álvarez – Corte Interamericana de Derechos Humanos

## Contenido

---

<i>Geormar Vargas Téllez</i> <b>Presentación</b> .....	1
	Artículos
<i>Yenny Pinto Sarmiento</i> <b>Aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos</b> .....	3
<i>Andrea I. Franconi</i> <b>El Derecho del trabajo y su rol en la prevención, restauración y generación de resiliencia frente a las crisis</b> .....	14
<i>Danny Ramírez Ayérdiz</i> <b>Una revisión decolonial del Derecho del trabajo</b> .....	38
<i>Antonio Baylos</i> <b>El futuro de las normas del trabajo que queremos</b> .....	52
<i>Ana Clara Alfie</i> <b>¿Un arca de Noé para el Derecho de trabajo Argentino?</b> .....	69
<i>Luis Manuel Osejo</i> <b>La Subcontratación laboral, alcances y trascendencia legal en Nicaragua</b> .....	82
	Reflexión académica
<i>Oscar Hernández Álvarez</i> <b>Los retos del Derecho del trabajo y de la seguridad Social en la actualidad</b> <i>Perspectiva latinoamericana</i> .....	109
	Corpus iuris de derechos humanos
<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> <b>Caso Lagos del campo vs. Perú. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)</b> .....	123
	Informativo
<b>Instructivo para autores</b> .....	130

## Presentación

Geormar Vargas Téllez



*Geormar Vargas Téllez* (1995)  
Licenciado en derecho y  
candidato a máster en Derecho  
penal y procesal penal por la  
Universidad Politécnica de  
Nicaragua. Editor adjunto de la  
revista Cuaderno Jurídico y  
Político ICEJP-UPOLI  
Contacto:  
geormarvargas@hotmail.com

En octubre de dos mil diecisiete la Revista Cuaderno Jurídico y Político cumple su segundo año de publicaciones ininterrumpidas contribuyendo a la investigación científica con la producción inédita de artículos, avances de investigación, etc. por parte del equipo del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos y diversos autores nacionales e internacionales.

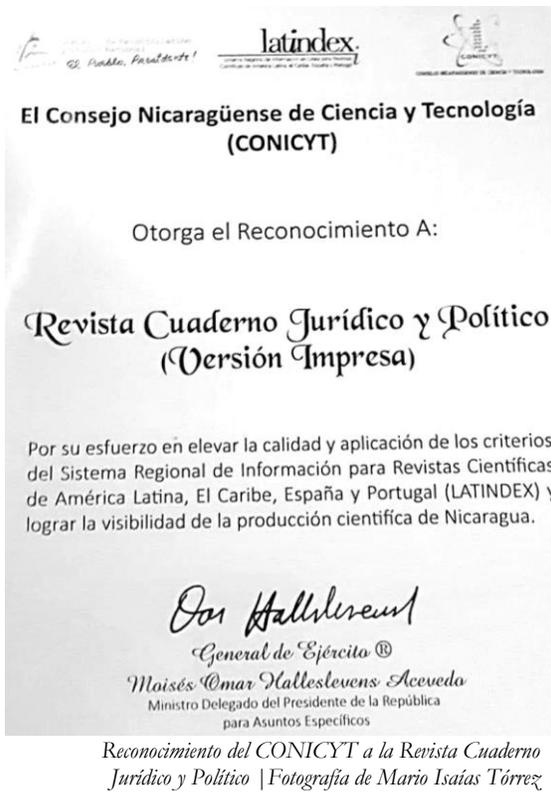
A lo largo de estos dos años, se ha ampliado el Consejo Editorial y se han reformado las directrices editoriales de la revista en aras de mejorar el proceso editorial, en el que participan un grupo de jóvenes cargados de ilusión por promover la investigación científica.

A su vez, a estos esfuerzos se le suma el inicio del proceso de indexación de la revista en portales internacionales, tanto así, que el 27 de octubre del 2017, el Consejo Nicaragüense de Ciencia y Tecnología CONICYT otorgó a la revista un reconocimiento por el esfuerzo en elevar la calidad y aplicación de los criterios del Sistema Regional de información para Revistas Científicas de América Latina, El caribe, España y Portugal (LATINDEX) y lograr la visibilidad de la producción científica en Nicaragua.

En el marco del segundo aniversario el equipo técnico de la revista Cuaderno Jurídico y Político decidió realizar una publicación especial monotemática de Derecho del trabajo, en la cual se realizó la convocatoria para la publicación de investigaciones científicas a miembros de asociaciones e instituciones nacionales e internacionales relacionados con la temática. Se recibieron cuarenta artículos de los cuales se priorizó la publicación de un artículo por cada país remitente.

En esta entrega monotemática, hemos publicado una reflexión académica de Oscar Hernández Álvarez en la que explica la carencia de una realidad homogénea por parte de los países latinoamericanos desde el punto de vista social económicos y políticos, pero que, a partir de procesos históricos y culturales se permite la realización de análisis generales sobre su realidad. Indica a su vez, que en el campo del Derecho del trabajo, a estos factores se une la existencia de fuentes comunes que influyeron en el proceso de su consolidación a mediados del siglo XX, específicamente la legislación chilena y mexicana de 1930 y los Convenios de la OIT.

En la siguiente sección, se publicaron seis artículos, el primero, presentado por Yenny Pinto Sarmiento denominado “*Aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos*” en la que la autora examina los argumentos que han negado la protección de los trabajadores del sector



público, mediante la aplicación del procedimiento de tutela laboral contenido en el Código del Trabajo y el giro jurisprudencial que ha permitido su admisión en el Derecho chileno, dando cuenta, en definitiva, de la necesidad de una urgente reforma legislativa.

El segundo, presentado por Andrea I. Franconi con el título “*El derecho del trabajo y su rol en la prevención, restauración y generación de resiliencia frente a las crisis*” en el cual destaca que las respuestas que se aportan en este contexto en evolución, muestran la pertinencia constante y el papel vital y decisivo que el Derecho del trabajo tiene, a través de la creación de oportunidades de empleo decente y la generación de ingresos, en los contextos de crisis en pos de la prevención, recuperación y desarrollo de la resiliencia. El tercer artículo, denominado “*Una revisión decolonial del Derecho del trabajo*” de la autoría del profesor Danny Ramírez Ayérdiz en el cual propone la revisión del Derecho del trabajo apoyado en la teoría decolonial, de la que parte para explorar el lugar y la eficacia del Derecho del trabajo en las relaciones actuales de poder.

El cuarto artículo presentado por Antonio Baylos, denominado, “*El futuro de las normas del trabajo que queremos*” en el cual el autor enuncia los síntomas de algunas patologías que pueden condicionar negativamente el resultante final de la regulación del trabajo, finalmente enumera los tratamientos que podrían hacer invertir estas tendencias en los diferentes niveles o espacios en los que éstas cobran cuerpo.

El quinto artículo publicado se denomina “*¿Un arca de Noé para el Derecho de Trabajo Argentino?*” elaborado por Ana Clara Alfie, en donde, expone contexto político-social en el que se anuncia la reforma legislativa laboral argentina y se informa su contenido, reflexionándose en torno a cómo la modificación del ordenamiento jurídico laboral puede impactar en el orden social; y el sexto artículo presentado por Luis Manuel Osejo el cual se titula “*La Subcontratación laboral, alcances y trascendencia legal en Nicaragua*” presentando un análisis general basado en criterios doctrinarios, sobre la aplicación de la tercerización, la valoración de los criterios jurisprudenciales sentados en el país, para finalmente proponer la forma en que debería regularse para garantizar una efectiva tutela de derechos.

Finalmente, en la sección Corpus Iuris de Derechos Humanos, compartimos el resumen de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Lagos del campo vs. Perú, siendo la primera sentencia en materia laboral emitida por el alto tribunal interamericano en el que, entre otras cosas, precisó el contenido del derecho a la estabilidad laboral.

# Aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos

---

Yenny Pinto Sarmiento

Recibido: 10.11.2017/Aceptado: 04.12.2017

## RESUMEN

El presente trabajo pretende efectuar un análisis de la situación en Chile de los funcionarios públicos, en cuanto sujetos del Derecho del trabajo, en relación con la protección de sus derechos fundamentales. En particular, el artículo examina los argumentos que han negado la protección de los trabajadores del sector público, mediante la aplicación del procedimiento de tutela laboral contenido en el Código del Trabajo y el giro jurisprudencial que ha permitido su admisión en el Derecho chileno, dando cuenta, en definitiva, de la necesidad de una urgente reforma legislativa, a objeto de salvaguardar el principio de igualdad y la certeza jurídica.

## PALABRAS CLAVES

Funcionarios públicos, tutela laboral, relación laboral.

## ABSTRACT

The presents work aims to carry out an analysis of the situation in Chile of civil servants, in the subjects of the labour law, in relation to the protection of their fundamental rights. In particular, the article examines the arguments that have been denied the protection of workers from the public sector, through the application of labor supervision procedure contained in the labour code and the jurisprudential swing that has allowed its admission in the Chilean law, realizing, finally, of the need for urgent legislative reform, to safeguard the principle of equality and legal certainty.

## KEYWORDS

Public officials, labor protection, employment relationship.

## Objeto de estudio y antecedentes preliminares



El procedimiento de tutela de derechos fundamentales fue incorporado en nuestro ordenamiento con la ley No. 20. 087, publicada el 3 de enero de 2006, que tenía como objetivo realizar modificaciones profundas en el procedimiento laboral, y entre sus objetivos estaba “diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales”, buscando con esto “potenciar los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona”.

El mensaje del proyecto continúa señalando que “dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos”.

Este procedimiento se encuentra regulado en el párrafo 6 del capítulo II, del título I, del libro V del Código del Trabajo. En cuanto a sus requisitos se establece que se trate de una cuestión suscitada en la relación laboral; que dicha cuestión se haya suscitado por aplicación de las normas laborales; y que la cuestión haya afectado los derechos fundamentales de los trabajadores indicados en el artículo 485. Junto a lo anterior este procedimiento se aplica para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del Código del Trabajo (Lanata, 2010, pp. 208-211; Orellana, 2009, pp. 263-264).

Un punto importante a destacar es que dicho procedimiento, al estar regulado en el Código del Trabajo, se le aplican las normas referentes al ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo.

Estas normas están ubicadas en el título preliminar, específicamente en el artículo 1 del Código del Trabajo, donde se establece que sus normas no se aplicarán a

“los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”.

Como se puede observar, este artículo fija el ámbito de aplicación de las normas laborales, limitándolas a los trabajadores del sector privado. Sin embargo, en este mismo artículo en su inciso segundo establece que “con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no

regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.



*Derecho laboral | [derecholaboral.info](http://derecholaboral.info)*

Uno de los aspectos más tratados es materia laboral en los últimos años dice relación con el ámbito de aplicación y de extensión de las normas laborales. En este punto Gutiérrez-Solar (2007) ha señalado que

“el ámbito subjetivo del derecho del trabajo se ha ido definiendo bajo una tendencia expansiva. Desde unos inicios, y guiado por el objeto de extender la protección social a aquellos colectivos necesitados de la misma en el desarrollo de su prestación de servicios, ha ido abarcando mayores parcelas de aplicación” (p. 30).

En razón de esta tendencia y como señala Varas (2013)

“la tajante separación que habitualmente marcábamos entre derecho del trabajo y derecho de la función pública, ha ido desapareciendo producto del arribo de instituciones propias del derecho del trabajo al campo de la administración pública” (p.2).

Esto lo podemos observar sobre todo a nivel jurisprudencial con la aplicación de instituciones que históricamente eran propias del trabajador privado, y que en los últimos años la tendencia en Chile ha sido la extensión de las normas e instituciones del Código del Trabajo a los funcionarios públicos.

## Régimen de regulación de los funcionarios públicos

Los funcionarios públicos tienen su propia regulación, contenida en la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo (en adelante “EA”), el que regula la calidad jurídica del personal de la administración pública, distinguiendo entre los cargos de planta, *a contrata* y a honorarios asimilados a grado o como jornal permanente.

El funcionario a planta, puede tener la calidad de titular, suplente o subrogante, y desempeñarse en funciones directivas, profesionales, fiscalizadoras, técnicas, administrativas o auxiliares (Bermúdez, 2014, p.440), son definidos por el artículo 3 letra b) del EA como “el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5”. Como señala Picart (2014) “este vínculo es de carácter permanente y estable, ya que se garantiza la carrera funcionaria” (p.59).

En segundo lugar, el funcionario *a contrata*, definido en el artículo 3 letra c) del EA como “aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”. Estos expiran el 31 de diciembre de cada año, salvo prórroga con 30 días de anticipación.<sup>1</sup> Sin embargo, si la contrata se estipula bajo la frase “mientras sean necesarios sus servicios”, la autoridad puede ponerle término en cualquier momento. Por otro lado, en el artículo 10 inciso 1° se establece un límite para los empleos *a contrata*, los que en proporción no pueden exceder del 20% del personal de planta.

A pesar de dicha limitación, y como señala Bermúdez (2014) “es una realidad evidente que este límite es superado en casi todos los órganos de la administración del Estado, ya que éstos sin la colaboración de sus funcionarios *a contrata* no podrían lograr los fines para los que fueron creados” (p.441; Picart, 2014, p.59). En la práctica, se autoriza la superación del límite señalado en la ley de presupuesto que cada año debe contemplar la renovación de los cargos *a contrata*.

En tercer lugar, el artículo 11 del EA, señala que para la realización de labores accidentales o cometidos específicos, es posible contratar a honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias o extranjeros, que posean título correspondiente a la especialidad requerida. Su regulación no la encontramos en el EA, sino más bien en el Código Civil en su artículo 1545, por lo que su naturaleza jurídica no es de un cargo público. Y, por último, encontramos a los trabajadores que prestan servicios al Estado regidos por el Código del Trabajo.

En caso de producirse vicios de legalidad que afecten los derechos funcionariales conferidos por el EA, el artículo 160, de la misma normativa, establece un derecho a reclamo ante la Contraloría General de la República. El plazo para reclamar es de diez días hábiles, contados desde que se tuvo conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio que se reclama, el que se extiende a sesenta días cuando se trata de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos.

---

<sup>1</sup> La Contraloría General de la República (2008) ha señalado que las designaciones a contrata constituyen empleos esencialmente transitorios que se consultan en la dotación de una institución, cuya finalidad es la de complementar el conjunto de cargos permanentes que forman parte de la planta de personal de un servicio, según lo requieran las necesidades de éste.

En cuanto al procedimiento, una vez presentado el reclamo la misma Contraloría solicita al jefe superior del servicio u informe, el que deberá ser emitido en el plazo de diez días hábiles siguientes. Una vez transcurrido el plazo, y aunque la Contraloría no cuente con el informe, debe resolver el reclamo disponiendo de veinte días hábiles para hacerlo (Bermúdez, 2014, p.473).



*ansog.cl*

Como se puede observar el presente reclamo, sólo se puede interponer cuando se afectan derechos conferidos por el mismo Estatuto Administrativo, lo que a todas luces ha llevado que diversos derechos consagrados en el Código del Trabajo, pero no así en el EA, queden en desprotección para este tipo de trabajadores, lo que no es menor considerando que en nuestro país el Estado es el principal empleador.

De acuerdo a las estadísticas de recursos humanos del sector público a diciembre del año 2015, el número de trabajadores *a contrata* ascendía a 150.979, y los funcionarios de planta, a 81.644 (Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda [DIPRES], 2016, p.33). Es por esto que, como señala Rojas Miño (2015), frente a esta problemática “se presentan dos corrientes de carácter contradictorio: de una parte, la exclusión relativa de la contratación laboral y, de la otra, la laboralización de la función pública” (p. 53).

## **Cambio de criterio jurisprudencial de la aplicación del régimen de tutela a los funcionarios públicos**

Como hemos analizado, el tema de la aplicación y extensión de las normas laborales a los funcionarios públicos no ha sido algo pacífico, aún cuando la doctrina mayoritaria está conteste en mencionar la extensión del rol protector de estas normas a situaciones en las que no siempre es tan claro el elemento de subordinación y dependencia. En este sentido, Barbagelata (2014) señala que

“la vida fue demostrando situaciones cada vez más complejas en que resultó necesario colocar bajo al amparo de las normas laborales figuras donde no siempre la relación laboral era caracterizable con el socorrido criterio de la subordinación o dependencia”. Añadiendo que: “De este modo nacieron no solo variantes a dicho criterio de subordinación, sino lo que algunos llamaron aplicaciones por extensión del Derecho del Trabajo y, más recientemente, la conceptualización de la parasubordinación y la integración de la vasta categoría de los contratos y las relaciones de trabajo atípico”(pp. 49-50).

El fundamento de esto lo encontramos, precisamente, en que el trabajador no sólo detenta los derechos humanos laborales propiamente tales, sino además encontramos los derechos humanos que detenta el trabajador en cuanto persona y ciudadano. Como señala Gamonal (2010) “derechos civiles que no debieran quedar postergados por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que sean adaptados, restringidos o modulados para dar cumplimiento al contrato” (pp. 56-57).

Una de las principales manifestaciones de lo que es conocido como la ciudadanía en la empresa o la denominada constitucionalización del derecho laboral, ha sido precisamente el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Respecto de este procedimiento, uno de los temas que ha tenido mayor relevancia ha sido su aplicación a los trabajadores del sector público. Lo anterior, porque es un hecho indiscutido su aplicación, en virtud del artículo 1 del Código del Trabajo, a los trabajadores del sector privado, sin embargo respecto a los funcionarios públicos la jurisprudencia ha ido variando en el tiempo. Es por lo anterior que debemos hacer una distinción respecto al criterio jurisprudencial respecto de su aplicación.

En un primer momento, como señala Varas (2013)

“fueron los propios Tribunales del Trabajo quienes declararon su incompetencia, fundados principalmente en que los empleados públicos se rigen por el Estatuto Administrativo y/o estatutos especiales, que excluyen la aplicación de las normas del Código del trabajo, entre ellas, la acción de tutela de derechos fundamentales”(p. 8).



*eldivisadero.cl*

Entre los argumentos señalados en un primer momento por los tribunales laborales para declararse incompetente, y por lo tanto no aplicar el procedimiento de tutela a los funcionarios públicos, encontramos los siguientes: en primer lugar, que el Código del Trabajo en su artículo 1 inciso 2° excluye de su aplicación a los funcionarios de la administración del Estado, por lo que al estar sujetos a un estatuto propio escapan de la jurisdicción laboral.

En segundo lugar, el artículo 420, del mismo cuerpo legal, fija la competencia de los tribunales del trabajo, sin que se haya incluido el conocer de los conflictos existentes entre los funcionarios públicos y el Estado, señalando que esto resulta obvio al estar sujetos a su propio estatuto.

En tercer lugar, que el artículo 485, que establece el procedimiento de tutela laboral, dispone que se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la

relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, no contemplando los funcionarios públicos.

En cuarto lugar, se alude al artículo 486 que establece que “cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de éste procedimiento”, frente a esto se alude a que los funcionarios públicos se rigen por su propio estatuto que escapan de la jurisdicción laboral.

En quinto lugar, se señala que cuando el legislador quiso que el Código del Trabajo se aplicara a personas que no eran trabajadores, lo señaló expresamente como el caso del artículo 194 de protección a la maternidad. Sexto, en razón de que el artículo 12 de la ley de Bases de Administración del Estado prescribe que el personal de la administración del Estado se registrará por las normas estatutarias, claramente se estaría refiriendo al Estatuto Administrativo que rige a los funcionarios públicos.<sup>2</sup>

Como señala Varas (2013), la jurisprudencia da un vuelco inesperado respecto de la titularidad de los funcionarios públicos para ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales, comenzando en un primer momento a acogerse a través de las Cortes de Apelaciones, que conociendo de los recursos de apelación revierten la manera como se estaba resolviendo hasta ese momento. Según el autor:

<sup>2</sup> En este sentido se pronunció la jurisprudencia en un primer momento, por ejemplo la sentencia N° 137-11 de la Corte de Apelaciones de Concepción de junio de 2011, sentencia N° 60-12 de la Corte de Apelaciones de la Serena de septiembre de 2012, sentencia N° 350-11 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de septiembre de 2011, sentencia N° 1972-11 de la Corte Suprema emitida en octubre de 2011; y la sentencia N° 12712-11 de la Corte Suprema de octubre de 2012.

“la acción de tutela no se encuentra regulada en ninguno de los estatutos que regulan la relación laboral entre empleados públicos y la Administración, no existiendo ningún conflicto entre ambos regímenes, ya que se trata de la protección de derechos fundamentales de que son titulares todos los ciudadanos y que el Estado debe respetar en virtud de la Constitución” (p. 9).<sup>3</sup>

Sin embargo y como continúa señalando la autora, se trata de un panorama bastante incierto, puesto que hasta ese momento quedaba supeditada la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales al criterio del juez de turno.

Todo este panorama cambia de manera más radical el año 2014. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia declara la competencia de los juzgados del trabajo para conocer las denuncias de tutela de vulneración de derechos fundamentales interpuestas por funcionarios públicos.

Es, precisamente, la cuarta Sala Laboral que, conociendo este recurso señala en su considerando 11

“que, si bien el inciso segundo del artículo 1 del Código del Trabajo excluye de la aplicación de sus normas a las personas que indica, en la medida que se encuentren sometidas por ley a un estatuto especial, cuyo es el caso de los funcionarios de la administración del Estado como el demandante, según se ha anotado precedentemente, lo cierto es que el inciso tercero de la referida norma prevé la posibilidad de que a los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente, les sean aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos, copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que aquellas no fueren contrarias con éstos últimos”.

Continúa señalando en su considerando 12

“que, en relación al primero de los requisitos antes señalados, es posible establecer que revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo no se advierte que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. En efecto, el procedimiento especial de reclamo consagrado en el artículo 160, del Estatuto Administrativo, al que ha aludido la demandada, es un recurso de carácter administrativo que conoce a Contraloría General de la República, por vicios de legalidad que pudieren afectar los derechos conferidos a los funcionarios en dicho Estatuto. Lo anterior significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino sólo a la revisión administrativa del órgano contralor, cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, sin perjuicio que,

---

<sup>3</sup> En este sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia N° 850-2010 de octubre de 2010; la Corte de Apelaciones de Coyhaique en sentencia N° 1-2010 de febrero 2010 y la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia N° 267-2009 de septiembre de 2009.

además, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo, en circunstancias que el procedimiento de tutela laboral comprende cualquier acto ocurrido en la relación laboral que, como consecuencia del ejercicio de las facultades del empleador, implique una lesión en los derechos fundamentales del trabajador”.



*fundacionbonrarravida.org*

En virtud de lo expuesto, se cumpliría con el primer requisito previsto en la norma, cual es, que exista un vacío legal en el estatuto especial, respecto de una materia o aspecto que, si se encuentre regulado en el Código del Trabajo, como sería el procedimiento de tutela laboral.

Otro argumento es que las normas que habrían de aplicarse en forma supletoria no serían contrarias a las disposiciones del estatuto especial, puesto que no se encuentra en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, y además no se advertiría que dichas normas protectoras sean incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquéllos funcionarios, puesto que como señala el considerando 13

“es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios públicos que trabajan en la

administración del Estado” (Chile, Sala Laboral, Corte Suprema, sentencia No. 10972-13, 30 de abril de 2014, p.14).<sup>4</sup>

Como podemos observar, desde al año 2014 en adelante ha sido marcado el criterio de nuestro máximo tribunal, en orden a establecer la competencia de los juzgados laborales para conocer las denuncias por vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios públicos.

Aún cuando como señala Picart (2014), se trata de un recurso que

“sólo tiene efectos respecto de la causa respectiva, lo que conlleva dos consecuencias. En primer término, el legislador abre la puerta a que sentencias firmes sean revisadas, pero sin posibilidad de afectar a las que sirven de antecedente, lo que resulta en una incongruencia respecto del sistema continental en que estamos insertos” (p. 68).

Pero lo más relevante respecto de nuestro objeto de estudio es que “no obliga a los tribunales inferiores a acatar lo resuelto por la Corte Suprema, lo que a todas luces le resta importancia como criterio uniformador” (Picart, 2014, p.68).

Es por esto, que a pesar del vuelco jurisprudencial no existe certeza respecto de la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, quedando entregada la decisión al tribunal que conozca de la causa.

Al respecto, el 6 de noviembre del presente año el Tribunal Constitucional declara admisible un requerimiento de inaplicabilidad que impugna los artículos 1 inciso tercero, 162 inciso cuarto, 163, 168, 485 y 489 incisos tercero y cuarto, del Código del Trabajo. Donde la requirente estima que los preceptos impugnados son contrarios a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, toda vez que vulnerarían el principio de juridicidad, que exige que toda potestad pública debe fundarse en el derecho, tanto en su origen como en su actuar, y que en la especie implica que los tribunales laborales no son competentes para ejercer jurisdicción respecto de funcionarios públicos, por lo cual, en caso contrario, se transgrediría el principio de supremacía constitucional.

Respecto de este recurso está pendiente el pronunciamiento del pleno sobre el fondo de la impugnación (Diario constitucional, 2017, diarioconstitucional.cl).

## Conclusiones

Como podemos concluir, a pesar del vuelco jurisprudencial en esta materia, que se ha sostenido en los últimos años no es un tema totalmente resuelto en nuestro país. Llevando a una falta de certeza y seguridad a gran parte de los trabajadores, lo que atenta contra principios esenciales, como el mencionado principio “*pro homine o pro civis*”, que tiene reconocimiento expreso en la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el que obliga a extender de la forma más amplia posible, la

---

<sup>4</sup> Ver: CL/ SL-CS, sentencia No.52918, 16 de junio de 2017; CL/ SL-CS, sentencia No.1615-17, febrero de 2017; CL/ SL-CS, sentencia No.4150-15, diciembre de 2017.

protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado (Varas, 2013, pp. 21-22).

Es por lo anterior, que se requiere con premura una modificación legal en orden a la protección de los funcionarios públicos, puesto que en virtud del principio protector, inspirador del Derecho laboral, no es concebible que un gran sector de trabajadores de nuestro país no cuente, de manera cierta, con una herramienta de protección frente a la vulneración de sus derechos fundamentales. Sobre todo en el entendido, que el Estado en su rol de empleador, podría realizar actos o conductas que vulneren los derechos fundamentales que queden en la impunidad.

## Bibliografía

- Barbagelata, H. (2014). *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria.
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters.
- Gamonal, S. (2010). *Trabajo y Derecho*. Santiago: LegalPublishing.
- Gutiérrez, B. (2007). La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25 (2), 29-37.
- Lanata, G. (2010). *Manual de proceso laboral*. Santiago: LegalPublishing.
- Picart, S. (2014). Tutela de derechos fundamentales de los trabajadores de Estado en Chile ¿es necesario un reconocimiento normativo expreso?, *Revista de estudios jurídicos Democracia y Justicia*, (3), 52-76.
- Rojas, I. (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.

# **El derecho del trabajo y su rol en la prevención, restauración y generación de resiliencia frente a las crisis**

---

Andrea I. Franconi

Recibido: 30.10.2017/Aceptado: 08.11.2017

## **RESUMEN**

Los cambios registrados en el clima, los patrones demográficos y el acceso a los recursos implican que en los próximos veinte años se producirá una transformación en la naturaleza de los riesgos y que éstos serán más graves que los del pasado. Las respuestas que se aportan en este contexto en evolución, muestran la pertinencia constante y el papel vital y decisivo que el Derecho del trabajo tiene, a través de la creación de oportunidades de empleo decente y la generación de ingresos, en los contextos de crisis en pos de la prevención, recuperación y desarrollo de la resiliencia.

## **PALABRAS CLAVES**

Crisis, catástrofes, empleo, trabajo decente, resiliencia.

## **ABSTRACT**

Changes in the climate, demographic patterns and access to resources mean that in the next 20 years will be a transformation in the nature of the risks and that they will be more severe than in the past. The responses that are provided in this context in evolution, show the constant relevance and the vital and decisive role that the labor law has, through the creation of opportunities for decent employment and generating income, in the contexts of crisis in towards the prevention, recovery and development of resilience.

## **KEY WORDS**

Crisis, disasters, employment, decent job, resilience.

## Introducción



*Andrea I. Franconi*  
Abogada Especialista en  
Derecho del Trabajo y Seguridad  
Social, en curso de la Maestría  
en Derecho del Trabajo y  
Relaciones Laborales  
Internacionales. Jefa de la  
División Regulación Laboral de  
la Dirección Nacional de  
Vialidad. Contacto:  
a\_franconi@hotmail.com

La recomendación número 71, adoptada en 1944, propuso un enfoque pionero para promover la paz y la justicia social en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, ya que preconizaba la adopción de medidas de recuperación y reconstrucción basadas en el empleo. Este enfoque sigue siendo muy pertinente en contextos similares, ya que las solicitudes de ayuda a nivel internacional son cada vez más frecuentes por parte de los países confrontados a las crisis.

Por ello, durante la 106° Conferencia Internacional del Trabajo se desarrolló el debate final sobre la revisión de esta recomendación a fin de alcanzar conceptos actualizados en materia de respuesta ante las crisis derivadas de conflictos y catástrofes, y hacer frente a los nuevos desafíos que - producto de ello- el mundo laboral enfrenta.

El enfoque básico utilizado en las situaciones de crisis es la creación de oportunidades de empleo que permitan lograr la seguridad del ingreso y un desarrollo a más largo plazo, con arreglo a criterios de respeto de las normas internacionales del trabajo y el diálogo social. La aplicación de una estrategia integral de empleo que tenga como objetivo el empleo pleno, productivo, libremente elegido y decente, es un factor indispensable.

### Política de las Naciones Unidas y la generación de empleo y trabajo decente

La política de las Naciones Unidas tiene por finalidad solventar las deficiencias que fueron detectadas en particular en lo que se refiere al empleo y la reintegración.

Como se indica en el documento sobre la política de las Naciones Unidas

“en las situaciones de posconflicto, el empleo es vital para garantizar la estabilidad, la reintegración, el crecimiento socioeconómico y una paz sostenible a corto plazo [...]. La política tiene por objeto contribuir a ampliar y potenciar al máximo el impacto, la coherencia y la eficacia del apoyo que los países que salen de situaciones de conflicto reciben de los programas, fondos y organismos especializados de las Naciones Unidas” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2009, p. 55).

La política de las Naciones Unidas enuncia cinco principios rectores que revisten interés para el actual proceso de formulación de una norma emprendido por la OIT, a saber: 1) ser coherente y exhaustivo; 2) no causar perjuicios; 3) adoptar una perspectiva que tenga en cuenta los conflictos; 4) tener por finalidad la sostenibilidad, y 5) promover la igualdad de género. La política se sintetiza en un enfoque con tres componentes:

1. Estabilización de la generación de ingresos y creación de empleos de emergencia;
2. Recuperación económica local para la creación de oportunidades de empleo y la reintegración;
3. Creación de empleos sostenibles y trabajo decente.

La Dra. Silvina González Napolitano (2015), aborda este tema en su libro “Respuestas del Derecho internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales”, señalando que pese esta política general de las Naciones Unidas, el Derecho internacional que regula las actividades relacionadas con los desastres naturales sigue estando relativamente poco desarrollado (p. 3).



*Oficina de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra | wordpress.com*

En efecto, resalta que actualmente no existe ninguna convención universal que regule de forma general los derechos y obligaciones de los Estados ante estas situaciones, ni que contemple las necesidades y derechos de las personas afectadas por desastres naturales, ni los principales aspectos del socorro, incluida la prevención, la respuesta y la protección.

Aunque destaca que no puede negarse la existencia de normas aplicables sobre la materia, tales como las resultantes de un entramado de normas convencionales sectoriales dispersas de carácter multilateral (como por ejemplo el Convenio de Tampere de 1998 sobre asistencia en materia de telecomunicaciones, el Convenio marco de asistencia en materia de protección civil de 2000), regionales (como el Acuerdo de la ASEAN de 2005) y bilaterales que procuran

regular de manera específica los diversos aspectos relacionados con la asistencia a las personas en casos de desastres.

Señala que existe, una significativa cantidad de instrumentos no vinculantes sobre el tema, en particular, resoluciones de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (por ejemplo la Res. AG 46/182) y de otros órganos como la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja); declaraciones políticas; códigos de conducta; directrices operativas y normas y reglamentos internos de las Naciones Unidas que informan en el derecho relativo a la respuesta internacional en caso de desastre y ofrecen criterios de interpretación en lo que respecta a las actividades de asistencia humanitaria.

Menciona también que el amplio *corpus* de derecho internacional humanitario que se aplica durante los conflictos armados no sólo puede servir de inspiración para las normas sobre la protección de las personas en casos de desastre, sino podría llegar a aplicarse, incluso por analogía, en la medida en que una norma sea pertinente para situaciones de desastre distintas de un conflicto armado.

Por su parte, la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2000, p.145) ha observado que no existe una fuente de derecho internacional definida y ampliamente aceptada que enumere las normas jurídicas, los procedimientos, los derechos y obligaciones en materia de respuesta y socorro en los casos de desastre.

El derecho internacional parece no ofrecer una respuesta general para las consecuencias de los fenómenos naturales; la práctica de los Estados consiste pues en intentar prever en tratados internacionales la eventual modificación por cambio en la naturaleza, adoptando soluciones diversas.

Por ello resulta sumamente interesante analizar la actualización de la recomendación número 71 de la Organización Internacional del Trabajo, a fin de determinar si se generó -o cristalizó- alguna nueva norma de Derecho internacional general o, en su caso, si lo actuado sirve para ensayar nuevas soluciones jurídicas para enfrentar las consecuencias jurídicas de los desastres naturales u otros fenómenos similares.

## **El derecho internacional del trabajo como parte del sistema internacional para enfrentar crisis humanitarias**

La OIT fue fundada como mecanismo de respuesta a una crisis, y su Constitución refleja esa orientación. La mayoría de las normas de la OIT no se refieren directamente al concepto de crisis o desastre, pero prevén sin embargo una base jurídica y moral indispensable para sustentar la metodología con que la OIT aborda estas situaciones.



*Jornada Mundial por el Trabajo Decente | <http://nivariensedigital.es>*

El concepto de paz permanente basada en la justicia social es la expresión más evocadora de la contribución que la OIT hizo a la instauración de la paz. Este enfoque se plasmó en la Declaración de Filadelfia, de 1944, y en otros documentos posteriores, como la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008).

Según el Dr. Cesar Arese, al lanzar en 1998 su Declaración relativa a principios y derechos fundamentales, la Organización Internacional del Trabajo centró sus esfuerzos en cumplir y hacer cumplir los convenios relativos a la libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Sobre la base de esas prioridades en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, el director Juan Somavía, indicó que "la primera meta de la OIT es hoy promover las oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan obtener un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana". Para ello trazó una triple cartera de políticas orientadas a mejorar las vidas y las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, generar empleo para un creciente número de trabajadores sin empleo y subempleados, y forjar un nuevo consenso entre la comunidad internacional, las empresas y el trabajo para hacer frente a las consecuencias sociales de la globalización.

El concepto de trabajo decente establecido en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008, se concibe como "[...] la obligación de políticas basadas en los objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo" (ARESE, 2014, p. 25).

Así las cosas, entre los convenios fundamentales de la OIT que revisten interés en este campo figuran los convenios relativos a la libertad sindical (Convenio número 87) y el derecho de

negociación colectiva (Convenio número 98), a la eliminación del trabajo forzoso y obligatorio (Convenio número 29), a la abolición del trabajo infantil (Convenios números 138 y 182), y a la eliminación de las desigualdades en la remuneración (Convenio número 100) y de otras formas de discriminación en el lugar de trabajo (Convenio número 111), así como el Convenio número 169 de la OIT relativo a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Por su parte, el Convenio número 122, en el que se afirma implícitamente la función central del empleo pleno, productivo y libremente elegido -base del enfoque del trabajo decente-, fue la transposición del mensaje contenido en la recomendación número 71 al contexto más amplio del desarrollo social y económico nacional.

El convenio número 144 es otra manifestación del concepto de participación tripartita en el desarrollo nacional, que ha sido adoptado ampliamente. El convenio número 81 sobre la inspección del trabajo de 1947, el Convenio número 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura) de 1969 y el Convenio número 150 sobre la administración del trabajo de 1978, constituyen la base para una administración del trabajo eficaz.

La recomendación número 202 sobre los pisos de protección social de 2012, ofrece un marco para asegurar que se apliquen al menos las garantías mínimas sobre el acceso a la salud y la seguridad del ingreso para todas las personas, en aras de la prevención y de una mejor preparación en la eventualidad de catástrofes.

La OIT participa activamente en diversas iniciativas interinstitucionales y foros internacionales que se ocupan de la prevención, la preparación, las respuestas y la recuperación en caso de crisis, conflictos y desastres. En los últimos quince años, la OIT ha ampliado significativamente su cometido en los países afectados por las crisis y llevado a cabo programas de recuperación y reconstrucción en más de 60 situaciones de emergencia. Estos esfuerzos se han orientado principalmente a influir en el diseño e implementación de los programas de respuesta a las crisis y reconstrucción impulsados por la comunidad internacional, a fin de asegurar que estén en consonancia con los propósitos del trabajo decente y respondan a las aspiraciones de los mandantes.

Muchas de las actividades operativas, orientadas a la generación de empleo, la reinserción, la formación profesional, las transferencias de efectivo y el desarrollo de empresas, se establecen en colaboración con los miembros del Comité Permanente entre Organismos (IASC) como, en particular, el PNUD, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el Programa Mundial de Alimentos (PMA), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), ONU-HABITAT y el Banco Mundial.

En 2004, la OIT estableció una nueva asociación operativa con el ACNUR, que tenía por objeto mejorar la protección y la integración de las personas desplazadas en las comunidades de acogida o su reinserción en los países de origen, y buscar soluciones duraderas a sus problemas.

Desde entonces, los dos organismos han llevado a cabo más de 17 operaciones conjuntas en las que han aprovechado las sinergias creadas en una estrecha cooperación interinstitucional, tanto a nivel de las sedes respectivas como a nivel de los países beneficiarios.

Como se desarrollará a continuación, distintas aristas de la normativa internacional del trabajo previamente señalada, fueron tomadas en consideración para la elaboración de la recomendación número 205, evidenciándose en algunos casos hasta una remisión expresa a las mismas. Por lo que su contenido, adquiere relevancia a los efectos del análisis integral de este nuevo estándar internacional del trabajo.



*Organización internacional del trabajo | panampost.com*

## **El antecedente pionero: Recomendación número 71 de la OIT**

La recomendación número 71 se adoptó en 1944, cuando el fin del conflicto mundial era una perspectiva realista y cuando aún era posible planificar la conversión futura de la industria, que pasaría de una producción de guerra a una producción destinada a la paz, y cuando también era posible planificar la desmovilización de un gran número de las personas enroladas en las fuerzas armadas.

Su enfoque se centraba en lograr la recuperación y la reconstrucción, ante conflictos armados entre Estados.

Según la Oficina Internacional del Trabajo (2015, p. 3), este enfoque sigue siendo muy pertinente en contextos similares, ya que las solicitudes de ayuda a nivel internacional son cada vez más frecuentes por parte de los países confrontados a las crisis.

