

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo.
El caso del derecho al trabajo

Lina Victoria Parra Cortés

Quito - Ecuador, Madrid - España

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.



.....
*Lina Victoria Parra Cortés
30 de noviembre de 2010*

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo.
El caso del derecho al trabajo

Lina Victoria Parra Cortés

Tutora de Tesis
Dra. Angélica Porras Velásco

Quito - Ecuador, Madrid - España

2010

Resumen (Abstract)

El estudio de los derechos fundamentales y/o humanos se ha realizado desde el esquema tradicional del derecho privado, por tal razón, la teoría del derecho utilizada para entenderlos no es suficiente para la actualidad, dadas las complejas relaciones sociales y de poder que determinan la mayoría de las veces el rumbo de los derechos de las personas. Se requiere que el Derecho, como conjunto de normas jurídicas pensadas para la convivencia sea el que regule en condiciones de igualdad y sin discriminación dicha convivencia, no el mercado.

Por ello cuando surge el neoconstitucionalismo como modelo de teoría jurídica, surgen múltiples soluciones, y también problemas, que permiten entender y abordar de mejor forma la estructura del Derecho en el siglo XXI. Entre otras, porque defiende a la Constitución como centro del sistema jurídico y ello dado el contenido de las constituciones modernas supone el respeto y realización de los derechos humanos. Además, porque permite entender en mejor forma los derechos sociales y reconocer su carácter de fundamentales.

En ese orden de ideas, se debe continuar reflexionando sobre los derechos humanos y su exigibilidad, por lo que la teoría del contenido mínimo que se propone en el presente texto resulta de gran utilidad para alimentar los postulados del neoconstitucionalismo. Esta teoría plantea que existe un contenido mínimo diferente del contenido esencial de los derechos fundamentales, que está dado por los instrumentos internacionales y que representa el estándar mínimo en materia de derechos, del cual los Estados no pueden salirse bajo ninguna circunstancia, so pena de eliminar o anular el derecho mismo.

El trabajo es un hecho social que merece especial protección, por tal razón tiene la garantía jurídica de su positivación, sin embargo, ha sido tal vez hasta el momento el derecho social más vulnerado y de más difícil cumplimiento por su compleja estructura y los constantes ataques que sufre desde las relaciones económicas. Por tal razón se requiere analizar su estructura jurídica en aras de modernizar su concepción y con ello contribuir a mejorar su garantía. En ese orden de ideas, la propuesta del contenido mínimo resulta adecuada para tal fin, pues permite poner en conexión la normatividad interna de un país y la internacional, además de constituirse en sí misma en una garantía de derechos, pues el desconocimiento de los contenidos mínimos del derecho al trabajo puede dar lugar a responsabilidad internacional de los Estados en el sistema regional de protección de derechos humanos.

Dedicatoria

Esta tesis es un esfuerzo que aunque pequeño, espero contribuya a mejorar las vidas de Sakura, Andrea, Francisco, Caty, Ariel, Felipe, Elsa, Gabriela, Melissa, Ingrid, María José. Seres maravillosos forjados por la Pachamama ecuatoriana, esa misma que ellos hicieron mi hogar.

A mi papá, el más grande superhéroe que ha conocido la historia, más grande que Superman.

A mi mamá, la mujer más dulce y refunfuñona que conozco y que aunque estemos lejos siempre ha estado ahí para mí.

A dos personas que omitir en esta mención, sería casi como un crimen de Estado: Mangie y Tali.

A Anamú, quien fue mi conexión con el mundo de lo humano durante el tiempo que esta tesis se redactó en Madrid.

A mis amigos del Centro de Refugiados UASB, y a todas y todos mis demás amigas y amigos de Ecuador, quienes también me dieron un espacio en su corazón.

Agradecimientos

Aprovecho este espacio para agradecer en primer lugar a mi tutora de tesis, Dra. Angélica Porras, pues sin su paciencia inagotable, estas letras probablemente no hubiesen visto la luz, y, el documento no tendría la riqueza conceptual y multidisciplinaria que tiene. Le agradezco el tiempo personal y profesional que probablemente dejó de disfrutar para dedicarlo a mi trabajo.

Al Dr. Enrique Ayala Mora, Rector de la Universidad. Su apoyo fue especialmente importante para culminar la presente tesis, escrita en tiempos de dificultades personales y familiares de la suscrita. Gracias por su confianza y comprensión. Y aprovecho el espacio para reconocer que su impecable gestión está permitiendo que la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, sea sin lugar a dudas una de las mejores que existen en la actualidad en Suramérica.

Al Dr. César Montaña, cabeza del Área de Derecho y mi maestro, que siempre me alentó, por más descabelladas que parecieran mis ideas; quien me retó a ser cada vez mejor y cuyo ejemplo y calidez humana lo hacen para mi un modelo a seguir.

Al Dr. Agustín Grijalva, maestro cuyas enseñanzas a lo largo de la maestría me permitieron entender mejor la estructura del Derecho, y quién indirectamente me preparó para las largas tramos nocturnas e inagotables revisiones bibliográficas que transcurrieron durante la realización de la presente tesis.

Al Dr. Ramiro Ávila, maestro que me enseñó que los derechos humanos se defienden con buenos argumentos, pero sobre todo con entusiasmo y poniéndose en los zapatos de aquellos a quienes defendemos. Adicionalmente le agradezco su colaboración indirecta en la presente tesis, por haber contribuido a seguir renovando las ideas no convencionales que suelen dar vueltas en mi cabeza, y también por su confianza en mi, que fue determinante para que mi tutora de tesis se hubiese arriesgado en este proyecto.

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I – El Trabajo	
1 Qué es el trabajo	9
1.1 Trabajo Productivo	13
1.2 Trabajo No productivo	14
1.3 Concepción Ampliada del Trabajo Productivo	15
1.4 Precisiones sobre el Derecho al trabajo	19
1.4.1 Acceso al trabajo	19
1.4.2 Libertad de trabajar	20
1.4.3 Derechos humanos laborales	20
2 Surgimiento de los derechos laborales	
2.1 Movimientos Europeos, Constitución de México, Leyes Laborales y Tratados Internacionales	22
2.2 El surgimiento del Constitucionalismo Contemporáneo ó Neoconstitucionalismo	25
3 Transformaciones del Trabajo y Trabas al Ejercicio del derecho al trabajo	28
3.1 Transformaciones de la Economía Mundial	31
3.1.1 Modelo Económico Neoliberal	33
3.1.2 Flexibilización	36
3.1.3 Precarización Laboral	39
3.1.4 Globalización	40
3.2 Algunos Cambios Sociales	
3.2.1 Migración Laboral	42
3.2.2 Esclavitud y Prácticas Análogas a la Esclavitud	45
3.3 Achicamiento del Estado y Fin del Estado Bienestar	48
3.3.1 Incumplimiento de los derechos de los Trabajadores y Debilitamiento del Sistema de Protección	54
CAPÍTULO II – Constitucionalismo contemporáneo, contenido mínimo y derecho al trabajo	
4 Qué es el Contenido Mínimo y el Contenido Esencial de los derechos	
4.1 Contenido Esencial y Contenido Mínimo	56
4.2 Discusión formal derechos fundamentales, derechos humanos y derechos constitucionales	64
4.3 Discusión Derechos Sociales como derechos fundamentales	68
4.4 Neoconstitucionalismo	73
5 Contenido Mínimo del derecho fundamental/humano al trabajo	78
5.1 Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos	78
5.1.1 Trabajo Decente – Decent Work	79
5.1.2 Objetivos del Milenio de la Organización de Naciones Unidas	84
5.2 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	
5.2.1 Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto de San Salvador	86
5.2.2 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	89
CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	95

INTRODUCCIÓN

Para iniciar la lectura del presente texto, es imprescindible contarle brevemente al lector, que la inquietud que dio origen a su escritura, surgió por las deficiencias que la suscrita observó durante su ejercicio profesional en el área de derechos humanos y migración, específicamente en el tema de trata de personas, especialmente cuando los jueces penales confundían los casos de este tipo con problemas laborales; si estos funcionarios desconocían las leyes nacionales, ¿por qué no habrían de hacerlo también con el trasfondo internacional que rige la materia? Ante esta situación surge precisamente el cuestionamiento que dio origen al presente trabajo, ¿qué es y qué no es trabajo?

Por tal razón, se planteó como objetivo del presente escrito analizar elementos y teorías que permitan delimitar el contenido de los derechos fundamentales y/o humanos. Ello suponía apoyarse en una estructura de pensamiento jurídico diferente a la tradicional del derecho privado y se encontró que el neoconstitucionalismo era la estructura adecuada, pues supone una separación conceptual del iuspositivismo y el iusnaturalismo (aunque guarda varias similitudes con esta última), y, las respuestas a varios cuestionamientos no resueltos sobre el abordaje de los derechos sociales, teniendo presente que se escogió el derecho al trabajo como eje de la investigación.

Escoger el neoconstitucionalismo como teoría del derecho a utilizar supone un esfuerzo multidisciplinario, que se llevó a cabo en el presente escrito en la medida de lo posible. Se incluyeron análisis históricos, económicos, sociológicos y/o filosóficos, sin embargo, se debe reconocer que en muchos casos el análisis económico y sociológico se queda corto, pues si bien hubieran resultado interesantes ciertas inclusiones desde dichas disciplinas, ello superaba las capacidades jurídicas del escrito y de la suscrita.

En la primera parte del escrito se presentará un panorama global de la situación del trabajo en la actualidad: qué es el trabajo, cómo se desarrollaron históricamente los contextos de derechos, qué es el neoconstitucionalismo y cuándo surge; posteriormente se mencionarán las transformaciones del trabajo, en especial desde lo económico y lo social.

En la segunda parte se enunciará la teoría del contenido mínimo de los derechos y cómo difiere de la teoría del contenido esencial de los mismos, refiriendo básicamente al ámbito internacional o nacional que permite diferenciarlos. También se hará alusión al neoconstitucionalismo como herramienta de los poderes públicos en la actualidad, en particular para los jueces constitucionales y se finalizará con un ejercicio de identificación del contenido mínimo del derecho fundamental (o humano) al trabajo.

Por tratarse de una tesis que se realizó con técnicas de investigación documental, y desde un enfoque cualitativo, se pretendió realizar una búsqueda bibliográfica lo más amplia posible, teniendo en cuenta la normatividad de diversas fuentes, la doctrina, la opinión y resultados del trabajo de las instituciones especializadas en el tema, como por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo. Supongo que algunas personas tildarán el presente trabajo de excesivamente utópico, pues ese es por lo general el resultado de trabajos prescriptivos como el que usted tiene hoy en sus manos, sin embargo, se debe tener en cuenta que si se quiere que el Derecho sea útil a las personas, no sólo que sea bueno, sino que sea bueno para algo, se requieren grandes dosis de imaginación. He aquí pues, el resultado de un ejercicio de reflexión de derechos, que nunca debería cesar, y al que se invita a todas las personas, no sólo a los juristas y defensores de derechos humanos.

CAPÍTULO I

El Trabajo

“Una máquina puede hacer el trabajo de 50 hombres corrientes,
pero no existe ninguna máquina que pueda hacer el trabajo de un
hombre extraordinario”
Elbert Hubbard

1. Qué es el trabajo

La palabra trabajo es una de aquellas que no tiene un único significado, pues se puede definir de diferentes formas dependiendo de la ciencia o doctrina que se le aborde. A los efectos del presente documento se presentarán brevemente algunas definiciones dadas por el Derecho, la filosofía / sociología, y la economía política; aunque no se ahondará en el tema, sí es relevante presentar el trabajo desde estos puntos de vista, con la intención de relacionarlos entre sí para obtener un panorama más claro de lo que esta palabra significa.

Para la economía, se debe tomar como punto de partida la definición dada por los economistas clásicos, A. Smith y D. Ricardo, entre otros, quienes indicaban que el trabajo es uno de los factores de producción (ó medios de producción de riqueza desde el marxismo), junto con el capital y la tierra; en ese orden de ideas, cada uno era recompensando de diversa forma: el trabajo con el salario, el capital con el interés y la tierra con la renta. A su vez, “(...)los factores productivos son aquellos bienes y servicios que se utilizan en el proceso de producción.”¹

En segundo lugar, se encuentra la definición filosófica / sociológica, que alude más bien a la actividad realizada por el ser humano y que tiene connotaciones individuales y sociales, de este modo, el trabajo es un hecho social, o realidad humana, con las siguientes particularidades:

[E]l trabajo podría definirse como una actividad que lleva a cabo el hombre o la mujer, con la participación de sus facultades y potencias intelectuales y corporales, para alcanzar en primer lugar aunque no exclusivamente unos bienes internos — conocimientos prácticos, teóricos, habilidades, experiencia, etc. —, y contribuir a la mejora de las distintas dimensiones de la vida humana. El trabajo refleja una dimensión social: se aprende dentro de una comunidad, se realiza en servicio de los demás y contribuye al enriquecimiento de las tradiciones y culturas dentro de las que se desarrolla. Además, todo trabajo está intrínsecamente abierto a la perfección moral del ser humano: el trabajador mejora en su trabajo y también en cuanto hombre cuando posee determinadas virtudes y, a la vez, el trabajo se presenta como una ocasión muy propicia para alcanzarlas.²

La definición jurídica tal vez sea una de las más complejas, pues se puede tomar desde el punto de vista de las diferentes ramas en que se vea involucrado el trabajo. En ese orden de ideas, se

1 Ruben Tansini, ed., et. al., *Economía para no economistas*, Uruguay, Universidad de la República, 2003, p. 95.

2 María Pía Chirinos, “Trabajo”, en Francisco Fernández Labastida y Juan Andrés Mercado, ed., *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*, en <http://www.philosophica.info/archivo/2009/voces/trabajo/Trabajo.html> (4-XI-2010)

lo puede encontrar en el derecho civil y laboral, en el penal, en el constitucional, etc. En este sentido restringido se podría definir como sigue:

1. Derecho Civil y Laboral: El trabajo se basa en la relación contractual, en el acuerdo de voluntades, mediante el cual, una persona se obliga a prestar sus servicios personales a otra, a cambio de una remuneración. Las clases más conocidas de esta relación son el contrato de trabajo, el de prestación o arrendamiento de servicios y otras formas de mandato que podrían incluirse en este grupo.

2. Derecho Penal: El trabajo sería una pena que se puede imponer por la comisión de infracciones penales o policivas (infracciones penales menores para el caso específico de Colombia); por ejemplo, el artículo 39 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal de Colombia así lo dispone, para los casos en que se deba pagar una multa como acompañante de la pena de prisión, pero el penado no disponga de medios económicos y deba amortizarla total o parcialmente mediante trabajos no remunerados y de interés estatal o social³. En igual sentido se establece el artículo 326 N°3 de la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal, que impone a los penados el prestar servicios a favor de entidades que se dediquen al trabajo social, como condición a cumplir durante el período de prueba. Se puede decir que el trabajo en estas condiciones es forzado, en la medida que la persona se ve compelida a realizar una labor, bien sea por apremio económico o como exigencia para mantener su libertad, pero el constreñimiento no es ilegal y se considera como un factor de retribución e inclusive de resocialización y/o restauración.

3. Derecho Constitucional: El trabajo es tratado por regla general por las constituciones como un valor⁴, pero además como un derecho y una obligación social. Esta tal vez sea hasta ahora la definición más complicada, pues involucra diversas categorías jurídicas en una sola palabra. Más allá de esta dificultad, es indudable que como valor constitucional, tiene efectos programáticos y prescriptivos, pues está orientando un tipo de Estado pensado por el poder constituyente. Como derecho, requiere de una serie de acciones de parte del Legislador para poder concretarse en la vida de los ciudadanos, claro está, que no se debe olvidar el principio de aplicación directa de las constituciones, que cuenta con numerosos detractores y supone lógicas dificultades para la realización de los derechos, especialmente para los económicos, sociales y culturales.