Como se indica en el preámbulo de la recomendación número. 71, su propósito era

“[...] ayudar a los interesados a que encuentren sin demora los empleos más adecuados, principalmente a fin de facilitar la reintegración al trabajo de los miembros de las fuerzas armadas que hayan sido desmovilizados, de los trabajadores de las industrias de guerra que hayan sido despedidos y de todas las personas cuyo trabajo habitual haya sido interrumpido a consecuencia de la guerra, de la acción del enemigo o de la resistencia al enemigo o a las autoridades dominadas por el enemigo” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1944, p.3).

La sección de la recomendación número 71 titulada “Principios generales” contenía referencias a la cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Asimismo, se prevía un apartado relativo al empleo de trabajadores menores, que establecía que los jóvenes reanuden la vida que tenían antes de la guerra, y en particular que continúen la educación o la formación profesional que hubieran interrumpido como consecuencia de la guerra.

En la parte IX de la recomendación se refirió al empleo de mujeres, abordando principalmente el trato justo de las mujeres que se han visto obligadas a asumir funciones tradicionalmente masculinas en la economía debido a la ausencia de un gran número de hombres y la necesidad de preservar dichos puestos de trabajo una vez que la crisis haya finalizado.

Así y conforme expresó la Oficina Internacional del Trabajo a través de su informe relativo al estado de situación y jurisprudencia en la materia –realizado con miras a la celebración de la Conferencia Internacional del Trabajo- “la adopción de una nueva norma que revise las orientaciones contenidas en la recomendación núm. 71 fortalecerá sustancialmente la acción de la OIT y sus mandantes en este nuevo contexto” (OIT, 2015, p. 10).

## **La necesidad de actualización de las NIT: Recomendación número 205**

Como se mencionó anteriormente, la recomendación número 71 se adoptó en 1944. La situación hoy en día, es mucho más compleja, ya que se han producido cambios tanto en la naturaleza de los propios conflictos como en las respuestas necesarias.

En el primer informe de situación efectuado por la Oficina Internacional del Trabajo (2015, párr.15), se destacó que el primer cambio propuesto fue la supresión o la modificación de las disposiciones de la recomendación número 71 que se referían exclusivamente a la transición a partir de un conflicto global entre Estados, y en varios casos su sustitución por referencias a distintos tipos de crisis resultantes ya sea de conflictos internos o de desastres naturales o de origen humano.

Asimismo, destacó que debía tomarse en consideración, las nuevas condiciones y la estructura del sistema internacional, las diferentes fuentes de las situaciones actuales y sus efectos en comparación con las circunstancias tras el fin de la segunda guerra mundial, así como, la adopción de diversas normas por las Naciones Unidas y la OIT desde la adopción de la recomendación número 71 y la creación de las Naciones Unidas.

En igual sentido, se resaltó la existencia de ciertos principios previstos en las normas internacionales del trabajo y en las declaraciones de 1998 y 2008 –incluyendo el enfoque centrado en los derechos humanos, el trabajo decente y las respuestas a las crisis–, cuyas orientaciones debían ser tomadas en consideración.

Se requería, actualizar la orientación de la recomendación de la OIT adoptada en 1944, extendiendo además su ámbito a la reconstrucción y recuperación para incluir la prevención y la preparación.



*105.a Conferencia Internacional del Trabajo | ilo.org*

El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, en su 320ª reunión en marzo de 2014, tomó la decisión de proceder a la revisión de la recomendación número 71. Durante la 105ª conferencia internacional del trabajo (año 2016) se desarrolló la primera discusión.

En la 106ª conferencia internacional del trabajo, desarrollada desde el 5 al 16 de junio del año 2017, se llevó a cabo la segunda discusión sobre la revisión de la recomendación número 71. Alcanzándose, luego de varios debates, la adopción de la recomendación número 205.

Esta nueva norma proporciona un marco normativo único centrado en las medidas relacionadas con el mundo del trabajo para prevenir y responder a los efectos devastadores de los conflictos y los desastres en las economías y sociedades, al prestar atención especial a los grupos vulnerables de la población, como los niños, los jóvenes, las mujeres y las personas desplazadas.

## **Recomendación número 205**

El Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Guy Ryder, en su discurso de clausura de la 106ª conferencia internacional del trabajo, señaló que “la recomendación busca proporcionar orientaciones sobre las medidas que se han de adoptar para generar empleo y trabajo decente a los fines de la prevención, la recuperación, la paz y

la resiliencia con respecto a las situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres”.

Esta recomendación, deja asentado que se encuentra dentro de su ámbito de aplicación, todos los trabajadores y personas que buscan empleo, así como todos los empleadores, en todos los sectores de la economía que resultan afectados por situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres.

Es así, que su ámbito de aplicación no se restringe a determinadas categorías, tales como desplazados internos, refugiados, migrantes, etc. Por lo que puede considerarse que sus términos son aplicables a cualquier trabajador y persona en busca de empleo que se vea afectado por una situación de crisis provocada por conflictos y desastres.

Las situaciones de desastre surgen como consecuencia de la vulnerabilidad de los seres humanos que quedan expuestos a una amenaza (Valencia, 2008, p. 17).

En el marco de acción de Hyogo (2005) la amenaza se define como

“un evento físico, fenómeno o actividad humana potencialmente perjudicial que puede causar pérdida de vidas o lesiones, daños materiales, grave perturbación de la vida social y económica o degradación ambiental. Las amenazas incluyen condiciones latentes que pueden materializarse en el futuro. Pueden tener diferentes orígenes: natural, a saber, geológico, hidrometeorológico y biológico, o antrópico tal como la degradación ambiental y amenazas tecnológicas (p.1).

En los informes previos preparados por la Oficina Internacional del Trabajo (2015), se propuso que el término “crisis” se utilice para referirse solamente a las situaciones de conflicto y desastre, excluyendo otras crisis, como la crisis económica y financiera mundial, para las que la OIT ha desarrollado otras respuestas e instrumentos (párr. 15).

Por su parte, el término “desastre”, no es un término jurídico. No existe una definición generalmente aceptada de ese concepto en derecho internacional.

Mientras que algunos instrumentos internacionales optan por no definir en absoluto el término, en otros se da una definición de amplio alcance. Un ejemplo de este último caso lo ofrece el Convenio de Tampere de 1998, que define una catástrofe como una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad que suponga una amenaza considerable y generalizada para la vida humana, la salud, los bienes o el medio ambiente, con independencia de que el desastre sea ocasionado por un accidente, la naturaleza o las actividades humanas y de que sobrevenga súbitamente o como el resultado de un proceso dilatado y complejo.

Según la Dra. Gonzalez Napolitano (2015, p. 12), un primer aspecto que puede señalarse es que el concepto de desastre no distingue si tal hecho debe producirse en un solo país o en varios. En otras palabras, no es necesario que exista un componente internacional (es decir, que se produzcan efectos transfronterizos). En segundo lugar, destaca que lo que determina la existencia de un desastre es el grado de disfunción del Estado, región o sociedad de que se trate. El tercer elemento lo vincula con el sufrimiento o el daño inherente que puede resultar de la amenaza a la vida, la salud, la propiedad o el medio ambiente. Por lo que, la dimensión internacional del hecho quizás radique en que el Estado, región o sociedad que sufre el desastre no puede o no quiere hacerle frente utilizando exclusivamente sus propios recursos.



*agenciasinc.es*

La recomendación número 205, se inspira e incorpora esta terminología siguiendo lo previsto por la resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/71/276. Así, dentro de sus definiciones más importantes se encuentra:

1. Desastre: designa una interrupción grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interaccionan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando uno o más de lo siguiente: pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y ambientales.
2. Resiliencia: designa la capacidad que tiene un sistema, una comunidad o una sociedad expuestos a una amenaza para resistir, absorber, adaptarse,

transformarse y recuperarse de sus efectos de manera oportuna y eficiente, en particular mediante la preservación y la restauración de sus estructuras y funciones básicas por conducto de la gestión de riesgos.

Tal como se puede comprobar de su lectura, esta definición de desastre se caracteriza por su amplitud; dentro de “una interrupción grave de funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala” pueden incluirse tanto los desastres originados por el hombre como por la naturaleza. Si bien existe en la doctrina cierto debate sobre la división de las causas de los desastres, donde algunos autores siguen la división clásica de desastres “causados por el hombre” o por “la naturaleza”, mientras que otros se niegan a utilizar esta división argumentando que las causas de los desastres raramente están influenciadas por un solo factor.<sup>1</sup>

Ahora bien, según la Dra. Silvina Gonzalez Napolitano (2015)

“otras consecuencias que suelen afectar a la población en casos de desastres naturales están vinculadas con el acceso a la asistencia, a los bienes y servicios básicos; la discriminación en la prestación de asistencia; la falta de seguridad y protección; la violencia por motivos de género; el abuso, rechazo y explotación infantil; la separación de las familias; la pérdida y destrucción de documentación y las dificultades para reemplazarla; la pérdida y destrucción de viviendas; la falta de mecanismos adecuados para la aplicación de la ley y el acceso restringido a un sistema judicial imparcial y eficiente; el acceso desigual al empleo y oportunidades de sustento; la falta de restitución de la propiedad y el acceso a la tierra, entre otros” (pp. 2-3) .

Es así que la recomendación debió realizar un planteamiento multidimensional, articulado en torno a cuestiones tales como la estabilización, la recuperación económica local, el empleo sostenible y el trabajo decente. Participación de gobiernos, empleadores y trabajadores en la evaluación de las necesidades y del impacto en el empleo, y en los procesos de planificación de la prevención y la gestión de los riesgos.

Así las cosas, el punto principal de esta recomendación gira en torno a la constitución del “trabajo decente” y la “generación de empleo” como herramientas para lograr la prevención, la recuperación y restauración de las sociedades frente a las crisis derivadas de conflictos y catástrofes. Así como generar la resiliencia de las mismas frente a estas situaciones. Se formulan consideraciones en torno a los siguientes puntos:

1. Estrategia global de empleo que impulse el empleo pleno, productivo, libremente elegido y decente para las mujeres y los hombres.

---

<sup>1</sup> En ocasión del examen realizado por la sexta comisión sobre informe preliminar presentado por el Relator Especial Sr. Eduardo Valencia Ospina sobre el tema Protección de la personas en caso de desastre, a diversas delegaciones les pareció innecesario trazar una línea divisoria estricta entre los desastres provocados por el hombre y los desastres naturales, particularmente si las dos causas producían efectos similares. Por ejemplo, Austria (Doc. A/C.6/63/SR.23, párr. 7), Chile (Doc. A/C.6/63/SR.22, párr. 14), Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (Doc. A/C.6/63/SR.22, párr. 54), Francia (Doc. A/C.6/63/SR.24, párr. 81), Alemania (Doc. A/C.6/63/SR.22, párr. 60), Grecia (Doc. A/C.6/63/SR.24, párr. 6), la República de Corea (Doc. A/C.6/63/SR.23, párr. 24) y el Reino Unido (Doc. A/C.6/63/SR.23, párr. 63). Véase también la Argentina (Doc. A/C.6/63/SR.24, párr. 64). Además, establecer una clara distinción entre desastres naturales y desastres provocados por el hombre sería difícil.

2. Inversión con alto coeficiente de empleo.
3. Recuperación de la economía local.
4. Empresas sostenibles.
5. Transición justa hacia una economía ambientalmente sostenible.
6. Transición a la economía formal.
7. Sector público / alianzas público-privadas.
8. Empresas multinacionales.
9. Políticas activas de mercado de trabajo.
10. Oportunidades de empleo para los jóvenes.
11. Integración socioeconómica.
12. Desplazados internos

El enfoque básico utilizado en las situaciones de crisis es la creación de oportunidades de empleo que permitan lograr la seguridad del ingreso y un desarrollo a más largo plazo, con arreglo a criterios de respeto de las normas internacionales del trabajo y el diálogo social y de creación de trabajo decente.



*El trabajo decente, crucial para el desarrollo sostenible | <http://observatoriorli.com>*

Ello, en consonancia con lo previsto en el Convenio número 122 sobre la Política del Empleo, cuyo contenido fuera previamente señalado. Puede observarse, en el párrafo 10 de la recomendación, bajo el capítulo IV “oportunidades de generación de empleo e ingresos”, una remisión expresa a dicha norma internacional del trabajo, al referirse a la necesidad de:

“implementar una estrategia global y sostenible de empleo que impulse el empleo pleno, productivo y libremente elegido y el trabajo decente para las mujeres y los hombres [...]”.

La Oficina Internacional del Trabajo, ya había señalado en sus informes preparativos -previamente citados- que el centro de la recomendación actualizada, sería la aplicación de una estrategia integral de empleo que tenga como objetivo la existencia de un empleo pleno, productivo, libremente elegido y decente, al tenor de las disposiciones del Convenio número 122 y de las orientaciones contenidas en las resoluciones pertinentes de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT, 2015, párr. 23).

En consecuencia, se vislumbra cómo los diferentes enfoques propuestos para la creación de empleo en las situaciones de crisis se refuerzan mutuamente: los programas de inversión con alto coeficiente de empleo, las inversiones en infraestructuras, los programas públicos de empleo, el fomento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas del sector privado, la formación profesional y la capacitación laboral, la formación empresarial, los servicios de empleo, la creación de un entorno propicio para la generación de empleo a través de la recuperación económica local y la promoción de las iniciativas económicas y de desarrollo locales, los planes de desarrollo de la cadena de valor y el apoyo financiero, entre otros.

Una de las primeras medidas es la evaluación de las necesidades del mercado laboral, a fin de determinar cuál es la demanda real de empleo y facilitar las tareas de recuperación.

Las inversiones y las alianzas público-privadas con el fin de crear establecimientos de formación empresarial y capacitación laboral para los sectores de infraestructura han demostrado su gran utilidad a la hora de desarrollar capacidades duraderas que faciliten la salida de las situaciones de conflicto y de desastre.

Los programas de empleo público que complementan las transferencias monetarias abonadas a quienes no pueden trabajar y se cuentan entre los elementos esenciales del establecimiento y fortalecimiento de los pisos de protección social. Destacándose, que asimismo, pueden incluir importantes respuestas al cambio climático, como parte de un enfoque de desarrollo sostenible, y de esta manera ponen al medio ambiente y la adaptación al cambio climático en el centro de los esfuerzos de recuperación.

A fin de lograr la creación o restauración de un entorno propicio para la consolidación de empresas sostenibles, se postuló otorgar un rol preponderante a las PYME y las cooperativas (OIT, 2010, p.10). Ello, dado que se estima que ayudándolas a prepararse para las crisis, reduciendo sus debilidades y buscando la forma de mitigar las consecuencias de los peligros potenciales, a fin que las PYME se vuelvan más resistentes y capaces para mantenerse en actividad, así como para proteger a sus trabajadores (OIT, 2015, párr. 49).

Al asumir su responsabilidad social empresarial, estos actores económicos contribuyen a la recuperación y la estabilidad mediante la promoción del trabajo decente y productivo en muchos niveles.

También se hace hincapié en que tanto las zonas rurales como urbanas y la economía formal e informal deberían quedar comprendidas en el ámbito de las respuestas a las crisis basadas

en la generación de empleo, favoreciendo con el tiempo la transición hacia la economía formal.

Los programas integrales de promoción del empleo juvenil en contextos de posconflicto, tienen por objeto proporcionar oportunidades de empleo y de generación de ingresos dentro de un marco de políticas integradas.

Asimismo, desarrollar y aplicar políticas y programas activos de mercado de trabajo centrados en particular en los grupos desfavorecidos y marginados y en los grupos de población y las personas a los que la crisis, ha hecho particularmente vulnerables, incluyendo, aunque no únicamente, a las personas con discapacidad, los desplazados internos, los migrantes y los refugiados.

Se propuso como respuesta apoyar los medios de vida, la formación y el empleo de los desplazados internos con vistas a promover su integración socioeconómica y su incorporación al mercado de trabajo; potenciar la resiliencia de las comunidades de acogida y reforzar su capacidad para promover oportunidades de empleo decente para todos, con el fin de asegurar que las poblaciones locales mantengan sus medios de vida y sus empleos y tengan mayor capacidad para acoger a los desplazados internos, y facilitar el regreso voluntario de los desplazados internos a sus lugares de origen y su reincorporación a los mercados de trabajo cuando la situación así lo permita.

### *Derechos*

La recomendación número 205 pone su foco en el desplazamiento forzado, siendo este un concepto que ha sido largamente tratado por la doctrina en la materia.

El surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a finales de la primera mitad del siglo XX, ha tenido un profundo impacto en el Derecho internacional de la migración. Después de la segunda guerra mundial, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de alcance universal y regional, establecieron que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en dichos instrumentos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Lo anterior implica que los Estados están obligados a garantizar estos derechos a todas las personas sin distinción de su nacionalidad, su situación migratoria o su condición de apátridas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Véase: (OEA, 1948, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, arts. VIII y XXVII; OEA, 1966, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, arts. 12-13; OEA, 1969, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 22; ONU, 1948, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, arts. 9, 13 y 14; ONU, 1990, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, art. 8; CdE, 1963, *Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, arts. 2-4; OUA, 1981, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, art. 12; OUA, 2009, *Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África*, arts. 3-7).



@Licia

Migrar es un Derecho Humano | [pinterest.es](https://www.pinterest.es)

La importancia de la migración como derecho se materializó en el reconocimiento de lo que ha sido denominado como el derecho humano de toda persona a migrar, tanto interna como internacionalmente, así como del derecho a no migrar forzosamente.

El desarrollo del Derecho internacional ha tenido en cuenta las múltiples causas que conllevan a la migración de personas, las situaciones de vulnerabilidad en las que éstas se suelen encontrar, así como sus necesidades de protección. Ello ha propiciado la creación de diferentes categorías de personas en el contexto de la migración, así como a la adopción de diversos marcos legales de protección por parte de la comunidad internacional para migrantes internacionales y sus familias, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos.

A su vez, los instrumentos universales y regionales que se han desarrollado han traído consigo el reconocimiento de derechos para las personas en el contexto de la migración, a través

de los derechos reconocidos a estas personas por diversas ramas del Derecho internacional, tales como el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional de los refugiados, el Derecho internacional de los apátridas, el Derecho internacional humanitario o el Derecho internacional del trabajo. El desarrollo de un cuerpo de normas aplicables a la migración es lo que se ha dado a conocer como el Derecho internacional de la migración (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2015, p. 40).

Los trabajadores migrantes son particularmente vulnerables a los prejuicios y las diferencias de trato en el mercado laboral por motivos tales como la raza, el color y la ascendencia nacional, que a menudo están interrelacionados con otros motivos como el género y la religión (ARESE, 2014, p.72).

Si bien existen diversas clasificaciones dentro de este género, refugiados, desplazados internos, migrantes, etc., importante doctrina ha preferido referirse al fenómeno “desplazamiento forzado” de forma general, dado que parte de una misma premisa, a saber, todas aquellas situaciones que fuerzan a una persona a migrar porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas situaciones.

Efectivamente, el Dr. Pablo Ceriani Cernadas (2009) sostiene que:

“la movilidad humana, ya sea como migración internacional o interna, es un fenómeno multicausal que puede darse de manera voluntaria o forzada. La

primera se da cuando la persona migra voluntariamente, sin ningún tipo de coacciones. Mientras que, la migración forzada abarca aquellas situaciones en las que la persona se ha visto forzada a migrar porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humano, entre otras causas. Asimismo, puede implicar situaciones en donde los individuos son transportados físicamente a través de fronteras sin su consentimiento, como es el caso de la trata de personas” (pp. 117-171).

En este sentido, se puede observar que la recomendación número 205, abarca de forma general el tratamiento de derechos como la educación, la no discriminación y la igualdad (capítulos V y VI). La necesidad del diálogo social y la función de las organizaciones de empleadores y trabajadores (capítulo IV). Asimismo, se enuncia en la recomendación la lucha contra el trabajo infantil y el trabajo forzado, en diversos apartados.

Cabe señalar que esta recomendación en los párrafos 7 literal h); párrafo 12; párrafo 15 literal f), ha puntualizado su ámbito de aplicación-de espectro amplio-, haciendo menciones a la situación de migrantes, refugiados y desplazados internos a fin de otorgar un carácter incluyente, dado que los considera grupos a los que la crisis ha hecho particularmente vulnerables.

Efectivamente, los capítulos referentes a refugiados y repatriados así como migrantes, remiten en su mayoría a los derechos previamente enunciados, señalando las especificidades en su tratamiento, pero sin que lo mismo implique dejar de lado los conceptos previamente enunciados para la totalidad de situaciones abarcadas en su ámbito de aplicación.<sup>3</sup>

El derecho a la educación, a la formación y orientación profesionales, fue desarrollado resaltándose la necesidad de arbitrar medidas tendientes a lograr la adaptación de los programas a las nuevas necesidades de competencias laborales generadas por la recuperación y la reconstrucción con el fin de promover la paz y la resiliencia.

Por su parte, se indicó la relevancia de la colaboración entre las instituciones de formación, los servicios de empleo (tanto públicos como privados) y los encargados de formular las diversas políticas activas del mercado laboral, en todas las etapas del proceso de recuperación, a fin de mejorar la coherencia entre el mercado laboral y las competencias laborales disponibles y de favorecer una integración más rápida de los desempleados en el mercado laboral, y en particular de los grupos vulnerables.

---

<sup>3</sup> No obstante ello, si se observa que se ha señalado en dichas situaciones que las medidas se harán de acuerdo a la legislación nacional, derecho internacional aplicable y según proceda.

Como se destacó previamente, se incluyeron también capítulos específicos relativos a los derechos de los migrantes, refugiados y repatriados que fueran afectados por situaciones de crisis.

Al respecto, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han adoptado una interpretación evolutiva al desarrollar sus estándares con relación a los derechos humanos de las personas en el contexto de la movilidad humana. En este sentido, dicha Corte ha establecido que la interpretación debe atender a

“la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar (Cantor y Barichello, 2015, pp. 265-294).

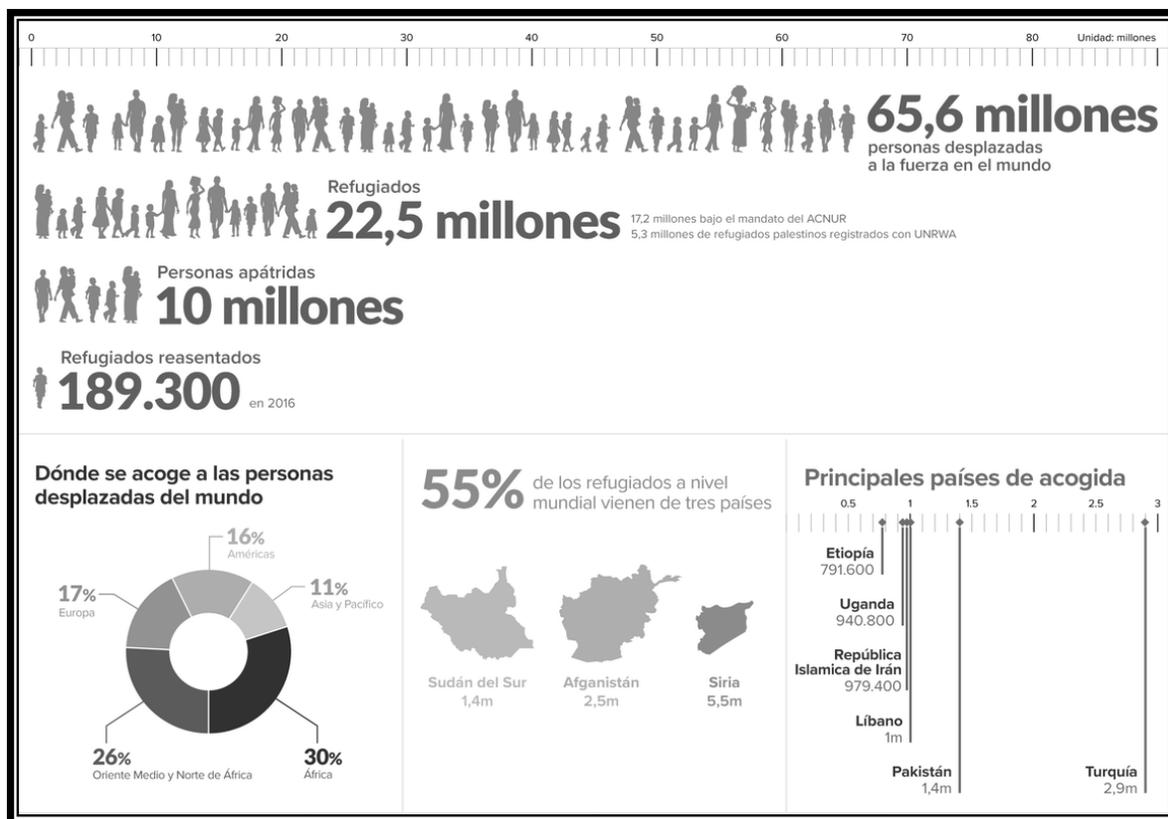
Por lo cual, cabría que este nuevo estándar internacional del trabajo sea interpretado en consonancia con estos lineamientos. Procurando su interpretación y aplicación de forma tal que se abarque a la totalidad de la fenomenología previamente descripta.

Siguiendo esta inteligencia, se observa que el párrafo 26 de la recomendación, prevé que la protección tiene un alcance expansivo, no sólo a los trabajadores migrantes afectados por una crisis, sino bien, retrata como niveles que requieren de protección al conjunto de migrantes en general, a los trabajadores migrantes en segundo plano y de forma ascendente en nivel de protección, al colectivo de trabajadores migrantes que fueran afectados por una crisis.

Por su parte, en el tratamiento específico de la situación de refugiados y repatriados, se dejó aclarado que las medidas adoptadas en virtud de esa parte, dependen de las circunstancias nacionales y regionales, tomando en consideración el derecho internacional aplicable, los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la legislación nacional, y las dificultades y limitaciones de los países miembros en lo que respecta a sus recursos y capacidad para dar una respuesta efectiva.

Asimismo, se destacó que esta problemática redundaba en una responsabilidad compartida internacional que requiere por tanto la repartición de responsabilidades y cargas en ese nivel, de una manera equitativa.

Debiéndose dar apoyo a los países menos adelantados y en desarrollo que acogen a un gran número de refugiados, en particular con miras a afrontar las consecuencias para los mercados de trabajo y asegurar que estos países se sigan desarrollando.



Tendencias Globales 2016 | ACNUR

Se hizo énfasis en ayudar a las comunidades de acogida a potenciar su resiliencia, en particular promoviendo el aumento de las oportunidades de empleo y de formación para ellas, así como para las poblaciones desplazadas. Ello, sin establecer discriminaciones entre ellos y garantizando el acceso a oportunidades de trabajo decente y obtención de medios de vida.

Aspectos a destacar son la mención a facilitar el reconocimiento, la certificación, la acreditación y la utilización de las competencias laborales y las calificaciones de los refugiados por medio de mecanismos apropiados. Asimismo, la mención a facilitar la transferibilidad de los derechos a prestaciones relacionadas con el trabajo y de seguridad social.

La recomendación promueve impulsar oportunidades de formación que les ayuden ya sea a recuperar las competencias laborales o a adquirir nuevas competencias laborales.

Por último, se dejó establecido que cuando las condiciones de seguridad en el país de origen de los refugiados hayan mejorado, es importante que los refugiados tengan la oportunidad de regresar voluntariamente a sus hogares o a otras zonas en sus regiones o países de origen. Ello, en condiciones de seguridad y dignidad.

*Protección social*

La pérdida de la protección social, es uno de los efectos más importantes de las situaciones de crisis. La satisfacción de las necesidades sociales, incluido el apoyo en especie,

el acceso a los servicios esenciales de salud y un nivel mínimo de seguridad del ingreso para la subsistencia y la vida en condiciones de dignidad, es esencial para las respuestas a la crisis en lo inmediato y a más largo plazo.

Se incluyen en particular todos los aspectos de la seguridad social necesarios para restaurar la renta básica de quienes la hayan perdido, como los jubilados y los trabajadores que han sufrido accidentes o contraído enfermedades en el trabajo.

### *Organizaciones de empleadores y de trabajadores*

Se dio tratamiento a esta temática, dado que se considera que las partes sociales poseen un rol fundamental en logro de los objetivos de la recomendación. Ello, da cuenta del carácter único de la organización que la emite, por ser la única con composición tripartita, lo cual permite abordar un tratamiento más acabado de la problemática con la participación de los distintos actores sociales.

Los empleadores y sus organizaciones suelen desempeñar un importante papel en las intervenciones frente a los desastres. A las organizaciones de empleadores, les incumbe un papel clave en las acciones de apoyo al desarrollo del sector privado, que es una de las principales formas de contribuir a la creación y la estabilidad del empleo en los países afectados por conflictos y desastres. Contribuyendo a la formalización de la economía informal y dando apoyo al crecimiento económico local y al desarrollo de las PYME.

El papel de las organizaciones de trabajadores en las situaciones de crisis es igualmente importante. En muchos países en crisis, sobre todo en situaciones de conflicto, los sindicatos pueden ser la única institución nacional, además de las fuerzas armadas, que logra sobrevivir a la crisis. En tales casos, su participación en el diálogo social es vital para contribuir a las deliberaciones nacionales sobre la recuperación y para asegurar que las necesidades de los trabajadores no sean ignoradas en el contexto de la recuperación económica y social.

El diálogo social es, un principio rector en todos los campos, incluso en la preparación, las operaciones de socorro y la recuperación para casos de desastre. Con el fin de asegurar que estas acciones se ajusten a las necesidades de toda la población, se insta a impulsar un diálogo social que fomente la estabilidad social y económica, la recuperación y la resiliencia. También, fomentar la inclusión de la preparación para desastres en la negociación colectiva es una de las principales medidas que se pueden tomar.

### *Prevención, mitigación y preparación*

Se destaca el desarrollo realizado a lo largo de la recomendación, en materia de prevención, mitigación y preparación para las crisis.

La prestación de asistencia se inicia normalmente a partir de una petición de asistencia presentada por el Estado afectado y se basa en el consentimiento de dicho Estado. Al respecto, varias cuestiones con implicancias jurídicas merecen ser reguladas: la cuestión de la entrada de personal de asistencia en casos de desastre en el territorio del Estado receptor, incluida la expedición de visados para ese personal; la obtención de permisos de trabajo o autorizaciones; el reconocimiento de sus competencias profesionales; la admisión de bienes

para su uso en las operaciones de asistencia en casos de desastres; la libre circulación en el Estado receptor y disposiciones que reconozcan derechos de sobrevuelo y aterrizaje (González, 2015, p. 15).

En su informe preliminar sobre la “Protección de las personas en casos de desastre”, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), Eduardo Valencia Ospina (2008), sostuvo que:

“[...] la protección es un concepto que abarca los aspectos más específicos de respuesta, socorro o asistencia, con los que a menudo aparece relacionada. En cualquier situación de desastre pueden distinguirse tres fases: la etapa anterior al desastre, el desastre propiamente dicho y la etapa posterior. El concepto de respuesta, desde el punto de vista temporal, se limita a la etapa de desastre. El socorro es un concepto más amplio que, al igual que la asistencia, abarca la etapa anterior al desastre y la etapa posterior a la respuesta inmediata” (p. 28).

La recomendación número 205 de la OIT, ha pasado al impulso de acciones en todo el ciclo de necesidades, partiendo de la prevención y la preparación para la intervención, y se ha adoptado un enfoque amplio para abordar las cuestiones del desarrollo y la resiliencia que incluye tanto respuestas inmediatas como respuestas a largo plazo.

Según prescribe, la recuperación después de una crisis exige medidas inmediatas y también respuestas a largo plazo. La recomendación se basa en la gestión de riesgos, que es el concepto general que abarca las ideas de prevención, mitigación y preparación.

La Oficina Internacional del Trabajo (2015, párr.123), ha manifestado que debe comprender, recursos asignados a las políticas adecuadas, sistemas de alerta, infraestructuras sostenibles, activos productivos y servicios que permitan proteger a un país de las crisis, o reducir su impacto, con el fin de mitigar los daños y pérdidas y, a largo plazo, reducir la vulnerabilidad y la exposición a riesgos.

1. Legislación laboral, administración del trabajo.
2. La recomendación resalta la relevancia de los siguientes aspectos:
  - a. Legislación laboral que favorezca la generación de oportunidades de empleo
  - b. Administración del trabajo, incluida la inspección del trabajo
  - c. Información sobre el mercado de trabajo
  - d. Servicios públicos de empleo

Una de las acciones necesarias para la recuperación tras una situación de crisis consiste en asegurar la vigencia y aplicación de la legislación laboral, con el fin de potenciar el derecho a un trabajo decente.

Tal como señalara la Conferencia Internacional del Trabajo en su reunión de 2011, durante la discusión del punto sobre la administración del trabajo, entre las funciones de la administración del trabajo se incluyen en general la protección del trabajo, la supervisión del empleo y las relaciones laborales, y los servicios para los interlocutores sociales. Garantizar

la efectiva aplicación y goce de los derechos comprendidos en la legislación laboral de cada país.

Contar con un sólido sistema de administración del trabajo es una necesidad vital, sobre todo en tiempos de crisis, para facilitar los contactos entre quienes buscan trabajo y quienes buscan trabajadores, proporcionar prestaciones de seguridad social y recopilar la información necesaria para el correcto funcionamiento del mundo laboral.

## **Conclusión**

El Derecho del trabajo, posee un rol fundamental dentro del sistema internacional de respuestas para hacer frente a las crisis derivadas de los conflictos armados y las catástrofes naturales.

A través de la creación de puestos de trabajo y fuentes de ingreso de calidad, y el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo son esenciales para desarrollar la resiliencia socioeconómica, que sólo puede asegurarse con una mejor preparación y una mayor capacidad para resistir y recuperarse ante las crisis derivadas de los conflictos y catástrofes.

Las iniciativas emprendidas para promover la gobernanza en el mundo del trabajo, apoyando o fortaleciendo las leyes, instituciones y procesos necesarios para una buena gestión, son indispensables para reconstruir los países afectados por crisis derivadas de conflictos y catástrofes pero así también para ayudar al desarrollo sostenible de los países de acogida frente la amplia demanda de ayuda humanitaria que las situaciones de desplazamientos forzados acarrearán.

Se ha logrado consenso, en que la resiliencia se construye antes, durante y después de las crisis. Para poder adoptar un enfoque de resiliencia en el mundo del trabajo se necesita la participación de todos los actores de los sectores público y privado, en particular, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, los gobiernos, las comunidades, y otros agentes del desarrollo económico local.

Las normas internacionales del trabajo – y en particular la Recomendación 205 de la OIT-, brindan orientaciones esenciales para enfrentar los desafíos actuales y futuros en el mundo del trabajo. Dichas orientaciones ponen en el centro de acción la promoción del empleo pleno, productivo, libremente elegido y trabajo decente, siendo el conjunto de políticas que ayudan a ponerlo en práctica un factor decisivo para romper el círculo vicioso de las crisis y pueden sentar las bases para levantar economías y comunidades sostenibles.

## **Bibliografía**

- Agencia de la ONU para los refugiados (2016). Tendencias Globales 2016. Recuperado de <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/tendencias-globales-2016/>
- Arese, C. (2014). *Derechos Humanos Laborales*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Cantor, D. y Barichello, S. (2015). *Protection of asylum seekers under the Inter-American Human Rights System*. Inglaterra: Abass, Ademola e Ippolito, Francesca.

- Ceriani, P. (2009). *Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y no discriminación: Una aproximación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ceriani Cernadas, Pablo y Fava, Ricardo.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- International Dialogue on Peacebuilding and Statebuilding (2011). A New Deal for engagement in fragile States. Recuperado de <http://www.newdeal4peace.org/wp-content/uploads/2013/01/new-deal-for-engagement-in-fragile-states-en.pdf>
- Federación Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (2000). World Disasters Report 2000. Recuperado de [http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/138693/A\\_CN.4\\_590-ES.pdf?sequence=6](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/138693/A_CN.4_590-ES.pdf?sequence=6)
- González, S. (2015). *Respuestas del Derecho Internacional a Desastres y Otras Consecuencias de Fenómenos Naturales*. Buenos Aires: Avellaneda, SGN Editora.
- Kobe, H. (2005). Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres. Recuperado de [https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf).
- Heintze, H. y Zwitter, A. (2011). *International Law and Humanitarian Assistance*. Berlín: Springer-Verlag.
- Oficina Internacional del Trabajo (2016). Empleo y trabajo decente para la paz y la resiliencia, Revisión de la Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz). Recuperado de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed\\_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms358381.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms358381.pdf).
- Organización Internacional del Trabajo:
- (1944). Recomendación 71 Sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), Filadelfia.
  - (2010). La recuperación económica local en situaciones de posconflicto. Recuperado de [http://www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/recovery-andreconstruction/WCMS\\_193480/langes/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/recovery-andreconstruction/WCMS_193480/langes/index.htm)
  - (2013). Ante el centenario de la OIT: Realidades, renovación y compromiso tripartito. Recuperado de [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/102/reports/reports-submitted/WCMS\\_214106/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/102/reports/reports-submitted/WCMS_214106/lang-es/index.htm)
  - (2017). Recomendación 205 sobre Empleo y Trabajo decente para la paz y la resiliencia. Recuperado de [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12\\_100\\_INSTRUMENT\\_ID:3330503](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12_100_INSTRUMENT_ID:3330503)
  - (2017). Resumen de las Labores. Recuperado de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_558624.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_558624.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas:
- (2009). Política de las Naciones Unidas sobre la creación de empleo, la generación de ingresos y la reintegración en la sociedad después de un conflicto. Recuperado de

[http://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS\\_117576/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS_117576/lang--en/index.htm)

(2015), Perfectivas de la población mundial: La revisión de 2015. Recuperado de <https://esa.un.org/unpd/wpp/>.

Valencia, E. (2008) Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_598.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_598.pdf).

# Una revisión decolonial del Derecho del trabajo

---

Danny Ramírez Ayérdiz

Recibido: 01.10.17/Aceptado: 10.12.17

## RESUMEN

En este trabajo el autor propone la revisión del Derecho del trabajo apoyado en la teoría decolonial, de la que parte para explorar el lugar y la eficacia del Derecho del trabajo en las relaciones actuales de poder y halla que, además de sólo ser, por ahora, un instrumento que sienta las reglas del juego para la explotación de la clase trabajadora, le hace falta extender su eficacia, en aras de contener y regular, perspectivas exploradas pocamente por este ámbito del derecho, a saber: (1) la cuestión de las razas en Latinoamérica que está antes y va más allá de la clásica desigualdad de clases que se pretende corregir o, al menos, mitigar mediante las normas laborales; (2) la cuestión de género, la que el autor plantea no como una cuestión adicional si no principal para comprender las relaciones de explotación y (3) la cuestión de la democratización de la autoridad pública en manos del Estado a través de una relectura racial de la participación política como presupuesto de la democratización misma de las relaciones de trabajo.

## PALABRAS CLAVES

Explotación de clases, sexo/género, autoridad colectiva, colonialidad del poder/decolonialidad, eurocentrismo.

## ABSTRACT

In this work the author proposes the revision of the labour law supported the decolonial theoretically which part to explore the place and the effectiveness of the right to work in the current power relations and found that, in addition to just be, for now , an instrument which sets the rules of the game for the exploitation of the working class, need you to extend their effectiveness, in order to contain and regulate, perspectives infrequently explored by this field of law, namely: (1) the question of the races in Latin America which is before and goes beyond classical inequality of classes that is intended to correct, or at least mitigate by labour standards; (2) the question of genre, which the author raises not as an added question if not primary to understand relations of exploitation and (3) the issue of the democratization of public authority in the hands of the State through a racial reinterpretation of the political participation as budget of the same democratization of labour relations.

## KEYWORDS

Exploitation of classes, sex/gender, collective authority, coloniality of power/decoloniality, Eurocentrism.

## Introducción<sup>1</sup>



Danny Ramírez Ayérdiz (1990) feminista, licenciado en derecho, magíster en derechos humanos y democratización y doctorando en derechos humanos. Docente asociado del ICEJP-UPOLI. Consultor del Movimiento de Mujeres Trabajadoras y Desempleadas “María Elena Cuadra”. Contacto: dannyramirezayerdiz@gmail.com

El Derecho del trabajo representa el consenso de las clases dominantes y las clases dirigentes, para una clase que, sin ser de estas anteriores, es la destinataria de las normas contenedoras de sus propios derechos obtenidos progresivamente desde la lucha. Esta clase es la que no domina, ni gobierna: la trabajadora. Si bien, la legislación laboral existe para reglamentar el amparo estatal de las conquistas de la clase trabajadora, la realidad supera a la idealización normativa y pone en crisis y entredicho la fuerza tutelar proteccionista de esta rama del Derecho que en este trabajo nos disponemos a revisar desde una perspectiva distinta: la decolonial.<sup>2</sup>

Es cierto que la coyuntura, las deficiencias de los gobiernos y la falta inmensa de controles protectores sobre las relaciones laborales, dinamitan, recurrentemente, la controvertida y variada eficacia del Derecho del trabajo. Sin embargo, la clase trabajadora/desempleada, se encuentra a

merced de un derecho, de un conjunto normativo que, emanado del Estado en su carácter de entidad exclusiva para dictar las leyes que obligan a toda la sociedad, en realidad, parece ser que no protege ni garantiza a plenitud –como lo dirían las tantas constituciones liberales– la principal fuente material de generación de la felicidad colectiva: el trabajo.

En el especial caso latinoamericano, la dificultad protectora del Derecho del trabajo está directamente relacionada con su historia misma y que trataremos de explicar a lo largo de este artículo: en nuestra región, antes que de clases, la dominación/explotación es de razas y en igual medida, de sexo/género. De ahí la necesidad urgente del Derecho del trabajo de calibrar de otro modo cómo y desde qué perspectiva protege a las y los trabajadores de este subcontinente igualmente subalternizado y castigado por los cruentas dinámicas del capitalismo.

<sup>1</sup> Agradezco los válidos comentarios y revisiones de Ruxandra Dumitru, compañera rumana con la que compartimos el interés y el firme deseo por la decolonización de las ciencias sociales para la emancipación epistemológica en nuestro Sur. También agradezco a Jenny Mora Paizano, Waldir Ruiz y Jerson Cerda Tijerino, lectores recurrentes de los borradores de nuestros artículos.

<sup>2</sup> El pensamiento decolonial, en nuestra opinión, es un conjunto de elaboraciones teóricas que surgen con autonomía emancipatoria desde el Sur en oposición y revisión a la larga tradición vigente del liberalismo científico del Norte, de describirnos al Sur como un enorme campo objetizado de estudio, cuyo fin es continuar preservando la hegemonía del Norte, toda vez que este Norte, produce, exclusivamente, las perspectivas o los estándares para el estudio de todo lo periférico. Son estándares eurocéntricos, por supuesto, que colonizan constantemente, sobre todo las perspectivas del conocimiento y sus modos de producirlo, ámbito que quizá es el más importante en el que se sostiene el patrón capitalista del poder, pues lo legitima como naturalizado. Este sentido clarificador y crítico que propone otro modo de entender la realidad *deseurocentrada*, hace que el pensamiento decolonial se sume a una serie de anteriores planteamientos –la teología de la liberación, la teoría del oprimido, entre ellas– producidos por y desde Latinoamérica como respuesta ante la opresión/explotación históricos en todos los ámbitos y pueblos que hemos sufrido como parte de ese Sur colonizado por el Norte. El pensamiento decolonial, junto a las teorías mencionadas, dice Segato (2013) que han sido de las pocas elaboraciones que ha logrado cruzar “[...] en sentido contrario la [g]ran [f]rontera, es decir, la frontera que divide el mundo entre el [n]orte y el [s]ur geopolíticos, y alcanzaron impacto y permanencia en el pensamiento mundial” (p. 35).



compromisoycultura.com

## El Derecho del trabajo en el patrón mundial de dominación

A pesar de la crudeza con la que se presenta en estos tiempos la desigualdad, el empobrecimiento sistemático, la precarización laboral y otros males adjuntos con una fuerza inmensurable, los operadores *representativos* de las relaciones laborales en altos niveles, actualmente cierran los ojos ante el patrón mundial de dominación vigente, el sistema capitalista, que genera y ha generado estos males en los últimos cinco siglos. Este patrón del que hablamos es uno fundado y desarrollado en América como primer territorio en el que se impone la hegemonía de Europa a través del descubrimiento/conquista/colonización (Wallerstein y Quijano, 1992; Segato, 2013; Quijano, 1992, 2000a, 2000b, 2008).<sup>3</sup>

Es un patrón tal que se universaliza con la bota de la violencia de Europa y así, en los periodos posteriores, incluso en el momento de la consolidación del Derecho del trabajo contemporáneo, correlativo de la hegemonía del capitalismo burgués industrial, el patrón se impone en todo el mundo como el eje que articula la dominación/explotación de los pueblos de todas las regiones de la tierra mediante una organización/división del mundo, en palabras de Prebisch, en un “centro/periferia”, donde Europa y más tarde, Europa/Norteamérica es el centro de este sistema/mundo que para sí acumula y despoja grotescamente los recursos

<sup>3</sup> Acerca de este patrón de poder, Quijano (2008) relaciona: “[e]ste patrón de poder mundialmente dominante, comenzó a configurarse junto con América hace 500 años, articulando un nuevo sistema de dominación social, que consiste en la clasificación social universal de las gentes sobre la base de la idea de “raza”, y un nuevo sistema de explotación que consiste en enganchar todas las formas conocidas (esclavitud, servidumbre, pequeña producción mercantil independiente, reciprocidad y salario) para producir mercancías para el mercado mundial [...]. De este modo, racismo y capitalismo fueron articulados como las bases de un nuevo patrón de poder” (p. 14).

materiales, científicos y culturales de los demás pueblos no-europeos.<sup>4</sup> A estos últimos, el patrón mundial los constituye en una periferia complejamente subalternizada a través de los diversos e infames mecanismos implantados por el capitalismo: desde la extracción colonial de las riquezas, en el inicio de la historia del patrón mundial, hasta nuestros días en el que asistimos a la instauración exitosamente inmoral del sistema de especulación financiera.<sup>5</sup>

Los desarrollos teóricos propuestos por los estudios sobre colonialidad/decolonialidad afirman que las relaciones de dominación mundial no sólo están articuladas en la dimensión de la lucha de clases (presunto sentido protector en el que descansa el Derecho del trabajo), sino que es más amplio y se constituye en este patrón que se caracteriza por la dominación/explotación/conflictividad de las principales relaciones sociales de la vida de las personas y el control adjunto de sus instituciones, recursos y productos (Quijano, 2008).<sup>6</sup> Estas relaciones sociales son el trabajo, la subjetividad, la autoridad colectiva y el sexo, con la clara hegemonía del capital como eje económico imperante y la consecuente correlación/sinergia con otras formas de dominación que, no necesariamente económicas, se explican profundamente en el capitalismo como forma protagónica de dominio actual.

Vivimos en los tiempos del triunfo del Estado/pensamiento liberal en el orden mundial (Quijano, 2008, 2014), lógica de las cosas que ha sido consagrada como la natural de esta etapa de la historia mediante lo inevitable que fue que todas las regiones de la tierra no escaparan de la globalización. Actualmente, el liberalismo, como herramienta ideológica fundamental del sistema capitalista, es insistente en eximir de los desastres que provocan el mercado, al Estado-Nación y a la modernidad, esta última como marco general de la racionalidad capitalista. Así, el liberalismo ha logrado ser el marco racional generalizado tanto de lo técnico, como de lo común y su misión principal es ocultar que la desigualdad no es posible combatirse en los moldes actuales del patrón mundial de dominación.

Entonces, gobiernos/Estados desprovistos de una lógica de lucha de clase, consecuencia de la fuerte campaña *desideologizadora* de la globalización feroz del mercado, emiten un Derecho

---

<sup>4</sup> Quijano (2000) sobre los conceptos *centralidad* [centro]-*periferia* y *sistema-mundo*, reflexiona: “[c]uando Raúl Prebisch acuñó la célebre imagen de “Centro-Periferia”, para describir la configuración mundial del capitalismo después de la Segunda Guerra Mundial, apuntó, sabiéndolo o sin saber, al núcleo principal del carácter histórico del patrón de control del trabajo, de sus recursos y de sus productos, que formaba parte central del nuevo patrón mundial de poder constituido a partir de América. El capitalismo fue, desde la partida, colonial/moderno y eurocentrado. Sin relación clara con esas específicas características históricas del capitalismo, el propio concepto de “moderno sistema-mundo” desarrollado, principalmente, por Immanuel Wallerstein a partir de Prebisch y del concepto marxiano de capitalismo mundial, no podría ser apropiada y plenamente entendido” (p. 208).

<sup>5</sup> Sobre esta etapa depredadora de acumulación desenfrenada de recursos, Quijano, sentencia: “[e]l predominio absoluto de la acumulación financiera, de una parte, el agotamiento de la relación salarial capital-trabajo, de la otra, son las cuestiones centrales en esta transición. El capital financiero no requiere, obviamente, ni Estados-nación, ni ciudadanía, ni democracia, ni individuos libres, ni sociedades iguales. La concentración máxima del control en un extremo de la sociedad, la máxima fragmentación en el otro, son las tendencias que ha desatado su predominio” (2014 [1997], p. 623).

<sup>6</sup> En Dumitru (2017) encontramos descripciones acertadas sobre el contenido y los alcances de análisis de los planteamientos decoloniales: “[e]l pensamiento decolonial se estructura como una crítica completa al eurocentrismo y redefine categorías y conceptos que las teorías y la historiografía europeas han desarrollado de acuerdo con su visión colonial con pretensión de universalismo y, por lo tanto, sesgada” (p. 18). Sobre el término “colonialidad”, nos ilustra, nuevamente, Dumitru: “[e]l término colonialidad fue introducido por Aníbal Quijano y se refiere a un patrón de poder capitalista que, basándose en jerarquías raciales, inferioriza e invisibiliza las experiencias y los conocimientos de los sujetos subalternizados, actuando sobre todos los ámbitos de la existencia” (p. 19). Un análisis-recorrido muy completo de la obra y perspectivas del iniciador de la teoría decolonial, el sociólogo peruano, doctor Aníbal Quijano Obregón, se encuentra en Segato (2013) en su *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda*, pp. 35-67.

del trabajo totalmente asimilado e integrado a los proyectos normativos del sistema mismo de mercado.<sup>7</sup> Es decir, un Derecho del trabajo que a todas luces ahora tan sólo se encarga de establecer las reglas en las que se ejecutan las condiciones de explotación, sin ir más allá o sin avistar francas mejorías para las colectividades protegidas –normativamente- por él. Ahora, parece ser, una suerte de derecho de anclaje, de *estatus quo* si se tiene en cuenta que la relación trabajo/salario es una relación de explotación, obviamente.

Además, si al escenario normativo se suma la dramática desperspectivización de la fuerza sindical, gran parte de ella identificada todas estas décadas con el proyecto de establecer una sociedad con la hegemonía de la clase trabajadora, tenemos ahora, pues, un Derecho del trabajo carente de dimensión política que fue inherente a sí mismo en el pasado, pues se había entendido que él tenía, por un lado, una eficacia coyuntural que pretendía modificar las relaciones de desigualdad social mediante el trabajo digno y de haber sido, por otro, una herramienta para la transformación política radical de la sociedad mediante la acción sindical, además de las tantas fuerzas sociales que persiguen este fin.

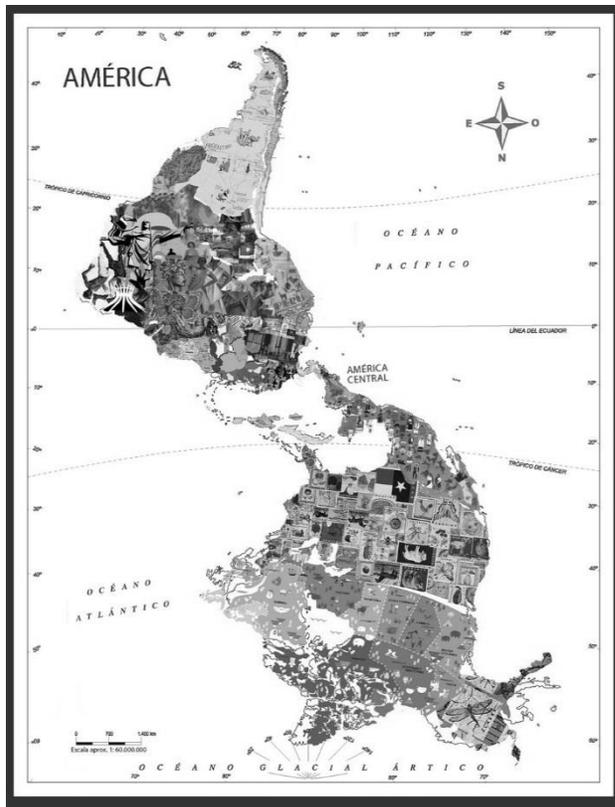
### **La necesidad de comprender que la explotación no es sólo de clase**

Descrito, pues, lo que a nuestro entender y según las perspectivas en análisis, resulta ser la situación del Derecho del trabajo en el actual sistema capitalista, nos interesa, consecuentemente, afirmar que es plenamente necesario, vigente y urgente que desde este derecho se acompañe a la sociedad y ante todo, claro está, a los sectores explotados y excluidos, en el camino hacia la democratización, que no es otra cosa que la transformación profunda de cada una de las relaciones sociales del patrón mundial del poder, empezándose por reconocer que la opresión y la explotación no sólo está dada por la lucha de clases (Quijano, 1989, 2000 en Segato, 2010).

Esta transformación profunda de las principales relaciones sociales sujetas de la explotación y la dominación actuales reviste muchísimo más sentido e interés en nuestras sociedades periféricas, puesto que, este patrón mundial de dominación, para poder afirmar el actual sistema/ mundo, dividido en un centro/periferia geopolíticos, lo hizo desde una marcada racionalidad racial que aún es plenamente vigente, donde lo blanco/europeo prevalece, articula y domina todas las relaciones o ámbitos de este patrón. Lo anterior en perjuicio de las demás identidades raciales indígenas, negras y mestizas, categorías que son creadas y llenas de contenido y sentido desde la perspectiva de lo blanco/dominante.

---

<sup>7</sup> Incluso, esta ausencia de fuerza protectora del Derecho del trabajo debe entenderse en el contexto de un Estado, como espacio y ente importante de poder, en el plano de *los demás poderes* en el que readecúa su lugar en las relaciones centro-periferia pautadas por la globalización, al que tiene que entrar debilitado en cuanto a la protección interna de los que están sujetos a su jurisdicción, es decir, un Estado *desnacionalizado*. Quijano (2014) expone: “[l]a entrada del discurso de la “globalización” en pareja con el proceso de drástica reconcentración del control de recursos de producción y del Estado, con sus efectos de polarización social en todas partes, ha vuelto –explícitamente- del revés “la cuestión nacional”. Ella consiste ahora, ante todo, en cómo transitar más rápidamente el proceso de debilitamiento, reducción o desintegración del Estado-nación, para integrarse en la globalización” (p. 622).



monteverde-institute-blog.org

Hablamos, entonces, de la *colonialidad del poder*, organización racial del poder mundial como mecanismo principal de este patrón, sin el que, al fin, no se podría explicar de otro modo, por qué la centralidad, como metrópoli del poder mundial, está ubicada no sólo en términos materiales, si no ideológica, intelectual y culturalmente en Europa-Norteamérica, es decir, la opresión y la explotación tienen un patrón y ejes, sedes y, también, colores que dominan y otros que son dominados. De lo anterior se entiende que las lógicas y prácticas de explotación no son iguales, precisamente, porque nuestras sociedades latinoamericanas son heterogéneas en términos raciales y la explotación misma es dirigida, sobre todo, por las oligarquías/burguesías *blancas/blanqueadas* y los destinatarios de la explotación, las grandes mayorías *mestizas/indígenas/negras*. Por tanto, se desprende la necesidad de una perspectiva

también racial de la explotación en América Latina.<sup>8</sup>

Además del elemento racial del poder, al Derecho del trabajo corresponde realizar una revisión muy atenta y despierta de las esferas, de esas relaciones sociales que el capitalismo ha monopolizado y dominado y que van más allá de la esfera o el ámbito de las relaciones desiguales de clase, que pretende, al menos, el Derecho del trabajo mitigar. En otras palabras, este patrón capitalista, es más que capital-trabajo-salario. Si este patrón, conjuntamente, recurre al control/explotación de la subjetividad, el sexo y la autoridad colectiva, entonces, no es posible desde el Derecho del trabajo, pensar sólo en la desigualdad o la superioridad del patrono como problema fundamental a tratar de corregir. Subjetividad, sexo y autoridad colectiva son igualmente importantes y necesarios para obtener una comprensión mayor de la explotación/dominación de las personas trabajadoras. Entonces, la lucha es, pues, de clase, de sexo, de subjetividad/raza y de autoridad colectiva.

<sup>8</sup> Segato (2010), acerca de la perspectiva aportada y desarrollada ampliamente por Quijano en la que él crítica al materialismo histórico y demás análisis de corte marxista, por eurocéntricos, ante la insuficiencia de la lógica de clases para explicar los modos de dominación del capitalismo en Latinoamérica, expresa: “[e]n su obra, la crítica al eurocentrismo inherente en el materialismo histórico encuentra su fundamento y punto de partida en la demostración de que la teoría marxista de las clases sociales no puede adecuarse a la realidad latinoamericana por haber sido formulada para Europa y a partir de la realidad europea. Esta teoría de las clases, eurocéntrica y de baja sensibilidad para el contexto social latinoamericano, conduce a una ceguera para la raza como uno de los elementos más determinantes de la clasificación y jerarquización social en América Latina. Debido a que la teoría de las clases se torna ineficaz para hablarle a nuestro continente” (p. 27).

## **Dominación/explotación/conflicto en clave decolonial**

Para Quijano (2008), el patrón mundial que venimos describiendo se caracteriza por una secuencia de dominación/explotación/conflicto en cada uno de los ámbitos o aspectos principales de la existencia de la gente. Estas secuencias configuran lo que se conoce como “relación de poder”. Por tanto, en las relaciones del trabajo, como en el sexo, la subjetividad y el control de la autoridad pública (ámbitos esenciales de la vida de la gente), existen, pues una secuencia de dominación/explotación, conflicto.

En el marco de cada relación de poder, ha de entenderse dominación, en términos de Quijano, como “el control del comportamiento” que ejercen unos sobre otros “y es, sin duda, el elemento más general de toda relación de poder” (2008, p. 11). Este elemento de la relación de poder casi siempre, cuando se impone, es a través de la violencia pues esta es su esencia. No obstante, la dominación luego busca su “naturalización” mediante los mecanismos subjetivos y de la autoridad colectiva en manos del Estado: discursos morales, relatos, perspectivas y experiencias de la memoria, glorificación de experiencias genocidas, unificación, eufemistificación de las experiencias de crueldad colectivas, etc. Colonización de la subjetividad.

La explotación, como el otro elemento de las relaciones de poder, cuya condición para su ejecución es el dominio violento/subjetivo de la gente para luego “obtener ganancias de la acción de los demás sin retribución ni participación con ellos en beneficio propio” (Quijano, 2008, p. 11). Aquí, como diría Quijano, hablamos del trabajo asalariado como el principal mecanismo en la explotación dentro de la lógica de clases (perspectiva del materialismo histórico). No obstante, la explotación (y de ahí el llamado recurrente al Derecho del trabajo a estar vigilante) también sucede en los otros ámbitos del patrón hegemónico y están plenamente relacionados unos con otros.

Las condiciones de dominación y explotación se entrelazan, cada una desde sus ámbitos, para crear realidades complejas que necesitan una mirada más que de relaciones de clase, pues *son invisibles* y existe mucha resistencia de parte del Derecho del trabajo para su estudio y resolución. Por ejemplo, en las labores domésticas y de cuidados de la familia que realizan las mujeres en los hogares, se juntan varios ámbitos del patrón universal de dominación. Por un lado, la subjetividad hegemónica considera que lo que realiza la mujer en el hogar no es trabajo *per se* porque por roles tradicionales de género, le corresponde. Las formas dominantes del sexo en el patrón hegemónico, reducen a la mujer a una condición que viene a menor con relación al trabajo realizado *dentro y fuera* de la casa dado por su papel asignado. La ausencia de regulación normativa de los trabajos domésticos y de cuidados en el hogar – incluso, fuera de este último espacio– da cuenta de cómo esta situación de clara naturaleza laboral requiere más que una mirada de relación patrón-trabajadora en su sentido clásico.

## **Subjetividad/colonialidad/raza y Derecho del trabajo**

Con la *fundación* de América se inaugura la modernidad, como el modo general de pensar de Europa y sus contenidos operativos, como la colonialidad, la etnicidad, el racismo, la novedad/perspectiva del progreso, modo general este que da pie, en el mismo tiempo

histórico, a “la economía-mundo capitalista” (Wallerstein y Quijano, 1992, pp. 583, 584). Con el *descubrimiento del nuevo mundo*, además, se origina *al mundo mismo* en su sentido de totalidad geopolítica, pues a partir de ahí, se *cobesiona* a todas las regiones de la tierra, bajo un eje político que, como podemos recordar con el colonialismo, estableció a Europa con predominio indiscutible sobre las demás regiones. Sin embargo, es preciso también recordar que esta experiencia opresión/dominio del resto del mundo con las experiencias colonizadoras a partir del siglo XV, serán, a diferencia de las anteriores, basadas en la raza como lógica fundamental del actuar colonial (Quijano y Wallerstein, 1992; Segato, 2010; Quijano, 1992).

Entonces, la destrucción/genocidio a la que asiste América desde la llegada del europeo está fundamentada en que las atrocidades son posibles debido a la supuesta superioridad que se atribuye a Europa al asociar abruptamente razas/pueblos/progreso. A partir de esto es que lo europeo son sinónimo de adelanto y el resto de los pueblos/razas, atrasos, míticos. Lo inferior, será, al no estar provistas de la natural capacidad civilizada y civilizatoria de Europa, lo negro, lo indígena, lo moreno. Categorías que, además de ser creadas por el invasor, amontonan a una diversidad profunda y plural de pueblos ahora etiquetados por un supuesto patrón de color/historia que les hace merecedores de un tratamiento distinto a partir de una presunta etnicidad. Todas construcciones y atribuciones de desarrollo/inferioridad obviamente falsas pues estas configuraciones de lo racial, son, básicamente, “mental”, pues “no está anclada ni en lo genético, ni en una antigua historia cultural” (Wallerstein y Quijano, 1992, p. 584; Quijano, 2000, p. 202).<sup>9</sup>

Como se dijo en otro momento del escrito, la matriz racial impuesta por las metrópolis europeas en la periferia, en el Sur, hizo, inevitablemente, coincidir el poder político o la autoridad colectiva y el control, desarrollo y monopolio de los medios de producción en las pocas familias blancas tanto antes como durante *las repúblicas independientes*. Es así como, a pesar de ciertas e interesantes reformas económicas a lo largo de las centurias post-independencia, fundamentalmente, la matriz colonial del poder continúa vigente, sin ser suficientemente hurgada.

Para poder ser Estados nacionales a la europea, las élites poscolonias precisaron de la construcción de identidades nacionales (los llamados grandes valores e hitos nacionales que dan sentido a la *nacionalidad*). Una vez desarrolladas y asimiladas estas identidades nacionales por la mayoría de las sociedades, las élites blancas logran que lo racial no sea leído como un problema fundamental o central de las nuevas historias republicanas. Es decir, se construyeron identidades nacionales capaces de diluir esta distribución injusta del poder, de tal modo que la manera en la que se organiza la sociedad y en la que están distribuidas las

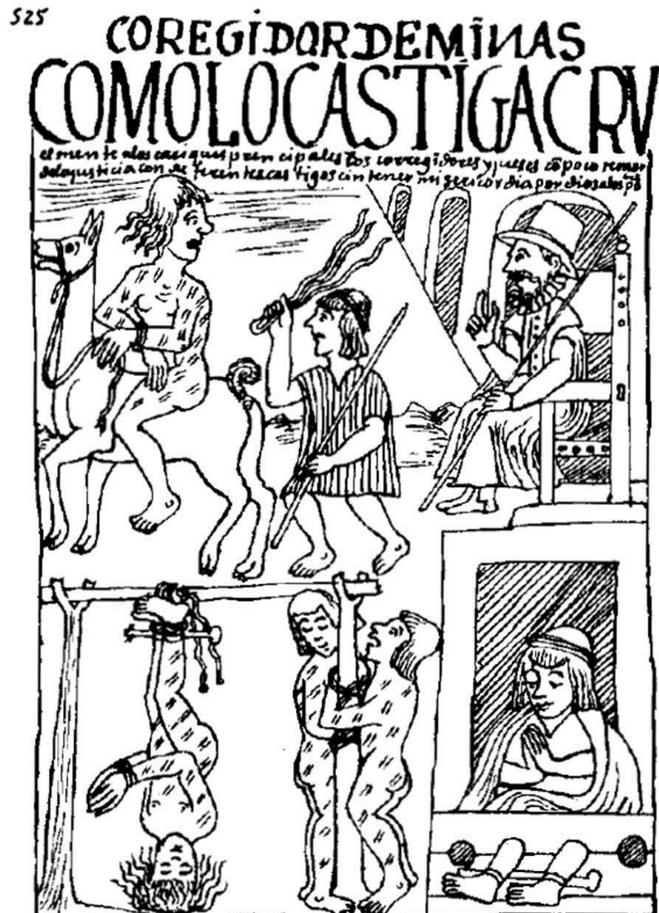
---

<sup>9</sup> Respecto de lo que aquí entendemos por etnicidad como mecanismo de imposición de formas de explotación asociadas jerárquicamente a los contenidos de cada “grupo étnico” creado por la colonialidad del poder, Wallerstein y Quijano (1992), explican: “[l]a etnicidad es el conjunto de límites comunales que en parte nos colocan los otros y en parte nos lo imponemos nosotros mismos, como forma de definir nuestra identidad y nuestro rango con el [E]stado [...]. Las etnicidades son siempre construcciones contemporáneas, de manera que son siempre cambiantes [...]. La etnicidad fue la consecuencia cultural inevitable de la colonialidad. Delineó las fronteras sociales correspondientes a la división del trabajo. Y justificó las múltiples formas de control del trabajo inventadas como parte de la americanidad: esclavitud para los “negros” africanos; diversas formas de trabajo forzado (repartimiento, mita, peonaje) para los indígenas americanos; enganches para la clase trabajadora europea. Desde luego estas formas fueron las formas iniciales de distribución étnica para participar en la jerarquía laboral [...]. Pero siempre se mantuvo una jerarquía étnica” (p. 584 y 585).

riquezas y el poder, aparezcan como naturales. O sea que nuestros nacionalismos están asentados en la naturalización de injusticias y privilegios de las élites, que con el relato de los valores fundamentales e identitarios de los Estados nacionales, inhabilitan a las masas para poder identificar los ejes desencadenantes de la pobreza histórica de nuestros pueblos, así como poder realizar una lectura racial de la arbitrariedad de las élites y por tanto, existe hoy una América que “le cuesta mucho hablar de razas” (Segato, 2010).<sup>10</sup>

Esta construcción amnésica de la identidad nacional, en lugar de fundamentar una perspectiva plural de la cuestión racial, como equivalentes de categorías políticas declaradas, crea falsas identidades culturales de estos nuevos Estados nacionales: el mestizaje, por ejemplo, que, sin operar igual en toda la región latinoamericana, tiene la misión de adaptar y hacer conscientes –o inconscientes– a las grandes mayorías, a pesar de sus diversos colores y pasados, que se es mestizo para ocupar un lugar providencialmente preparado para la subalternidad. Así, se crean las democracias mestizas, sin que en realidad exista una verdadera participación de esta supuesta ciudadanía que odia y excluye, desde los discursos oficiales del Estado, al indígena por atrasado en el progreso y, por tanto, arqueologizado por pertenecer a otro tiempo y al negro, peligroso, ajeno y perezoso.

Sin embargo, esta construcción subjetiva de las identidades nacionales es doblemente falsa en tanto que ni el Estado es mestizo ni las repúblicas latinoamericanas llegan a ser democracias porque están basadas en la desigualdad colonial pues aún en ellas perdura el patrón racial del poder –la colonialidad del poder-. La hegemonía continúa en las minorías blancas herederas del poder colonial cuyo fin es continuar, constantemente, con una reproducción infinita de la dependencia de nuestros países con la centralidad en todos los



Grabado de Huamán Poma de Ayala, denunciando los castigos inhumanos en los tiempos de la colonia por el invasor europeo / foro-peruanodelasartes.blogspot.com

<sup>10</sup> Acerca de este control del poder por parte de las élites blancas, Quijano (2000b) reflexiona que: “[l]os grupos sociales que en América Latina conquistaron el control del poder en el momento de la Independencia, eran blancos de la sociedad. Y aunque en cada uno de los nuevos países eran reducida minoría, ejercían dominación y explotación sobre una mayoría de indios, negros y mestizos. [...] se consideraban [los blancos], por raza, naturalmente superiores y próximos a los demás blancos, esto es, europeos” (p. 85).

sentidos, a pesar de haber existido siempre movimientos de miembros y grupos conscientes de las grandes mayorías no dominantes contra la colonialidad del poder.

El mestizaje en Latinoamérica es el marco de subjetividad que han elaborado en todo este tiempo las élites republicanas para proveer y destinar, a los no blancos no dirigentes ni dominantes, un estatus racionalizado capaz de ubicarlos en un *continuum* providencial de explotación. Mientras tanto, la blanquitud republicana, que elabora al mestizaje como la nueva identidad totalizante ciudadana-racial de nuestras *democracias*, no es, irónicamente, mestiza porque no es explotada: al contrario, dirige e integra al Estado, es dueña de los medios de producción, imparte la educación y es dueña de los medios de comunicación.<sup>11</sup>

Aquí pues, es necesario traer la mirada del Derecho del trabajo a un área, como ya dijimos, en la que cuesta hablar. ¿Cómo puede el Derecho del trabajo incorporar esta lectura racial de la desigualdad histórica? Se nos ocurre que en ese proceso de la mayoría de los Estados latinoamericanos en los que han empezado a declarar y reconocer la multiétnicidad y la multinacionalidad, no puede parar o detenerse en la constitución o en leyes especiales de jurisdicción indígena o de autonomía para los pueblos que aún conservan algo o mucho de sus identidades indígenas o afro. Si la matriz básica de la injusticia histórica antes que de clase es de raza, entonces, el efecto correctivo del Derecho del trabajo debe incorporar en, la construcción de los textos normativos y la actuación de estos Estados multiétnicos/nacionales, una visión cuestionadora de esta matriz, capaz de incluir, a través del trabajo, a las grandes mayorías excluidas que, a la vez, son las razas apartadas del ejercicio del poder, incluso, económico. Aún cuando el estado actual del Derecho del trabajo da cuenta de su funcionalidad con el capital, la democratización de la sociedad incluye a las relaciones laborales. No se puede hablar de democratización sin un Estado que también democratiza racialmente las relaciones laborales.

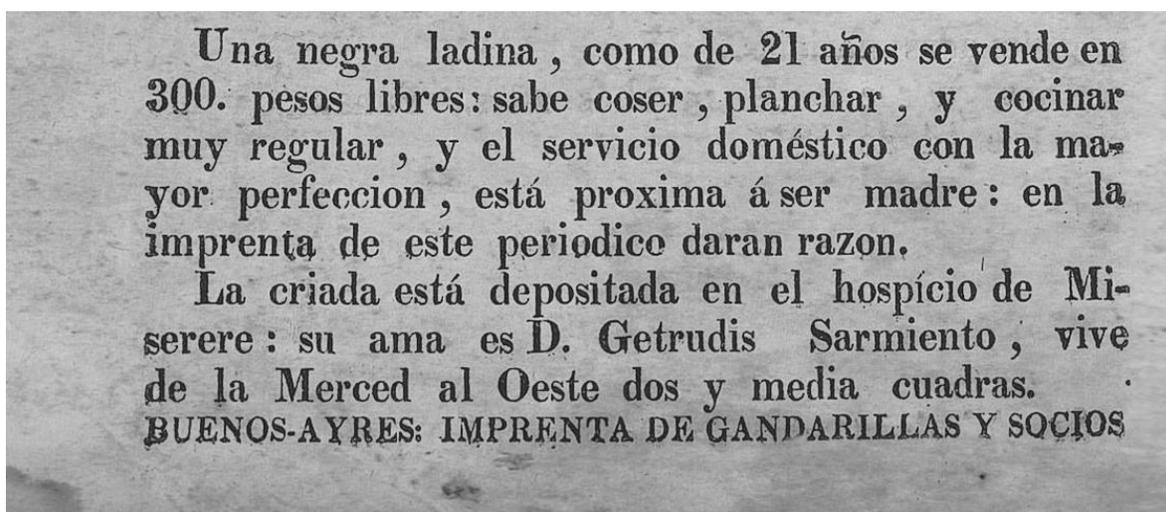
Por otro lado, desde la hegemonía ejercida por las élites republicanas en la educación y los medios de comunicación, es posible ahora ver ciertos discursos que atentan contra la clase trabajadora y que deberían ser revisados constantemente. Por un lado, éxito como doctrina de *superación personal* sobre la base de una productividad desmedida, deshumanizada, es un discurso de las élites dirigentes para seguir densificando más esa identidad nacional que, además de diluir la identidad racial, se desatiende con las grandes mayorías empobrecidas. El éxito, basado, entre otras, en la productividad para las empresas o para crear empresas conforme al modelo capitalista, no es otra cosa que el desentendimiento de las élites republicanas y del Estado por la pobreza que se arrastra históricamente. Es decir, es una fórmula que, vestida de optimismo, carga al pueblo por igual la creación de aquellas

---

<sup>11</sup> Segato (2010), sobre esta noción de mestizaje, apunta con aguda precisión crítica: “[p]or un lado, en la perspectiva de las élites, el mestizaje fue construido como un camino en dirección a la blancura, homogeneizador y, en este sentido, etnocida, porque, a pesar de construirse como “utopía mestiza”, capaz de unificar la nacionalidad como resultado de una amalgama de sociedades, de hecho produce olvido de sus linajes constitutivos. En esta versión, su brújula apunta al Norte, al “progreso”, a la modernización de una nación que, el mestizaje, se desprenderá de una parte de su ancestralidad y abdicará de su pasado. [...] El mestizaje, en la versión de las élites, es así, un camino unitario de la nación hacia su blanqueamiento y modernización eurocéntrica” (pp. 35, 36).

oportunidades negadas sistemáticamente para poder mejorar condiciones que son imposibles en el actual estado de desdemocratización de las riquezas latinoamericanas.<sup>12</sup>

Tanto la perspectiva de éxito ya anunciada, como aquella que considera que sé es exitoso luego de una entrega excesiva del esfuerzo físico en aras de metas insoportables de producción, son igualmente perversas y, lamentablemente, ambas visiones están instaladas con una fuerza descomunal en muchas prácticas no declaradas y normas del Derecho del trabajo, debido a la nueva embestida neoliberal de flexibilización de los derechos laborales. No es casual que la flexibilización laboral venga de la mano con estas doctrinas maliciosas como el éxito. Tampoco resulta casual que se presente como modelo de vidas *exitosas* a las élites blancas empresariales. Es decir, la doctrina del éxito mismo tiene mucho de ilusoria y desvergonzada a la vez.



*Aviso publicado en La Prensa Argentina, Buenos Aires, 4 de junio de 1816 / Archivo General de la Nación Argentina*

## Sexo y Derecho del trabajo

Las relaciones de dominación establecidas por el patrón hegemónico del poder mundial, como hemos dicho, no sólo están dadas materialmente o con relación a la apropiación de los recursos y los medios para producirlos. Si bien, la explotación de las cosas y las personas es central como aspecto fundamental en el capitalismo, el sexo emerge como central antes que ser adicional en las lógicas de explotación. Como resultado inmediato de esta afirmación, el capitalismo, como eje de la dominación y explotación económica mundial, tiene en las relaciones de dominación y explotación del sexo un ámbito en el que son plenamente articulables. No nos podemos llamar a engaño: en un mundo básicamente pautado para la hegemonía patriarcal, es imposible no pensar que incluso las relaciones económicas están atravesadas por los patrones socio culturales de género. Por ejemplo, con un porcentaje mundial de mujeres del 2 % siendo dueñas de la tierra rural, da cuentas de la plena alineación y complementariedad de capitalismo y patriarcado (Korol, 2016).

<sup>12</sup> En nuestro artículo *La necesidad de relatos críticos y contrabegónicos sobre pobreza y empobrecimiento en la formación de liderazgos emprendedores* nos detenemos a analizar la doctrina del éxito y su supuesta antítesis, la pobreza mental. En Cuaderno Jurídico y Político (2016), 2 (5), 32-51 [en línea].

Es el capitalismo, ante todo, un mecanismo que apropia y acumula para los hombres. Entonces, hablamos acá de reentender la explotación de clases y razas con perspectiva de género y no sólo en el sentido de lo que el capitalismo ha dado en llamar *trabajo* como la subordinación al empleador o patrono a cambio de una remuneración o salario por la fuerza prestada sin poner atención si el remunerado es hombre o mujer. Por otro lado, si se piensa que capitalismo es la unión de todas las formas de explotación posibles –capital-trabajo, esclavitud, servidumbre–, podemos decir, entonces, que el hecho que haya ciertas ocupaciones ejercidas por mujeres que no dependen del patrón o empleador en el sentido del Derecho del trabajo, pero si de un esposo, compañero, padre, tutor o familia y hay personas que lucran de ese esfuerzo y no hay remuneración a cambio, ¿la mujer vive en condiciones de al menos servidumbre en un sistema que es reacio a pagar o cuando mínimo, distribuir justamente aquellas labores *no productivas*?

Ahora, cuando la mujer se inserta en las labores *productivas*, es decir, en el trabajo remunerado, ¿está en condiciones de igualdad en comparación con los hombres? La respuesta es no y es un no dramático. Si es la mujer y no el hombre quien es la parte dominada y por supuesto, explotada en las relaciones de sexo del patrón mundial del poder, entonces, ella entra no con uno si no con tres y quizá cuatro esferas más de explotación debido a lo abarcante que es para la mujer la dominación sexual y lo liberador, en términos de cargas sociales, para el hombre. Una mujer en el trabajo, además de ser parte del trabajo productivo, también es sujeta del trabajo doméstico en el hogar, el trabajo de los cuidados y el trabajo reproductivo, cada uno con sus respectivas lógicas de desgaste y explotación.