3 Véase http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pr001.html#39 para mayor información.

4 Ejemplos de ello son las constituciones de Ecuador y Colombia, tal y como se indica a continuación:

Ecuador - Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Colombia – Art. 25.- El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Finalmente, supone un deber social, que sea dicho en este instante, es una categoría que se enmarca nuevamente en los valores constitucionales, pues refiere al tipo de Estado que se persigue, esta vez, desde las actuaciones de sus ciudadanos; además, se trata de una norma tética, ya que tiene un supuesto de hecho pero no consecuencia. El incumplimiento de este deber no conlleva sanciones jurídicas.

Todas estas definiciones aunque son importantes y más adelante permitirán desarrollar la temática planteada, es indudable que adolecen de un defecto, y es que parten de una presunción de acuerdo sobre la definición de trabajo, y nunca lo definen realmente, salvo tal vez, la postura filosófica/sociológica que bien se podría relacionar con la dada por la Real Academia de la Lengua Española: “Ocuparse en cualquier actividad física o intelectual”⁵.

Ahora bien, y para enfocarse en los objetivos del presente documento, se presentará una definición basada en lo dicho por la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que permitirá observar cómo esa actividad humana comprende mucho más de lo que tradicionalmente se percibe de forma restringida, como por ejemplo a partir de la existencia o no de un contrato de trabajo o de la generación de lucro.

Cuando se piensa en trabajo es usual que se lo relacione únicamente con el empleo, pues es su forma más conocida, pero ello constituye un error al momento de pensar en el derecho al trabajo de manera global, pues precisamente existen razones que justifican que no se denomine derecho al empleo. La OIT define el *empleo* como: “Trabajo efectuado a cambio de pago. También se refiere al número de personas bajo un régimen de autoempleo o empleo remunerado.”⁶ Ahora bien, en cuanto al *trabajo*, lo explica así: “Conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos.”⁷ Obsérvese que se trata entonces de cualquier actividad humana, con la condición de que genere un valor, bien sea material o inmaterial, para otros o para sí mismo, y que sea lícita, por ende se descartarían las actividades de la criminalidad organizada de esta categoría; quedaría pendiente realizar una mención sobre otras actividades marginadas socialmente, tal y como ocurre con la prostitución, pero ello supera el objetivo del presente escrito.

Como se observa luego de revisar estas definiciones, el trabajo es el género y el empleo la

5 Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trabajo (6-XI-2010)

6 Organización Internacional del Trabajo, *Tesaurus de la OIT*, en <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp> (25-VIII-2010)

7 *Ibíd.*

especie⁸. Pero ¿cuál es la importancia de plantear esta diferencia en apariencia tan sutil? El trabajo involucra a casi todos los seres humanos del planeta, pues se trata de las actividades que le son connaturales a su vida (se excluiría a los estudiantes de esta consideración), cosa diferente es que sean remuneradas, pues en ese caso se está precisamente ante el trabajo remunerado o empleo, ello es lo que permite acuñar categorías como el trabajo infantil, el trabajo forzado, el trabajo doméstico, etc.

Este tema es de gran importancia para la OIT⁹, pues en su mandato contempla el interés por todos los trabajadores, sin importar si se trata de aquellos que se encuentran en el mercado de trabajo estructurado o no¹⁰. En adición a lo anterior, se debe recordar que esta entidad se está enfocando en la actualidad sobre la plataforma del mandato del *trabajo decente*, cuyos objetivos abarcan a todos los seres humanos, pues el direccionamiento de la entidad no se enfoca únicamente en el empleo, sino también en el desempleo, en las personas que trabajan demasiado, en las que trabajan por cuenta propia, en aquellas que desarrollan actividades productivas no remuneradas, etc¹¹.

Esta diferenciación resulta también importante para los objetivos del presente documento, pues aunque se abordará prioritariamente el trabajo desde el rostro del empleo, también se intentará presentar algunas otras de facetas que resultan de gran importancia para entender la perspectiva de derechos humanos que se utilizará a lo largo del mismo. Por último, y como tema a desarrollar en páginas subsecuentes, es importante resaltar la intencionalidad con la que se trató el tema del empleo como la forma en que en la actualidad se concibe el trabajo, para entender que durante el siglo XX y principios del XXI, se descuidaron sus demás facetas, e inclusive se les llegó a restar valor¹², ó ¿de qué otro modo se puede explicar el surgimiento de nuevos paradigmas del trabajo?, teniendo presente que estos no son otra cosa que una respuesta de las personas a la crisis del

8 Ibid. La misma OIT así lo reconoce al clasificar en el tesauro al trabajo como término genérico (BT) y al empleo como término específico (NT). BT y NT son las abreviaturas utilizadas por la entidad. Ver: <http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/tools/aboutthes.htm#abbrev> (25-VIII-2010)

9 Organización Internacional del Trabajo, *Memoria del Director General: Trabajo Decente*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, Ginebra, Junio de 1999, en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (25-VIII-2010). En este documento fue donde Juan Somavía, Director General de la OIT acuñó el término trabajo decente.

10 Ibid. En el documento se menciona precisamente: “Casi todas las personas trabajan, pero no todos tienen un puesto de trabajo.”

11 Ibid. Adicionalmente se debe tener en cuenta la connotación lingüística, pues inclusive en inglés el mandato *decent work*, precisamente habla de trabajo (work) y no de empleo (employment), de conformidad con el tesauro de la OIT. Se debe tener sin embargo precaución con la definición de *trabajo decente* (que será expuesta en detalle más adelante), pues esta hace referencia al trabajo productivo, por lo que podría pensarse que el mandato de la entidad se orienta únicamente a los problemas del empleo.

12 Este planteamiento coincide con el de Zygmunt Bauman, *Trabajo, Consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 148, pues allí el autor indica que el trabajo se relacionó únicamente con aquél remunerado, con el del mundo de los hombres, con el que se podía vender; el doméstico y demás de mujeres fueron olvidados y equivalentes al desempleo.

empleo.

Piénsese por ejemplo en el trabajo inmaterial, o en las nuevas modalidades recogidas por la Constitución del Ecuador, v.gr., artículo 325 que indica las formas de trabajo: de relación de dependencia, autónomas, de autosustento y de cuidado humano¹³, y el artículo 319 que se refiere a formas de producción en la economía e incluye al trabajo doméstico y al autónomo en dicha categoría.

Tomando en consideración esta definición, y los puntos de vista de economía política presentados atrás, se hacía una división tradicional del trabajo en productivo y no productivo, teniendo como elemento de diferenciación la percepción de una remuneración económica y la generación de ingresos avaluables en dinero. Durante la redacción del presente documento se observó que dicha división se debe reevaluar, pues resulta perniciosa y discriminatoria, ya que todo trabajo es productivo, como se verá adelante, en la medida que genera bienes o servicios para sí o para otros, y lo más importante, genera bienestar.

1.1. Trabajo productivo¹⁴

La división entre trabajo productivo e improductivo es de cuño económico; explica Juan Carlos Rodríguez¹⁵ fue introducida por los fisiócratas en el siglo XVIII bajo el entendido de que la explotación económica de la tierra, mediante la agricultura, era la única actividad capaz de generar excedentes; posteriormente, los economistas clásicos, a la cabeza de A. Smith y J. S. Mill, rechazaron esta concepción y vincularon la productividad al trabajo (y Mill además al consumo); vale la pena agregar, que Rodríguez indica que Marx fue el último en alentar el debate entre lo productivo e improductivo, y que posteriormente este debate desapareció de la ciencia económica.

A. Smith sostuvo básicamente que el trabajo productivo es aquel “(...) que añade valor al objeto al que se incorpora y resulta en una mercancía, fundamentalmente tangible y almacenable, con algún valor de mercado.”¹⁶. Se observa entonces que este tipo de trabajo sería básicamente aquel que permitiera acumular capital. El punto de vista de J. S. Mill no difiere sustancialmente de esta opinión, pero otros economistas clásicos como Say y McCulloch sí lo hacen, y explican que la

13 Se puede encontrar la protección constitucional a estas *nuevas* formas de trabajo a lo largo del texto constitucional enunciado, pero merecen especial atención los artículos 329, 331 y 333.