Por lo tanto, la mirada del Derecho del trabajo debería enfocar con atención y urgencia a las relaciones de sexo/género, partes de ese patrón hegemónico de poder, como centrales para la corrección de las relaciones de explotación. Lo anterior permitiría entender el *trabajo* en un necesario sentido más amplio: no sólo sería trabajo estar al servicio de un patrono socialmente aceptado si no que, sería apenas una de las formas de entender trabajo. Esto traería el empezar a plantear relaciones económicas justas y labores que antes se consideraban consecuencia de ser mujeres y, por tanto, deben ser progresivamente remuneradas, aceptadas y reconocidas. No se trata aquí de la mercantilización absoluta de las relaciones vinculadas al sexo/género sino de la puesta en crítica de aquellos hechos sociales que siendo trabajo que deberían ser remunerados, el capitalismo no los reconoce como tales, pues, el propio capitalismo es aliado del patriarcado en las lógicas de explotación.

## **Autoridad colectiva y Derecho del trabajo**

En este acápite no nos detendremos demasiado pues ya hemos hablado a lo largo de este trabajo del papel del Estado, como institución que monopoliza la autoridad colectiva en las relaciones de dominación/explotación actuales. Aquí queremos no más insistir en la necesidad de la democratización de la gestión de la autoridad colectiva para la igual democratización del Derecho del trabajo. Es el Estado, según Quijano (2008), la entidad que sirve para la centralización de la dominación y la articulación de las demás áreas del patrón hegemónico. Entonces, si el Estado, como institución que ejerce la autoridad colectiva, es funcional a las demás maneras de dominación/explotación del sexo, subjetividad y el trabajo, es, pues, el conflicto por la democratización del poder colectivo una prioridad. Si la autoridad

colectiva sigue siendo monopolizada, al menos desde el Sur, por los herederos del poder colonial y sus adjuntos, seguiremos viviendo de y en espejismos de Estados democráticos.<sup>13</sup>

Es fundamental la democratización del Estado para poder sacar al Derecho del trabajo del lugar en el que se encuentra. La victoria del liberalismo y la *globalización* y su falso cariz positivo, ha supuesto para este marco normativo, como hemos dicho, ser no más el conjunto de reglas que aseguran el *status quo* de la explotación capitalista.<sup>14</sup> No obstante, es necesario un Estado, que al ser el centralizador y legitimador de todas las formas de dominio de las demás áreas de la existencia de la gente (sexo, trabajo, subjetividad), deje entrar a todos los sectores que están excluidos históricamente tanto a la gestión del Estado mismo, como a la transformación de las formas de explotación y dominación que dan sentido y son la esencia del Estado actual.

Un Estado que pluralice el ejercicio racial del poder en todos los ámbitos, que se deseurocentra,<sup>15</sup> que reconoce al sexo/género como categoría principal para el análisis de la realidad, será uno que sienta las bases de la democratización misma del Derecho del trabajo. Sin embargo, toda democratización real y plural no será posible sin que antes procedamos a la “descolonización del conocimiento” que propone Quijano. Es decir, desmontar a este modo que coloniza constantemente nuestros sentidos y concepciones de la vida y las cosas y que nos hace naturalizar todo el tiempo este ejercicio complejo y perverso de las relaciones de poder en todas las dimensiones posibles.

## Bibliografía

Dumitru, R. (2017). *Decolonialidad, insurgencia sandinista y nuevo cine latinoamericano: construcción de un discurso en torno al sandinismo en el cine de Miguel Littin*. Tesis de maestría. Universitat de València.

Korol, C. (2016). La tierra para las que la trabajan, *Biodiversidad, sustento y culturas*. (89), 13-19.

Quijano, A.:

---

<sup>13</sup> El reconocimiento, puesta en cuestión, el debate y evacuación de este ejercicio racial del poder de manera monopolizada por las élites blancas, llamado *colonialidad del poder*, es, para Quijano “[...] el primer paso en dirección de la democratización de la sociedad y del [E]stado; de la reconstitución epistemológica de la modernidad; de la búsqueda de una racionalidad alternativa” (1992, p. 8).

<sup>14</sup> Quijano (2012) entiende que el neoliberalismo y la globalización que consisten “[...] básicamente, en la imposición definitiva del nuevo capital financiero en el control del capitalismo global colonial/moderno. En un sentido preciso, se trata de la imposición mundial de la “desocupación estructural”, plenamente tramada con la “financiarización estructural” [...]. Esa imposición produjo dispersión social de los trabajadores explotados y la desintegración de sus principales instituciones sociales y políticas (sindicatos, sobre todo) [...]” (p. 50). En un trabajo muy anterior, Quijano señala que el término globalización sirve para “[...] escamotear la naturaleza social del proceso ante la mirada de los dominados [...]” (2000c, p. 118).

<sup>15</sup> Es necesario la deseurocentración del Estado para poder continuar proponiendo su redefinición *para Latinoamérica*, lo que no es posible desde la perspectiva eurocéntrica pues no es capaz y nunca fue su intención, de contener la basta heterogeneidad racial, cultural y étnica. La mirada eurocéntrica del Estado, es la del Estado-nación homogeneizante, confiscatoria y anuladora del cualquier diferencia minoritaria o mayoritaria –si esta última es contraria a los intereses hegemónicos sostenidos por el Estado-nación- en torno a las construcciones nacionalistas. Requerimos ser conscientes de la urgencia de otro Estado que además rompa las lógicas de nuestros Estados-naciones latinoamericanos, fabricados para la subalternidad y la entrega constante de nuestros recursos a los poderosos del norte; romper el eurocentrismo de Estado, eurocentrismo que nos impone “[...] un distorsionante espejo” que nos obliga a vernos “con el ojo del dominador” (Quijano, 2000b, p. 82).

- (1992). “Raza”, “etnia” y “nación” en Mariátegui: cuestiones abiertas en *JCM y Europa: la otra cara del descubrimiento*, 1-14. Lima: Amauta.
- (2000a). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas* (201-246). Buenos Aires: CLACSO.
- (2000b). El fantasma del desarrollo en América Latina, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*. 6 (2), 73-90.
- (2000c). Colonialidad, poder, cultura y conocimiento en América Latina en *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo* (117-131). Buenos Aires: Editorial Signo.
- (2008). *Poder y derechos humanos*. Instituto Pensamiento y Cultura en América, Recuperado de A. C. <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/PODER%20Y%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>
- (2012). “Bien vivir”: entre el “desarrollo” y la des/colonialidad del poder, *Revista Viento Sur*. (122), 46-56.
- (2014). Estado-nación, Ciudadanía y Democracia en cuestión en *Cuestiones y Horizontes. De la Dependencia Histórico-Estructural a la Colonialidad/Descolonialidad del Poder*, 605-624. Buenos Aires: CLACSO.

Segato, R. L.:

- (2010). Raza y racismo. Los cauces profundos de la raza latinoamericana: una relectura del mestizaje, *Crítica y emancipación. Revista latinoamericana de Ciencias Sociales*. CLACSO, II (3), 11-44.
- (2013). *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

Wallerstein, I. y Quijano, A. (1992). La americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. 6 (2), 583-591.

# El futuro de las normas del trabajo que queremos

---

Antonio Baylos

Recibido: 20.10.2017/Aceptado: 29.10.2017

## RESUMEN

El futuro del trabajo que queremos depende estrechamente de las normas que lo disciplinan y lo regulan. Estamos en un momento en el que se está cambiando la forma de producir estas normas, en la que se introducen elementos patológicos que pueden condicionar negativamente el resultante final de la regulación del trabajo. En esta contribución se enuncian algunas de estas patologías y sus síntomas, para a continuación enumerar los tratamientos que podrían hacer invertir estas tendencias en los diferentes niveles o espacios en los que éstas cobran cuerpo, teniendo en cuenta que la globalización financiera no puede ignorar el reconocimiento de la democracia, la solidaridad y los derechos fundamentales, y que es preciso un esfuerzo por “empoderar” las normas internacionales del trabajo a la par que se regula el espacio global a partir de la negociación colectiva, y se pone un especial énfasis en la problemática de la negociación colectiva considerada como método típico de regulación de las relaciones de trabajo que debe ser fortalecida.

## PALABRAS CLAVES

Globalización, trabajo, poder corporativo, derechos fundamentales, diálogo social.

## ABSTRACT

The future of the work we want to closely dependent on the rules that discipline it and regulate it. We are at a moment in which is changing the way of producing these rules, in which pathological elements that can negatively influence the resulting end of the regulation of the work are introduced. This contribution sets out some of these pathologies and their symptoms, then enumerating the treatments that might reverse these trends at different levels or areas in which they charged body, bearing in mind that the financial globalization cannot ignore the recognition of democracy, solidarity and the fundamental rights, and which must be an effort to "empower" international labour standards at the same time that regulates the global space starting from the collective bargaining, and put a special emphasis on the problems of collective bargaining considered typical method of regulation of relations of work which should be strengthened.

## KEY WORDS

Globalization, labour, corporate power, fundamental rights, social dialogue.

## El futuro del trabajo es ante todo el de su regulación normativa<sup>1</sup>



*Antonio Baylos*

Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Castilla, España y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real. Director del Instituto de investigación “Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social”.

Contacto:  
Antonio.Baylos@uclm.es

El futuro del trabajo depende ciertamente de una serie variable de factores económicos, sociales y culturales que van cambiando su fisonomía y su propia composición, con arreglo a parámetros frecuentemente contradictorios que llegan en ocasiones a expresar verdaderas relaciones de antagonismo.

La consideración del corto plazo como guías para la actuación de muchos sujetos, individuales y sociales, se confronta con decisiones sustanciales en materia de sostenibilidad o de modificación de sistema productivo, y condicionamientos políticos e ideológicos crean vínculos extremadamente fuertes con las acciones colectivas y las políticas públicas.

La devaluación del contrato social que conectaba trabajo y ciudadanía y que articulaba un pacto distributivo de rentas y beneficios, en sociedades tendencialmente de pleno empleo, está siendo sustituido por situaciones de hecho en donde se fortalece y amplía la desigualdad económica de manera profunda y se desestructuran prácticas sociales que permitían

un relativo equilibrio de la asimetría de poder establecidas en nuestras sociedades.

Estos procesos en marcha, que se desplegarán con más intensidad en el futuro próximo, inciden directamente sobre las reglas que se establecen sobre el trabajo, porque uno de sus efectos más notorios es el de devaluar y erosionar los derechos individuales y colectivos derivados del trabajo que constituyen por cierto el activo central de la OIT, y que permiten arrancar al trabajo de su consideración estrictamente mercantil, evitando, como señalaba la Constitución de la OIT, que sea considerado “un artículo de comercio”.

Por eso mismo la contemplación de la regulación del trabajo es un tema central en el diseño del mismo, que enlaza directamente con la noción de trabajo decente y la forma de preservar y adecuar este concepto en el medio y largo plazo con instrumentos y medidas que lo universalicen como el eje de cualquier sistema de gobierno y como pauta de corrección de las políticas económicas adoptadas, en definitiva, como fundamento de la gobernanza en un mundo global.

El futuro del trabajo que queremos es, por consiguiente, el futuro de la regulación del trabajo que queremos.

<sup>1</sup> Una versión de este texto se ha publicado en el libro coordinado por Laura Mora Cabello de Alba y María Luz Rodríguez Fernández, *El futuro del trabajo que queremos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 115 – 131.

## Cambio en las formas de producción de las normas sobre el trabajo

Se han ido produciendo modificaciones tanto en los instrumentos de regulación como en los espacios en los que ésta se materializa. Desde hace mucho tiempo, la pluralidad de instrumentos normativos y su “solidez” han llevado a la distinción entre *hard law* y *soft law*, pero lo más interesante no se encuentra en la ductilidad mayor o menor de estas figuras<sup>2</sup>, sino en la capacidad de su combinatoria e interrelación, de forma que la ley o el tratado internacional, como elementos clásicos de la normatividad pública, o, aunque en menor medida, el convenio colectivo en la configuración de las relaciones privadas de trabajo, se encuentran siempre complementados y en ocasiones sustituidos por referencias a otro tipo de decisiones, líneas guía, orientaciones o toma de posiciones que las complejizan tanto en cuanto a la definición de su contenido como a la determinación de su eficacia.

Más relevante es el cambio en los espacios de producción de las normas laborales. Ante todo por la postergación relativa del Estado – Nación como pieza central en la generación normativa que reposaba en un principio de soberanía legitimado democráticamente en torno a una ciudadanía definida por un territorio determinado.



*El cuento de la desregulación | compostimes.com*

La fuerte regionalización producida en áreas significativamente relevantes como Europa, ha hecho que las cesiones de soberanía estatal sean extremadamente importantes, especialmente en el espacio integrado mercantil y monetariamente a partir del euro, donde los Estados no pueden utilizar la moneda como instrumento de recomposición de sus políticas económicas y en donde una gran cantidad de temas se sustraen a su capacidad de legislar directamente.

En otros territorios, la disponibilidad regulativa del Estado se ha visto afectada también por cesiones consentidas de ese poder a partir de tratados comerciales o de acuerdos con el poder corporativo global, de forma que este es un hecho muy extendido (Guamán, 2016).

En el interior del Estado – Nación a su vez, hay importantes desplazamientos de la potestad normativa pública a los interlocutores sociales, mediante una suerte de inhibición en la regulación de aspectos concretos de la relación laboral, que deben ser colmados por la voluntad concorde de los agentes colectivos, sindicatos y empresarios, pero a su vez son más frecuentes los momentos en los que esa autocontención estatal se muda en lo contrario, es

<sup>2</sup> Como inteligentemente se enuncia en el título del trabajo de García-Muñoz, Ter Haar y Kun (2012), “Dúctil en el interior, fuerte en el exterior”.

decir en prescripciones que cancelan la regulación estatal o colectiva, sobre aspectos importantes del trabajo, en lo que se conoce como iniciativas de desregulación.

En todos esos casos, es clave la actuación del Estado en la determinación de los contornos de su soberanía o de la intensidad de su regulación, aunque el resultado genere una verdadera crisis en la configuración clásica de la potencia determinante de la normatividad de un sistema jurídico (Castelli, 2014).

Otra característica evidente es la multiescalaridad de los niveles de producción no sólo de normas sino también de reglas vinculantes y orientativas, con proyección directa sobre el trabajo. En el plano de los derechos humanos, tendencialmente universales, existe una amplia serie de instrumentos que se descuelgan desde las declaraciones de Naciones Unidas hasta las cartas de derechos regionales, y en las que el aspecto laboral y social es extremadamente relevante.

En Europa no sólo tenemos la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, sino también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, todos ellos documentos de importancia para la regulación laboral. Además de ello, la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de 1998 y la noción de Trabajo Decente del año siguiente, suministran un molde de encuadramiento en el que necesariamente se incrustan las constituciones nacionales de los Estados mundiales (Baylos, 1999). La idea fuerza de este cartismo social es que tiene un alcance universal, y no requiere por tanto la aceptación expresa por parte de los Estados Nación. Su validez se impone por tanto a las condiciones de su eficacia de manera absoluta.

Pero junto a este derecho universal de los derechos fundamentales laborales – que en ciertas culturas jurídicas se definen como derechos humanos laborales para darles más fuerza semántica – existen niveles normativos que se superponen al derecho nacional, que lo condicionan y lo sustituyen.

La relación multinivel se acentúa a partir de las diferentes escalas en donde se sitúan los órganos jurisdiccionales que actúan e interpretan el derecho desde esta nueva complejidad, que han iniciado desde hace relativamente poco tiempo a desarrollar una suerte de diálogo entre los tribunales –específicamente en Europa, entre el TEDH, el TJUE y el CEDS con los respectivos tribunales de los Estados miembros, especialmente con la jurisprudencia constitucional de los mismos – que lubrica y amplifica esta complejidad que plantea contradicciones y conflictos jurídicos de importancia, especialmente en materia laboral (Valdés, 2016)

Por último, en este panorama complicado, se abre el espacio de la globalización en el que la potencia pública no aparece, y que está colonizado directamente por un sujeto privado de enorme importancia no sólo económica, sino también política y simbólica, la Empresa transnacional (ETN), que funciona por tanto en él creando reglas vinculantes a partir de su propia conducta – como sucede con el *constructum* de la responsabilidad social empresarial (Barañano, 2009) – y a partir de sus relaciones de mercado, construyendo el espacio mercantil global que tiende a disciplinar cualquier otro orden normativo, estatal o internacional, de los que aprovecha por otra parte las oportunidades vinculantes que éstos le ofrecen.

## Síntomas y realidades patológicas en la regulación del trabajo

En ese mundo cambiante y menos predecible, aparecen síntomas y realidades preocupantes que pueden reconducirse a un uso patológico de estas formas de regulación, de las que a continuación se ofrecen algunos ejemplos de lo que posiblemente constituyen las peores formas de expresión de las mismas.



*coopunidosjgb.com*

### *La soberanía financiera: el caso europeo*

En el mundo de la globalización, que ha sufrido una crisis profunda a partir del 2008 que ha sido resuelta mediante un salto hacia adelante en cuanto a la potenciación de la banca sistémica y la colocación de inmensas cantidades de dinero en productos derivados directamente relacionados con la especulación, la financiarización de la economía mundial se ha visto acompañada del incremento del endeudamiento de los Estados, y la determinación directa por las instituciones financieras de la producción normativa de éstos en materia fiscal, social y laboral.

Particularmente relevante a este particular es la situación europea a partir de la crisis del euro en el 2010 y la puesta en marcha de una gobernanza económica que ha venido a instaurar de hecho una situación de excepción para los países sobre endeudados del sur de Europa, que habían invertido ingentes sumas de dinero en el rescate bancario, como es el caso de España. Es importante resaltar el significado de este mecanismo.

Los sucesos que han rodeado a partir del 2010 la asistencia financiera a los Estados-Nación de la periferia sur de Europa tras el derrumbe del sistema bancario, las masivas inyecciones de dinero público para su saneamiento y el consiguiente endeudamiento público de éstos países, desembocan en la previsión de asistencia financiera a estos Estados con dificultades de solvencia en los mercados financieros, lo que implica un cierto traslado de soberanía desde los Estados-Nación hacia las entidades privadas y públicas de inversión y financiación.

Los gobiernos adoptan esas decisiones por procedimientos de urgencia ante el cual los parlamentos se encuentran con el hecho consumado. Se impide así cualquier discusión política que discrepe o cuestione los criterios que acompañan a esa asistencia financiera en cualquiera de sus grados, como si fuera intangible la razonabilidad de las decisiones tomadas por las instituciones europeas e internacionales que refinancian al Estado-Nación y que imponen recortes sociales y derogaciones de derechos.

En esa excepcionalidad económica que lleva implícito un principio de “condicionalidad política” entendida de manera absoluta, dirigista y en consecuencia sustraída al juicio democrático, se transfiere la autoridad sobre el presupuesto económico de un país y por tanto sobre las decisiones fundamentales en materia de gastos y de ingresos, de un nivel relativamente democrático – el nacional estatal – a instituciones europeas intergubernamentales – como el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEE) – creando un nuevo modelo de intervención sobre las políticas nacionales que expropian de alguna manera la soberanía nacional de éstas, puesto que imponen unas políticas – las que realizan las “reformas de estructura” sobre la base de la llamada austeridad – a cambio de permitir la solvencia y liquidez financiera del Estado.

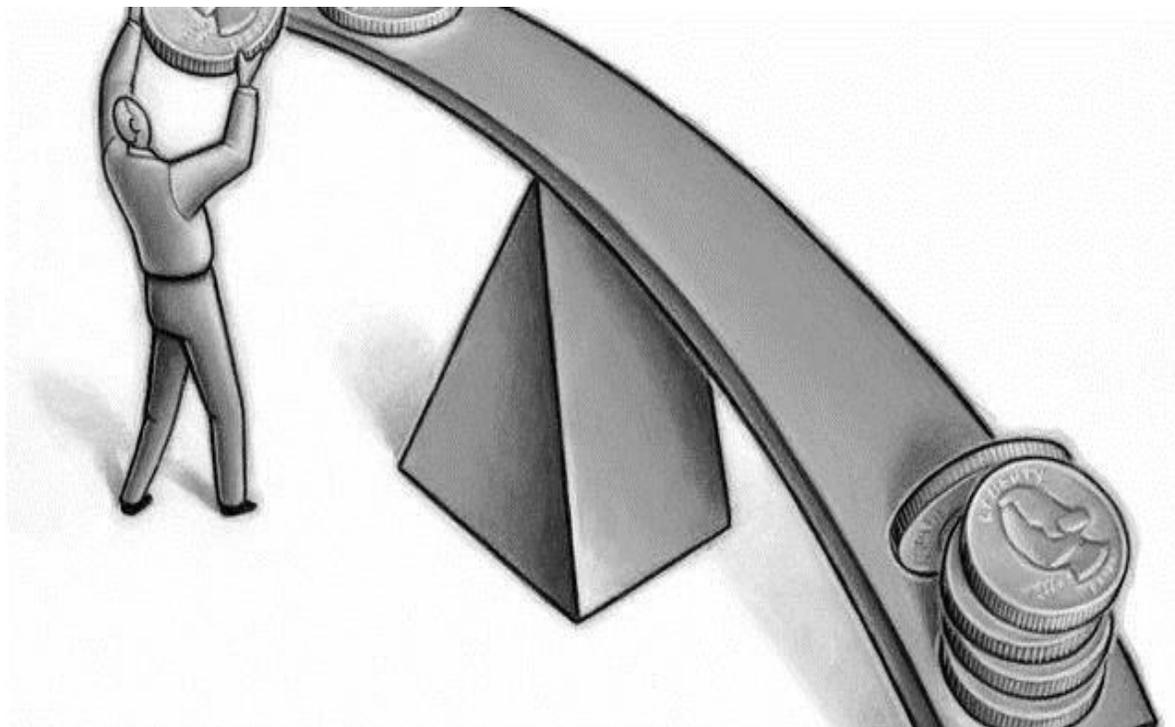
La administración de estos procesos se lleva a cabo a través de nuevos instrumentos institucionales, como el MEE, gestionados por principios claramente oligárquicos, al servicio por otra parte de las instituciones financieras más fuertes. Son los mercados financieros y los mayores bancos los directos beneficiados por las políticas de recorte que satisfacen los intereses de los “acreedores” – esencialmente los bancos – en el marco de la financiarización internacional, y estos intereses resultan más vitales e importantes que los derechos de los ciudadanos y el compromiso de los gobiernos en garantizarlos.

El caso de Grecia es paradigmático al respecto, porque la posición del gobierno de llegar a soluciones posibles que respetaran elementos mínimos del Estado social y de los derechos de las personas más vulnerables, pese a tener el apoyo mayoritario de todo el pueblo griego en referéndum, fue conscientemente combatido por el Eurogrupo y los “acreedores” para imponer, a través de la presión insostenible del BCE, un programa de “rescate” claramente humillante que castigaba la decisión democrática de la nación griega y que desarrollaba un programa económico de recortes salariales, de empleo y de prestaciones sociales que obligaron a Grecia a violar sus propios compromisos internacionales en cuanto a la OIT y la Carta Social Europea.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Que le valió también la condena por el Tribunal de Justicia por el incumplimiento de la directiva sobre el tiempo de trabajo. Esta es la expresión de una cierta esquizofrenia europea: la *troika* impuso recortes muy fuertes (1/3 de las plantillas) en los hospitales públicos, que por otra parte sufrieron un incremento espectacular de pacientes por la crisis humanitaria y la pauperización que las políticas de austeridad habían inducido, por lo que la solución normativa fue la de aumentar la jornada de

El resultado de la nueva gobernanza económica europea no se reduce por tanto a una serie de cifras. En los términos que aquí interesa, el diseño político (y democrático) del trabajo ha sufrido un deterioro muy importante (Casas Baamonde, 2015). El objetivo central de las políticas de austeridad ha sido el desmantelamiento de las garantías estatales y colectivas del derecho del trabajo y la reconfiguración en clave asistencialista de las estructuras de seguridad social. La gobernanza económica europea ha generado una política de inaplicación selectiva de derechos fundamentales garantizado tanto a nivel supranacional por la CDFUE como por el modelo constitucional del Estado Social, induciendo fenómenos muy intensos de mutación constitucional, como puede documentarse en el caso español (Baylos, 2013).



*synergiafinance.com*

En el 2011, se modificó el art. 135 de la Constitución Española (CE) para imponer la regla del equilibrio presupuestario y la prioridad en el pago de la deuda a los acreedores sobre el gasto social, lo que se ha visto acompañado de la acción del Tribunal Constitucional que, frente a sus homólogos de Portugal o de Italia, en materia laboral y social ha confirmado rotundamente la situación de excepcionalidad económica (y social) sobre la base del interés constitucional prevalente en un sistema económico neoliberal que permite al poder público redefinir sobre estas premisas el contenido esencial del derecho al trabajo, de las políticas de empleo y del derecho a la negociación colectiva.

Lo que emerge de estas políticas desplegadas en el espacio integrado económica y monetariamente del euro es la consideración del campo de los derechos individuales y colectivos derivados del trabajo como un obstáculo a la recuperación económica, y el gasto social como un componente subsidiario que debe ser sacrificado al pago de los intereses de

---

los médicos y el personal sanitario, cuestión por la que la Unión Europea sanciona por su parte a Grecia mediante un recurso de incumplimiento.

la deuda. La autoridad política de gobierno pierde su soberanía y genera una cierta “despolitización” del espacio delimitado por los intercambios comerciales y la capitalización financiera, inmunizándolo respecto de las decisiones democráticas y de las garantías de los derechos ciudadanos (Guamán y Noguera, 2014).

Estos, en especial los derechos sociales, no pueden interferir en ese campo ni impedir las políticas de gobierno – de gobernanza – del mismo. Se ha puesto en pie una arquitectura institucional que degrada el sistema democrático de los Estados – Nación, sustituyéndolo por la determinación directa del sistema de derechos que corresponden a la relación entre trabajo y ciudadanía por un plan financiero que impone realmente un modelo neoautoritario de relaciones laborales y degrada fuertemente las estructuras del Estado Social.

Esta constatación no sólo sirve para Europa – aunque es más llamativa al tratarse de un área geopolítica en el que tradicionalmente el crecimiento económico iba asociado a un marco de libertades políticas y de justicia social – sino para otros muchos países del mundo particularmente expuestos a esta soberanía financiera global que reemplaza la capacidad de los Estados para decidir sobre políticas sociales y la regulación de las relaciones laborales, desde Brasil a Puerto Rico.

### *Debilitación del diálogo social*

La consideración de la bilateralidad de las relaciones laborales como un proceso continuo de consultas y de intercambio de propuestas que se apoyan en posiciones sociales diferentes y frecuentemente en conflicto, cuyo desarrollo constituye el método más eficiente de regulación del trabajo en nuestras sociedades actuales, que además debe ser promovido y fomentado por los poderes públicos mediante la institucionalización del mismo o a través de prácticas informales que lo consoliden, es un elemento fundamental para valorar la buena salud de un sistema político democrático.

En este campo de encuentro se produce el diálogo social, que protagonizan los sujetos colectivos que representan los intereses de los trabajadores y de los empresarios, y que por tanto puede adoptar las múltiples formas de expresión que admiten las diferentes figuras de la representación y de las prácticas organizativas de dichos sujetos colectivos.

El diálogo social en sociedades desarrolladas ha experimentado además un buen grado de perfección, tanto en cuanto a los contenidos abordados como, de manera muy llamativa, respecto de los procedimientos adoptados. En un buen número de ejemplos, se trata de un proceso abierto de negociación permanente, que se posibilita a través de fórmulas de monitorización de los resultados obtenidos y que va generando un conjunto de prácticas sociales de intercambio que se incorporan a un patrimonio cultural tanto de las empresas como de los representantes de los trabajadores.

El diálogo social, en la experiencia europea, desemboca en la negociación colectiva pero no la absorbe, sino que se prolonga en compromisos añadidos, en convergencias sobre políticas de inversión y de sostenibilidad ambiental o en acuerdos de responsabilidad social internos o externos a las empresas. Y, naturalmente el diálogo social tiene una importante versión tripartita cuando se involucra directamente en este proceso de intercambio al poder público, lo que posibilita la participación directa de los interlocutores sociales en la producción normativa del Estado.



<http://beyondplm.com>

La situación está cambiando de forma muy acelerada, de manera que el diálogo social como expresión del pluralismo social que

establece un espacio de encuentro y de transacción sobre los intereses colectivos de los representantes de los trabajadores y de los empresarios en función de su respectiva autonomía colectiva, ha sufrido una transformación relativa a la función que desempeña.

Ha perdido autonomía y se entiende que debe tratarse de un mecanismo adhesivo a las lógicas del gobierno o de gestión de la economía y del mercado de trabajo. Es decir, que se funcionaliza a la dinámica que impone una de las partes, fundamentalmente el poder público, en el marco de las políticas de austeridad, a las que se ajustan los intereses empresariales. De forma tal que si no se instaura esa lógica adhesiva, se imposibilita el propio diálogo social y se prescinde de él. Esta tendencia es especialmente grave puesto que devalúa el principio de autonomía que está en la base de la libertad sindical y por consiguiente la debilitación del diálogo social implica una lesión a este derecho.

La puesta en escena de esta debilitación u obstaculización del diálogo social es muy variada y depende también de las situaciones de división sindical o de unidad de acción. Es asimismo la fuente del incremento de la conflictividad que sin embargo se acepta tanto por el poder público como por los poderes privados financieros y empresariales como costes de oportunidad de la imposición de las políticas en las que convergen sus intereses. Naturalmente que en ese coste no se calibra la percepción por parte de importantes segmentos de la población de una confluencia plena de intereses del Estado con las grandes finanzas, y la desafección democrática que este tema está causando.

En España, donde la unidad de acción sindical se mantiene desde 1988 de manera ininterrumpida, el dialogo social fue muy debilitado en la primera fase (2010-2011) y

sepultado en la segunda fase (2011-2013) de las “reformas estructurales”. En todas ellas hay que tener en cuenta además que se trata de normas de urgente necesidad en las que por tanto es el Gobierno el que legisla, sin perjuicio de que su iniciativa sea luego corregida o simplemente registrada por el órgano parlamentario, y ese cesarismo gubernativo se concretó en la negativa a consultar la normativa previamente ni a negociar con los sindicatos con posterioridad, como ha recordado críticamente el Comité de Libertad Sindical en su 371 Informe, Caso 2947 (2014).

La negación del diálogo social supone, en la práctica, la exclusión de los sindicatos del espacio de la regulación de las relaciones de trabajo y por consiguiente su configuración unilateral sin tener en consideración los intereses de los trabajadores en la determinación de sus condiciones de trabajo y de existencia. Su obstaculización denota el condicionamiento que la interlocución política con el gobierno y los empresarios impone a los sindicatos como requisito de admisión a la misma. Ambas tendencias son extremadamente preocupantes y lesionan los principios de libertad sindical y de negociación colectiva derivados de los Convenios de la OIT en la materia.

### *El poder corporativo global*

El espacio global es un campo de creación de reglas hegemonizado por las Empresas Transnacionales (ETN) a través del comercio mundial y la deslocalización productiva. Todo ello genera presión sobre los gobiernos de los respectivos países, que buscan una ventaja competitiva a la baja para atraer capitales a sus respectivos países sobre la base de bajos salarios y costes laborales, que incluyen la vida y la existencia de millares de personas. En muchas ocasiones este poder corporativo global ampara fenómenos de trabajo infantil en las cadenas de producción transnacionales y de trabajo forzoso, en abierta contradicción con las normas internacionales en la materia (Sanguinetti, 2016).

Los tratados de libre comercio de última generación como el TTIP y el CETA entre la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá, o las negociaciones sobre el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, o incluso acuerdos bilaterales entre Estados soberanos, no sólo se preparan en condiciones de opacidad y de secreto que vulneran los más elementales principios de publicidad y de debate democrático, sino que instituyen garantías exorbitantes para las inversiones de las ETN en los países donde se localicen éstas, creando instituciones arbitrales excluidas del control jurisdiccional público de los respectivos Estados, y en donde la determinación de sustanciosas indemnizaciones satisfechas por el Estado que haya alterado la legislación de partida en la que “confiaba” el inversor transnacional, permite “blindar” dichas inversiones.

El diseño está concebido para que las Empresas Transnacionales impongan su plan de acción con independencia de cualquier “obstáculo” legal, constitucional o internacional que pueda producirse en el Estado en el que invierten, condicionando de esta manera no sólo cualquier movimiento o cambio en el gobierno del mismo, sino haciendo irrelevante la decisión democrática expresada a través de las elecciones o en una consulta popular (Guaman, 2016). Lo que la CSI denomina justamente “codicia corporativa” es la regla que rige este tipo de instrumentos internacionales que están suscitando un amplio rechazo popular y social.

## Algunas propuestas para invertir estas tendencias

La determinación por la potencia financiera de los marcos laborales y sociales de los Estados, prescindiendo en la práctica de cualquier condicionante democrático, el sometimiento del diálogo social a los intereses económicos de la libre empresa incrementando la asimetría social y el desequilibrio de poderes en las relaciones de trabajo, la inmunidad y la irresponsabilidad del poder de las grandes corporaciones desligadas de cualquier vínculo o limitación estatal o internacional en el encuadramiento de su actuación en un espacio global definido según las reglas que la propia empresa determina, son patologías del tiempo actual que no pueden perpetuarse en un proyecto de futuro.



*blogspot.com*

A continuación se enuncian, también de manera esquemática, algunas propuestas que podrían redirigir estos fenómenos y caminar en el sentido de lograr reformular paulatinamente los términos del contrato social como compromiso civilizatorio en torno a la centralidad del trabajo.

*La globalización financiera no puede escapar al reconocimiento de la democracia, la solidaridad y los derechos fundamentales*

Lo que se ha definido como plena soberanía global de las instituciones financieras internacionales no puede desplegar su inmenso poder sin límites. Y los más importantes derivan del respeto a las estructuras democráticas, al principio de solidaridad y al reconocimiento y garantía de los derechos sociales.

Es necesario un pacto global que establezca unas bases sólidas entre los gobiernos, las Instituciones financieras y los interlocutores sociales, para fijar unas orientaciones o líneas-guía que procedan a anclar la actuación de las instituciones financieras internacionales a estos principios fundamentales de civilización evitando por tanto el incremento de la desigualdad y la destrucción del semblante democrático que tiene necesariamente que acompañar al sistema global de libre mercado como requisito de legitimidad del mismo.

Se trata de poner en práctica el concepto de lo que la CSI ha denominado, con buen criterio, la **dimensión social de la globalización**, que tiene que incorporar el trabajo decente y los derechos fundamentales de los trabajadores, y que se debe incorporar a los procesos de toma de decisiones de las principales instituciones globales y regionales del mundo, entre las que se citan al G20, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las Naciones Unidas y desde luego la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con su estructura tripartita y mandato para establecer normas sociales internacionales.

Incorporar la interlocución social y la consulta a los interlocutores sociales en los procedimientos decisorios de las instituciones financieras internacionales, en especial el FMI y el BC, así como mecanismos de enlace con la OIT, podrían ser elementos de avance en la buena dirección. Y también, desde luego, reforzar un diálogo tripartito entre Estados e interlocutores sociales tanto en el interior de las instituciones internacionales como también fuera de ellas, en instancias informales “*ad hoc*”.

En este sentido, propuestas como la que ha sostenido el primer ministro sueco sobre un *Global Deal* presentada a la OIT y a la OCDE en Nueva York en septiembre del 2016 es una iniciativa valiosa que conviene explorar y desarrollar<sup>4</sup>.

En el caso europeo, es urgente la adopción de una “cláusula social” como la que recoge el proyecto de protocolo sobre la relación entre las libertades económicas y los derechos fundamentales a la luz del progreso social elaborado por la CES<sup>5</sup> cuya idea fundamental es la de que “nada en los Tratados, y en particular ninguna libertad económica o regla de competencia, puede tener prioridad sobre los derechos sociales fundamentales y el progreso social”, de manera que en caso de conflicto, prevalezcan los derechos sociales fundamentales.

Más en general, Europa necesita recuperar su lugar en una globalización caracterizado por la defensa de las libertades y por la preservación de un modelo social europeo. La fuerte erosión de la legitimidad de Europa tiene que ver con esta pérdida. La iniciativa de un Pilar Social Europeo - un “cambio de paradigma hacia un modelo social europeo fuerte” - que se está llevando a cabo actualmente, puede resultar un punto de arranque interesante, en especial si se atiende a informes como el muy equilibrado que ha realizado el Parlamento europeo al respecto en diciembre de 2016.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Disponible en <http://www.theglobaldeal.com/app/uploads/2017/02/RK-21950-Deklaration-ESwebb.pdf>

<sup>5</sup> Disponible en <http://www2.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc31711PropuestadelaCESparaunProtocolodeprogresosocial>

<sup>6</sup> Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2016-0391&language=ES#title1>

Es cierto que con ello se darían pasos adelante, pero es necesario cambiar la actitud, modificar el imaginario sobre Europa que se ha ido construyendo en estos últimos años. La crisis de los refugiados ha mostrado las tensiones y contradicciones que se dan en las relaciones entre derechos individuales, bienes colectivos y poder público en la Unión Europea.

Los principios básicos de la UE respecto de la libre circulación y el derecho de asilo, un tratamiento humanitario y no opresivo del extranjero - y del inmigrante trabajador - han sido conscientemente puestos de lado - “suspendidos” en la práctica, como en un estado de alarma - por Europa durante 2016, con el terrible acuerdo de “contención” con Turquía y los miles de muertos en el mar, el cierre de las fronteras y la consideración del inmigrante como un subhumano, renegando de un cierto “*ethos*” cosmopolita que caracteriza, con todos los matices que se quieran, a un sistema jurídico que ha construido la noción de ciudadanía europea sobre la base de los derechos fundamentales que le corresponden.

La negación de estas premisas, la aplicación de la alarma social y la contención fuera de las fronteras de millares de personas que sufren y que quieren asilo, está produciendo efectos muy negativos, que amenazan con convertir a Europa en un “continente oscuro”.

Frente a ello hay otras formas de “estar en Europa”, lo que significa, entre otras cosas, reforzar la política como forma de enfocar la economía, reivindicar la “naturaleza policéntrica” de la construcción europea, re-democratizar los fundamentos constitucionales y organizativos de la Unión, sin perjuicio de vigorizar los elementos democráticos de cada ordenamiento interno, comenzando por el uso más frecuente del referéndum como elemento de control de las relaciones entre el estado miembro y la política económica de la Unión, la formación de un espacio cultural democrático transversal a fuerzas políticas de la periferia sur de Europa que asocie la progresión de la sociedad al mantenimiento de la democracia social.

Todas ellas son propuestas que se unen a algunas medidas concretas de reforma que implican el cambio de los presupuestos liberal-autoritarios que se han constituido en el motor actual de Europa. Lo que significa trabajar políticamente por un proyecto alternativo que desarrolle los elementos democráticos, federativos y sociales que constituyen el mejor sueño europeo.