14 El presente escrito se separa de la división sociológica del concepto del trabajo en sentido amplio y en sentido estricto, que se fundamenta en las recompensas recibidas por su realización, en el primer sentido intrínsecas (realización personal, pues el trabajo es un fin en sí mismo), en el segundo, extrínsecas (dinero, supervivencia, reconocimiento). Este tema puede consultarse en Benítez, Julio César, “El voluntariado en el mundo laboral en el Ecuador”, en Betty Espinosa, Coord., *Mundos del trabajo: Pluralidad y transformaciones contemporáneas*, Quito, FLACSO, 2008, p. 282 y 283.

15 Juan Carlos Rodríguez Caballero, *La economía laboral en el período clásico de la historia del pensamiento económico (Tesis de Doctorado)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, p. 182 en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0249306411146149522202/012029.pdf> (6-XI-2010)

16 *Ibíd.*, p. 184

productividad se relaciona no con la posibilidad de creación de bienes materiales, sino con la creación de utilidad¹⁷. Finalmente, y sin adentrarse en el análisis de lucha de clases, el concepto de trabajo productivo desde el marxismo alude a la creación y apropiación de plusvalía que el trabajo puede conllevar, o en otras palabras, el trabajo productivo es aquel que *valorice o haga rentable el capital*¹⁸.

Estas definiciones son útiles al presente documento sólo si se tiene en cuenta que permiten valorar el desarrollo histórico del concepto *trabajo*, y sirven para entender el por qué hasta hace muy poco tiempo se le entendía de la manera en que se hacía, es decir, con preferencia por las labores que generaran lucro; esto trajo como consecuencia que se privilegiara el empleo como la forma de trabajo por excelencia.

1.2 Trabajo No Productivo

Para los economistas clásicos, nuevamente a la cabeza de A. Smith, el trabajo improductivo sería aquel que “(...)genera servicios intangibles, que no añaden valor directamente y que, difícilmente se pueden almacenar.”¹⁹ Smith consideraba que los servicios eran trabajo improductivo, aunque mereciera recompensa; los únicos servicios que consideraba trabajo productivo eran los de los comerciantes e intermediarios, pues él concebía que la improductividad se relacionaba con el no contribuir directamente al crecimiento. Por otra parte J. S. Mill, planteaba que el trabajo productivo era aquel que producía riqueza²⁰, por ende, en sentido contrario, el trabajo improductivo era aquel que no la producía.

Los planteamientos de Say y McCulloch como se vio antes eran opuestos a los de Smith y suponían la aceptación del trabajo productivo en un sentido más amplio, pues indicaban la productividad en términos de *utilidad*, por lo que podía incluirse el servicio doméstico que aunque no generara bienes tangibles sí generaba utilidad; pese a lo anterior, estos autores llegaron a conclusiones similares a las de Smith y Mill, pues sostuvieron sus tesis con el enfoque de la afectación positiva al *crecimiento económico*²¹.

Finalmente, se encuentra el planteamiento de Marx, quien refería al trabajo necesario o socialmente útil, pues el exponía (1) que las categorías productivo – improductivo eran creaciones del capitalismo, (2) que el trabajo bajo esta óptica estaba encaminado a servirle al capital y (3) que

17 Cfr. *Ibíd.*, p. 187 y 188. La utilidad se relacionaba también de algún modo con la escogencia o preferencia lógica del ser humano hacía trabajos productivos.

18 Cfr. Ruy Mauro Marini, “El concepto de trabajo productivo: nota metodológica” en, *América Latina, dependencia y globalización*. Siglo del Hombre – CLACSO, Bogotá, 2008, p. 280, en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/critico/marini/09concepto.pdf> (7-XI-2010)

19 Cfr. Juan Carlos Rodríguez Caballero, *La economía laboral en el período clásico de la historia del pensamiento económico*, Op. Cit., p. 184 y 185.

20 *Ibíd.*, p. 190

21 *Ibíd.*, p. 187 y 188

cuando se superara la concepción del trabajo del capitalismo se hablaría del *trabajo necesario o socialmente útil*, refiriéndose a este como un recurso “para atender las necesidades del hombre en su sentido más amplio”²² Es innegable la connotación socialista de esta definición, sin embargo, ejemplifica la posibilidad de que el trabajo se entendiera en un sentido más amplio, y no sólo enfocado al servicio de la economía, sino del propio ser humano.

Entonces, y tomando la definición propuesta para el trabajo productivo, se podría decir en primer lugar que es más adecuado hablar de trabajo no productivo, pues el término improductivo evoca precisamente a la inutilidad que planteaban los economistas clásicos, cuestión que en la actualidad resulta equívoca pues, como se presentará, existen formas de trabajo que contribuyen indirectamente al crecimiento económico, sin mencionar el *valor o ganancia social* que generan, indicador no tenido en cuenta la mayor parte de las veces en los indicadores económicos.

Una vez visto lo anterior y tomando como fundamento la definición dada por la OIT²³, se debe reconducir la definición de trabajo productivo a un sentido más amplio, entendiendo por aquel, todas aquellas actividades humanas que generan bienes y/o servicios para otros²⁴, a cambio o no de una remuneración, con o sin relaciones de dependencia, teniendo como finalidad el proveer medios de sustento a quien lo realice.

1.3 Concepción Ampliada del Trabajo Productivo

Como se anunció, la división entre el trabajo productivo e improductivo se desecha en el presente trabajo, y resultaría interesante que ello se hiciera en otros ambientes además del académico, y del de la Constitución de Ecuador, que en el artículo 333 que indica que *el trabajo no remunerado de cuidado humano que se realiza en los hogares es labor productiva*. A continuación se presentarán las categorías de trabajo, y poco a poco se presentarán los argumentos por los que se abandonó dicha división.

(1) Empleo: ya se mencionó en páginas anteriores que se trata de una de las especies del trabajo, y adicionalmente se circunscribe a aquel que es remunerado. Al respecto indica la OIT que los empleados son los “Trabajadores que tienen contratos de trabajo implícitos o explícitos (orales o

22 Cfr. Ruy Mauro Marini, “El concepto de trabajo productivo: nota metodológica” en, *América Latina, dependencia y globalización*, Op. Cit., p. 280.

23 Tesoro de la OIT, en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/tr2454.htm>

24 Como se verá más adelante, esta característica es importante para identificar la productividad económica o de otra índole del mal llamado trabajo no productivo. Se prefirió no entrar en la cuestión de si el trabajo “no productivo” está o no directamente relacionado con la productividad económica, pues ello supondría un análisis economicista que no es posible realizar en este escrito; aunque no se debe perder de vista este punto, pues *a priori*, la diferencia entre trabajo productivo y no productivo es que el primero genera productividad directa en una economía, mientras que el segundo sólo lo hace indirectamente, tal y como se deduce al analizar el trabajo en labores del hogar. Finalmente, vale la pena dejar planteada una idea a desarrollar en otro espacio, y es la *productividad* en términos sociales, por ejemplo, las repercusiones favorables en el tejido social de las sociedades receptoras de migrantes, o lo que se llama la plusvalía emocional, especialmente en labores de cuidado de adultos mayores o niños. Ganancias que rara vez son tomadas en cuenta por los análisis económicos.

escritos), por los que reciben una remuneración básica que no depende directamente de los ingresos de la unidad para la que trabajan.”²⁵ Es pues esta, la especie de trabajo más conocida.

(2) Otras formas de trabajo que generan ingresos económicos: dentro de esta categoría se incluirán el trabajo autónomo y el trabajo de cuidado de terceros²⁶, teniendo en cuenta dos elementos indispensables que son, la generación de beneficios (avaluables en bienes y/o servicios) a terceros y la obtención de medios de sustento para sí mismo²⁷.

En el caso del trabajo autónomo se trata de la realización de labores sin dependencia, este sería el caso típico de los empresarios, grandes o pequeños y de los profesionales de profesiones liberales, entre otros. Adicionalmente se podría incluir aquí a quienes se dedican a la invención o creación, por ejemplo, los escritores, artistas plásticos, etc., y quienes usualmente no tienen vínculos jurídicos laborales.