#### *“Empoderamiento” de las normas internacionales del trabajo*

La extensión de las normas internacionales del trabajo es una condición de futuro que no puede soslayarse. Sin embargo en demasiadas ocasiones se han manifestado resistencias importantes a su implantación en los ordenamientos internos de los Estados, tanto en lo que se refiere a la negativa a la ratificación de Convenios de la OIT como a la aplicación de los principios fundamentales 1998 o de otros textos declarativos de derechos fundamentales en el plano internacional o regional, especialmente en Europa la Carta Social.

Un movimiento en sentido opuesto, es decir, en la dirección de “empoderar” las normas internacionales del trabajo no sólo, como se ha dicho, en cuanto éstas sean el eje de la actuación de los sujetos globales, sino en su inserción en los ordenamientos jurídicos nacionales, permitirá ir estableciendo un sólido piso de condiciones laborales y sociales que

generalicen primero y universalicen después la noción de trabajo decente a través de los complementos básicos que lo constituyen.

En este sentido cobra una capital importancia la vigencia sin restricciones de los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 – prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y libertad sindical y negociación colectiva – entre los cuales la libertad sindical debe especialmente preservarse en todas sus facetas, incluyendo naturalmente la negociación colectiva y el derecho de huelga.

La labor del Comité de Libertad Sindical de la OIT es especialmente valiosa al respecto, y la inclusión de las violaciones del derecho de huelga dentro del respeto a la libertad sindical, un elemento imprescindible para hacer un juicio global sobre el estado de efectividad de su ejercicio.<sup>7</sup>

Pero además es importante que los Estados miembros procedan a la ratificación de los Convenios más significativos de la OIT. Esto es especialmente conveniente en los países



*La OIT pide que España ratifique el convenio del trabajo doméstico que afecta a 700.000 personas | rtve.es*

desarrollados, que tienen más posibilidades de completar una red de vínculos legales y solidarios que fortalecen una ciudadanía social potente.

El caso de España es sin embargo un ejemplo claro de reticencia ante la asunción de obligaciones internacionales que por el contrario debería incorporar a su sistema jurídico. Hay algunas omisiones clamorosas, como la falta de ratificación del Convenio 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos del 2011 o el Protocolo sobre el Trabajo Forzoso de 2014, pero también ha

rehuido la firma del Convenio 183 (2000) sobre protección de la maternidad, el Convenio 168 (1988) sobre fomento del empleo y protección por desempleo, el Convenio 175 (1994) sobre el Trabajo a tiempo parcial, o, en fin, el Protocolo 155 (2002) sobre salud y seguridad en el Trabajo.

A ello se añadiría su negativa a firmar el Protocolo adicional a la Carta Social Europea, que facilita el control ante el CEDS del Consejo de Europa de incumplimientos por el Estado de los derechos sociales reconocidos en aquel texto.

<sup>7</sup> Como sucede con el supuesto de persecución penal de sindicalistas por participar en piquetes de huelga en España con el Caso 3093, 380, informe Comité de Libertad sindical del 2016.

*Regular el espacio global a partir de la autonomía colectiva*

Es en el espacio global donde las ETN despliegan su actuación y una parte significativa de las mismas ajustan la misma a un “código de conducta” que era manifestación de la responsabilidad social de la empresa y que fundamentalmente se proyectaba como imagen positiva de marca en el mercado mundial en el que competían.

En gran medida esta “manera de estar” en la globalización, identificada con una empresa socialmente responsable que promueve estándares sociales uniformes e indicaciones de sostenibilidad ambiental, no se corresponde con la realidad, pero es una imagen valiosa que ha sido progresivamente recuperada por las organizaciones sindicales internacionales a través de la figura de los Acuerdos Marcos Globales (AMG).

En estas experiencias, que mayoritariamente tienen como interlocutores a las empresas transnacionales europeas, y en donde por tanto la institucionalización de organismos de representación en la empresa de dimensión europea ha sido muy influyente, cambia el sentido de la regulación, que ésta no se funda ya en la declaración unilateral de una empresa o grupo de empresas, sino en el acuerdo a través de un proceso de diálogo, entre la ETN y la federación internacional, sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar en el que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y de seguimiento de los compromisos adoptados.

A estos AMG de empresa han seguido otras manifestaciones importantes más complejas, de acuerdos multilaterales como el que se efectuó en Rana Plaza tras el derrumbe del edificio en el que trabajaban cientos de trabajadoras y trabajadores, entre la federación internacional y una larga serie de compañías vendedoras de ropa en Occidente (García, 2015).

Es este un terreno propicio para su desarrollo en el futuro, partiendo de un principio esencial de autonomía colectiva. Pero ese es el lado positivo de la cuestión. Hay también una vertiente en la que se debe avanzar y es en la de impedir las vulneraciones más graves de derechos por parte de las ETN en los países en los que se instalan.

Hay instrumentos importantes para prevenir y remediar estas conductas como las Normas Ruggie en el seno de Naciones Unidas<sup>8</sup>, pero iniciativas muy recientes como la Ley Francesa de febrero de 2017 que establece planes de vigilancia para evitar y reparar las violaciones de derechos fundamentales y de normativas medioambientales en todas sus operaciones y a lo largo de todas sus cadenas de suministro, son especialmente interesantes como modelo de regulación futura.

*Reforzar y extender la negociación colectiva*

La negociación colectiva sigue siendo el método de regulación de las relaciones laborales más empleado y que mejor resultados ofrece desde todos los ángulos de observación. Su extensión y fortalecimiento es por tanto prioritaria e integra necesariamente un marco de consensos necesarios sobre el futuro del trabajo.

---

<sup>8</sup> Disponible en <http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/GPs-Spanish.pdf>

Es cierto que también en el cuadro de las medidas sobre la crisis la negociación colectiva ha sido especialmente asaltada, poniendo en peligro el principio de autonomía colectiva que la sustenta. Los modelos de negociación que tienen en mente los *policy makers* de la gobernanza económica europea se basaban en la contratación empresarial de gestión, como una fase del proceso de incremento de la productividad de la empresa.

Por el contrario, la articulación de niveles de negociación y su flexibilidad, para poder adecuar el “perímetro” de la negociación de las condiciones de trabajo y de empleo, es un elemento consustancial de este derecho que además forma parte esencial del derecho de libertad sindical. Debe en todo caso afrontar modificaciones respecto a su capacidad de regulación efectiva, el ámbito que depende de las unidades de contratación adecuadas, como consecuencia de las metamorfosis de la empresa y de la dislocación de la estructura del empleo.

La negociación colectiva es además el medio a través del cual se debe recibir en las relaciones laborales las nuevas formas de organización del trabajo y la transformación que nuevas tecnologías o técnicas de información pueden inducir en las relaciones materiales de prestación del trabajo, así como el instrumento idóneo para la anticipación y contratación de los cambios en la gestión de la empresa y de la codeterminación de aspectos importantes de sus decisiones en materia de empleo y de reparto del tiempo de trabajo, también todo lo que afecte a la salud en los lugares de trabajo.

Y no tiene por qué reducirse al espacio marcado por las fronteras del Estado – Nación. Al contrario, resulta obligado su desbordamiento. En Europa ha habido experiencias notables en este aspecto, aunque posiblemente lo más interesante en términos de posible desarrollo sea la negociación colectiva europea de sector. Bajo el término diálogo social se encuentran estas manifestaciones de acuerdos colectivos, pero es todavía un aspecto muy poco evolucionado. Avanzar por esta vía es asegurar el futuro del trabajo en un mundo que cambia.

## Bibliografía

- Barañano, M. (2009). Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidad social de las empresas transnacionales europeas. Una aproximación sociológica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 27 (1), 19-52.
- Baylos, A. (2013). Globalización y derecho del trabajo. Realidad y proyecto, *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 15 (1), 19-49.
- Baylos, A. (2013). La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012, *Revista de Derecho Social*. (61), 19-42.
- Casas, M. (2015). El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo, *Derecho de las Relaciones Laborales*, (7), 709-721.
- Castelli, N. (2014). Contrato, consenso, representación. Reflexiones sobre la juridificación de las relaciones laborales.
- García, A. (2015). Acuerdos marco globales multilaterales: una nueva expresión colectiva del derecho transnacional del trabajo, *Revista de Derecho Social*. (70), 199-216.

- García, A., Ter Haar, B., Kun, A. (2012). Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de Derecho Laboral Internacional, *Temas Laborales*. (113), 13-47.
- Guamán, A. y Noguera, A. (2014). Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social.
- Guamán, A., (2016). La política comercial de la UE y su impacto en los derechos laborales: Una aproximación a los posibles efectos de la firma del TTIP y del CETA, *Lex Social*. (2), 123-144.
- Sanguinetti, W. (2016). Redes empresariales y Derecho del trabajo.
- Valdés Dal Re, F. (2016). El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los Derechos laborales fundamentales: luces y sombras.

# ¿Un arca de Noé para el Derecho de Trabajo Argentino?

Ana Clara Alfie

Recibido: 11.11.17/Aceptado: 13.12.17

## **RESUMEN**

El gobierno argentino pretende implementar en el año 2018 una reforma legislativa laboral que se suma a un paquete de reformas que incluyen modificaciones en el orden económico, político, impositivo y previsional. En este trabajo se reseña el contexto político-social en el que se anuncia dicha reforma y se informa su contenido, reflexionándose en torno a cómo la modificación del ordenamiento jurídico laboral puede impactar en el orden social. Finalmente, se analiza el rol de los sindicatos ante los cambios normativos auspiciados por el gobierno.

## **PALABRAS CLAVES**

Reforma legislativa laboral, orden social, sindicatos, derechos humanos, regresividad.

## **ABSTRACT**

The Argentine Government intends to enforce a labor law reform that adds to a package of reforms including changes in the political, economic, tax and social security order in the year 2018. This paper will review the socio-political context in which announces the amendment and reported its contents, reflecting on how the amendment of labour legislation can impact on social order. Finally, the role of trade unions is analyzed before the Government-sponsored policy changes.

## **KEYWORDS**

Labour law reform, social order, trade unions, human rights and degressivity.

## Introducción



*Ana Clara Alfie.*

Abogada, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestranda en Ciencias Sociales del Trabajo (UBA). Asesora legal de la Central de Trabajadores de la Argentina. Contacto: claralfie@hotmail.com

En la lección inaugural<sup>1</sup> del curso italo-latino-americano para expertos laborales, organizado por la OIT, la Universidad de Bolonia y la Universidad de Castilla La Mancha en septiembre del año 2007, Umberto Romagnoli afirmó, a propósito de la crisis que atravesaba Europa por aquel entonces, que estaba diluviando sobre el Derecho del trabajo. Haciendo un símil con el relato milenario que cuenta la historia de Noé, a quien Dios le ordenó construir una embarcación gigantesca para salvar a su familia y a los animales de un diluvio que azotaría al planeta durante más de 100 días, destruyendo todo a su paso, Romagnoli acuñó la idea de que era necesario “un nuevo arca de Noé para el Derecho del trabajo”.

Cuando en la Argentina se hicieron sentir (primero tímidamente, y ahora con verdadera euforia) las primeras voces gubernamentales que, a coro con el sector empresario, exigían una reforma laboral, no pude sino pensar –por las razones que expondré más adelante– que la propuesta sería catastrófica para los trabajadores, lo que me llevó a recordar aquel símil con el diluvio universal ideado por el maestro italiano. Lo hago propio, ya desde el título, para localizarlo en la actual coyuntura argentina.

### Clima de época: los indicios del diluvio

Después de las elecciones de medio término que tuvieron lugar el 22 de octubre de 2017, y que significó el triunfo del oficialismo, el gobierno argentino se consideró lo suficientemente fuerte como para impulsar la reforma legislativa laboral que ya venía pergeñando, y que termina de demostrar que estamos frente a un gobierno antagónico con la defensa de los intereses populares. El anteproyecto de ley da curso a casi todas las demandas del sector empresario, a excepción del sistema de representación sindical y de negociación colectiva.

El empresariado está festejando (Naishtat, 2017, p.1) ¿Alguien puede dudar, entonces, que dichas reformas licuarán o directamente suprimirán muchas de las protecciones de las que actualmente gozan los trabajadores, ello en línea con la desregulación que ha irrumpido en Brasil?

<sup>1</sup> Disponible en <http://japariciotovar.blogspot.com.ar/2007/10/un-nuevo-arca-de-noe-para-el-derecho.html>.



*El presidente Mauricio Macri en el «sillón de Rivadavia» | wikipedia.org*

Veamos el contexto en el que la reforma laboral propuesto por el gobierno macrista se inserta, y que —siguiendo con el símil del diluvio universal— me permito nombrar como los indicios del diluvio, porque dan cuenta de la plataforma ideológica que la sustenta:

1. Recientemente, el presidente Ing. Mauricio Macri afirmó públicamente que debe terminarse con “*la industria del juicio*”, aludiendo a la idea de que la alta litigiosidad laboral que existe en la Argentina tiene por causa una “*mafia*” de abogados laborales que intentan enriquecerse espuriamente (La Nación, 2017, p.1). Otros funcionarios de la cartera laboral, entre los que se cuentan a su titular Dr. Jorge Triaca, sostuvieron la idea de que: “... *la industria del juicio es una de las principales causas de la involución en la Argentina*” (INFOBAE, 2017, p.1), e incluso imputó como cómplice de dicha industria al sindicalismo. La estigmatización de los trabajadores que reclaman por sus derechos, y de los abogados que los representan, se puso también en evidencia con el dictado de una norma (Argentina, Juzgado Nacional del Trabajo, Poder Judicial de la Nación, causa No. 51793/2017, 7 de agosto de 2017, p.1) que pretende formar un “registro” en el que se asienten los datos de los trabajadores que inician juicio para cuestionar la constitucionalidad del sistema de riesgos del trabajo, con la intención solapada del gobierno de identificar a los litigantes y a sus letrados para armar una “lista negra”.

2. El gobierno ha embestido contra varios jueces laborales, a quienes les ha pedido juicio político para lograr su destitución por haber dictado medidas contrarias a las pretensiones del gobierno<sup>2</sup>;
3. Se ha arremetido directamente contra dirigentes de organizaciones sociales (entre los que se cuenta el caso de Milagro Sala, tristemente célebre, en el ámbito nacional e internacional)<sup>3</sup> y se han reprimido y criminalizado los conflictos laborales y sociales. En relación a los primeros, cabe advertir la existencia del “Protocolo de Actuación de Fuerzas de Seguridad del Estado en Manifestaciones públicas”, dictado el 17 de febrero de 2016 por la nueva Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich. Dicho protocolo limita inconstitucionalmente el derecho a la protesta, partiendo de la idea de que el derecho a la libre circulación es más importante que los derechos más elementales para la vigencia democrática, garantizados por la Constitución argentina, como son los derechos de reunión, de protestar y peticionar a las autoridades y la libertad de expresión.  
En cuanto a los conflictos sociales, no puede dejar de mencionarse la desaparición seguida de muerte de Santiago Maldonado, un joven de 28 años, artesano, quien residía en Bariloche (provincia de Río Negro) y apoyaba el reclamo de los pueblos originarios por sus tierras ancestrales. El 1 de agosto de 2017 participó de una protesta de la agrupación Resistencia Ancestral Mapuche, que fue reprimida por efectivos de la Gendarmería Nacional. Fue la última vez que se lo vio con vida. Estuvo setenta y ocho días desaparecido. Su cuerpo apareció, ya sin vida, a trescientos metros del lugar en el que se produjo el accionar represivo estatal.
4. Se han multiplicado las intervenciones a los sindicatos: ha habido amenazas de quite de personería gremial para los gremios docentes;<sup>4</sup>
5. Se ha exacerbado la retórica utilizada por las autoridades gubernamentales, relativa a la necesidad de modernizar los convenios colectivos para generar mayor competitividad y productividad;
6. En mayo de 2016, pese al contexto de creciente desempleo, el Presidente Ing. Mauricio Macri vetó la ley de emergencia ocupacional que establecía, entre otras cuestiones, la suspensión de los despidos por 180 días y la doble indemnización en caso de que aquellos se concretaran;

---

<sup>2</sup> Juicio político en perjuicio de Graciela Marino, Enrique Arias Gibert, Diana Cañal y Luis Raffaghelli.

<sup>3</sup> Milagro Sala, dirigente del movimiento social representante de Pueblos Originarios Tupac Amaru, se encuentra ilegítimamente detenida desde el 16/01/16.

<sup>4</sup> En rueda de prensa, los Ministros de Educación de la Provincia de Buenos Aires, Alejandro Finocchiaro; de Economía, Hernán Lacunza, y de Trabajo, Marcelo Villegas, informaron que revisarían la personería gremial a los sindicatos docentes que se adhirieran al paro.

7. La gobernadora bonaerense María Eugenia Vidal, principal aliada política del Presidente Mauricio Macri, ha propuesto sustituir a los maestros huelguistas con ciudadanos que quieran brindar apoyo escolar, en el marco del conflicto docente. Estos “voluntarios” supuestamente se ofrecían en las redes sociales, bajo el hastag “#VoluntarioDocenteNoAlParo”. Además, el gobierno provincial abonó un “incentivo” para los trabajadores no huelguistas, en franca violación a los convenios 87 y 98 de la OIT, el PIDESC, la Constitución Nacional Argentina y la ley de Asociaciones Sindicales No. 23.551.

A todo lo dicho, se suma el hecho de que la cabeza del Poder Judicial de la Nación Argentina ha dado, también, cabales muestras de haber comprendido el nuevo clima de época. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo intérprete de la Constitución Nacional, ya en junio del 2016 resolvió que no son legítimas las medidas de fuerza promovidas por aquellos trabajadores no sindicalizados o que se encuentran afiliados a sindicatos que no cuentan todavía con reconocimiento estatal (Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de junio de 2016).

Desde esta óptica, sólo son legítimas las huelgas declaradas por las organizaciones formales de trabajadores debidamente inscriptas en un registro especial. La sentencia constituyó una regresión en la materia, con una construcción argumental enteramente falaz.

Luego, el 05 de julio de 2017 se conoció la sentencia por la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que obligó a un trabajador que perdió un juicio por un accidente de trabajo a pagar todos los gastos de honorarios profesionales que el proceso generó. Lo polémico no es que haya decidido del modo en que hizo, sino que el Máximo Tribunal se haya abocado al tratamiento de dicha cuestión, que por ser procesal y no federal, quedan fuera del ámbito de actuación de dicho órgano, salvo que hubiese habido una palmaria arbitrariedad en la instancia anterior.

Sorprendente fue también la difusión que la propia Corte Suprema le dio al fallo, replicado por los medios periodísticos, con una clara intención de desalentar a los trabajadores a litigar en procura de sus derechos.

Más recientemente, la Corte Suprema dictó un fallo por el que redujo la indemnización fijada por el Tribunal Inferior a favor de la viuda de un trabajador fallecido en un accidente de trabajo (AR / CSJ, 12 de septiembre de 2017).

En efecto, la Sala VII de la Cámara Nacional del Trabajo había estimado que el valor de la indemnización que arrojaba el cálculo matemático dispuesto por la Ley de Riesgos de Trabajo era insuficiente, elevándolo a la suma que consideró justa, invocando para ello el principio de progresividad. La Corte revocó ese fallo señalando que la Cámara había

determinado la indemnización apartándose injustificadamente de la ley aplicable, decisión que benefició a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Lo dicho hasta aquí basta para graficar, con meridiana claridad, que nos encontramos frente a un contexto social regresivo, de debilitamiento de los diferentes mecanismos de protección de los trabajadores.

## **El paquete de reformas legislativas laborales anunciado por el gobierno nacional**

La reforma de la normativa laboral que se avecina pivotea (al igual que la llevada a cabo en Brasil) sobre la idea de que la rigidez del marco institucional del llamado “mercado de trabajo” es la responsable de una gran ineficiencia en el mismo, así como también la causa de sus desequilibrios (García, 2017, p. 1).



*Mauricio Macri anunció avances hacia una reforma laboral y convoca a un acuerdo nacional | diariocastellanos.net*

Esta idea, de fuerte estirpe ideológica neoclásica, ha sido refutada tanto teórica como empíricamente. Existen evidencias en todo el mundo relativas a que las reformas laborales impuestas por las políticas de austeridad no contribuyen a la recuperación económica tras las crisis.

Como se ha afirmado en el llamado informe “Bohoslavsky”<sup>5</sup>, esas reformas no mejoran los resultados económicos; y sí, en cambio, impactan muy negativamente en los derechos de los trabajadores, que son –a esta altura, no debieran ser necesaria la aclaración- derechos humanos.

Antes de detallar los puntos más sobresalientes de la pretendida reforma, cabe advertir que en los fundamentos que aparecen en reforma laboral aquí analizada, se postula la “liberación de las fuerzas de la producción” invocando así una célebre y lamentable frase de Martínez de Hoz, Ministro de Economía de la última dictadura cívico-militar argentina.

Si tuviera que sintetizar este proyecto de ley (que trata de temas tan diversos como lo son las relaciones colectivas, las relaciones individuales, el supuesto fomento del empleo, la formación profesional y las cuestiones tributarias), diría que se trata de un proyecto normativo basado en estrategias de deslaboralización, de abaratamiento de los costos laborales, de facilitación de los procesos de tercerización o “outsourcing”, de modulación de la jornada de trabajo y de desfinanciamiento del Sistema de Seguridad Social.

Digo ello, porque:

1. Se propone que los empleadores que han tenido trabajadores sin registrar (“en negro”) puedan declarar a esos trabajadores, condonándoseles todas las deudas por capital, intereses, multas y punitivos derivados de la falta de pago de aportes y contribuciones a los sistemas de la Seguridad Social. Se modifica, además, la norma que actualmente establece la indemnización que debe pagar el empleador a favor del trabajador que no fue debidamente registrado, desviándose hacia los fondos de la Seguridad Social, con una forma de cálculo diversa. De tal suerte, el daño padecido por el trabajador que no ha sido registrado (la falta de cobertura médica, por ejemplo), o que ha sido deficientemente registrado, queda sin reparación.

Además, se derogan normas que imponían multas por el trabajo no registrado, y que podían ser exigidas por el trabajador una vez finalizada la relación laboral. Aunque se declama la intención de lograr la regularización de estos trabajadores no registrados, en rigor de verdad, el efecto sería el contrario ya que, al reducir las consecuencias indemnizatorias para los empleadores que poseen trabajadores no registrados, lo que se hace es debilitar los mecanismos anti-evasión y por tanto, se alienta la contratación clandestina.

---

<sup>5</sup> Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales”, Juan Pablo Bohoslavsky, preparado en cumplimiento de la resolución 25/16 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

2. Se reduce, de diez a cinco años, la prescripción de las acciones por cobro de contribuciones, aportes, multas y demás obligaciones emergentes de las leyes de previsión social.
3. Se establece que las organizaciones empresarias y los sindicatos puedan disponer en los convenios colectivos de actividad la creación de un Fondo de Cese Laboral Sectorial, que costeará los montos correspondientes a las indemnizaciones por la cobertura en materia de preaviso y despido sin causa, reemplazando así las indemnizaciones que hasta ahora se encontraban en cabeza del empleador. El Fondo se formará con un porcentaje de la remuneración mensual que perciba el trabajador en concepto de salario básico convencional y sus adicionales. Esta clase de “fondos de cese laboral” contrarían el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario.
4. Se propone la reducción gradual de las rebajas de las contribuciones patronales en materia previsional, partiendo de la lógica (rebatida por todos los antecedentes históricos habidos en la Argentina) de que ello provocará la creación de nuevos empleos o el debido registro de los ya existentes. Al desfinanciarse los sistemas de la Seguridad Social, estas reducciones afectarán los cálculos de los actuales haberes jubilatorios, provocando una reducción en términos reales en los ingresos de los jubilados y los pensionados.
5. Se pretende excluir de la base salarial para el cálculo de las indemnizaciones por despido, el sueldo anual complementario, las horas extraordinarias, las comisiones, premios y/o bonificaciones, las compensaciones de gastos y todo rubro que carezca de periodicidad mensual, normal y habitual. Además, dicha base de cálculo no podrá exceder el equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo aplicable al trabajador.
6. Se reduce de dos a un año el plazo para que los trabajadores inicien acciones judiciales contra sus empleadores, relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y de disposiciones de convenios colectivos.
7. Se crea la ridícula categoría de “trabajadores autónomos económicamente dependientes” la que encierra, sin lugar a dudas, un *contradictio in terminis*.<sup>6</sup> Estos trabajadores son definidos como “personas que presten servicios especializados, realizando una actividad económica o profesional a título oneroso, de manera habitual, personal y directa, para una persona física o jurídica de la que dependan económicamente hasta el OCHENTA POR CIENTO (80%) de sus ingresos anuales, quienes se regirán por una regulación estatutaria especial”, quienes quedan excluidos de la Ley de

---

<sup>6</sup> Si el trabajador es autónomo, no puede ser económicamente dependiente, y si es económicamente dependiente, no puede ser autónomo.

Contrato de Trabajo, al igual que los “*trabajadores independientes y sus trabajadores independientes colaboradores*”. Se tratan de estrategias de deslaboralización,<sup>7</sup> o, para andar sin eufemismos, de estrategias de “abaratamiento de la laboralidad” (Ojeda Avilés, 1992, p. 23).

8. En materia de subcontratación, se le quita responsabilidad a las empresas que contraten o subcontraten a otras para realizar actividades complementarias de limpieza, seguridad, mantenimiento general de bienes inmuebles y muebles registrables, servicios médicos y de higiene y seguridad en el trabajo, gastronomía y/o informática, que se efectúen en el establecimiento o explotación. También quedan excluidos los servicios de transporte, desde y hacia el establecimiento o explotación. En cualquier caso, las empresas principales quedan exoneradas de toda responsabilidad si demuestran haber ejercido control sobre las contratistas.
9. La reforma propone que el trabajador pueda renunciar a los derechos previstos en el contrato individual de trabajo, siempre que superen los pisos mínimos previstos en el convenio colectivo de trabajo. Actualmente, tales derechos son irrenunciables. En cuanto al *ius variandi* abusivo, se pretende retornar a la lógica de que, frente a las modificaciones prohibidas en el contrato de trabajo, el trabajador sólo pueda considerarse despedido. La reforma propuesta anula la posibilidad, actualmente vigente, de que el trabajador accione judicialmente en procura del restablecimiento de las condiciones de trabajo perdidas.
10. En materia de jornada de trabajo, se establece la posibilidad de que el convenio colectivo establezca un mecanismo de permuta y/o compensación horaria, denominado “Banco de Horas” el cual consiste en que las horas trabajadas en exceso de la jornada diaria legal sean compensadas por una disminución equivalente en otros días; siempre y cuando no se exceda en el período máximo de un año, a la suma de las jornadas semanales de trabajo previstas convencionalmente, ni se supere el límite máximo de 10 horas diarias. Estas horas suplementarias trabajadas son abonadas al valor normal, es decir, sin ningún tipo de recargo dinerario.
11. Se elimina la multa que debe pagar el empleador que no entrega en tiempo y forma los certificados de trabajo (actualmente valuada en tres sueldos).

A esta altura, huelga decir que la única norma prevista en el proyecto de reforma que favorece al trabajador es la extensión a 15 días de licencia por nacimiento de hijo (actualmente la Ley de Contrato de Trabajo sólo reconoce 2 días) y la posibilidad de que el trabajador no concurra a trabajar hasta 30 días al año, sin derecho al cobro de salarios, por razones particulares planificadas.

---

<sup>7</sup> Se trata de un neologismo: refiere al tratamiento legal de relaciones de trabajo dependiente como si no lo fueran.

## Si diluvia, es sobre el edificio entero del orden social

Ya lo sabemos: el Derecho de trabajo es un derecho de compromiso, pues intenta compaginar exigencias que son de tipo económicas y productivas, con la dignidad de la persona humana, del ciudadano trabajador. Y no siempre sale airoso de semejante brete.



*Más de 60 gremios y organizaciones sociales marcharon a Gobernación en rechazo a la reforma laboral | realpolitik.com.ar*

La ley de Contrato de Trabajo argentina toma partido en esta relación dialéctica que existe entre la Economía y el Derecho del Trabajo, al disponer en su art. 4 que: “El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”. Es que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos (AR/ CSJ, 14 de septiembre del 2014).

La reforma legislativa laboral propuesta por el gobierno argentino privilegia el fin económico por sobre los intereses y necesidades del ciudadano trabajador, intentando sostenerse desde una premisa falsa, que propugna que el éxito empresarial depende del vaciamiento que pueda hacerse, en contenido y en profundidad, de los derechos laborales.

Se rompe así la base de la relación dialéctica existente entre la economía y el Derecho del trabajo: se olvida que el derecho laboral debe ser un instrumento que garantice que el desarrollo económico arroje resultados equitativos para la sociedad. Se olvida la justificación histórica y ética del derecho laboral: el trabajo no es una mercancía.

Esta ruptura es, también la ruptura del orden social. Porque en la sociedad salarial en la que vivimos (Castel, 1997, p. 271) el trabajo constituye la vía principal de integración de sus miembros, y la articulación del trabajador con el conjunto social se produce mediante la mediación constituida por el propio Derecho del trabajo.

El ordenamiento jurídico laboral forma parte del entramado que sostiene el edificio entero del orden social; y por tanto, cada vez que asistimos a una reforma de aquél, se remodelan, se construyen o se derriban pisos de ese edificio que es la sociedad salarial.

### **¿Quién será el Noé de esta historia?**

El gobierno argentino está en absoluta sintonía con el FMI: recientemente, Alejandro Werner, director del Fondo Monetario, felicitó la orientación de la política económica argentina y pidió avanzar con la reforma fiscal y con el ajuste del gasto (Pagina12, 2017, p.1). No es una buena noticia.

En un contundente estudio (Abouharb y Cingranelli, 2007, pp. 87 y 200) en que se examinaron datos sobre 131 países en desarrollo, correspondientes al período comprendido entre 1981 y 2003, se llegó a la conclusión de que cuanto más largo el período durante el cual se aplicaba en un país un programa de ajuste estructural auspiciado por el FMI y el Banco Mundial, más bajo era el nivel de protección de que gozaban los derechos laborales en ese territorio.

El presidente Mauricio Macri afirma: “[t]enemos que mantener los valores en los que creemos y contagiar a los demás. Y el primero de todos es el de austeridad [...]” (El economista diario, 2017, p.1). Lo que no dice, es que las políticas de austeridad agravan las desigualdades, debilitan los derechos laborales e inciden negativamente en otros derechos humanos, como son la alimentación y la vivienda, de las que muchos trabajadores despedidos son privados.

No lo dice porque declama, en sintonía con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el FMI y el Banco Mundial, que las normas que suponen un alto grado de protección de los trabajadores son un factor que estimula el desempleo, por lo que deben flexibilizarse.

Ya no quedan dudas: la reforma laboral en ciernes implica una profunda modificación de los intereses de clase; por lo tanto, se definirá mediante una disputa de poder. Si hay voluntad

política, las organizaciones sindicales y otros actores sociales aliados pueden condicionar el paquete de reformas legales laborales que pregona el gobierno nacional.

La resistencia debe darse no solo en el ámbito de las representaciones parlamentarias, sino también mediante la lucha colectiva de los sindicatos, trascendiendo incluso el campo sindical, integrándose con actores y movimientos con representación político-social, que estén dispuestos a dar batalla no sólo contra la reforma laboral sino contra otras manifestaciones de política neoliberal, entre las que destaco el feroz endeudamiento externo<sup>8</sup> de la era macrista.

Además, se debe denunciar al Estado argentino por contradecir sus obligaciones internacionales, específicamente, por quebrantar el compromiso asumido al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a conseguir progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos y sociales (art. 26).<sup>9</sup>

Aunque, en relación a esta última cuestión, debo decir que las denuncias internacionales no parecen ser demasiado auspiciosas: recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en la causa: "Fontevicchia y otros v. Argentina", en la que declaró que el Estado argentino violó el derecho de expresión de los peticionantes y que, en consecuencia, debía dejarse sin efecto la condena civil impuesta a ellos.

Ante ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene la potestad de revocar sentencias del máximo tribunal argentino. Fundó la decisión en el hecho de que ella es el órgano supremo del Poder Judicial argentino y que permitir que una decisión propia sea revocada por un tribunal internacional, importa una clara transgresión a la Constitución Nacional (AR /CSJ, 14 de febrero del 2017).

Queda claro que no podemos buscar en el ámbito judicial (ni nacional, ni internacional) al Noé de esta historia; incluso si ello fuera posible, el salvataje sería, en todo caso, tardío: el diluvio ya habría arrasado con el Derecho del Trabajo. El único plan de salvación posible se encuentra en cabeza de las organizaciones políticas, sindicales y sociales. En mi opinión, el sujeto sindical puede cumplir el rol del Noé de esta historia, siempre que sea justo, honrado y fiel –si se me permite hacer un símil con las palabras del génesis–.

La Corriente Federal de Trabajadores de la CGT ha publicado un duro comunicado en el que denuncia que el gobierno argentino pretende llevar adelante un "...ajuste permanente sobre los trabajadores, los jubilados y los pobres, a favor de los muy ricos" (APU, 2017, p.1). Por su parte, el secretario general del gremio de camioneros afirmó, gráficamente, que para

---

<sup>8</sup> En los primeros 18 meses de gestión del nuevo gobierno, el endeudamiento se ubica en torno a los 80.723 millones de dólares (López y Lozano, 2017, p. 3).

<sup>9</sup> El principio de progresividad se encuentra también establecido en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

firmar a favor de esta reforma laboral, “nos van a tener que cortar la mano” (Ámbito.com, 2017, p.1).

En la misma línea, la CTA de los trabajadores y la CTA autónoma –en unidad de acción– han rechazado la reforma, advirtiendo que “fue escrita por empresarios” y que “viola en prácticamente en todos sus artículos el principio de la no regresividad del derecho laboral” (Política Argentina, 2017, p.1).

Los sindicatos argentinos cuentan con la posibilidad de desarrollar todo su poder colectivo, mundialmente reconocido, no ya para contrarrestar el poder del empresariado, sino el del propio gobierno que es, hoy, el principal aliado de aquél. El sujeto sindical que, al decir de Umberto Romagnoli, fue el padre aguerrido y generoso del Derecho del trabajo, está llamado hoy a defender a su hijo más querido. Como el Noé de esta historia, deberá elegir qué institutos del Derecho del trabajo quiere salvar del diluvio universal, cobijándolos en un arca que resista a este reformismo laboral que es de una regresividad salvaje, animal.

### **Bibliografía**

- Abouharb, R. y Cingranelli, D. (2007). *Human Rights and Structural Adjustment*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Bohoslavsky, J. (2017). Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales.
- Castel, R. (1997). *Las metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires: Ed. Paidós.
- García, H. (2017). Apuntes urgentes sobre las recientes reformas laborales en Brasil. Recuperado de <http://www.cta.org.ar/sobre-las-recientes-reformas.html>.
- López, A. y Lozano, C. (2017). Evaluación de la deuda pública. Análisis de la información oficial. Recuperado de <http://www.ipypp.org.ar/descargas/2017/Deuda%202016.pdf>.
- Ojeda, A. (1992). La representatividad sindical como excepción, *Relaciones Laborales, revista crítica de teoría y práctica*. 7, 238-252.
- Romagnoli, U. (2007). Un nuevo arca de Noé para el Derecho del Trabajo. Recuperado de <http://japariciotovar.blogspot.com.ar/2007/10/un-nuevo-arca-de-noe-para-el-derecho.html>.

# La Subcontratación laboral, alcances y trascendencia legal en Nicaragua

---

Luis Manuel Osejo

Recibido: 05.10.17/Aceptado: 12.12.17

## RESUMEN.

La tercerización de la fuerza laboral es una actividad cada vez más creciente en nuestro país, sin que en el orden jurídico nacional se cuente con una legislación amplia como se requiere para regular este tipo de trabajo, existiendo únicamente normas contradictorias en cuanto a la determinación de las responsabilidades del contratista principal, de manera que es el trabajador que presta el servicio, quien se coloca en una posición de desventaja y desprotección, por lo que se pone al descubierto la necesidad de su regulación. En el presente trabajo se presenta un análisis general basado en criterios doctrinarios, sobre la aplicación de esta figura, la valoración de los criterios jurisprudenciales sentados en el país, para finalmente proponer la forma en que debería regularse para garantizar una efectiva tutela de derechos.

## PALABRAS CLAVES

Subcontratación, outsourcing, trabajador subcontratado, responsabilidad solidaria.

## ABSTRACT

The contracting out of the work force is an increasing activity in our country, while in the national legal order it has broad legislation as required to regulate this type of work, conflicting standards to exist only in as to the determination of the responsibilities of the main contractor, in a way that is a worker who lends service, who is placed in a position of disadvantage and vulnerability, so it gets exposed the need for regulation. This paper presents a general analysis based on doctrinal criteria, on the application of this figure, the valuation of the jurisprudential criteria sitting at home, to finally propose the form that should be regulated to ensure an effective protection of rights.

## KEYWORDS

Subcontracting, outsourcing, outsourced workers, joint and several liability.

## Introducción



*Luis Manuel Osejo (1975)*  
Magistrado presidente  
del Tribunal Nacional  
Laboral de Apelaciones  
de Nicaragua. Miembro la  
Asociación Iberoamericana de  
Derechos del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Contacto:  
luis.osejo@gmail.com

En el mundo laboral, se hace cada vez más frecuente el uso de la subcontratación como una forma legal para obtener la prestación de servicios desvinculándose las empresas contratistas de la administración del personal y del cumplimiento del régimen laboral. Constantemente se aprecia la utilización indistinta de los términos tercerización, outsourcing, externalización, entre otros, como sinónimos de subcontratación. Más allá de lograr su comprensión y significado, interesa determinar con precisión cuál es el tratamiento jurídico, sus alcances y su trascendencia legal, sobre la base de la doctrina, la legislación de nuestro país y los criterios jurisprudenciales más concurrentes.

En Nicaragua como en el resto de países de Latinoamérica, así como se desarrollan relaciones laborales formales entre un empleador y un trabajador en la forma tradicional, también se ha desarrollado un creciente uso de procesos en los que una determinada organización contrata a otras empresas para que les sean prestados específicos servicios, implicando el desprendimiento de actividades que no forman parte de las prácticas principales de ésta, concediéndoselas a terceros especializados en cada materia.

Esto implica que, en algunos sectores, y específicamente en determinados servicios no esenciales, la directa contratación laboral de un empleador a sus trabajadores ha venido siendo sustituida paulatinamente por las contrataciones de orden no laboral que se llevan a cabo con terceros, que son estos a su vez, quienes contratan a los que prestan directamente el servicio, existiendo una desconexión entre el sujeto contratante principal que recibe el producto del trabajo y aquel que directamente ofrece sus fuerzas laborales y desempeña el servicio, puesto que entre ambos no existe un aparente vínculo jurídico.

Esto implica que existe una desmejora de condiciones de trabajo de quien presta el servicio, quien en muchas ocasiones no es contratado bajo la observancia fiel de las normas laborales, colocándose en un régimen de desprotección en relación a otros trabajadores que sí son contratados directamente por el empleador, de manera que tienen menos salarios, no pueden acceder a la sindicalización como mecanismo de defensa de sus derechos e intereses, ni reciben la misma tutela de las autoridades.

En nuestro país la situación se complica, por cuanto además de que estas nuevas modalidades de contratación no están reguladas en la legislación laboral a través de instrumentos normativos que determinen al significado, alcance, responsabilidades de los sujetos, límites, y demás cuestiones necesarias para que sujetos contratantes, contratistas y terceros, vean satisfechos sus más elementales derechos.

Así en nuestro orden jurídico encontramos únicamente dos disposiciones legales aisladas que de manera general pretenden regir la temática, una del orden sustantivo y otra del orden procesal, pero lo hacen de manera contradictoria, puesto que el artículo 9 del Código del Trabajo establece una aparente posibilidad de que los contratantes principales asuman responsabilidades directas y solidarias, no obstante el artículo 81 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social constituye la posibilidad de establecer una responsabilidad subsidiaria al contratista principal.

Por lo que apreciamos una aparente antinomia jurídica, que obviamente acarrea conflictos de interpretación, pues por un lado los trabajadores invocarán la norma sustantiva y por otro lado los empleadores obviamente solicitarán la aplicación de la norma procesal, causando evidentes situaciones que por esta causa requieren de un mayor estudio y regulación, sumado lo anterior a que en nuestro país no existen estudios o análisis con carácter científico que aborden esta problemática.

Tenemos entonces una seria dificultad en la aplicación del Derecho del trabajo, que nos exige la definición del régimen jurídico aplicable y la determinación de las responsabilidades de cada sujeto en estos nuevos tipos de contrataciones, siendo el propósito de la presente investigación, contribuir a definir posiciones que coadyuven a brindar un tratamiento adecuado a esta figura jurídica, de manera que los derechos de la clase trabajadora se vean protegidos, sin menoscabar los derechos de los empleadores, pero además, dentro del marco jurídico actual, definiendo si éste es el óptimo, o si es requerido hacer ajustes a la legislación vigente, o a la forma en que se vienen decidiendo los conflictos de esta índole.



*seansi.org*

## **La Subcontratación, su definición y términos análogos**

Normalmente encontramos en los distintos textos o legislaciones, cuando nos referimos a este tipo de trabajo, un uso indistinto y como sinónimo, de términos como: tercerización, subcontratación, outsourcing y otros, haciéndose por ello necesario que precisemos en su definición.

Tal aseveración nos lleva a aclarar que no se precisa de un concepto uniforme de subcontratación, ya que estas modalidades de prestación de servicios, que se empiezan a manifestar en los años 70, fomentando la composición de dicho término, amplias discusiones jurisprudenciales y doctrinarias en las distintas legislaciones en que se ha regulado.

Por ello, encontramos respecto de la subcontratación, el uso de términos indistintos como outsourcing, tercerización o externalización, terminología que se utiliza según los matices propios de la naturaleza de cada país o legislación en la que existe tal regulación.

La Organización Internacional del Trabajo (1997), ha utilizado la denominación de subcontratación, fijando lo siguiente:

El concepto de trabajo en régimen de subcontratación parece referirse fundamentalmente a las relaciones (directas o a través de un intermediario) entre una empresa usuaria y determinados trabajadores, en las que: a) la forma de la relación se caracteriza por la independencia y la autonomía de las partes; b) la esencia de la relación es, sin embargo, asimétrica, pues los trabajadores se hallan en una situación de subordinación técnica y de organización respecto de la empresa usuaria (p. 6)

El trabajo subcontratado fue uno de los temas de discusión de la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en 1997, siendo una prioridad en ese momento la definición de la situación legal de dicha modalidad laboral, en aras de garantizar la protección de los derechos de la clase prestadora del servicio.

La preocupación principal del aludido órgano internacional, estriba en que ha sido una práctica creciente en muchos países del mundo, el apartarse de la forma clásica de contratación de relaciones laborales, y optar en cambio por formas comerciales distintas, que en el fondo son análogas a una relación de empleo.

Era vital entonces definir el tratamiento jurídico que debía brindarse a vínculos en los que las empresas, para ejecutar sus tareas normales, contratan trabajadores por medio de intermediarios que conservan ciertos atributos del empleador como el pago del salario; o cuando contratan a personas o grupos de personas para llevar a cabo las labores normales de la empresa, pero procura darles la condición de contratistas o subcontratistas independientes que trabajan por cuenta propia.

Abonando a este planteamiento institucional, Lizama y Ugarte (1998) han descrito a la subcontratación como

la situación en que una empresa, dueño de una obra o faena, contrata a otra persona, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido (p.4).

Por consiguiente, la preocupación generalizada de los Estados estriba en que estas formas de trabajo en régimen de subcontratación implican que los trabajadores que prestan el servicio, que en el fondo se hallan en la misma situación de dependencia respecto de la empresa usuaria que los asalariados de ésta, aun cuando en la forma tengan la condición de

subcontratistas comerciales o de asalariados de un subcontratista comercial, se vean privados de la protección prevista por las legislaciones laborales.

Abonando a esa definición de trabajo en régimen de subcontratación la OIT (2008) describe que:

Se entiende también la situación en que una empresa establece un contrato con otra para que ésta, en general a costo menor, produzca ciertos bienes o suministre servicios que normalmente produce o facilita la primera. Aunque es patente el carácter comercial de ese tipo de relación, en ciertos países y ramos industriales se le ha prestado atención porque puede socavar la situación de los asalariados de la primera empresa o trasladar la producción de empresas estables y sólidas a otras que lo son menos y, por consiguiente, tienen menos probabilidades de estar en condiciones de cumplir las obligaciones contraídas con su personal (p. 6).

Como podemos ver, es la OIT la que ha profundizado en el establecimiento del concepto de subcontratación. No obstante, a la fecha, ha sido infructuoso el intento de la Conferencia Internacional del Trabajo, por adoptar un Convenio que regule este tema tan sensible, el cual ha quedado a la fecha en el grado de recomendación.

Encontramos pues, que la doctrina utiliza indistintamente una serie de denominaciones, refiriéndonos al mismo tipo de trabajo tercerizado. Por ello es que Curiel Sandoval (2013) citando a Bárbara Palli, lo sintetiza de la siguiente manera para evidenciar el uso indistinto de la cuestión terminológica:

La palabra outsourcing o subcontratación, en el contexto mexicano, jurídicamente no remite a ningún significado en concreto; se trata de un anglicismo que usan los administradores de empresas, los economistas y los sociólogos por igual, pero que adolece de una conceptualización jurídica formal, lo que dificulta desde el ángulo jurídico, acercarse a su comprensión y entendimiento (p. 221).

Es evidente entonces la multiplicidad de términos con que nos referimos a este tipo de contrataciones tercerizadas.

Así, Curiel Sandoval (2013) ha referido que el término outsourcing es utilizado por diversos expertos como sinónimo de subcontratación, externalización, tercerización, reubicación o intermediación, entre otros, sin embargo aunque sean diversos términos, todos significan lo mismo: para el patrón son sinónimos de plusvalía, disminución y abaratamiento de costos en mano de obra, extinción de responsabilidades con los trabajadores, etcétera. No obstante, para el trabajador estos términos significan todo lo contrario, son sinónimo de pérdida y precarización de los derechos laborales, disminución del salario, e inexistencia de estabilidad en el empleo entre otros (p. 214).

Y coincidiendo con ello la Organización Internacional del Trabajo (1997) ha establecido sobre la denominación terminológica:

No hay unanimidad sobre el significado de la expresión “trabajo en régimen de subcontratación”. Esta y otras locuciones afines en que figura la palabra “subcontratación” se usan con diversas acepciones según los países para designar distintos tipos de relaciones entre determinadas empresas y ciertos trabajadores (muchas veces a través de intermediarios), en los que una de las partes, o ambas, procura apartarse de la relación de empleo normal (p. 5).

Tenemos pues en conclusión que a pesar de que podamos encontrarnos en el tratamiento a esta figura que se le trate con distinta denominación, aquella que más se ajusta al origen laboral es la de subcontratación, por cuanto es la que toma como referencia la determinación de responsabilidades en cuanto a las cargas respecto de los trabajadores, siendo prueba de ello que es la terminología definida por la OIT en la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo de 1,997, como ya antes se ha referido.



## Efectos de la subcontratación

*Desde el punto de vista del empleador*

Tomando en cuenta a Bénaud y Bordeianu citados por Romagnoli (2006), destacan tres factores que inciden en los motivos que llevan a la tercerización:

La decisión de delegar en un proveedor externo una tarea interna puede responder tanto a motivos económicos, como políticos e ideológicos. Económicos, porque el principal objetivo del outsourcing es reducir costos, elevar la calidad y el nivel de los servicios que se prestan como así también mejorar los costos y la performance de las funciones tercerizadas. Asimismo, se delegan los riesgos e inversiones en un tercero (p.109).

Indudablemente que entre los principales costos que se ahorran las empresas que recurren a la subcontratación se encuentran los laborales, especialmente los que implica la contratación de personal especializado. Los motivos políticos se relacionan con la reducción de conflictos laborales y los ideológicos, con una mejor imagen de eficiencia que, dentro de las organizaciones se ofrece.

Mungaray y Ramírez (2006) exponen al respecto que:

Las grandes empresas buscan, por medio de la interacción con las pequeñas, descentralizar algunas etapas particulares del proceso global de producción que les permitan la diferenciación del producto con el fin de satisfacer un mercado cada vez más segmentado debido a las crecientes necesidades del consumidor. Así, mientras una gran empresa busca maximizar sus ganancias o incrementar su participación en el mercado, las pequeñas pueden proponerse coexistir, con el objetivo de generar empleos para los miembros de la familia o proporcionar algún ingreso extra que mejore el nivel de bienestar (p.46).

Con ello queda evidente pues que el interés principal de los empresarios es productivo y económico, sin que se prevean los asuntos laborales, más que desde la óptica del ahorro, lo que es refrendado por Morales (2009) al establecer las cinco razones para contratar en outsourcing que resume en:

Reducir o controlar el gasto de operación. En un estudio realizado por el Outsourcing Institute se encontró que las compañías redujeron costos en un 90 %. Disponer de los fondos de capital. El Outsourcing reduce la necesidad de tener que incluir fondos de capital de funciones que no tienen que ver con la razón de ser de la compañía. Tener acceso al dinero efectivo. Se puede incluir la transferencia de los activos del cliente al proveedor. Manejar más fácilmente las funciones difíciles o que están fuera de control. El Outsourcing es definitivamente una excelente herramienta para tratar esta clase de problema (p.5).

*Desde el punto de vista de la clase trabajadora*

Planteado todo lo anterior, se considera que el problema primordial que encontramos hoy en día con este tipo de contrataciones, tanto en nuestro país, como fuera de él, consiste en que dicha figura ha venido siendo utilizada, contemplando al trabajador como un recurso material, similar a una mercancía, de manera que se ha perdido el sentido humano del trabajo, pues en este fenómeno de subcontratación, se ha pretendido evadir el cumplimiento de los derechos laborales de quienes prestan el servicio, en aras de conseguir una mayor productividad del trabajo para las empresas usuarias y subcontratadas, siendo esta la finalidad del derecho del trabajo, crear normas que protejan frente a este tipo de abusos.

Sobre este tema señala Añez Hernández (2012) citando a Ermida y Colotuzzo (2009) sustenta que:

El trabajador implicado en una relación triangular carece de protección, o al menos de protección suficiente en la legislación o en la práctica, por lo menos en dos grandes áreas. Generalmente gozan de peores condiciones de trabajo. En segundo lugar, no gozan de ninguna protección por haber sido “expulsados” del ámbito de protección propio del derecho del trabajo. Esto se deriva de enmascarar al trabajador bajo una figura de empresario o de trabajador independiente, lo cual en ambos casos pierde los beneficios de la legislación laboral (p. 172).

De esta manera, el núcleo principal del problema que generan estos tipos de contrataciones, reside en que el trabajador contratado por la empresa tercerizadora, desarrolla su vida laboral en un ambiente de inseguridad jurídica e incertidumbre, haciéndose susceptible a constantes variaciones en sus condiciones de trabajo, quien se desempeña en un ambiente inestable y con principales características de eventualidad, lo que afecta materialmente su vida realmente productiva en relación con otros trabajadores que no están en ese mismo supuesto.

Jacques Freire de Albuquerque (2014) ha establecido sobre estos efectos:

Se transforma en un ciclo: a mayor número de empresas contratistas, mayor rotatividad de los trabajadores en ellas y mayor rotatividad principalmente en las empresas contratantes, por una razón muy sencilla, no tienen obligaciones con los trabajadores de la contratista, cambiando siempre lo que le conviene, dando más inseguridad en el puesto de trabajo. Lo que se convierte en una guerra psicológica interna entre los propios trabajadores, aumentando la competencia como medio de supervivencia; las empresas se aprovechan de esta situación, por la tan alta demanda de trabajadores, imponiendo sus propias reglas (p. 231).

Respecto a estos efectos, también considero que debe evitarse a toda costa caer en la simulación contractual, de ahí que se requiera indudablemente, que las legislaciones laborales regulen de manera suficiente, para que no se le produzcan aún más efectos desbastadores a la clase trabajadora.

Quiroz Allende (2014) ha establecido respecto a la definición de la simulación en lo laboral que:

La simulación de contratación de trabajadores a través de terceros consiste, básicamente, en una seudo subcontratación y forma parte, por ende, de las figuras de cesión ilegal de trabajadores en general. Sin embargo, este ilícito presenta ciertas particularidades en relación con aquellas figuras, ya que no se trata solo de una infracción a la ley laboral y, específicamente, a la regulación existente sobre externalización de los recursos humanos, sino que además, resulta posible enmarcarla dentro de los casos de fraude a la ley laboral (p. 237).

Por consiguiente, en este tipo de trabajo tercerizado, debe tenerse en cuenta que la simulación es el encubrimiento que el empleador realiza de su propia calidad, de manera tal que el trabajador no pueda ejercer sus derechos frente a su empleador real, quien oculta su calidad, a través de una contratación simulada con un tercero que, en realidad, carece de relación laboral con el trabajador, causándole a este una evidente indefensión, dado que no tendrá contra quien reclamar, pues el aparente empleador no cuenta con los medios y capital para responderle, dado que estos son propiedad del contratista real, quien se oculta para evadir.

Por ello consideramos que una legislación protectora de sus trabajadores debe definir la simulación contractual y a la vez establecer las pautas para que los empleadores sean sancionados en caso de incurrir en el uso de tal figura. Por lo tanto nuestra legislación nacional requiere de los ajustes necesarios dado que respecto a este tema encontramos sendos vacíos.



<http://splabogados.com>

## **Regulación Jurídica de la Subcontratación Laboral en Nicaragua**

Es innegable que actualmente en nuestro país el desarrollo económico ha condicionado a las empresas a hacer uso en un índice cada vez más creciente, de la modalidad de subcontratar la realización de diversas actividades, como una estrategia para mejorar la eficiencia y productividad de sus negocios.

Como ya hemos referido antes, la legislación laboral sustantiva nicaragüense no establece ningún apartado específico para la regulación del trabajo tercerizado. Haciendo una revisión íntegra, únicamente encontramos que en un sentido general, la norma que más se ajusta para la normación de este tipo de actividades laborales, es el artículo 9 del Código de Trabajo, disposición que reza textualmente: “Tienen el carácter de empleadores los contratistas, subcontratistas y demás empresas que contratan a trabajadores para la ejecución de trabajos

en beneficio de terceros, con capital, patrimonio, equipos, dirección u otros elementos propios”.

De dicha definición se desprende que nuestra legislación reconoce el carácter de empleadores y por tanto establece la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, a todas aquellas relaciones jurídicas en las que los sujetos que contraten o subcontraten mano de obra, desarrollen sus actividades con patrimonio, capital y equipos propios, independientemente a que el producto del trabajo beneficie a una tercera persona no inmersa en la contratación.

Pero además de dicha definición, consideramos que debe entenderse lo contrario, es decir, cuando un supuesto contratista o subcontratista, desarrolle actividades pero sin contar con patrimonio, capital y equipos propios, no podría considerársele investido de la calidad de empleador desde un punto de vista laboral, pues el real empleador sería el empresario principal, dueño de la obra. De tal manera, que a juicio nuestro, sobre la base de la citada norma, estaríamos en presencia de un típico caso de simulación contractual, en el que no puede liberarse el empresario principal de las cargas y responsabilidades laborales.

Por otro lado, en la búsqueda de normas vigentes en Nicaragua, que se relacionen con el tema, encontramos una disposición que rige condiciones especiales de trabajo y está dirigida a regular el trabajo del sector construcción, es decir, ya no se trata de una norma general, sino aplicable a una específica actividad económica del país. No obstante conviene analizarla, por cuanto regula el tema aunque no de manera plena.

Nos referimos al Capítulo VI del Código del Trabajo nicaragüense concordado por Malespín Martínez (2011), que regula las Condiciones Especiales de Trabajo, y específicamente el Trabajo en la Industria de la Construcción, en los arts. 178 al 180.

En tal sentido el art. 178. dispone:

El subcontratista con las características señaladas en el artículo 9 de este Código que realice parte de la obra, cuando el contratista carezca de los equipos necesarios, salvo pacto en contrario con este último, deberá cumplir con las obligaciones establecidas por la ley para el empleador en todo contrato de trabajo.



*servicioinformativodelaconstruccion.com*

Dicha norma no hace más que reiterar lo que dispone el artículo 9 CT., de manera tal que, todo aquel subcontratista que no sea propietario de bienes y equipos, ni disponga de los elementos necesarios para echar a andar la obra, no podrá ser considerado como empleador, y como resultante tenemos que el verdadero y real empleador será el contratista principal, dueño de la obra, quien deberá hacerse responsable de todos los derechos de los trabajadores, aun cuando no los haya contratado directamente.

El artículo 179 CT. reza: “Los trabajadores que laboran bajo contrato con un subcontratista de mano de obra gozarán de las condiciones, beneficios y garantías que establezca el contrato individual o colectivo y para sus efectos el empleador será el subcontratista”.

Tras la lectura preliminar de dicho precepto legal, este pareciera una regresión y entendemos como si entrara en franca contradicción con la disposición anterior del artículo 178.

No obstante, lo que en realidad dispone la antes transcrita norma, es el verdadero reconocimiento a la subcontratación como una forma de hacer nacer relaciones laborales entre el subcontratista y sus trabajadores, de manera que a los primeros se les concede el reconocimiento de verdaderos empleadores, pero obviamente, siempre que hayan cumplido con el requisito de contratar trabajadores siendo propietarios de los bienes y equipos con que se desarrollará la obra, porque en caso de que no cumplan tal requisito, no podrá

reconocerse como existente la relación laboral entre el subcontratista y el trabajador, sino que el empleador será el contratista principal o dueño de la obra.

Luego tenemos que el artículo 180 CT establece: “El contratista que usare los servicios de un subcontratista de mano de obra le exigirá que esté inscrito en el registro correspondiente del INSS y será garante ante los trabajadores de las obligaciones establecidas en los artículos anteriores, debiendo cumplirlas si el subcontratista no lo hiciera.”

En primer lugar, debemos hacer notar la obligación de todo contratista de exigir a los subcontratistas su afiliación como empleador al seguro social y la correspondiente afiliación de sus trabajadores y entero de cotizaciones obrero patronales de seguridad social.

Respecto a esta primera cuestión, habría que determinar cuál sería la trascendencia legal en caso de que el subcontratista no cumpla con esta obligación, o bien el contratista no le exija su cumplimiento. Para este fin, considero que sería válido traer a colación lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguridad Social que establece en lo pertinente:

Las obligaciones impuestas a los empleadores en la legislación laboral se entenderán cumplidas en lo que se refiere a las prestaciones médicas y en dinero que señale la Ley, mediante el pago de las cuotas de este régimen del Seguro por el empleador y la afiliación de sus trabajadores.

Esto equivale a decir, que si los empleadores, contratistas o subcontratistas demuestran el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social, incorporando a sus trabajadores a los distintos regímenes de afiliación y pagando las respectivas cuotas obrero patronales, es evidente que quedarán exentos todos de toda responsabilidad, pues en todo caso, si hubieran prestaciones médicas, indemnizaciones o pensiones que pagar a los trabajadores como producto de algún riesgo o enfermedad, esto será asumido por el ente asegurador y la parte empleadora quedará relevada de toda responsabilidad.

Esta forma de solución del conflicto ha sido aplicada jurisprudencialmente en nuestro país, tal como se resolvió en sentencia TNLA No. 137/2012 dictada el diecisiete de abril del dos mil doce, a las diez y cincuenta minutos de la mañana, que en su parte medular estableció que el trabajador no tenía por qué accionar la demanda en contra de su empleador, sino en contra del ente encargado de la Seguridad Social, dado que su empleador cumplió con afiliar al trabajador al régimen de seguridad social, pagando las cotizaciones en tiempo, por consiguiente, estableció el órgano judicial que es ante esta institución estatal (INSS), ante quién debe hacerse tal reclamo, estando exonerado el empleador por el hecho de haber cumplido sus obligaciones en materia de seguridad social.

Con este planteamiento queda descartado el supuesto en el que, un trabajador pueda reclamar directamente contra el empleador, contratista o subcontratista, a pesar de que éstos hayan cumplido sus obligaciones de seguridad social, siendo esta una tesis jurisprudencial reiterada por sucesivas resoluciones entre las que mencionamos la sentencia TNLA No. 510/2012 del uno de noviembre del dos mil doce, a las diez y cuarenta minutos de la mañana;

sentencia TNLA No.10/2014 del veinte de enero del dos mil catorce, a las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana, y muchas otras en el mismo sentido.

Pero ahora habrá que analizar, que ocurre cuando es a la inversa, es decir, para aquellos casos en los que el subcontratista no cumple sus obligaciones con el INSS y con sus trabajadores, ni el contratista principal le vigila o exige su cumplimiento.

Mediante sentencia TNLA No. 143/2012 del diecisiete de abril del dos mil doce, a las once y veinte minutos de la mañana, se resolvió un asunto en el que se debatió la responsabilidad del empleador por no haber incorporado al INSS a su trabajadora, ordenándose que el empleador ante tal omisión debería asumir el pago de las prestaciones médicas que le correspondería percibir al ente asegurador, estableciendo el órgano jurisdiccional en dicha sentencia, que corresponde al empleador asumir las obligaciones derivadas de no haber cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad social consistentes en afiliar sus trabajadores y pagar las cotizaciones obrero patronales, por lo que no es el ente estatal de seguridad social el que debe conceder las prestaciones, dado que no concurrió el requisito esencial de afiliación, siendo pues carga del empleador, quien se hace responsable por omitir el cumplimiento de sus obligaciones dispuestas en la Ley de Seguridad Social.



*Seguridad social | mipropiojefe.com*

Este criterio también ha quedado reiterado en la sentencia TNLA No. 69/2012 del uno de marzo del dos mil doce, a las diez y cinco minutos de la mañana, en la cual se dijo que el empleador también es responsable por el reembolso de cualquier gasto médico o de lactancia, al que haya tenido que incurrir la trabajadora por falta de afiliación al seguro social por parte de su empleador.

Y más claro aún fue establecido este criterio en la sentencia TNLA No. 84/2012 del ocho de marzo del dos mil doce, a las once de la mañana, a través de la cual se fijó que el objeto de la ley de seguridad social es que el trabajador y su familia gocen de todos los beneficios otorgados por la seguridad social, que siendo negada por el empleador afecta directamente su familia, esposa e hijos, por dejar de recibir prestaciones médicas y de lactancia, que tuvieron que ser asumidas por el trabajador y que válidamente debieron ser disfrutadas a la luz de su inscripción al régimen obligatorio de seguridad social, siendo obligación directa e indelegable del empleador la inscripción de sus trabajadores al seguro social, por lo cual este será responsable de asumirlas.

No cabe duda pues, que estos criterios jurisprudenciales son los que deberían aplicarse para resolver aquellas *litis* planteadas por los trabajadores en contra de los subcontratistas que no les incorporan a los regímenes de seguridad social, o contra los contratistas que no velan porque los subcontratistas cumplan con tales obligaciones, debiendo entonces prevalecer el derecho de la clase trabajadora a percibir las prestaciones médicas que deberían ser asumidas por los subcontratistas o contratistas.

Otro tema a dilucidar en torno a esta situación, corresponde ser la determinación del tipo de responsabilidad que asume el contratista principal de la obra, sea como un deudor directo del trabajador, es decir, con responsabilidad solidaria junto con el subcontratista, o bien una responsabilidad subsidiaria, que se haría efectiva en caso de que el subcontratista no asuma las obligaciones y solo en casos de incumplimientos de éste, es que podría reclamarse subsidiariamente al contratista principal dueño de la obra.

Por otro lado, en el análisis del orden jurídico encontramos otra disposición relacionada con el tema, específicamente en materia de riesgos profesionales, siendo esta la establecida en el artículo 34 de la Ley No. 618, Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo, que establece:

El empleador que usare el servicio de contratista y permitiese a estos la subcontratación, exigirá a ambos que estén inscritos en el registro correspondiente al Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y que cumplan con sus obligaciones ante dicha institución. En caso de incumplimiento, el empleador será solidariamente responsable de las obligaciones que dicho contratista o subcontratista tienen con sus trabajadores de conformidad con el Código del trabajo y la Ley de Seguridad Social.

Es decir, queda claro en base a la citada norma, que la responsabilidad del contratista principal será con un carácter solidario y no subsidiario.

Y además, el artículo 35 de la referida Ley No. 618 dispone

“El empleador, dueño o el representante legal del establecimiento principal exigirá a los contratistas y sub-contratistas el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales, en caso contrario responderá solidariamente por los daños, perjuicios ocasionados a los trabajadores”.

Dejando en claro pues ese carácter solidario de la responsabilidad del contratista y subcontratista. Ahora bien, debemos tener en cuenta, que con posterioridad, la Ley N° 815, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua, en su artículo 81 estableció:

Del empleo subcontratado o tercerizado. En la interposición de la demanda en el caso del empleo tercerizado, el actor podrá solicitar a la autoridad judicial, la comparecencia de la empresa principal usuaria de ese servicio a fin de que determine en la sentencia la existencia de responsabilidad en los términos formulados por las leyes de la materia.

Es notorio entonces que un instrumento de orden procesal, estableció una disposición de tal naturaleza sustantiva, lo que obedeció realmente a la intención de no discutir una iniciativa de ley que desde el año 2009 presentaron los dirigentes sindicales, en la que propusieron regular el tema del trabajo tercerizado a través de una ley especial. Me refiero al anteproyecto de Ley para la regulación y ordenamiento de la tercerización, subcontratación e intermediación del empleo en Nicaragua, ya antes referida.

Como ya expusimos anteriormente, dicha iniciativa de ley recientemente ha sido declarada caduca, y proponía en su exposición de motivos presentados, que, el propósito de la misma es establecer la responsabilidad solidaria de la empresa principal, una vez que contrata a otra empresa intermediaria para que ésta asuma el carácter de empleador directo de trabajadores y empleados que sin embargo, laboran para la primera en su centro de actividades de producción o de servicios.

A pesar de esa caducidad por la que fue archivada dicha iniciativa, es evidente que ante la falta de regulación en el país, el interés persiste, y algunas centrales sindicales han manifestado su descontento con el órgano legislativo, por no haberle dado el trámite exitoso a la iniciativa, habiendo expuesto además la voluntad de elaborar una nueva propuesta que contenga las expectativas de la clase trabajadora.

Así lo pone en evidencia Navas (La Prensa, 2017) al referir que:

La Central Sandinista de Trabajadores (CST) [...] introducirá la próxima semana una nueva propuesta de regulación sobre la tercerización laboral [...] la CST retoma que las empresas que subcontratan a otras para que les realicen servicios u obras sean responsables del pago de las prestaciones sociales de los empleados cuando la subcontratista incumpla con esas obligaciones de Ley (p. 4).

Se hace pues necesario diseñar un orden jurídico que regule de manera clara y completa el trabajo tercerizado en nuestro país.



<http://profitline.com.co>

## **Tratamiento Jurisprudencial de la Subcontratación laboral en Nicaragua**

Partiendo de la realidad antes explicada sobre la jurisprudencia nicaragüense, tenemos que el tema de la subcontratación fue tratado por primera vez de forma vehemente a través de la sentencia TNLA No. 73/2/012 del ocho de marzo del dos mil doce, a las diez y cinco minutos de la mañana. En dicha resolución se define la subcontratación diciendo que:

Esta figura se da cuando una empresa (principal), dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa (contratista) mediante una convención civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, procediendo esta última, a contratar a otra empresa (subcontratista) para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.

En cuanto al tratamiento legal, la referida sentencia reconoce la regulación jurídica que establece el artículo 9 del Código del Trabajo, la cual se aplicó análogamente concatenado con lo que dispone el artículo 180 CT, ya anteriormente analizado, estableciéndose que debe existir una responsabilidad de carácter solidaria entre el contratista y subcontratista respecto de los derechos de los trabajadores que este último haya contratado, brindándose a ambos la calidad de empleadores indistintamente.

Este criterio fue luego reiterado en la sentencia TNLA No. 880/2013 del tres de octubre del dos mil trece, a las doce y cincuenta minutos de la tarde, la cual reprodujo exactamente las mismas consideraciones de la sentencia hito, ratificando que el contratista es garante del subcontratista en todo caso de incumplimiento de obligaciones por parte de éste para con sus trabajadores.

Con posterioridad este tema no fue abordado sino hasta en la sentencia TNLA No. 316/2015 del quince de abril del dos mil quince, a las dos y cincuenta minutos de la tarde, reiterándose las mismas consideraciones, agregándose que es intrascendente el hecho de que el trabajador demandante haya sido subcontratado por un tercero, dado que se demostró que entre el contratante principal y el trabajador existió subordinación y se configuró una relación laboral, estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el contratista y subcontratista según el artículo 9 CT.

Estos mismos criterios fueron luego reiterados mediante las sentencias TNLA No. 172/2016 del nueve de marzo del dos mil dieciséis, a las diez y treinta minutos de la mañana, y No. 319/2016 del diez de marzo del dos mil dieciséis, a las cuatro y quince minutos de la tarde, que en distintos términos establecieron la responsabilidad solidaria de que se ha venido hablando.

Y para finalizar, ha sido dictada la sentencia TNLA No. 608/2016 del diecisiete de mayo del dos mil dieciséis, a las nueve y treinta y cinco minutos de la mañana, a través de la cual se resuelve un caso idéntico bajo los mismos argumentos, repitiéndose que “tanto la empresa contratista como la persona subcontratada tienen responsabilidad solidaria entre sí, para con los trabajadores que laboran de forma triangular, pudiendo ellos elegir ante quién reclamar sus derechos laborales”.

Sobre la base de lo antes planteado, podemos considerar que:

1. En primer lugar ha existido uniformidad de criterios sobre el tratamiento que la jurisprudencia nicaragüense ha brindado al tema de la subcontratación, de tal manera que la corriente aplicada no ha sufrido variaciones a lo largo de los seis años en que se han dictado sentencias por un órgano nacional y unificador en materia laboral. Esta uniformidad se ha sostenido manteniendo que el contratista y subcontratista son responsables solidariamente de las obligaciones que se generan respecto de los trabajadores que se vinculen con el subcontratista.
2. En segundo orden, a mi consideración, el criterio aplicado por el Tribunal sentenciador, no ha mantenido el espíritu y letra de lo ordenado en el artículo 9 del Código del Trabajo, puesto que no se ha reconocido la calidad de empleadores que dicho precepto legal les atribuye a los subcontratistas, siempre que estos ejerzan su actividad con patrimonio, herramientas y equipo propio, de tal manera que lisa y llanamente se confunden ambas figuras, la del contratista principal y subcontratista, atribuyéndoles el carácter de empleadores, es decir, se les trata como si fueran un solo sujeto, a pesar de que

conforme al citado artículo 9 pueden ser independientes, pudiendo coexistir un vínculo entre ellos, que a la vez hace nacer verdaderas relaciones laborales que se establecen entre el subcontratista y sus trabajadores, sin que hay una razón por la cual los contratistas tengan porque responder como empleadores.

De manera que el tribunal confunde el trabajo subcontratado con la figura de simulación contractual, figura jurídica ya anteriormente abordada en términos distintos, es decir, que la jurisprudencia nicaragüense brinda al trabajo subcontratado el tratamiento que corresponde dar a los casos en que se evidencia el fraude en la contratación, o sea que se aplica un régimen generalizado a todos los vínculos que nacen de la subcontratación, cuando en base a la ley lo que corresponde es aplicar ese criterio de manera excepcional, solamente en aquellos casos en que se evidencie que el subcontratista es un mero instrumento para que el contratista intente evadir el cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

De tal manera que el tipo de responsabilidad a aplicar no puede ser solidaria a como se ha invocado en las sentencias analizadas, implicando todo ello una vulneración de lo establecido en el artículo 9 CT que reconoce el verdadero carácter de relaciones laborales a las nacidas de la subcontratación y por consiguiente revestidas de toda independencia en relación al contratista principal.

Así en este mismo sentido Ugarte Cataldo (2006) analizando la legislación chilena al respecto ha dicho:

Esta responsabilidad subsidiaria es para el mandante y dueño de la obra de carácter indirecto, en cuanto su exigibilidad depende no de un hecho propio, sino de un hecho ajeno: el no cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales por parte de la empresa contratista. En ese sentido, el esquema legal de protección laboral del trabajador de empresas contratista y subcontratista se construye sobre un modelo simple: en primer lugar, responsabilidad jurídica directa de la empresa contratista, y por tanto deudor principal de las obligaciones laborales, y en segundo lugar, en defecto de la anterior, la responsabilidad jurídica subsidiaria e indirecta por parte del dueño de la obra o mandante.

Y en el mismo sentido Sanguineti (2012) ha establecido analizando las legislaciones de Argentina, Chile y Uruguay, que:

La solidaridad [...] está condicionada al incumplimiento por la empresa principal de un conjunto de deberes de vigilancia o control del acatamiento de sus obligaciones por parte de los contratistas, previéndose además la posibilidad de que la primera retenga de las obligaciones pendientes de pago que mantiene frente a estos últimos las cantidades que se adeuden a los trabajadores o las instituciones previsionales con el fin de abonarlas directamente a ambos, pudiendo también proceder a efectuar dichos pagos por subrogación (p.342).

Bajo los mismos términos parece pronunciarse Leiva Gómez (2009) cuando revisa el trabajo minero en Chile, diciendo:

La situación concreta es que algunas empresas que se declaran contratistas en realidad no lo son. Y no lo son, porque no cumplen el requisito básico de la existencia de un vínculo laboral entre sus trabajadores contratados y éstas. La situación legal es entonces compleja, por decir lo menos, ya que se está encubriendo una relación laboral. En este caso debe realizarse una corrección de la situación para ajustarse a la ley. Y tal corrección implica que la empresa mandante debe asumir su responsabilidad legal contratando a los trabajadores subcontratistas que efectivamente trabajan bajo subordinación y dependencia de esta misma empresa mandante (p.115).

Y en términos bastante parecidos se pronuncian Iranzo y Richter (2008) haciendo una revisión a la realidad venezolana:

La regulación del trabajo subcontratado fue introducida en la Ley del Trabajo del año 1936 y posteriormente en su reglamento del año 1939, con la finalidad de evitar que el patrono de la empresa usuaria empleara la figura del contratista para eludir responsabilidades laborales (p.8).

Con todo este soporte doctrinal, y tras la claridad meridiana del artículo 9 del Código del Trabajo nicaragüense, propongo que ante la actual coyuntura nacional que aparentemente no permite la discusión de este tema en el ámbito legislativo, lo que procede es que el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones modifique el criterio jurisprudencial aplicado, en los términos antes referidos, de manera que se preserve tanto la letra de la ley, los derechos de los trabajadores y también los intereses de los empleadores que también son sujetos de derecho de trabajo según el artículo 1 de nuestro Código del Trabajo vigente.

### **Una propuesta para la regulación de la subcontratación en Nicaragua**

Como ya hemos expuesto, la regulación jurídica en Nicaragua sobre el tema de la subcontratación laboral es muy escaso, requiriéndose la toma de decisiones sobre que hacer frente a este fenómeno cada vez más creciente en el país, dado que el trabajo subcontratado en el país se comporta de manera ascendente.

Según Pro Nicaragua (s.f), entidad encargada de promover al país como un destino internacional para la inversión en actividades económicas ha establecido específicamente en cuanto al outsourcing:

La industria de servicios externalizados en Nicaragua empezó en el año 2003 empleando a 12 agentes. Hoy en día esta industria emplea más de 8,900 personas en el país. Existen más de 47 empresas en este sector en el país exportando una amplia gama de servicios a EE.UU., Europa y América

Latina, que van desde servicio al cliente y tele mercadeo hasta investigación de patentes y desarrollo de software y páginas web. Entre 2007 y 2016, se han registrado alrededor de US\$82 millones de inversión extranjera directa en este sector (p.30).

Por lo tanto, las empresas de servicios externalizados se han convertido en una importante fuente de trabajo, de manera que Nicaragua se ha convertido en un destino sumamente atractivo para las inversiones en el sector outsourcing, ofreciendo servicios cada vez más especializados y de mayor valor agregado.



*Inversionistas haciendo outsourcing desde Nicaragua | <http://pronicaragua.gob.ni>*

Así lo ha destacado Torres Rojas (Forbes México, 2015) al establecer que “Guatemala, Costa Rica, Nicaragua y Panamá pasaron de ofrecer servicios tradicionales de outsourcing -como mantenimiento de activos o call centers- a otros más sofisticados que los colocan entre de los países más atractivos a nivel mundial para invertir en el sector (p.1)”. Ante esa necesidad de regulación, consideramos que tres son las formas en que se podría proceder ante este tipo de trabajo:

1. Eliminar y prohibir estas formas precarias de trabajo. Considerando el entorno nacional y la libertad de empresa regulada en el artículo 99 de nuestro texto constitucional, no pareciera ser esta la alternativa más viable, y menos cuando de lo que se trata es de promover actividades económicas que contribuyan al desarrollo del país, por lo que a como plantea Goizueta Herrera (2009) “la selección de esta vía si bien encuentra motivos que la pudieran justificar, dado que puede contribuir a la desmejora de los derechos laborales, también podría conducir a nuestro parecer, a la limitación a la empresa del como funcionar y de optar por la estructura adecuadas a las nuevas realidades (p. 391).”

2. Deslaborar estas figuras, es decir, que pasen a ser reguladas bajo el derecho común: civil o mercantil, lo cual obviamente no sería la opción más adecuada, dado que se desprotegería aún más al sujeto más débil, el trabajador subcontratado.
3. Mediante la promulgación de nuevas normas laborales que incorporen mecanismos idóneos que regulen estas formas de contratación precaria a fin de preservar los derechos de los trabajadores.  
Esta propuesta que consideramos la más viable, parte del principio del reconocimiento a la empresa de su facultad de organizar el trabajo, y por lo tanto, que la utilización de las formas de subcontratación o tercerización laboral es legítima, con lo cual, se facilita el funcionamiento de la actividad productiva, pero a la vez sin caer en rigideces extremas, se propone incorporar nuevos mecanismos normativos mediante un nuevo régimen, que regule ampliamente el tema y contribuya a llenar los vacíos y contradicciones existentes en nuestro orden jurídico.

### *¿Cómo debería regularse la subcontratación en Nicaragua?*

Como hemos puesto de referencia, el primer intento de regulación del trabajo tercerizado en nuestro país, pretendió se fijara mediante una ley especial, intento que hasta la fecha ha sido infructuoso.