Dentro de esta categoría se encuentran también quienes realizan trabajos autónomos en la *economía informal*²⁸, que por regla general son los comúnmente denominados vendedores (de bienes o servicios) ambulantes. La Constitución del Ecuador ejemplifica muy bien esta categoría, e indica en el artículo 329: “Se reconocerá y protegerá el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos, permitidos por la ley y otras regulaciones. Se prohíbe toda forma de confiscación de sus productos, materiales o herramientas de trabajo.”

Esta categoría coincide con el *autoempleo* o *trabajo a cuenta propia* que ha sido definido en términos simples por la OIT, haciendo referencia a la creación de empleo y a los trabajadores independientes, con lo que se confirma lo expuesto²⁹. Este reconocimiento implica poder hablar de la existencia de trabajo no sólo cuando se den las condiciones tradicionalmente aceptadas de la

25 Organización Internacional del Trabajo, *Tesaurus de la OIT*, en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/tr3161.htm> (7-XI-2010)

26 Este se incluye en esta categoría debido a que en este documento se decidió no utilizar la clasificación del trabajo en productivo y reproductivo, pues una de las intenciones que se espera conseguir, es demostrar cómo el trabajo tiene múltiples facetas y cómo se requiere fortalecer el sistema jurídico para protegerlas, sin importar si rinden réditos económicos o no, pues es claro que el trabajo, en la más amplia expresión del término, contribuye de una u otra forma al beneficio social. Desde este instante puede plantearse que la crisis del empleo, tiene cuando menos un punto positivo, y es que obliga a repensar la estructura social de un Estado a partir del trabajo; adicionalmente, ha llevado a pensar nuevamente en el contenido que debe acompañar al derecho al trabajo, objetivo que da origen al presente documento.

27 El trabajo de cuidado es más conocido como trabajo reproductivo, pues se relacionaba con la reproducción social de la familia, y por ello no era posible incluirlo en la lista de trabajos productivos de los países y consecuentemente, valorarlo monetariamente para incluirlo en los indicadores macroeconómicos, tales como el PIB. Queda un punto que debe tenerse en cuenta para el caso de Ecuador luego de la constitucionalización de las labores de cuidado como trabajo productivo, y es que no existe claridad sobre la forma en que se contabilizará económicamente dicho aporte a la economía nacional.

28 Sobre el uso del término economía informal y no sector informal ver Angélica Porras Velasco, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, ed., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 173 y 174.

29 Organización Internacional del Trabajo, *Tesaurus de la OIT*, en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/tr3215.htm> (7-XI-2010)

generación de ingreso y la existencia o no de una relación laboral, sino también en función de la actividad misma y del sujeto, pues ello implica que las personas que se encuentren en esta situación tienen los mismos derechos de otros trabajadores, en especial, los empleados³⁰.

En lo que respecta al trabajo de cuidado, la OIT no ha definido exactamente este término, pero refiere al *trabajo doméstico*, que es el “Trabajo realizado principalmente para el mantenimiento de los hogares. Comprende el abastecimiento de alimentos y de otros artículos de primera necesidad, la limpieza y el cuidado de niños, de enfermos y de personas de edad avanzada.”³¹

En el trabajo productivo *clásico* se pueden constituir contratos laborales, de prestación de servicios, o actividades de emprendimiento, que suponen la mayoría de veces la creación de personas jurídicas, entre otros³², mientras que en el trabajo productivo ampliado no existirán este tipo de vínculos, y las relaciones entre trabajador y beneficiario se confundirán y no serán exigibles derechos del mismo modo; adicionalmente sus garantías - políticas y jurisdiccionales - se encuentran en una etapa incipiente, ejemplo de ello es la aludida consagración constitucional en Ecuador, que tiene el mérito de sacar el tema a la luz, pero que supone a la vez un gran esfuerzo por concretar el ejercicio de los derechos que de ello derivan.

En ese orden de ideas, el trabajo se relacionará con todas aquellas actividades humanas que generan bienes y/o servicios **para sí mismo u otros**, con o sin remuneración, con o sin relaciones de dependencia, teniendo como finalidad el proveer medios de sustento a quien lo realice. Se pueden adicionar entonces las siguientes categorías de trabajo, que antes se conocieran como no productivo:

(3) Trabajo en labores del hogar: de conformidad con lo planteado en páginas anteriores, se trata en este caso de las actividades realizadas para el mantenimiento de los hogares, por lo que la definición no difiere sustancialmente de las labores de cuidado como trabajo productivo en la concepción clásica; ahora bien, la diferencia radica en la remuneración, pues por lo general esta labor es realizada por un miembro de la familia, y la percepción de beneficios económicos desnaturalizaría la figura. Las labores del hogar no son productivas en estricto sentido economicista, pero en sentido ampliado sí, la cuestión problemática no radica ya en determinar la productividad o no, sino en valorarla cuantitativamente.

La diferenciación entre labores de cuidado a terceros y trabajo en labores del hogar es

30 Cfr. Angélica Porras Velasco, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución”, Op. Cit., p. 174

31 Organización Internacional del Trabajo, *Tesaurus de la OIT*, <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/tr2768.htm> (7-XI-2010)

32 Véase supra, categorías civiles y labores con las que se define el trabajo.

importante en términos de la garantía jurídica, pues en países como Colombia, en que aún no existe reconocimiento tan siquiera normativo, las amas de casa o los miembros de la familia encargados de esta labor, sólo cuentan con la posibilidad de acudir al derecho de familia para reclamar protección, tanto por concepto de alimentos, como de afiliación a la seguridad social, en la que serán dependientes del cotizante.

En Ecuador la situación es diferente debido a la reforma constitucional de 2008, pues el Estado está asumiendo papel de garante de los derechos de las y los trabajadores del hogar, pues se establece en el artículo 333 que “La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley.”, claro está, que esto no extingue el vínculo familiar, por lo que aún deberán pervivir las obligaciones de auxilio y demás entre cónyuges, padres, hijos y demás, de conformidad con la legislación de familia.

(4) Labores de autosubsistencia/autosustento: esta categoría está esbozada en la Constitución del Ecuador, pero aún no tiene desarrollo legislativo; debido al contexto y la forma en que ha sido redactado el texto constitucional, se debe pensar en una particular forma de trabajo, y es la que se da en sectores rurales, tanto en Ecuador como en Colombia, mediante la explotación agrícola en pequeñas parcelas y para la obtención de los medios de subsistencia necesarios para vivir. El art. 329 de la Constitución ecuatoriana indica: “Las jóvenes y los jóvenes tendrán el derecho de ser sujetos activos en la producción, así como en las labores de autosustento, cuidado familiar e iniciativas comunitarias. Se impulsarán condiciones y oportunidades con este fin.” Aunque la redacción de la norma haga pensar que autosustento sea lo mismo que labores de cuidado y/o trabajo en el hogar, se debe tener en cuenta que la palabra *comunitarias* pone el énfasis necesario para entender el contexto de la disposición constitucional y circunscribirlo al contexto rural, pues es el único lugar donde se darán este tipo de labores, ya que si se pensara en la comercialización de excedentes, se estaría ante el trabajo autónomo.

(5) Trabajo voluntario: esta sea quizás la forma que mejor ejemplifique el trabajo no productivo en sentido clásico, pues se trata de actividades sin remuneración por excelencia. Esto puede deducirse de lo explicado por la OIT, que en el Tesoro, bajo la categoría *trabajo no remunerado*, incluye al trabajo del hogar (ya explicado), al servicio civil o voluntario y al de formación³³. Este trabajo está relacionado con la realización de actividades de beneficio común, y dependerá del sentido altruista de quien lo realice en el primer caso, y de las necesidades de formación profesional de quien se encuentre en la segunda situación. Se debe hacer la misma

33 Organización Internacional del Trabajo, *Tesoro de la OIT*, en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/tr1699.htm>

acotación a las anteriores categorías de trabajo presentadas, pues el hecho de que una actividad no genere ingresos económicos, no quiere decir que no esté generando beneficio o utilidad propia y a terceros, pero nuevamente, queda el interrogante sobre la forma en que se puede cuantificar económicamente esta utilidad. Al Derecho entonces no le interesará esta diferencia, pues se debe preocupar por la garantía de derechos a los voluntarios y personas en formación, y por vigilar que la utilización de esta modalidad no sea una forma para eludir la contratación de personal.