A nuestro parecer, con el objetivo de mantener una unicidad y consistencia del texto laboral legislativo, la regulación debería establecerse en el mismo Código del Trabajo, mediante una reforma que incorpore un capítulo especial al título VIII de las condiciones especiales de trabajo, que regule específicamente el trabajo tercerizado. Esto permitirá la aplicación armónica de esta figura con el resto de la legislación laboral de nuestro país.

En primer lugar debería plantearse la definición de subcontratación, misma que deberá estar acorde a los enunciados del Código del Trabajo, sin entrar en contradicción con éste, teniéndose en cuenta para este fin que trabajo subcontratado, según las definiciones aquí ya planteadas con anterioridad, es el realizado por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista, el que, mediante una relación contractual, no laboral, con una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada empresa principal, se encarga de ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia.

De esa definición, se desprende que nuestra legislación debería también definir a la empresa principal, al contratista o subcontratista y al trabajador subcontratado, definiéndose los requisitos que deben de cumplirse para que se considere la existencia del trabajo subcontratado, predominando los ya señalados en el presente documento.

Consideramos que es esencial, que deba establecerse que la empresa principal debe ser solidariamente responsable de las obligaciones laborales y de seguridad social junto con los contratistas respecto de sus trabajadores. De igual manera, debería establecerse que el

contratista es solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a los subcontratistas respecto de sus trabajadores.

Podría establecerse además la posibilidad de que esas responsabilidades solidarias se conviertan en subsidiarias si la empresa principal ejerce oportunamente los derechos de información y de retención.

Según Morgado Valenzuela (2013) el derecho de información consiste “en el derecho de la empresa principal a ser informada por los contratistas —o subcontratistas, en su caso— acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores y con los trabajadores de los respectivos subcontratistas (p. 295).”

Así también Ugarte (2007) ha planteado sobre este derecho del contratante principal:

La empresa principal tiene derecho a ser informada por el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores del contratista como del subcontratista. En dicho caso, el cumplimiento deberá acreditarse o por certificados emitidos por la Inspección del Trabajo o por medios idóneos que garanticen dichos derechos (p. 128).

Lo anterior significa que el contratista o subcontratista estará en la obligación de informar al contratante principal del nivel de cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social, respecto de sus trabajadores, y en caso de cumplir con ese deber jurídico, el contratante empleador ya no tendría una responsabilidad solidaria, sino que esta pasaría a ser subsidiaria, persistiendo la responsabilidad directa del contratista.

Sobre la base de lo que plantean Pérez Chávez y Fol Olguín (2016), debe tomarse en cuenta que la forma del contrato es esencial:

El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito y la empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Por consiguiente en aquellos casos en que esa contratación no se efectuara por escrito, se presumirá existente la relación laboral directa entre el contratista principal y los trabajadores que prestan el servicio, no existiendo la subcontratación.

El otro derecho que podría ejercer el contratante principal es el de retención, que implicaría, la posibilidad de que una vez comprobados los incumplimientos del contratista con sus trabajadores, estaría en la facultad de retener de las cantidades debidas al contratista, aquellas sumas que sea en deberle a los trabajadores.

Morgado Valenzuela (2013) explica que:

Este derecho de retención nace cuando el contratista —o el subcontratista, si corresponde— no acreditan oportunamente el cumplimiento de las mencionadas obligaciones laborales y previsionales. En tal caso, la empresa principal—o el contratista, si procede— puede retener los montos adeudados del monto de las obligaciones pendientes con los correspondientes contratistas o subcontratistas (p. 295).



*yoursuccess.com*

Una vez que se realizare la retención del dinero, éste solo debería ser usado para el pago de las deudas de obligaciones laborales o de seguridad social a favor del trabajador. Es decir, el derecho de retención no solo permite que la empresa contratista principal no vea agravada su responsabilidad a un carácter solidario, sino, que esta figura también protege a los trabajadores ante eventuales incumplimientos en el pago y satisfacción de sus más esenciales derechos de parte de su empleador directo.

Finalmente se requiere fortalecer el trabajo que realiza el Ministerio del Trabajo en dos sentidos: la labor inspectiva, de manera que esta institución pueda llevar a cabo una efectiva labor de vigilancia del cumplimiento del régimen laboral por las empresas contratantes y contratistas, y en segundo orden, se requiere que este ente estatal lleve un registro ordenado de las empresas dedicadas a la tercerización, de manera que no puedan ejercer estas actividades mientras no estén inscritas, previo a lo cual deben demostrar el cumplimiento de las leyes laborales y en materia de seguridad social, permitiéndose con ello una eficiente tutela de los derechos de la clase trabajadora.

Así mismo establecer disposiciones que permitan que la subcontratación no sea un obstáculo para el desarrollo de los derechos a la libertad sindical, el acceso a la negociación colectiva y los convenios colectivos, para evitar lo que plantea Dávalos (2011) “existen obstáculos al fortalecimiento sindical establecidos por las características mismas de los puestos de trabajo subcontratados que quedan sujetos a una alta rotación, dificultando el acercamiento y la continuación en el tiempo de la actividad gremial” (p. 624).

## **Conclusiones y aportes**

Sobre la base de la presente investigación, tengo a bien formular los siguientes aportes:

1. La subcontratación es una figura de origen laboral a través de la cual una empresa principal, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa subcontratista, mediante una convención civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, un determinado trabajo o servicio, siempre que lo lleve a cabo con capital y equipo propio, adquiriendo esta empresa subcontratista el carácter de empleador respecto de los trabajadores que contrate para tal fin.
2. La subcontratación laboral es una actividad en ascenso en nuestra realidad actual, por lo que se requieren de medidas y normas jurídicas que protejan a los trabajadores frente a situaciones en las que se pretenda utilizar la subcontratación laboral como un mecanismo para violentar los derechos de los trabajadores.
3. La subcontratación laboral no es por sí y ante sí, un mecanismo que permite la transgresión de derechos laborales, de tal manera que si el contratista principal garantiza que a su vez el subcontratista asegure la tutela y cumplimiento de los derechos de sus trabajadores, obtenemos como resultado un ambiente laboral saludable y la prestación de un servicio en condiciones de rentabilidad para todos los sujetos.
4. La jurisprudencia laboral nicaragüense ha aplicado uniformemente sus criterios, invocando una responsabilidad solidaria directa al contratista principal junto con el subcontratista, sin diferenciar si este último cumplió o no con los derechos de sus trabajadores, evidenciándose un incumplimiento de lo establecido en el artículo 9 del Código del Trabajo, en virtud del cual en todo caso, es posible determinar una responsabilidad con carácter subsidiaria, únicamente para los casos en que el subcontratista no haya cumplido a sus trabajadores.
5. En Nicaragua no está regulada sistemáticamente la subcontratación laboral, pues únicamente existen dos disposiciones legales contrapuestas, el artículo 9 del Código del Trabajo y el artículo 81 de la Ley No. 815, que establecen la primera una responsabilidad solidaria y el segundo una responsabilidad subsidiaria. Ante tal disyuntiva es requerido que se establezca la regulación plena de tal figura, fijándose su conceptualización, requisitos, sujetos, formalidades, así como la determinación del régimen de responsabilidades

- para contratista principal y subcontratista, de manera que se procure la protección de los trabajadores que prestan el servicio.
6. Sobre la base de lo anterior, nuestro sistema legal debería adoptar el establecimiento de una responsabilidad solidaria para el contratista principal, de manera que el trabajador podrá demandar indistintamente a este o al subcontratista, pudiendo liberarse el contratista principal de tal responsabilidad solamente si garantiza que el subcontratista respete los derechos de sus trabajadores, debiendo fijarse el derecho de información y de retención a favor del contratista principal, mismo que deberá exigir al subcontratista, para de esa manera se satisfagan los derechos más elementales de la clase trabajadora y se eviten conflictos laborales innecesarios.
  7. Se requiere que los distintos actores sociales: gobierno, empresarios y organizaciones sindicales, trabajen de consenso una propuesta de reforma al Código del Trabajo en el título VIII, para agregar como una condición especial de trabajo, la relativa al trabajo subcontratado, y sea este el instrumento legal que regule este tipo de trabajo, pues ante la falta de regulación actual, se corre el grave riesgo de que se perjudiquen los derechos de la clase trabajadora.
  8. Sin duda alguna el uso de mano de obra tercerizada es una realidad en Nicaragua que puede coadyuvar en el desarrollo económico y en la generación de empleo tan necesarios en el país, por lo, la solución no está puesta en diseñar mecanismos que restrinjan su uso, sino por el contrario en establecer un régimen jurídico que permita la satisfacción de los derechos de la clase trabajadora y de los empleadores, para una verdadera paz laboral y estabilidad, lo que obviamente se puede conseguir con el trabajo y consenso necesario entre los distintos sectores a través del tripartismo consignado en nuestro texto constitucional.

## Bibliografía

- Albuquerque, B. (2014). *Subcontratación y precarización del trabajo: un estudio comparativo de la norma laboral brasileña y española*. Madrid, España: Ediciones Universidad de Salamanca. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=11126146>
- Añez, C. (2012). Subcontratación y triangulación laboral: relaciones encubiertas *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*. XVIII (2). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36426153003>
- Curiel, V. (2013) La reforma a la ley federal del trabajo en materia de subcontratación en México. *Revista Alegatos*. México, 83. Recuperado de [https://app.vlex.com/#WW/search\\*/curiel+sandoval/WW/vid/445738658](https://app.vlex.com/#WW/search*/curiel+sandoval/WW/vid/445738658)
- Dávalos, P. (2011). Segmentación, subcontratación y estrategia sindical. Las telecomunicaciones en Argentina. *Estudios Sociológicos*. XXIX (86). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59823584001>

- Goizueta, N. (2009). La tercerización y la subcontratación laboral análisis de su problemática: regulación, deslaborización o eliminación, *Colección Estudios Jurídicos*. 23.
- Iranzo, C. y Richter, J. (2008). Subcontratación y conflicto: El caso de la Siderurgia del Orinoco, *Revista Gaceta Laboral*. 14. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33614101>.
- Leiva, S. (2009). La subcontratación en la minería en Chile: elementos teóricos para el análisis. Polis, *Revista de la Universidad Bolivariana*. 8 (24). Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/polis/v8n24/art07.pdf>.
- Malespín, F. (2011). Código del Trabajo con concordancias legislativas y jurisprudenciales.
- Morales, G. (2009). *Outsourcing*. Argentina: El Cid Editor apuntes. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=10327277>
- Morgado, E. (2013). El outsourcing en la legislación chilena, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. 17. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=479153>.
- Mungaray, L. y Ramírez, A. (2006). *Subcontratación en microempresas y pequeñas empresas de Baja California*. México, D.F. Mexico: Red Frontera Norte. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=10118802>
- Navas, L.
- (18 de marzo de 2017). Nueva propuesta sobre tercerización laboral, *La Prensa*.
- (16 de febrero de 2017). Entierran iniciativa de ley de tercerización que beneficiaría a trabajadores, *La Prensa*.
- Nicaragua, Asamblea Nacional:
- (1996). Ley No. 185, *Código del Trabajo de la República de Nicaragua*.
- (2009). *Proyecto de Ley General de Regulación y Ordenamiento de la Tercerización, subcontratación e intermediación en el empleo*. Recuperado de <http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/xpIniciativa.xsp>.
- (2012) Ley No. 815, *Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- (2014). Gaceta No. 32, *Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas*.
- Nicaragua, Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones:
- (01 de marzo de 2012). *Sentencia No. 69/2012*.
- (08 de marzo de 2012). *Sentencia No. 84/2012*.
- (08 de marzo de 2012). *Sentencia No. 73/2/012*.
- (16 de abril de 2012). *Sentencia No. 137/2012*.
- (17 de abril de 2012). *Sentencia No. 143/2012*.
- (01 de noviembre del 2012). *Sentencia No. 510/2012*.
- (03 de octubre de 2013). *Sentencia No. 880/2013*.
- (20 de enero de 2014). *Sentencia No.10/2014*.
- (15 de abril de 2015). *Sentencia No.: 316/2015*.

(09 de marzo de 2016). *Sentencia No. 172/2016*.

(10 de marzo de 2016). *Sentencia No. 319/2016*

(17 de mayo de 2016). *Sentencia No. 608/2016*.

Pérez, J. y Fol, R. (2016) *Taller de prácticas laborales y de seguridad social: La subcontratación (outsourcing) en los ámbitos laboral y de seguridad social*. México: Tax Editores. Recuperado de <https://app.vlex.com/#WW/sources/14396>

Pro Nicaragua (2017). Presentación País 2017. Recuperado de <http://pronicaragua.gob.ni/media/ckeditor/2017/05/29/presentacion-pais-2017.pdf>.

Quiroz, P. (2014). Ley de subcontratación laboral. La simulación y el problema de la calificación jurídica de la inspección del trabajo, *Revista de derechos fundamentales*. Universidad de Viña del Mar, 12.

Romagnoli, S. (2006). Outsourcing en unidades de información jurídica corporativa, *Información, cultura y sociedad*. Universidad de Buenos Aires, 15. Recuperado de [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-17402006000200008](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-17402006000200008).

Sanguinetti, W. (2012). La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur, *Revista Derecho PUCP*, 68. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2837/2766>.

Torres, E. (2015). Outsourcing, el gran negocio de Centroamérica. Recuperado de <https://www.forbes.com.mx/outsourcing-el-gran-negocio-de-centroamerica/>.

Ugarte, J.

(2007). Relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. 30. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/79069929.pdf>

(2006). Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores, *Revista Ius et Praxis*, 12. Recuperado de [https://app.vlex.com/#WW/search/\\*suministro+de+trabajadores/WW/vid/43395385](https://app.vlex.com/#WW/search/*suministro+de+trabajadores/WW/vid/43395385).

# Los retos del Derecho del Trabajo y de la seguridad Social en la actualidad. Perspectiva latinoamericana

---

Oscar Hernández Álvarez

Recibido: 08.11.2017/Aceptado: 11.12.2017

## RESUMEN

Los países latinoamericanos no conforman una realidad homogénea desde el punto de vista social económico y político. Sin embargo, el proceso de formación histórica y cultural determinó factores comunes, los cuales permiten hacer análisis generales sobre su realidad. En el campo del Derecho del trabajo, a estos factores se une la existencia de fuentes comunes que influyeron en el proceso de su consolidación a mediados del Siglo XX específicamente las legislaciones chilena y mexicana de 1930 y los Convenios de la OIT. En el presente artículo se analiza la realidad que presenta en la actualidad del Derecho del trabajo en América Latina y los principales retos que debe enfrentar en un contexto caracterizado por una dinámica contradicción entre las tendencias flexibilizadoras y garantistas, por severos problemas de eficacia de la legislación,, por una gran presencia de trabajo informal y de trabajo autónomo tutelados, por un gran déficit en la seguridad social, por la debilidad del movimiento sindical y por dificultades en adaptar la legislación a las nuevas formas de organización del trabajo y a las nueva tecnologías.

## PALABRAS CLAVES

América Latina, Derecho del trabajo, seguridad social, flexibilización.

## ABSTRACT

Latin American countries do not form a homogeneous reality from the social point of view economic and political. However, the process of historical and cultural training determined common factors, which allow general analysis about its reality. In the field of the labour law, common sources that influenced 1930 Mexican and Chilean laws in the process of consolidation in the shekel mid-twentieth... specifically and the ILO conventions is attached to these factors. This article analyzes the reality that currently presents the labour law in Latin America and the main challenges facing in a context characterized by a dynamic contradiction between trends flexible flush and garantistas, by severe problems of effectiveness of legislation, by a strong presence of informal employment and self-employment, protected by a large deficit in social security, the weakness of the trade union movement and difficulties in adapting the legislation to new forms of work organization and new technologies.

## KEYWORDS

Latin America, right to work, social security, easing.

## Introducción

### Unidad y diversidad de América Latina



*Oscar Hernández Álvarez*  
Abogado de la Universidad Central de Venezuela, Doctor en Derecho de la Universidad de Carabobo, Presidente y ex Secretario General de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Contacto: ohernandeza07@gmail.com

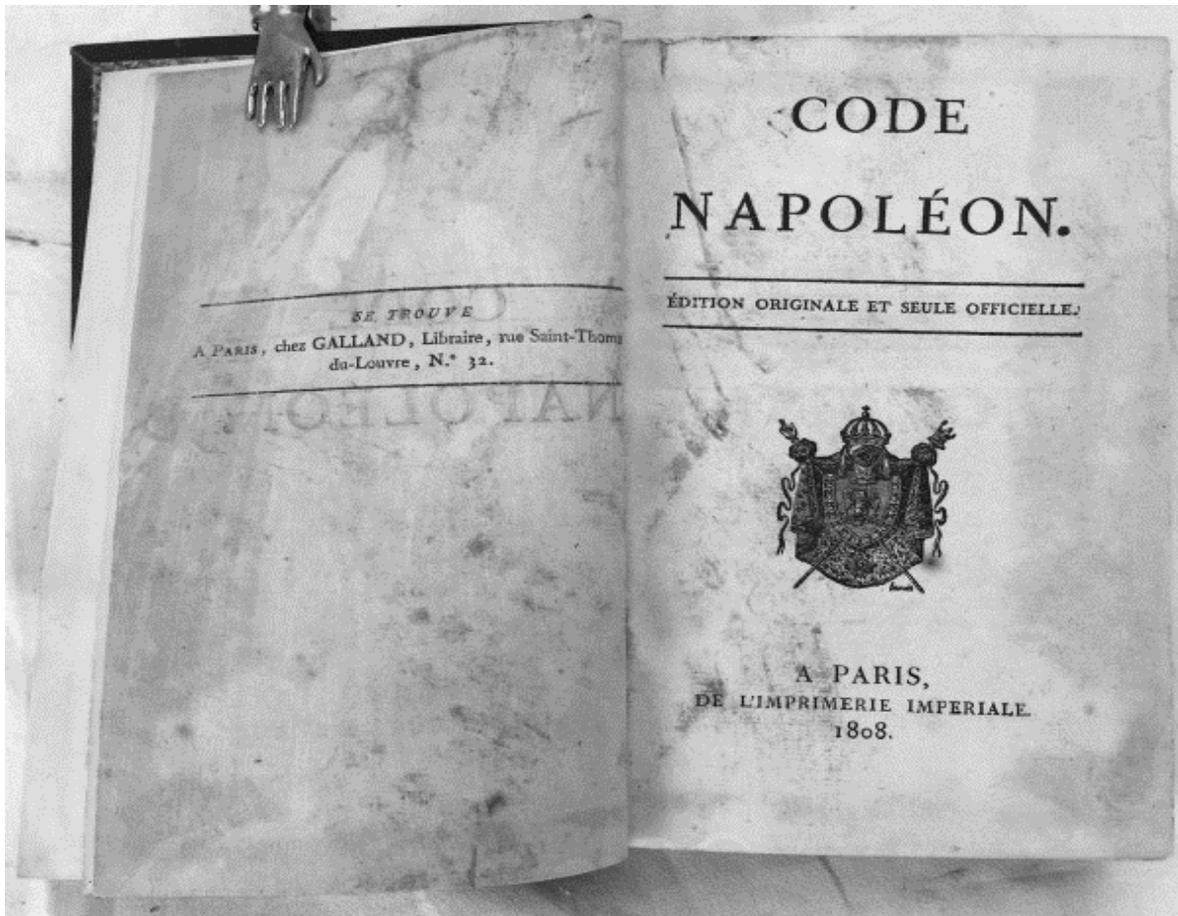
Antes de abordar el tema de fondo es necesario hacer una primera consideración. Entendemos por América Latina el conjunto de países que fueron conquistados y colonizados por naciones latinas europeas, concretamente España, Portugal y Francia. El concepto de América Latina está, por tanto, íntimamente vinculado a la conquista y colonización del Nuevo Mundo por parte de Europa, ya que en la época precolombina no existía entre esos territorios y sus poblaciones un denominador común como el que se estableció con posterioridad. Es por ello acertada la expresión del escritor venezolano Arturo Uslar Pietri cuando dice que la América Latina, ha sido y de cierta manera continúa siendo una creación intelectual de Europa.

La formación de los pueblos latinoamericanos no puede definirse, como en cierta forma sí ocurre con los de Norteamérica, como un proceso de transculturización. Se trató más bien de un formidable choque entre pueblos y culturas totalmente diferentes. En el mismo participaron no solamente los europeos y los aborígenes americanos, sino también los africanos, que fueron llevados como esclavos y estuvieron igualmente presentes en esa violenta y conflictiva mezcla de razas y de culturas.

Los países latinoamericanos no conforman una realidad homogénea desde el punto de vista social económico y político, ni han elaborado ellos un único mecanismo de integración regional semejante al europeo. Sin embargo, el proceso de formación histórica y cultural determinó factores comunes, los cuales permiten hacer ciertos análisis generales sobre América Latina que pueden ser válidos, incluso tomando en cuenta la heterogeneidad propia de 20 países, distribuidos a lo largo de alrededor de veinte millones de kilómetros cuadrados, en los cuales viven más de seiscientos millones de habitantes.

### Elementos comunes en el Derecho laboral latinoamericano

En cuanto se refiere al estudio del Derecho en América Latina y más concretamente del Derecho del trabajo, se puede señalar que la recurrencia a un mismo sistema general de fuentes, facilita no sólo el análisis comparativo, sino también la determinación de tendencias y problemas generalizados en los diferentes países, cuyos ordenamientos jurídicos han experimentado frecuentemente influencias no sólo comunes, sino, además, recíprocas. Así, en los países hispánicos, rigieron, aún cuando con poca efectividad, las Leyes de Indias, que contenían, entre otras disposiciones, algunas relativas a la regulación del trabajo, con especial atención a la protección de los indígenas.



*Un ejemplar de la época del Código de Napoleón | sequiturbooks.com*

En los inicios del proceso de emancipación, los primeros legisladores de los países latinoamericanos, recibieron la influencia del enciclopedismo francés y del pensamiento constitucional norteamericano. Posteriormente, fue generalizada la influencia del Código Napoleón, el cual, con variantes y adaptaciones nacionales, hizo sentir su presencia en la mayor parte de los países.

En la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídicas de América Latina prevalecieron las orientaciones de orden romanístico, así como los aportes de la doctrina jurídica de los países latinos de Europa. Este cuadro de influencias coincidentes, facilitó que el advenimiento y desarrollo del Derecho del trabajo, ocurrido en América Latina en las primeras décadas del siglo pasado, presentase características muchas veces semejantes en los diversos países, que experimentaron, como hemos dicho, influencias recíprocas y en los cuales el sistema de relaciones laborales presenta grandes puntos de afinidad, especialmente en aquellos grupos de países con condiciones socio-económicas similares.

Como factor importante de interacción legislativa podemos citar la importante influencia, que de Norte a Sur y de Sur a Norte, ejercieron las que bien podrían denominarse “leyes madres de la legislación laboral en América Latina”: la Ley Federal del Trabajo de México y el Código del Trabajo de Chile, ambas de 1931.

Otro factor común fue la influencia de las normas contenidas en los Convenios y Recomendaciones elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, las cuales han actuado, indudablemente, como un factor de homogeneización de la disciplina en la región.

La recurrencia a un mismo sistema general de fuentes por parte de las legislaciones laborales latinoamericanas, facilita no sólo el análisis comparativo, sino también la determinación de tendencias y problemas generalizados en los diferentes países.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que en la América Latina, a pesar de las características singulares de los distintos ordenamientos y sistemas de relaciones laborales nacionales, es notable la presencia de ciertos denominadores comunes cuyo análisis facilita el hacer análisis generales de las principales tendencias del desarrollo de nuestras disciplinas en la región.

### **La dinámica entre garantismo y flexibilización**

El panorama del Derecho laboral latinoamericano con posterioridad a la década de los 90 se caracteriza por la dinámica lucha entre dos tendencias, la tradicional, que pretende que, aún haciendo las adaptaciones que fueren requeridas, debe mantenerse sustancialmente el carácter tutelar e imperativo que caracteriza desde su origen al Derecho del trabajo y la flexibilizadora, que, alegando la necesidad de eliminar rigideces que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado de trabajo, persigue flexibilizar el ordenamiento jurídico laboral, rescatando el papel preponderante de la autonomía de la voluntad y tendiendo hacia la individualización de las relaciones de trabajo.

El Derecho del trabajo tradicional de América Latina, se apartó de los esquemas propios del Derecho civil, y constituyó un ordenamiento que, en lugar de descansar en la libre voluntad de las partes, se orientó a proteger, aún en contra de manifestaciones de voluntad suyas, al trabajador y a su familia. De esta manera, se quiso compensar el privilegio económico de que gozaban los empleadores, otorgando a los trabajadores el privilegio jurídico de un estatuto esencialmente protector.

Esta concepción, que no es únicamente latinoamericana, pues en general orientó el nacimiento y desarrollo del Derecho del trabajo como disciplina autónoma, vino a ser cuestionada por quienes, especialmente dirigentes del sector empresarial, consideraron que el continuo proceso de expansión de las normas laborales había llegado a crear rigideces en el mercado de trabajo, que determinaban situaciones insostenibles, especialmente en condiciones de dificultades económicas y de cambios tecnológicos.

Tales rigideces, afirman los autores de este planteamiento, estorban el crecimiento de la economía y el aumento del empleo, al punto que la normativa que las sostiene, en lugar de ser beneficiosa para los trabajadores, como teóricamente pretende ser, les resulta perjudicial, por lo cual la misma debe ser flexibilizada. Este planteamiento llega a sus extremos en la voz de quienes, más que la necesidad de flexibilizar el ámbito laboral, propugnan su desregulación.

La tendencia anterior fue formulada y desarrollada en Europa Occidental durante la década de los ochenta. Sus repercusiones en América Latina fueron tardías. Se hicieron presentes en algunas reformas legislativas que llevaron a cabo en la década de los noventa, dentro del

marco de las políticas de ajuste acordadas por los gobiernos con los organismos financieros internacionales.

Concretamente en Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, Brasil se hicieron reformas que favorecieron formas de contratación precaria especialmente para jóvenes, así como formas de externalización del empleo, redujeron el nivel de protección en caso de despido, flexibilizaron la jornada de trabajo, favorecieron el trabajo a tiempo parcial y previeron nuevas formas de contratación atípica, reformaron las compensaciones por tiempo de servicio eliminando su pago al último salario y por todo el tiempo de antigüedad del trabajador. Es de señalar que con anterioridad, en Chile durante el régimen militar en 1978 y 1979 y en Panamá en 1986, se produjeron precozmente reformas legislativas de carácter desregulador.

En el caso chileno se desmontó en buena parte uno de los sistemas protectores de mayor raigambre histórica en América Latina, pues a través de su consolidación en el Código del Trabajo de 1931, sirvió de fuente de inspiración de otras legislaciones de la región. En el caso panameño, la reforma fue más limitada.

Pero no puede decirse que las tendencias flexibilizadoras se hayan impuesto en América Latina al punto de establecer un panorama general del Derecho laboral totalmente diferente al tradicional garantista. Por una parte, las reformas que acabamos de mencionar no comportaron una exclusión total del sistema protector sino una modificación localizada a determinadas áreas, especialmente a aquellas alrededor de las cuales se centró la presión del sector empleador en favor de la flexibilización. Por otra parte, coetáneamente a las reformas que podrían considerarse “flexibilizadoras”, se produjeron otras que no sólo mantuvieron el esquema tutelar tradicional, sino que, en algunos aspectos, lo reforzaron.

Así, en Chile, con posterioridad a la restauración de la democracia se han aprobado y siguen en proceso de elaboración normativas laborales que no puede ser consideradas “flexibilizadoras”, sino que, por el contrario, comportan significan un abandono de la tendencia a la desregulación impulsada por el depuesto gobierno militar.

En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo, vigente a partir del 01 de mayo de 1991, mantuvo el esquema garantista tradicional de la Ley del Trabajo de 1936, cuyos niveles de protección elevó en algunos aspectos, tomando en cuenta el desarrollo económico logrado por el país desde esa fecha y los progresos alcanzados por la negociación colectiva. Aparte de mantener el carácter tutelar de la vieja ley, la Ley Orgánica del Trabajo estableció lo que podríamos denominar “nuevas rigideces”, pero, al mismo tiempo introdujo elementos flexibilizadores.

En la República Dominicana, por consenso entre los actores sociales el gobierno y la fuerzas parlamentarias, se aprobó un Código del Trabajo que mantiene el carácter tutelar de la legislación anterior, eleva algunos niveles de protección e incorpora al ámbito de su tutela a sectores anteriormente excluidos. En Guatemala, Costa Rica, El Salvador y Paraguay, reformas legislativas aprobadas en la década de los noventa ampliaron la protección de los derechos colectivos y algunas de ellas incorporaron algunas reformas al derecho individual que no pueden ser consideradas como adscritas a la corriente flexibilizadora.

Pero lo más particular es que en países que se adoptaron normas flexibilizadoras, también fueron aprobadas reformas que profundizaron el garantismo tradicional. El caso más

conspicuo lo encontramos en Colombia, que a finales de 1990 aprobó una ley que contiene importantes elementos de flexibilización del Código Sustantivo del Trabajo y que pocos meses después aprobó una Constitución que profundiza el garantismo.

Algo similar ocurrió en Ecuador, en donde en 1998 se aprobó una Constitución que ampliaba el garantismo, al punto de establecer la intangibilidad de los derechos laborales, que comporta que una vez adquirido un derecho por un trabajador, el mismo no puede ser objeto de modificaciones peyorativas y en 2000 y 2005 se aprobaron reformas flexibilizadoras al Código del Trabajo, entre otras, la que establece el denominado trabajo por horas, que permite que el empleador contrate a un trabajador pagándole una cantidad de dinero por hora de servicio, sin que se generen las prestaciones adicionales contempladas por la generalidad de las legislaciones laborales latinoamericanas.

En Venezuela, la Constitución de 1999 también establece el principio de la intangibilidad de los derechos sociales. Por otra parte, el gobierno ha impuesto por vía de decretos presidenciales un sistema de inamovilidad laboral absoluta que aún cuando se postula como provisional tiene más de quince años siendo prorrogado, que prácticamente sustituye para la inmensa mayoría de los trabajadores el sistema de estabilidad relativa contenido en la Ley Orgánica del Trabajo.

Pero, al mismo tiempo que se establecen estas normas especialmente rígidas, el gobierno ha favorecido la desregulación laboral en importantes áreas, como el trabajo cooperativo y el trabajo en ciertos sectores de la administración pública, especialmente en los programas asistenciales denominados “misiones”, en algunos de los cuales el trabajo asalariado se presta bajo cobertura de “voluntariados sociales”.

En materia salarial ha favorecido la “dessalarización” de los ingresos del trabajador, al punto de que del total de los ingresos mínimos del trabajador venezolano, menos del cuarenta por ciento tiene naturaleza salarial. Esta situación de contradicción entre normas flexibilizadoras y normas garantistas se repite en varios países de la región.

En fin, el panorama del Derecho laboral latinoamericano con posterioridad a la década de los 90 se caracteriza por la dinámica lucha entre dos tendencias, la tradicional, que pretende que, aún haciendo las adaptaciones que fueren requeridas, debe mantenerse sustancialmente el carácter tutelar e imperativo que caracteriza desde su origen al Derecho del trabajo y la flexibilizadora, que, alegando la necesidad de eliminar rigideces que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado de trabajo, persigue flexibilizar el ordenamiento jurídico laboral, rescatando el papel preponderante de la autonomía de la voluntad y tendiendo hacia la individualización de las relaciones de trabajo.

# GACETA OFICIAL

DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

AÑO CXLII — MES III Caracas, martes 30 de diciembre de 2014 N° 6.168 Extraordinario

## SUMARIO

### PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decreto N° 1.583, mediante el cual se establece la inamovilidad laboral a favor de los trabajadores y trabajadoras del sector privado y del sector público regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, entre el primero (1°) de enero de dos mil quince (2015) y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil quince (2015), ambas fechas inclusive.

### PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decreto N° 1.583 30 de diciembre de 2014

internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, e igualmente establece que toda persona tiene derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo.

### CONSIDERANDO

Que el gobierno nacional ha impulsado un sostenido proceso de diálogo social, destinado a consolidar el aparato productivo nacional, el fortalecimiento del mercado interno, la diversificación de la economía, la protección de la capacidad de consumo de la población, así como la preservación y generación de empleos estables y de calidad,

*Inamovilidad laboral | <http://notilab.com.ve>*

Sin poseer facultades de clarividencia, me atrevo a preveer que ninguna de las tendencias tendrá un predominio absoluto en la región y que ambas seguirán estando presentes en forma coetánea y contradictoria como hasta ahora ha ocurrido. La prevalencia de una u otra tendencia dependerá fundamentalmente de las orientaciones políticas predominantes en cada país.

### **Los problemas de eficacia de la legislación laboral**

Uno de los retos que tradicionalmente se ha planteado el Derecho del trabajo en América Latina y que aún continúa planteado es el de la relativa eficacia de la legislación laboral. Desde sus inicios la doctrina laboral latinoamericana señaló la existencia de una brecha entre la normatividad laboral y la realidad social de los países.

Uno de los retos que tradicionalmente se ha planteado el Derecho del Trabajo en América Latina y que aún continúa planteado es el de la relativa eficacia de la legislación laboral. Desde sus inicios la doctrina laboral latinoamericana señaló la existencia de una brecha entre la normatividad laboral y la realidad social de los países. En una expresión de ironía el maestro italo-argentino Mario Deveali señalaba que “si se desea conocer el derecho vigente, lo último que quizá debiera consultarse es la legislación laboral”.

La legislación laboral de nuestros países establece, en líneas generales, niveles de protección relativamente altos. Sus contenidos, especialmente en cuanto al derecho individual se refiere, suelen estar en conformidad con los parámetros establecidos por los convenios internacionales de la OIT.

Puede decirse que los derechos y garantías que las legislaciones laborales latinoamericanas conceden a los trabajadores, se encuentran en un nivel similar al ofrecido por las legislaciones europeas y que es más alto que el ofrecido por las legislaciones de algunos países desarrollados, especialmente los de inspiración anglosajona, que en muchos aspectos, siguen privilegiando la autonomía de la voluntad de las partes. El problema consiste en que no siempre estos niveles de protección establecidos en las normas son aplicados en la práctica.

Es necesario observar que, independientemente de que se trate de un incumplimiento puro y simple o a través de medios fraudulentos, el grado de ineficacia de la legislación laboral ha constituido y sigue constituyendo un grave problema social en la generalidad de los países de América Latina. Citemos, tan sólo para ejemplificar, dos casos.

En el Brasil el problema del trabajo forzoso sigue siendo tan importante que se ha requerido la creación una fiscalía especial del trabajo que con el auxilio de otros organismos públicos hace considerables esfuerzos para atacar este flagelo, obviamente prohibido por la Constitución y la legislación laboral brasileñas.

En Venezuela, el país que tal vez tiene la legislación más rígida en la región, una investigación realizada en 2010 que analiza el resultado de las inspecciones de trabajo en cuatro entidades federales más importantes de país, que ocupan más del 40% de su fuerza laboral, se determina un porcentaje de incumplimiento de la normativa laboral que afecta al 62% de las empresas inspeccionadas.

Ese porcentaje de incumplimiento oscila entre el 70% en las pequeñas empresas y el 54% en las grandes empresas. Es de señalar que esta investigación se refiere a empresas formalmente

constituidas y cuyos trabajadores son conceptualmente considerados como tales, es decir, que dejan por fuera un considerable número de trabajadores de sector informal o fraudulentamente contratados como si no lo fueran, ello mediante figuras civiles o mercantiles. Es cierto que el reforzamiento de los sistemas democráticos en la región y el mejoramiento de la inspección del trabajo han producido progresos en el grado de eficacia de la legislación del trabajo. No obstante, la reducción del incumplimiento de la normativa laboral constituye uno de los principales retos que debe afrontar nuestra disciplina en la región.

### **Protección del trabajo informal y del trabajo autónomo**

El tema del trabajo autónomo, reviste especial trascendencia para América Latina, pues en esta región el trabajo autónomo tiene características que lo hacen muy vulnerable.

El tema del trabajo autónomo, que a nivel mundial puede considerarse entre los más importantes de la agenda laboral del siglo XXI, reviste especial trascendencia para América Latina, pues en esta región el trabajo autónomo tiene características que lo hacen muy vulnerable, ya que, por una parte alrededor del noventa por ciento de los trabajadores autónomos son personas que carecen de formación profesional.

Por otra parte, el trabajo autónomo está estrechamente vinculado a los problemas del trabajo informal, ya que la mayoría de los trabajadores autónomos son informales, constituyendo mayoría en este sector. Es de señalar que el trabajo informal tiene una gran presencia en la región, hasta el punto de que, dependiendo de los distintos países, entre el cuarenta y cincuenta por ciento de los trabajos se lleva a cabo en el sector informal, el cual tiene grandes índices de crecimiento, calculándose que por cada diez nuevos puestos de trabajo, siete se crean en este sector.

También debe señalarse que en América Latina la presencia de mujeres en el trabajo autónomo es frecuente en posiciones de menor estatus. Además, al lado de la realidad anteriormente expuesta, nos encontramos ante otra realidad.

Dado que en América Latina la subordinación ha sido durante mucho tiempo utilizada como criterio determinativo predominante del ámbito de aplicación de la legislación laboral, un gran porcentaje de trabajadores queda fuera de la protección prevista por dicha legislación laboral: los trabajadores autónomos.

Esta falta de protección es mucho más grave si se tiene en cuenta los problemas de ineficacia de la legislación laboral, especialmente en el sector informal o no estructurado de la economía, que incluye algo menos del cincuenta por ciento de la población económicamente activa en la región. Por lo tanto, se puede decir que la inexistencia de una adecuada protección del trabajo autónomo es una carencia de la política social en los países de América Latina.

El análisis del problema del trabajo autónomo nos lleva a difíciles interrogantes ¿Quién debe tutelar el trabajo autónomo y mediante cuáles modalidades? ¿Será el Derecho del Trabajo el instrumento adecuado para proveerla?

Estas consideraciones nos llevan a difíciles interrogantes ¿Quién debe tutelar el trabajo autónomo y mediante cuáles modalidades? ¿Será el Derecho del Trabajo el instrumento adecuado para proveerla? En nuestra opinión, el hecho de que las legislaciones del trabajo

tengan en el trabajo subordinado el centro de su atención, se explica en buena parte por razones técnicas y no sólo por motivos ideológicos.

De hecho, la extensión pura y simple del Derecho del trabajo a los trabajadores verdaderamente independientes, se encuentra con la dificultad de que la mayor parte de la tutela laboral individual está concebida sobre la base de derechos del trabajador exigibles a un empleador, a quien se imponen correlativas obligaciones. Sin embargo, el trabajador verdaderamente autónomo - a diferencia entre los trabajadores dependientes enmascarados con ropa de independiente -, no tiene un empleador.

No hay un empleador al cual se pueda exigir el pago de un salario mínimo, el recargo horas extraordinarias, el respeto del descanso semanal o las vacaciones. Por lo tanto, no es fácil la aplicación mecánica de las instituciones de Derecho del trabajo, especialmente del individual, a trabajadores autónomos. Estas instituciones no pueden ser trasplantadas al trabajo autónomo, el cual podría encontrar una adecuada tutela a través de instrumentos diferentes al Derecho del trabajo.