Una vez agotado este tema, y sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva de las clases de trabajo, es pertinente pasar a analizar las repercusiones que tiene hablar del trabajo en un sentido tan amplio, y porque ello permite desarrollar de mejor forma el enfoque de derechos humanos cuando se habla de derecho humano y/o fundamental al trabajo.

1.4 Precisiones sobre el Derecho al Trabajo

Cuando se habla de derecho humano y/o fundamental al trabajo, además de tratarse de un término ambiguo y confuso, se debe tener presente que existen cuando menos tres situaciones relacionadas con el mismo, pero que deben entenderse de diversa forma, estas son el derecho al trabajo, la libertad de trabajar y los derechos humanos laborales. La primera se relaciona con la posibilidad de contar con una relación laboral, la segunda con las condiciones en que debe darse la relación laboral y la posibilidad de escoger una profesión u oficio, y la tercera como “las condiciones mínimas de vida y trabajo para las personas”³⁴.

Una vez vistas en detalle las connotaciones de estas tres situaciones, se entenderá el por qué el presente trabajo se circunscribe en el derecho al trabajo en el sentido de acceso al trabajo, incluyendo una versión ampliada de la concepción de este hecho social, de conformidad con lo presentado en páginas antecedentes.

1.4.1 Acceso al trabajo³⁵

Indica Rafael Sastre, que la acepción tradicional del derecho al trabajo se identifica con “el derecho a un puesto de trabajo, exigible frente a los poderes públicos.”³⁶ Esta connotación es la más problemática de las tres, pues implica la obligación del Estado a cumplir los derechos sociales, tema que aún no termina de resolverse, y que tiene grandes complicaciones en el campo práctico, pues pese a la existencia de las políticas de pleno empleo que enfocan el horizonte de un Estado, se trata sin duda de una situación en la que éste no tiene “disponibilidad absoluta sobre el objeto del

34 Angélica Porras Velasco, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución”, Op. Cit., p. 160.

35 Alfredo Sánchez Castañeda, “Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exhibición”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional, Tomo XII*, UNAM, Marcial Pons, IMDPC, México, 2008, p. 649 menciona que inclusive algunos teóricos se han planteado la posibilidad de transformar el derecho del trabajo por el derecho de la actividad.

36 Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo, ¿un derecho en crisis permanente?”, en Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Courtis, comp., *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, México, 2003, p. 280.

derecho”³⁷ Como se observa, el papel del Estado no sólo se limita a garantizar una libertad negativa a los sujetos, sino por el contrario, le implica deberes y actuaciones positivas, es decir, garantizar libertades positivas.

Rafael Sastre refiriéndose a las disposiciones constitucionales españolas de los artículos 35.1 y 40.1, concluye que bajo estas circunstancias sólo sería posible hablar del derecho al trabajo “en un sentido impropio y con un contenido prestacional débil o diluido”³⁸ y prosigue indicando que este no sería “sino la concreta plasmación de la política de pleno empleo a que alude el art. 40, es decir, la proyección individual de las diferentes medidas de política de empleo que se contemplan, así, desde el prisma individual, como un derecho a la inserción y permanencia en el mercado laboral siempre que se cumplan ciertas condiciones”³⁹.

1.4.2 Libertad de trabajar

Esta libertad es del tipo negativo, por tal razón, se relaciona con la posibilidad de escoger, realizar una actividad profesional, y decidir la forma de desarrollarla. Implica por ende el establecimiento de límites a la intervención estatal y/o de los particulares.⁴⁰ Aunque se debe ser cauto con esta definición, pues podría entenderse también en el sentido de la primera connotación anunciada, ya que en realidad no sería posible lograr la libertad de oficio si no se cuenta con posibilidades reales para hacerlo. Es importante sin embargo persistir en la distinción, pues permite evidenciar que las actuaciones del Estado son diferentes, y se trata de una faceta del derecho de *relativa* mayor facilidad de cumplimiento, pues implicaría por ejemplo, medidas de eliminación de la discriminación.

La relación entre el derecho al trabajo y la libertad de trabajar era más estrecha de lo que es hoy en día, al punto de que eran prácticamente sinónimos, indica Rafael Sastre, que en las primeras exigencias de este derecho se luchaba por el libre desenvolvimiento de la actividad laboral, pero que posteriormente la identificación se rompió y se puede considerar que el *derecho al trabajo* es un derecho social, de participación o prestación, mientras que la *libertad de trabajo* es precisamente eso, un derecho de libertad.⁴¹

1.4.3 Derechos humanos laborales

Se indicó que se trata de las *condiciones mínimas de vida y trabajo para las personas*, ello implica la existencia de varios derechos que son presupuesto para que los trabajadores gocen

37 *Ibíd.*

38 *Ibíd.*, p. 281

39 *Ibíd.*

40 *Ibíd.*, p. 283

41 *Ibíd.*

adecuadamente de su espacio laboral y personal. Explica Angélica Porras⁴² que estos principios y derechos han sido señalados por la OIT en dos documentos fundamentales: La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁴³ y la Memoria del Director General (de la OIT) - Trabajo Decente de 1998⁴⁴.

En el artículo 2º del primer documento se enumeran los siguientes principios:

- a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil.
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Claro que no se trata de cuestiones novedosas, pues ya habían sido señaladas en ocho Convenios de la OIT: los Convenios 87 (1948) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y 98 (1949) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; 29 (1930) sobre el trabajo forzoso y 105 (1957) sobre la abolición del trabajo forzoso; 138 (1973) sobre la edad mínima de admisión al empleo y 182 (1999) sobre las peores formas de trabajo infantil; 100 (1951) sobre igualdad de remuneración y 111 (1958) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. La virtud o aporte adicional de la Declaración de Principios es que obliga incluso a aquellos países que no han suscrito los convenios fundamentales, pues la incorporación a la OIT obliga a aceptar los principios y derechos enunciados en su Constitución (Nº 1.b) y porque expresamente así se dispone en el Nº 2 de dicha Declaración.

En cuanto a la Memoria del Director que introdujo el concepto de *trabajo decente*, indicaba que éste es un medio mediante el cual las personas pueden conseguir una vida digna, a partir de un empleo adecuado, con la remuneración justa y la protección social apropiada⁴⁵, además debe darse en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Este mandato estaría incompleto si no se tiene en cuenta adicionalmente el diálogo social, que aunque no se encuentra directamente en la definición de *trabajo decente*, sí es uno de los 4 objetivos de la OIT⁴⁶ para la consecución del mismo. El trabajo decente entonces está compuesto por: (1) Promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, (2) Empleo, (3) Protección Social y (4) Diálogo social. Como se observa, se trata de las condiciones que en la actualidad se deben observar en las relaciones de

42 Angélica Porras Velasco, "Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución", Op. Cit, p. 162 y 163

43 Organización Internacional del Trabajo, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm#Top> (01-II-2010)

44 Organización Internacional del Trabajo, *Memoria del Director General: Trabajo Decente*, Op. Cit.

45 *Ibíd.*

46 *Ibíd.*

trabajo; se debe criticar sin embargo que aunque esto se pueda hacer extensivo a cualquier actividad laboral, por ejemplo el trabajo por cuenta propia, la OIT no inició el mandato de trabajo decente en la mejor forma posible al centrarse en el empleo, y aunque fuese por error involuntario, contribuye a perpetuar la infravaloración de otras formas de trabajo humano.

Aunque las tres connotaciones presentadas guardan una estrecha relación, es importante diferenciarlas pues ello permite analizar de manera independientemente los mecanismos de cumplimiento y garantía con los que cuenta cada una de ellas. Adicionalmente, y como se verá más adelante, de aquí se debe partir para estudiar y encontrar el punto medular del contenido del derecho humano / fundamental al trabajo.

2. Surgimiento de los derechos laborales

“Los derechos se toman, no se piden”
José Martí

2.1 Movimientos Europeos, Constitución de México, Leyes Laborales y Tratados Internacionales

El nacimiento de los derechos laborales, y del derecho del trabajo, puede remontarse a las revoluciones de fines del siglo XVIII; indica Néstor de Buen Lozano⁴⁷, que el antecedente puede encontrarse en los orígenes del pensamiento socialista, con François Noel Babeuf, también conocido como Graco (1760 - 1797), quien fuese inspirador del movimiento de la “Conspiración de los iguales”, predicando la extensión de la igualdad formal, de corte liberal, a la igualdad económica. Durante esta época se da la Declaración de Derechos Jacobina de 1793 en Francia, de acuerdo con la cual el propósito de las sociedades es la felicidad general, y mencionaba este instrumento además, que eran obligaciones sagradas, entre otras, el trabajo, la ayuda económica a los más pobres, el derecho a la pensión de los soldados y familiares de fallecidos⁴⁸.

Posteriormente, alrededor de 1824 aparecerá el pensamiento del socialismo utópico, y en 1848 el socialismo histórico con Marx a la cabeza, que influirán profundamente el tema del derecho laboral, sin olvidar la existencia previa a este último suceso de grupos como la Asociación de Obreros de Londres, que reclamaba mejoras en las condiciones labores en 1838⁴⁹. Se debe recalcar la importancia del marxismo en la medida que sustenta el internacionalismo proletario y proclama

47 Néstor De Buen Lozano y Emilio Morgado, coor., Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, UNAM, México, 1997.

48 Manuel Ventura Robles, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH, Vol. 40*, jul – dic 2004, p. 87 y 88

49 Cfr. Néstor De Buen Lozano y Emilio Morgado, coor., Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social, Op. Cit., p. 28 y 29

la unión internacional de los trabajadores⁵⁰.

Desde 1847 y hasta 1900 se celebran varias reuniones de grupos de obreros en Europa, con la finalidad de discutir y exigir mejoras laborales, pues hasta dicho momento no se contaba con un mecanismo de establecimiento y/o reclamación de garantías a los empleadores; indica Néstor de Buen Lozano, que “Antes del nacimiento formal del derecho del trabajo, la tarea de establecer las normas, por la vía de las exigencias, correspondió a los múltiples congresos obreros que se celebraron a partir de la mitad del siglo XIX.”⁵¹

Se deben resaltar dentro de estos congresos obreros los de septiembre de 1864 y julio de 1889, es decir, la *Primera y Segunda Internacionales Obreras* respectivamente. Esta última es particularmente relevante, por cuanto a partir del acuerdo adoptado se establecen las bases del derecho laboral como se le conoce hoy en día, por ejemplo, limitación de la jornada de trabajo al máximo de ocho horas para los adultos, prohibición del trabajo de los niños menores de catorce años; y reducción de la jornada a seis horas para niños de de 14 a 18 años, de ambos sexos, supresión del trabajo nocturno, salvo en aquellas ramas de industria que por su naturaleza exige un funcionamiento ininterrumpido, etc⁵².

Esto en cuanto a lo que atañe a Europa, pero los países de América Latina no fueron ajenos al fenómeno; además del impacto de la revolución mexicana entre 1910 y 1917, año en que proclama el texto constitucional con significativo contenido social, se encuentran otros antecedentes de legislación laboral, aun cuando incipiente, en algunos textos constitucionales de Argentina desde el año de 1891, algunas leyes desde 1890 en Brasil, la regulación del arrendamiento de servicios en Chile en el Código Civil de Don Andrés Bello, y en Colombia en 1905 con el establecimiento del descanso en días de fiesta religiosa y la jubilación de los magistrados principales de la Corte Suprema⁵³. En el caso concreto de Colombia, se dictaron varias leyes de contenido laboral, entre 1915 y 1923; pero sólo hasta 1945 con la Ley 6ª se regula el contrato de trabajo y puede hablar de la existencia del derecho del trabajo como rama autónoma⁵⁴.

Se trata de procesos simultáneos, que fueron alimentados por los avances conquistados por movimientos internacionales, tales como las *Internacionales Obreras* (brevemente mencionadas atrás) y la normativa internacional de inicios del siglo XX; precisamente, los dos antecedentes más importantes para el derecho al trabajo, y en general de los derechos sociales, fueron la Constitución de México de 1917 y el Tratado de Versalles con el que se puso fin a la I Guerra Mundial en 1919.

50 *Ibíd.*

51 *Ibíd.*, p. 30

52 *Ibíd.*, p. 31

53 *Ibíd.*, p. 32 y ss

54 *Ibíd.*

La Constitución de México fue la primera que de manera expresa consagró un catálogo de derechos sociales, aún antes de la Constitución de Weimar de 1919, pues en el artículo 123 se establece un extenso catálogo de derechos de los trabajadores⁵⁵ y en el 27 se establece la función social de la propiedad privada, que beneficia especialmente a los campesinos desposeídos de tierras. El artículo 123 ya regulaba temas como la jornada máxima, el pago del salario en dinero, los accidentes laborales a cargo de los empresarios, la igual remuneración por igual trabajo, la prelación de créditos laborales, algunas garantías para las trabajadoras embarazadas entre otros. La Constitución estableció verdaderos derechos subjetivos, susceptibles de protección estatal.⁵⁶

Por su parte, el Tratado de Versalles en su parte XIII, Art. 388, dispuso la creación de una *International Labour Office* (Oficina Internacional del Trabajo). En efecto en 1919 se crea dicha entidad, pero no bajo la figura pensada inicialmente de oficina, sino como organización; nace entonces la International Labour Organization (Organización Internacional del Trabajo) y se empieza así formalmente la era de regulaciones laborales a nivel internacional.

Adicionalmente, en esta parte del tratado se indica la importancia de la justicia social como base fundamental de la paz universal, y se toma en consideración la necesidad de regular temas como la regulación de las horas de trabajo, el establecimiento de los días y semanas laborales, el trabajo suplementario, la prevención del desempleo, la protección del trabajador contra la enfermedad, la muerte y las lesiones causadas por su empleo, la protección de los niños, jóvenes y mujeres, la provisión por envejecimiento y lesiones de los trabajadores, la libertad de asociación, la orientación vocacional y el entrenamiento técnico, entre otras medidas⁵⁷.

Otros antecedentes de las legislaciones internas en lo laboral, que deben ser tenidos en cuenta, son la Constitución de Weimar de 1919, que introduce en Alemania temas como la seguridad social, el deber de trabajar y el derecho al trabajo, y la Constitución española de 1931, que enlista derechos individuales de los trabajadores y la libertad sindical, entre otros temas relevantes⁵⁸. El panorama del tema laboral fue relativamente estable luego de este proceso, de hecho, se considera que la consolidación del derecho trabajo tuvo su mejor época entre el final de la I Guerra Mundial y 1973⁵⁹, año en que ocurre la crisis del petróleo y se produce un cambio de

55 Texto constitucional original consultado en: Claudia Gamboa Montejano y Miriam Gutiérrez Sánchez, *Artículo 123 Constitucional. Estudio de antecedentes, Derecho Comparado y de las iniciativas presentadas*, en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-13-08.pdf> (3-I-2011), p. 11 a 14.

56 Alfonso Noriega Cantú, *Los derechos sociales; creación de la revolución de 1910 y la constitución de 1917*, UNAM, México, 1988, p. 101 a 112. El autor hace una interesante exposición sobre las circunstancias en las que se dieron los debates en el proceso constituyente, y cómo consecuentemente nacieron los artículos 123 y 27.

57 Traducción libre de la suscrita del texto del Tratado de Versalles de 1919, disponible en <http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versa/versa12.html> (15-XI-2010). Este Tratado fue ratificado por Ecuador.

58 Cfr. Néstor De Buen Lozano y Emilio Morgado, coord., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, Op. Cit., p. 45

59 Cfr. *Ibid.*

paradigma económico como se indicará en acápite posteriores.