La construcción de este sistema de protección social es uno de los grandes desafíos que el siglo XXI presenta a los políticos y a todos los científicos sociales, y entre los cuales, los abogados, especialmente quienes nos ocupamos de la cuestión social, tendremos la responsabilidad de diseñar un marco normativo adecuado.



## La seguridad social: el gran déficit social de América Latina

Hemos visto como el Derecho laboral latinoamericano, fuertemente inspirado por la acción de la OIT., es susceptible, en general, de ser objeto de una cómoda comparación con los sistemas jurídicos laborales de otras regiones más desarrolladas y que, incluso, el nivel de tutela jurídica legislativa y judicial que los estados latinoamericanos prestan, en general, a las relaciones de trabajo dependientes, es mayor que el prestado en aquellos países desarrollados en los cuales se privilegia la acción autónoma de las partes y no la intervención estatal a

través de la legislación. En realidad, el gran déficit de las sociedades latinoamericanas con sus trabajadores no se encuentra en relación a la existencia de una adecuada legislación laboral sino en la seguridad social.

En aquellos sectores laborales de América Latina en los cuales las leyes laborales tienen un grado relativamente normal de aplicación, el trabajador goza de una relativa protección en cuanto al disfrute de su salario, a los descansos remunerados y al pago de diversos beneficios

laborales establecidos legislativa o convencionalmente. Pero la gran dificultad que experimentan muchos trabajadores que, en general, disfrutaban de la tutela legislativa laboral, aparece cuando deben afrontar contingencias que no pueden atender adecuadamente con su salario y demás beneficios legales o contractuales.

Cuando el trabajador se enferma, muere o entra en una desocupación crónica, cuando se hace viejo y pierde sus facultades productivas, el Derecho laboral deja de ser un instrumento adecuado de ayuda. Es entonces cuando la seguridad social debería prestar al trabajador el auxilio que ya no le da el Derecho del trabajo y es entonces cuando, desgraciadamente, la seguridad social en muchos países de la región latinoamericana aparece como bastante inadecuada para llevar a cabo esta importante misión.

Y si es deficitaria la seguridad social para los trabajadores dependientes sujetos a la legislación laboral, mucho más lo es entre los trabajadores autónomos y entre los trabajadores informales, entre los cuales la cobertura de la seguridad social es intrascendente.

El gran déficit de las sociedades latinoamericanas con sus trabajadores no se encuentra en relación a la existencia de una adecuada legislación laboral sino en la seguridad social.

Algunas cifras de la Comisión Económica Para la América Latina (CEPAL) dependiente de las Naciones Unidas permiten evidenciar el carácter deficitario de la seguridad social en la región, así como los avances que se han logrado en este campo. Para el 2006 el porcentaje de trabajadores de la región que cotizaba a la seguridad social era apenas del 38,7%, mientras que para 2008 el índice pobreza alcanzaba al 33,5% de la población.

En la última década los países de América Latina experimentaron avances significativos en esta materia, especialmente como resultado de diversas políticas sociales, entre ellos programas de seguridad social de naturaleza no contributiva, financiados por impuestos e, incluso, por cooperación internacional.

De acuerdo a cifras de la OIT para el 2015 el 62,8 % de la población laboral tenía cobertura en materia de salud. Esta cifra supone un promedio que comprende desde los países con cobertura más amplia (Uruguay con el 98,3% y Costa Rica, con el 87,33% hasta aquellos con cobertura más bajo (Paraguay con el 40,7% y El Salvador con el 44,7%).

No obstante este avance, el porcentaje de la población laboral que continuaba desprotegida seguía siendo alto, representado el 37,20%. Esta cobertura insuficiente de la seguridad coexiste con la existencia de un importante porcentaje de la población (28,1% para 2015) que se encuentra debajo de la línea de pobreza y sin protección social básica. En cifras absolutas en la región viven cerca de 167 millones de pobres, de los cuales 71 millones viven en la extrema pobreza.

Esas cifras comportan un importante avance en relación a las cifras que se registraban en 2002, cuando el índice de pobreza llegaba al 43,9 % y el de pobreza extrema al 19,5%. Se ha observado que el gran déficit o deuda social en materia de seguridad social no se corresponde con otros grandes logros históricos en otros ámbitos, como lo son la reducción del trabajo infantil del 17,45 en 2000 al 8,8% en 2015 y el notable aumento de la esperanza de vida en la mayoría de los países de la región durante las últimas décadas, el cual para el año 1960 era de 56 años, en el período 1970-1975 paso ser era de 61,4 años, mientras en el período 2005-2010 se había elevado a 73,4, para llegar a los 75 años en 2014.

Es de observar que este logro, que comporta un envejecimiento relativo de la población, supone una mayor presión sobre el financiamiento de los sistemas de pensiones y de salud.

De todo lo expuesto podemos concluir que la construcción de un adecuado sistema de seguridad social es quizás el principal de reto que enfrenta el mundo del trabajo en la América Latina del Siglo XXI.

### **Las nuevas formas de organización empresarial**

América Latina está integrada por países en vía de desarrollo. Ninguna de sus economías puede considerarse totalmente desarrollada. Ni Brasil ni México, con una importante población y con economías consideradas entre las veinte más importantes del mundo, ni Chile quizás la economía más sólida de la región y con décadas de constante crecimiento, ni Venezuela cuyo fisco se ha beneficiado considerablemente de los altos precios petroleros de la última década, pueden considerarse ingresados al exclusivo club de los países “del primer mundo” industrializado y post industrial.

Y es que incluso, en aquellos países latinoamericanos de mayor crecimiento industrial, pervive una economía "dualista" en la cual coexisten sectores de avanzada, con sectores tradicionales e incluso atrasados. En algunos países existen sectores enteros de la industria que ni siquiera han agotado el fordismo-taylorismo.

No obstante ello, el mundo del trabajo latinoamericano, en el cual tienen importante presencia las empresas transnacionales, portadoras de los más recientes avances tecnológicos y organizativos, no ha estado ausente de los cambios que las nuevas tecnologías introducidas por la informática y la microelectrónica, han generado en el mundo globalizado en materia de organización empresarial.

Y es que la industria contemporánea, inclusive en la economía dualista latinoamericana, requiere – y el equipamiento tecnológico a su alcance así lo permite – una gran flexibilidad para adaptarse a los cambios constantes en planes y procesos de producción que son necesarios para atender eficazmente las demandas cambiantes y diversificadas del mercado.

El Derecho del trabajo tiene el gran reto de regular las nuevas realidades buscando que las mismas no afecten la responsabilidad laboral del empleador ni la protección debida al prestador de servicios

Ante estas circunstancias, el Derecho del trabajo tiene el gran reto de regular las nuevas realidades buscando que las mismas no afecten la responsabilidad laboral del empleador ni la protección debida al prestador de servicios. En este contexto corresponde al Derecho laboral consolidar y ofrecer las vías necesarias para el ejercicio, por parte los trabajadores “descentralizados”, de su derecho a la seguridad social, a la libertad sindical, a la negociación colectiva y al derecho de huelga, así como para el ejercicio de los derechos derivados de la antigüedad en el servicio.

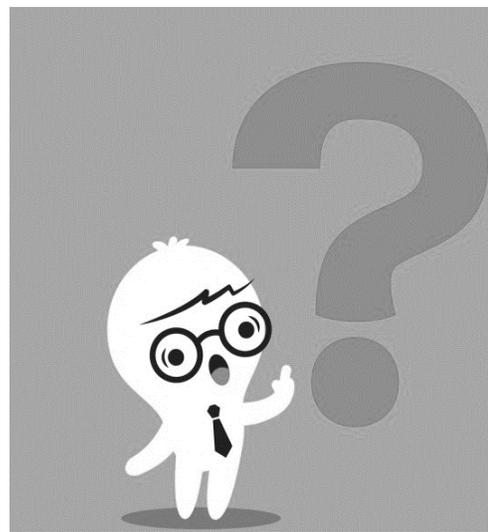
Asimismo, el Derecho del trabajo debe ofrecer y activar mecanismos adecuados para evitar los contratos precarios, las desigualdades laborales, los casos que constituyen fraude a la ley, simulación de la relación de trabajo o encubrimiento de éstas.

En América Latina la mayoría de las legislaciones contemplan disposiciones destinadas a proteger los trabajadores que prestan servicios a contratistas, disponiendo que los propietarios de las obras contratadas responden solidariamente de las obligaciones laborales de los contratistas, cuando entre las actividades económicas de ambos existe “inherencia” o “conexidad”.

Pero muy pocas legislaciones ofrecen soluciones adecuadas a los situaciones generadas por las diversas formas de externalización empresarial, conocida en varios países de la región con la denominación de tercerización, las cuales, al disgregar la organización empresarial, han generado “fugas” del Derecho del trabajo, pues en muchos casos favorece la utilización de mecanismos fraudulentos, esconde la figura del verdadero patrono, poniendo trabas a la responsabilidad empresarial, dificulta la afiliación de los trabajadores al sindicato y a la seguridad social y, en fin, facilita la evasión de la legislación laboral. Algo similar ocurre con la proliferación de grupos de empresas y de cooperativas.

En aquellos, se dificulta en algunos casos la identificación del verdadero patrono económicamente solvente y verdadero responsable de las obligaciones laborales. En éstas, hay una tendencia a deslaboralizar el trabajo cooperativo, lo cual ha generado miles de cooperativas fraudulentas.

Algunas legislaciones han comenzado a preocuparse por estos temas, los cuales constituyen un importante reto al cual debe enfrentarse con coraje e inteligencia el Derecho laboral latinoamericano de nuestro siglo. Son particularmente relevantes en este sentido las legislaciones de Ecuador y de Venezuela, que sumen una posición radical y poco realista, al prohibir de manera absoluta las prácticas de tercerización



## El debilitamiento de las organizaciones sindicales

El declive de las tasas de afiliación sindical, que en las últimas décadas constituye un fenómeno universal, se encuentra igualmente presente en América Latina. La tasa de sindicalización de la región anda por el 16 % según cifras de la OIT. Estas tasas fluctúan entre el 4 y 6% en Ecuador, Guatemala y Perú y alrededor del 30% en Argentina y Uruguay.

La tasa más alta se encuentra en Cuba, en donde funciona un sindicalismo único al estilo soviético y la tasa de afiliación alcanza al 71%. Se estima que en América Latina hay alrededor de cuarenta millones de trabajadores sindicalizados, distribuidos así: 24 millones en el cono sur, seis millones en la región andina, cinco millones en México, tres millones en Cuba y dos millones en Centro América y República Dominicana.

Para afrontar adecuadamente los retos que el mundo del trabajo tiene planteados para las próximas décadas, el sindicalismo latinoamericano tiene que fortalecerse no sólo cuantitativa sino también cualitativamente.

Como se ha visto, los procesos de reestructuración económica, las nuevas formas organizativas y muy particularmente la externalización laboral y la disgregación de las empresas, han contribuido notablemente al descenso de la sindicalización en la región. Ello ocurre no obstante que los procesos de democratización que comienzan a predominar desde finales del Siglo XX han reducido, aún cuando no eliminado, las prácticas antisindicales características de los gobiernos autoritarios.

En los tiempos recientes se han presentado dos situaciones que merecer ser relevadas. Por una parte, las políticas de diálogo y alianzas entre el sindicalismo y las fuerzas que ejercen el poder político en algunos países de la región, ha dado lugar a que en Brasil, Argentina y Uruguay se haya experimentado un repunte importante del sindicalismo.

Por otra parte, hay que destacar el surgimiento y desarrollo de movimientos sociales no propiamente sindicales que provienen fundamentalmente de sectores informales y que han llegado a constituir una importante fuerza de presión social. Existen movimientos que agrupan propietarios y trabajadores dependientes en sectores como el del transporte colectivo, en el cual estas organizaciones mixtas ejercen un sobresaliente liderazgo. En Venezuela, Ecuador y Bolivia, estos movimientos sociales, muchas veces promovidos desde el Estado, vienen jugando un papel importante en la vida social.

La estructura sindical mayoritaria en la región es el sindicato de empresa. Incluso, un país como Argentina, en el cual tradicionalmente predominaban los sindicatos por ramas industriales, ha ido disminuyendo este modelo en beneficio de la sindicalización por empresa. Esta tendencia supone una atomización del sindicalismo y obstaculiza su presencia en las medianas y pequeñas empresas, que constituyen la principal fuente del empleo.

Para afrontar adecuadamente los retos que el mundo del trabajo tiene planteados para las próximas décadas, el sindicalismo latinoamericano tiene que fortalecerse no sólo cuantitativa sino también cualitativamente.

Es necesario establecer estructuras sindicales que permitan una inclusión más extendida de la población trabajadora en la actividad sindical. Se hace necesario un esfuerzo para erradicar las intervenciones gubernamentales en la vida sindical y las prácticas antisindicales que aún persisten en varios países. Por otra parte, se requiere de un proceso de maduración y capacitación de la dirigencia sindical que le permita trascender de la lucha reivindicacionista cotidiana y elaborar ópticas adecuadas para enfrentar los grandes problemas de la sociedad, de la economía y del trabajo.

## Conclusiones

A grandes rasgos he presentado los que, a mi juicio, son los principales desafíos que enfrenta el Derecho del Trabajo en América Latina en el siglo XXI. La adecuada atención de esos desafíos requiere de una variedad de instrumentos y programas públicos y sociales que deben formularse y ejecutarse de manera equilibrada y eficiente, de manera que la tutela conferida al trabajo no constituya un factor que perturbe la vida armoniosa de la sociedad. En este orden de ideas el Derecho laboral es uno de los varios instrumentos de que dispone la sociedad para la tutela del trabajo humano, pero no el único.

En todo caso, el eficaz desempeño del papel que el Derecho del trabajo tiene asignado dentro de una sociedad democrática depende, a su vez, de la eficacia con que cumplan su función los distintos actores que participan en el proceso de formación y desarrollo de esta disciplina: Los legisladores, quienes deben crear normas claras y precisas, que tomen en cuenta la realidad social en que la van a ser aplicadas, para que la finalidad de la tutela pueda ser compatible con los requerimientos de la producción y del equilibrio social.

Los empleadores y sus organizaciones, que deben comprender que sus específicos intereses profesionales no encuentran mejor garantía que el funcionamiento de un sistema de relaciones laborales justo y equilibrado, lo cual no puede ser logrado sino mediante el respeto y el cumplimiento de las normas del trabajo.

Los trabajadores y sus organizaciones, que deben comprender que no habrá adecuado funcionamiento del sistema si ellos no cumplen sus deberes con el mismo celo que exigen el disfrute de sus derechos, que no habrá remuneración justa si no hay producción adecuada. Los jueces y los agentes de la administración del trabajo, quienes deben ser los principales garantes del cumplimiento de la normativa laboral y que deben actuar con eficiencia, tesón e imparcialidad, para poner fin a la brecha entre realidad y norma que ha caracterizado nuestro mundo laboral.

En fin, el sector académico, que debe contribuir con el estudio permanente de los temas que dan vida al Derecho del Trabajo y que debe superar la sublime tentación de la erudición, para dedicar sus esfuerzos al estudio de los problemas reales de la sociedad y del trabajo.

## Caso Lagos del campo vs. Perú. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)

Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup>

El 31 de agosto de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte”) dictó Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano en perjuicio del señor Alfredo Lagos del Campo con motivo del despido irregular de su puesto de trabajo, con lo cual se declaró la vulneración del derechos a la estabilidad laboral (artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “la Convención”). Asimismo, se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión (artículos 13 y 8 en relación con el artículo 1.1 de la Convención), así como del derecho a la libertad de asociación (artículos 16 y 26 en relación con 1.1, 13 y 8 de la Convención) y el derecho al acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la misma).

La Corte determinó por primera vez, que con esta Sentencia se desarrolló y concretó una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

### Hechos

El presente caso se relaciona con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo el 1 de julio de 1989, como consecuencia de las declaraciones realizadas durante una entrevista para la revista “La Razón”. La entrevista fue realizada cuando era Presidente electo por la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli, donde había laborado como obrero por más de 13 años. En dicha entrevista denunció, *inter alia*, que el directorio de la empresa presuntamente habría empleado el “chantaje y la coerción” para llevar a cabo “fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral”. Las elecciones se habían realizado el 28 de abril de 1989, las cuales fueron posteriormente anuladas por el Ministerio de Industria el 9 de junio de 1989 y se instruyó convocar a un nuevo proceso.

El 26 de junio de 1989 la empresa formuló cargo en su contra por falta laboral y el 30 de junio el señor Lagos del Campo buscó desvirtuar los cargos. El 1 de julio de 1989 la empresa le comunicó la decisión de despedirlo de su empleo, ya que no había logrado desvirtuar los cargos que le habían formulado, por lo que se le aplicó la figura de “*faltamiento grave de palabra*” en agravio del empleador. Como consecuencia, Lagos del Campo no pudo asistir a una reunión que él mismo había citado para las nuevas elecciones el 27 de junio de 1989.

Tras su despido, el 26 de julio de 1989 el señor Lagos del Campo promovió una demanda ante el Décimo Quinto Juzgado de Trabajo de Lima. El 5 de marzo de 1991 dicho juzgado calificó el despido de “improcedente e injustificado”, al considerar que para proceder con un despido la

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, Vol. 3, No. 10, octubre-diciembre de 2017.  
Universidad Politécnica de Nicaragua. ISSN 2413-810X | Págs. 123-129

<sup>1</sup> Nota del editor. El contenido de este apartado es un resumen oficial publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf).

ley exige que la falta grave que se imputa a un empleado debiera estar debidamente comprobada. El 25 de junio de 1991 la empresa interpuso un recurso de apelación contra la resolución de primera instancia. El señor Lagos del Campo presentó un escrito de defensa el 1 de agosto de 1991, sin embargo, dicho escrito fue proveído por el Tribunal de Trabajo con posterioridad a la emisión de la sentencia. El 8 de agosto de 1991 el Segundo Tribunal del Trabajo de Lima revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, calificó el despido como "legal y justificado". Posteriormente, el señor Lagos del Campo interpuso diversos recursos, los cuales fueron todos denegados o declarados improcedentes. Como consecuencia, Lagos del Campo se vio imposibilitado para acceder a los beneficios de seguridad social que dependían de su empleo.

### Excepciones preliminares

En el presente caso, el Estado alegó seis objeciones denominadas "cuestiones procesales" o "control de legalidad", las cuales la Corte abordó como excepciones preliminares, y que fueron desestimadas o declaradas improcedentes.

### Fondo

En el presente caso la Corte señaló que a la luz de la controversia correspondía analizar si la sentencia del Segundo Tribunal del Trabajo, que calificó el despido del señor Lagos del Campo como "legal y justificado", atendió lo dispuesto en los artículos 13.2 y 8 de la Convención, al valorar la necesidad de la restricción. Particularmente, la Corte analizó si las declaraciones expuestas por el señor Lagos del Campo contaban con una protección reforzada en virtud del contexto de las mismas y su calidad de representante, así como si el juez que avaló dicha restricción tomó debida consideración de estas condiciones al momento de calificar la legalidad de la restricción. Adicionalmente, la Corte debía determinar si la sanción impuesta, avalada por el juez, impactó en el deber de garantía por parte del Estado del derecho a la libertad de asociación en su dimensión individual y colectiva. Asimismo, si el despido vulneró la estabilidad en el empleo de la presunta víctima, así como si contó con una tutela judicial efectiva de sus derechos. Finalmente, correspondía a la Corte determinar si la norma que sirvió como base para el despido del señor Lagos contravino el artículo 2 de la Convención.

En relación con *el derecho a la libertad de pensamiento y expresión*, la Corte afirmó que el ámbito de protección de este derecho resulta particularmente aplicable en contextos laborales como el del presente caso, respecto del cual el Estado debe no sólo respetarlo sino también garantizarlo, a fin de que los trabajadores o sus representantes puedan también ejercerlo. Es por ello que, en caso en que exista un interés general o público, se requiere de un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión, y especialmente respecto de quienes ejercen un cargo de representación.

Para efectos del presente caso, concerniente con la interpretación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito laboral, la Corte analizó la restricción impuesta, a la luz del artículo 13.2 de la Convención, tomando en cuenta los siguientes requisitos de forma concurrente: i) calificación de las declaraciones de Lagos del Campo; ii) legalidad y finalidad, y iii) necesidad y deber de motivar.

En relación con la calificación de las declaraciones, primeramente, la Corte señaló que el señor Lagos del Campo realizó dichas manifestaciones en su calidad de representante de los

trabajadores y en el marco del ejercicio de sus competencias como Presidente del Comité Electoral. Respecto del interés general de las declaraciones del señor Lagos del Campo, la Corte reconoció que la emisión de información concerniente al ámbito laboral, por lo general, posee un interés público. En un primer término, deriva en un interés colectivo para los trabajadores correspondientes, y con un alcance especialmente general cuando atiende aspectos relevantes, por ejemplo, respecto de un gremio determinado, y más aún, cuando las opiniones trascienden al ámbito de un modelo de organización del Estado o sus instituciones en una sociedad democrática. Por ende, en el contexto de dicho proceso electoral las manifestaciones del señor Lagos del Campo, como representante de los trabajadores, además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general. Por tanto, de los hechos del presente caso se desprende que la información contenida en las declaraciones del señor Lagos del Campo eran de interés público y por ende contaban con un nivel reforzado de protección.

Respecto de la entidad de las declaraciones publicadas en la revista La Razón, el Tribunal notó que de las manifestaciones publicadas en la entrevista, en lo general, se desprende que el objetivo del señor Lagos del Campo era denunciar las alegadas irregularidades, es decir, de informar sobre una situación, que a criterio de éste vulneraba los intereses que él representaba, acompañados quizás de comentarios críticos u opiniones. Por el contrario, del contenido de tales expresiones en el presente contexto no se denota que tuvieran un manifiesto ánimo injurioso, difamatorio, vejatorio o doloso en contra de alguna persona en particular o que tendieran a afectar el producto de la empresa. Si bien la publicación contenía particulares expresiones altisonantes sobre la situación denunciada, éstas no revestían una entidad tal que traspasara el umbral de especial protección del carácter de las denuncias expuestas en el marco del referido contexto.

En relación con los requisitos de legalidad y finalidad, la Corte consideró que el inciso h) del artículo 5 de la Ley 24514 no contravenía *per se* el artículo 13.2 de la Convención Americana, y que por lo tanto el inciso materia de análisis dispuesto en dicha normativa cumplía con una finalidad válida a la luz de la Convención y por ende no vulneraba el requisito de legalidad.

Respecto del requisito de necesidad en relación con la sanción impuesta, la Corte notó que el Estado, a través del Segundo Tribunal de Trabajo, de quien derivó la decisión definitiva, no consideró los siguientes elementos: i) el señor Lagos del Campo era un representante electo por los trabajadores y se encontraba en ejercicio de su mandato; ii) su manifestaciones se realizaron en el marco de sus funciones y un contexto de debate electoral y por ende tenían un interés público y colectivo; iii) sus declaraciones contaban con una protección reforzada en el ejercicio de sus funciones; iv) las mismas no fueron de mayor entidad que traspasaran el umbral de protección en aras del contexto electoral y laboral, y v) tampoco se habría demostrado una necesidad imperiosa para proteger los derechos a la reputación y la honra en el caso particular. En vista de ello, la sanción gravosa del despido fue avalada por dicho tribunal, sin considerar tales elementos fundamentales de especial protección, por lo que la sanción impuesta resultaba innecesaria en el caso concreto.

La Corte estimó que la sentencia del Segundo Tribunal de Trabajo careció de una debida motivación que analizara los derechos en juego a la luz de los elementos antes señalados, así

como que valorara los argumentos de las partes y la decisión revocada, por lo que la falta de motivación tuvo un impacto directo en el debido proceso del trabajador, puesto que dejó de brindar las razones jurídicas por las cuales se acreditó el despido del señor Lagos del Campo en el contexto planteado.

La Corte concluyó que el Estado avaló una restricción al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Lagos del Campo, a través de una sanción innecesaria en relación con el fin perseguido y sin una debida motivación. Lo anterior debido a que, de acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existió una necesidad imperante que justificara el despido del señor Lagos del Campo. En particular, se restringió su libertad de expresión sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público, en el marco de sus competencias, las cuales estaban protegidas además por su calidad de representante de los trabajadores como Presidente del Comité Electoral. Por tanto, el Estado peruano violó los artículos 13.2 y 8.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Respecto de la *vulneración a la estabilidad laboral*, la Corte notó primeramente que, en el litigio ante la Corte, ni los representantes ni la Comisión hicieron alusión expresa a la presunta violación de los derechos laborales a la luz de la Convención Americana. Sin embargo, constató que el peticionario en todas las instancias, tanto internas como ante la Comisión, alegó reiteradamente la violación a sus derechos laborales, en particular a la estabilidad laboral, así como las consecuencias derivadas del despido. Por tanto, constató que, desde sus primeros escritos ante la Comisión, el peticionario solicitó la protección de sus derechos “*a un juicio justo [debido proceso] y el derecho al trabajo*”. La Corte notó además, que si bien la Comisión observó dicha petición en su Informe de Admisibilidad, omitió pronunciarse respecto del alegado derecho al trabajo, y su eventual admisibilidad. Asimismo, este Tribunal notó que desde sus primeras instancias el Estado tuvo conocimiento de dicha pretensión de la presunta víctima, la cual también se deriva del marco fáctico presentado por la Comisión. Así, la Corte afirmó su competencia, a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, para estudiar esta materia.

La Corte reiteró la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. En relación con la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana respecto de los derechos laborales protegidos por la misma, la Corte observó que los términos de este artículo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos.

En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana,

constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Además, estableció que de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto *corpus iuris* internacional. La Corte también verificó que tanto la Constitución Política de 1979 como la de 1993 de Perú, y la ley laboral al momento de los hechos, reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral. Por tanto, señaló que al analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Convención en el presente caso, la Corte tomó en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto.

En particular, determinó que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos. La Corte precisó también que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador, a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

En el caso concreto, el señor Lagos del Campo impugnó la decisión de despido de la empresa ante los órganos competentes, la cual fue avalada en segunda instancia, al considerar que el despido se habría dado bajo una causa justificada. Dicha decisión fue recurrida ante diversas instancias internas sin haber encontrado tutela, particularmente, respecto de su derecho a la estabilidad laboral, al alegarse causas injustificadas o carentes de motivos para el despido y afectaciones al debido proceso. Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes. Con motivo de ello, el señor Lagos del Campo perdió su empleo, la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación, así como ejercer sus derechos como representante de los trabajadores. Tal incidente tuvo como consecuencia ciertas repercusiones en su vida profesional, personal y familiar. La Corte concluyó que, frente a ello, el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

En relación con la *vulneración a la libertad de asociación*, la Corte sostuvo que el ámbito de protección de este derecho en materia laboral no sólo se encuentra subsumido a la protección de los sindicatos, sus miembros y sus representantes, sino que la protección de este derecho en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores. Esta protección deriva del propio artículo 16 de la Convención Americana, el cual protege la libertad de asociación con fines de cualquier índole, así como de otros instrumentos internacionales, que reconocen una protección especial a la libertad de asociación con fines de protección de los intereses de los trabajadores, sin especificar que esta protección se restrinja al ámbito sindical. En este sentido, el propio artículo 26 de la Convención Americana, que se deriva de las normas de la Carta de la OEA, reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, y el Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana reconoce que el derecho de los trabajadores de asociarse para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos.

En el caso concreto, como consecuencia del despido, el señor Lagos del Campo no pudo continuar con sus labores de representación de los trabajadores en el Comité Electoral, no pudiendo incluso acudir a la reunión que el mismo, en ejercicio de sus funciones, había citado antes de ser despedido el 27 de junio de 1989, y que tampoco pudo continuar perteneciendo a la Comunidad Industrial, al ya no formar parte de la empresa como trabajador.

Adicionalmente, el Tribunal reiteró que la libertad de asociación tiene dos dimensiones, pues recae tanto en el derecho del individuo de asociarse libremente y utilizar los medios apropiados para ejercer esa libertad, como en los integrantes de un grupo para alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos. Asimismo, los derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero (el representante) repercute en la vulneración del derecho del otro (el representado). En razón de ello, la Corte encontró que el despido del señor Lagos del Campo trascendió a la violación de su derecho individual a la libertad de asociación, pues privó a los trabajadores de la Comunidad Industrial de la representación de uno de sus líderes, en especial en la elección que habría tenido lugar bajo su supervisión como Presidente del Comité Electoral. De igual forma, la Corte advirtió que el despido del señor Lagos del Campo, al haber sido realizado en represalia por sus labores de representación, pudo tener un efecto amedrentador e intimidante en los demás miembros de la Comunidad Industrial. En vista de lo anterior, concluyó que el Estado es responsable por la violación del artículo 16.1 y 26 en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

En cuanto al *derecho al acceso a la justicia* (artículos 8 y 25), la Corte invocó el principio *iura novit curia* respecto del artículo 25 de la Convención, a fin de determinar si el señor Lagos del Campo tuvo acceso efectivo a la justicia para tutelar sus derechos laborales, en particular el derecho a la estabilidad laboral frente al despido, derecho reconocido en la propia legislación interna del Estado.

Al respecto, la Corte notó que a nivel interno el señor Lagos del Campo interpuso al menos siete recursos judiciales y varias solicitudes ante los órganos judiciales de Perú, los cuales fueron todos

denegados por distintos motivos procesales, mediante los cuales intentó dejar sin efectos la Sentencia que avaló el alegado despido injustificado, haciendo alusión particular a sus derechos constitucionales *a la estabilidad laboral y el debido proceso*.

Así, quedó establecido que: i) en el proceso de segunda instancia no se valoraron los alegatos de defensa de la víctima, lo cual no fue corregido en las diversas instancias; ii) el primer recurso de nulidad fue conocido y denegado por el mismo Tribunal que avaló el despido; iii) el recurso de amparo no se pronunció sobre los derechos sustantivos (Constitucionales) alegados por el señor Lagos del Campo, al considerar que era cosa juzgada, y iv) se le exigió que agotará un recurso que a la época de los hechos era ilusorio. Por tanto, la Corte consideró que el Estado violó los artículos 8.1 y 25.1 de dicha Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

### **Reparaciones**

La Corte reiteró que la Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación, y determinó las siguientes medidas de reparación integral. Como medida de *Satisfacción*: (i) que el Estado deberá publicar la presente sentencia y su resumen oficial; y como *Indemnización compensatoria*: (ii) deberá pagar la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de daño material, lo cual incluye el lucro cesante por los salarios dejados de percibir y su legítima pensión y beneficios sociales. Asimismo, otorgó un monto por concepto de daño inmaterial por las violaciones acreditadas, así como el reintegro de gastos y costas, y por reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

## Instructivo para autores

### 1. Directrices para la publicación de trabajos

Actualizadas el 1 de septiembre de 2016

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, CJP, es una revista académica trimestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. CJP es un espacio abierto y plural en el que convergen las voces de actoras y actores del Estado, la sociedad civil organizada y la academia nacional y regional, mediante la publicación de los trabajos que estos actores y actoras nos envían. Las y los autores interesados observarán las siguientes directrices:

1. Los escritos se remitirán en formato electrónico *Office Word*, en tipo *Times News Roman*, márgenes normales, en tamaño carta, 1.15 de interlineado y con un límite máximo de diez páginas. En casos especiales el editor encargado considerará la aceptación de trabajos cuya máxima extensión sea quince páginas.
2. Las diez páginas incluirán estas secciones: resumen de hasta 100 palabras, 5 palabras clave, cuerpo del trabajo, bibliografía. En el caso de cuadros e imágenes, se describirán debidamente y se designará la fuente de extracción.
3. Las referencias se harán en el texto y seguirán este orden: entre paréntesis, apellido del autor/a, año de la publicación, página citada. Ejemplo (López, 1990, p. 23). Las citas de ampliación e información se crearán a pie de página.
4. En cuanto a la lista bibliográfica, los libros citados se consignarán así: Apellido, letra inicial del nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del trabajo en cursiva, lugar de publicación y editorial. Ejemplo: Martínez, M. (2015). *Control constitucional y derechos humanos*. México, DF: Casa Paz editores.
5. En trabajos presentados a título individual y que sean el resultado de un proceso de investigación institucional o de coautoría, se solicita adjuntar comunicación escrita donde las personas coautoras, instituciones o cualquier otro que pueda tener derechos autorales sobre la investigación, autorizan expresamente el uso y publicación del escrito.
6. Los trabajos enviados serán inéditos (salvo excepciones especialmente consideradas por el editor encargado). Todo trabajo pasará por un proceso de revisión arbitral por pares, por lo que la aceptación del aporte dependerá del proceso de revisión entre el autor o autora y los árbitros a través del editor encargado. Los aportes se enviarán a la casilla de correo electrónico [revistacjp@upoli.edu.ni](mailto:revistacjp@upoli.edu.ni)
7. En el caso de ensayos en los que se den a conocer los resultados de una investigación, seguirán este orden: 1. Resumen/Palabras clave. 2. Introducción (provee un trasfondo del tema e informa el propósito del trabajo). 3. Revisión de literatura (indica sobre el estado actual del debate doctrinal de los temas abordados). 4. Materiales y métodos (explica cómo se hizo la investigación). 5. Resultados y discusión (desarrollo del trabajo donde explica los resultados y se los compara con el conocimiento previo del tema) y 6. Bibliografía.

En el caso de artículos de revista, será el siguiente orden: Apellido, letra inicial del nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del artículo entre paréntesis, nombre de la revista en cursiva, entidad editora, volumen, número, páginas en que aparece el artículo y dirección URL, en el caso de revistas en línea. Ejemplo: Mayor-Zaragoza, F. (2015). “¡Por fin paz en la tierra!”, *Cultura de Paz*. Universidad Politécnica de Nicaragua, Vol. 21, No. 65, 28-41. Para otras fuentes se respetará el uso de las normas APA.

El contenido de los artículos refleja el criterio de quien los firma y no representa la opinión de CJP. Los trabajos sin autor son producto del equipo ICEJP.

**¡Suscríbete a CJP!** Escribí a nuestro correo electrónico para acordar una suscripción anual (USD 32.00) o una suscripción parcial (USD. 8.00 por cada número). También podés donar a CJP para el sostén de sus altos costos operativos.

## 2. Líneas de investigación del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Político

Las líneas de investigación y acción del ICEJP-UPOLI,<sup>1</sup> son las guías orientadoras del quehacer de esta unidad académica. En 2014 el equipo del Instituto, asesorado por la Dirección de Investigación y Posgrado de la Universidad Politécnica de Nicaragua, actualizó sus líneas de investigación y acción para el periodo 2014-2018. Mediante el Acuerdo No. 48 A- 2014, la rectora de la UPOLI autorizó la actualización. A continuación insertamos las líneas, sub temas y temas del ICEJP, a los fines de que las personas interesadas en enviar sus aportes a CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, conozcan de las temáticas publicables.

### Ciencias Jurídicas

Línea	Sub línea	Tema
Derechos humanos	Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Mecanismo Internacionales de protección de los Derechos Humanos
		Nicaragua ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
	Derechos humanos de grupos en condición de vulnerabilidad	Derechos humanos de las mujeres
		Derechos humanos de los niños
		Derechos humanos de las comunidades indígenas y afro descendientes
		Derechos humanos de personas con discapacidad
		Derechos humanos de la comunidad LGTBI
Derechos humanos de la población trabajadora		
Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos	Mediación y Arbitraje	Aplicabilidad de la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley 540
	Negociación Basada en Intereses	La negociación basada en intereses y su aplicabilidad en Centroamérica
	Conciliación administrativa y judicial	La conciliación y su aplicación en procedimientos especiales

<sup>1</sup> El ICEJP-UPOLI es la unidad académica especializada de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas para la promoción, estudio e investigación de los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad, la resolución alternativa de conflictos, el derecho del trabajo y de familia, las políticas públicas y participación política con énfasis en la región centroamericana. Fue creado en 2002 a través de un acuerdo rectoral de la Universidad Politécnica de Nicaragua.

Línea	Sub línea	Tema
Derecho Público y Social	Derecho Constitucional	Nuevas tendencias del Derecho Constitucional.
		Derecho Constitucional comparado
		Estado de Derecho y gobernabilidad democrática
	Derecho del Trabajo	Tendencias del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI
		Derecho del Trabajo comparado (centroamericano y latinoamericano)
	Derecho de Familia	Aplicabilidad del nuevo Código de Familia y los cambios de la legislación relacionada en Nicaragua
		Nuevas tendencias internacionales vinculadas al Derecho de Familia
		Reformas en Derecho de Familia en Centroamérica

## Ciencias Políticas

Línea	Sub línea	Tema
Participación política	Participación política y grupos en condición de vulnerabilidad	Participación Política de grupos históricamente excluidos en Centroamérica (comunidades indígenas y pueblos tribales, mujeres y jóvenes)
		Incidencia local comunitaria
Políticas públicas	Políticas públicas hacia grupos en condición de vulnerabilidad	Políticas públicas en el ámbito local y municipalismo
		Políticas públicas hacia grupos históricamente excluidos (comunidades indígenas y pueblos tribales, mujeres y jóvenes)
		Primer empleo juvenil
		Políticas públicas y violencia basada en género
	Políticas públicas y propiedad intelectual	Políticas públicas en el ámbito de propiedad intelectual

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

---

*Coordinador general*  
Mario Isaías Tórrez

*Editora encargada*  
Isbelia Ruiz Perdomo

*Editores adjuntos*  
Roberto Guerrero Vega | Geormar Vargas Téllez

*Consejo Editorial*

Óscar Castillo Guido,  
Universidad Politécnica de Nicaragua

María Luisa Acosta,  
Centro de Asistencia Legal a Pueblos Indígenas  
Academia de Ciencias de Nicaragua

Ana Margarita Vijil,  
Universidad Politécnica de Nicaragua

Lea Cruz Rivera,  
Universidad Politécnica de Nicaragua

Danny Ramírez Ayérdiz,  
Universidad Politécnica de Nicaragua

Luis Manuel Osejo,  
Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones

Donald Alemán Mena,  
Asociación Iberoamericana de Derecho  
del Trabajo y la Seguridad Social

Sandra Ramos López,  
Movimiento de Mujeres Trabajadoras y  
Desempleadas “María Elena Cuadra”

Caio Fabio Varela,  
Instituto de Políticas Públicas en Derechos  
Humanos del Mercosur

Karla Pineda Gadea,  
Investigadora independiente

Carlos Emilio López  
Asamblea Nacional

*Pares revisores*  
Débora García Morales/Fidel Ernesto Narváez

*Equipo técnico*

*Corrector de textos*  
Waldir Ruiz

*Traductora de textos*  
Ruxandra Dumitru

*Diseño de portada y cuidado en línea*  
Ricardo Lazo/Dirección de Mercadeo UPOLI

*Asistente de edición y de entrevistas*  
Ariana González



Aniversario UPOLI  
Promoviendo educación, paz y servicio

## En ocasión al segundo aniversario

---

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, CJP, es una revista académica trimestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. CJP es un espacio abierto y plural en el convergen las voces de actoras y actores del Estado, la sociedad civil organizada y la academia nacional y regional, mediante la publicación de los trabajos que estos actores y actoras nos envían.

---