Ahora bien, no se debe olvidar que la protección de los derechos asociados al trabajo merecieron especial atención de las Naciones Unidas, así, en el año de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba los pactos internacionales de derechos: (1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y (2) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁶⁰. Infortunadamente, el haber aprobado de manera separada los pactos generó una división artificiosa entre estas *categorías* de derechos, que hasta el día de hoy se está empezando a superar, por entenderse que la primera clase de derechos son los no costosos, mientras que la segunda son lo contrario, y se les ha tratado como si fuesen directrices o normas de orden programático y no lo que son en realidad, verdaderos derechos, pese a que acarreen una compleja estructura de cumplimiento; sobre este tema se ahondará en próximos capítulos.

Finalmente, en cuanto a instrumentos internacionales sobre derechos humanos específicos para los países de América Latina se deben enunciar (1) la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) que entra en vigencia sólo hasta 1978, y que pese a no hablar mucho de derechos sociales, tiene gran mérito en el tema al introducir en el artículo 26 el deber de progresividad; (2) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988, que entra en vigencia sólo hasta 1999, y del cual hacen parte Colombia y Ecuador⁶¹; y (3) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará) de 1994, que entró en vigencia en 1995⁶², y abre interesantes posibilidades de hacer justiciables ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos varios derechos sociales, con referencia específica a las mujeres, por vía del artículo 12, en concordancia con los artículos 5 y 7.h. del mismo instrumento.

2.2 El surgimiento del Constitucionalismo Contemporáneo ó Neoconstitucionalismo

Una vez visto lo anterior, es preciso completar el panorama hablando del Constitucionalismo Contemporáneo o Neoconstitucionalismo, que constituye sin lugar a dudas el referente jurídico desde mediados del siglo XX. El neoconstitucionalismo no tiene una definición unívoca, pues ha sido concebido desde ser un movimiento que permite el *activismo judicial*, hasta una forma de Teoría del Derecho. En capítulos posteriores se abordará con más detenimiento este tema, pero a

60 Cfr. Manuel Ventura Robles, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, Op. Cit., p. 88 y 89.

61 Para una lectura de los antecedentes de protección de los derechos sociales en el sistema interamericano ver Manuel Ventura Robles, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, Op. Cit., p. 91 y ss.

62 Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>

efectos de continuar la exposición sobre lo que es *trabajo*, y sentar las bases del marco analítico del presente escrito, se entenderá por neoconstitucionalismo *la forma de organización política existente desde mediados del siglo XX*⁶³, implicando dos cosas: (1) un movimiento de cambio de paradigma jurídico que se gestó desde principios del siglo XX y se materializó en este último período citado, en gran medida gracias al surgimiento de los derechos humanos sociales y, (2) un tipo de Estado de Derecho existente desde esa misma época y que difiere del Estado de Derecho decimonónico.

En ese orden de ideas, se debe tener presente la relación que existe entre el surgimiento de los derechos sociales, de manera más o menos formal, en 1917 con la Constitución de México y en 1919 con el Tratado de Versalles, como se expuso en páginas anteriores, y la necesidad de contar con un referente ético común luego de la II Guerra Mundial. Esto es relevante para el mundo del Derecho, pues durante los primeros cincuenta años del siglo XX se pudo observar un rápido cambio de paradigma en la forma en que debían organizarse las sociedades y cómo debían regirse jurídicamente las relaciones sociales, pues se pasa paulatinamente del modelo de Estado liberal, fundado en el bienestar individual y en la abstención de interferencia de los órganos del poder en la vida del ciudadano, a modelos de Estado con tintes sociales y más benevolentes con las mayorías. Esto fue producto de las luchas sociales ocurridas durante los primeros años del siglo en mención, el movimiento socialista y por supuesto, las dos guerras mundiales.

¿Cómo se puede comprobar este cambio de paradigma? precisamente echando un vistazo a la cantidad de instrumentos internacionales que empiezan a nacer desde 1919, y que se multiplican en especial desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Se debe recordar en este punto que las dos guerras mundiales supusieron un violento despertar de la raza humana, y en cierto modo la cuenta de cobro de la humanidad al Derecho por su estaticidad y enfoque iusprivatista inmodificado prácticamente desde el nacimiento del derecho romano casi 700 años antes de la era cristiana.

El siglo XX no se caracterizó precisamente por ser el más pacífico, pues además de las dos grandes guerras, fue el siglo de retorno de los absolutismos, pero esta vez bajo el ropaje de las dictaduras militares, es decir, de los gobiernos por la fuerza que se pensaba ya se habían superado; no se debe ir muy lejos en el tiempo para buscar ejemplos: en España se supera la dictadura sólo hasta 1975, en Argentina hasta 1983, y más sorprendente aún, en Chile hasta 1989/1990.

Estos sucesos demuestran el por qué se requería un cambio en el paradigma jurídico

⁶³ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 107. Indica precisamente el autor que entiende por neoconstitucionalismo "(...) la forma de organización política que se viene abriendo pase en Europa desde mediados del siglo pasado; por tanto, un modelo histórico que, como tal, no reúne en todas sus manifestaciones unos elementos de absoluta uniformidad, pero (...) sí unos rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo pero sí diferente a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico."

imperante hasta el momento y la necesidad de que el Derecho realmente sea un límite al poder y a la ilegitimidad. Como consecuencia, se empiezan a expedir nuevas constituciones a lo largo del siglo XX, pero se debe tener en cuenta que pese a lo común de este cambio, las velocidades con que se dio en el mundo occidental fueron dispares, v.gr., Alemania inicia el proceso con la Constitución de Weimar en 1919 y luego la *Grundgesetz* de 1949, Italia en 1947, y España lo hace en 1978. Pese a que los cambios constitucionales en América Latina no se dieron sino hasta varios años después, Colombia en 1991 y Ecuador en 1998 y 2008, no se debe desconocer que el cambio de paradigma, en especial en las regulaciones laborales, se empezó a gestar también a partir de mediados del sigloXX pero con los códigos, leyes y decretos: en Ecuador en 1978⁶⁴ y en Colombia alrededor de 1950⁶⁵.

Estas nuevas cartas constitucionales se caracterizan ahora no sólo por sus contenidos formales de organización del poder e instituciones (parte orgánica), sino la inclusión de contenidos materiales (parte dogmática)⁶⁶. Indica Luis Prieto Sanchís⁶⁷, que el neoconstitucionalismo es el resultado de dos tradiciones constitucionales que hasta el momento se habían presentado de manera separada: la norteamericana y la nacida de la revolución francesa. Refiere el autor que la primera concibe la Constitución “como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico.”⁶⁸; mientras que la segunda lo hace “como encarnación de un proyecto político bastante bien articulado generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. (...) la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo (...)”⁶⁹

Al conjugar en un solo cuerpo normativo *las reglas de juego y el contenido del juego*, y adicionalmente indicar la forma de *arbitrar los desacuerdos*, el neoconstitucionalismo resuelve el dilema de las “Constituciones garantizadas sin contenido normativo y las Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas”⁷⁰; esto supone una corrección al

64 Con el antecedente del Código del Trabajo aprobado en 1938 y codificado precisamente en 1978.

65 Se pueden observar múltiples reformas e inclusiones normativas desde 1950. Para ampliar el tema se pueden consultar las notas de vigencia de los códigos sustantivo y procesal del trabajo en los siguientes enlaces: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html y http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimental_laboral.html respectivamente.

66 Inclusive, se dice que ahora existe una tercera parte dedicada a los procedimientos constitucionales (parte procedimental).

67 Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 108.

68 *Ibíd.*

69 *Ibíd.*

70 *Ibíd.*, p. 111

modelo liberal de Estado de Derecho europeo existente hasta el momento en dos aspectos en particular, la rematerialización de contenidos en la Constitución, p.e. inclusión de catálogos de derechos más amplios, referencia a principios y valores como fines del Estado; y el desbordamiento constitucional en el sistema jurídico, pues se reconoce realmente la superioridad de esta norma y ahora esta está garantizada, lo que a la vez implica que los jueces se puedan comunicar directamente con la Constitución y ya no a través del Legislador⁷¹.

Esta transformación supone entonces no sólo un cambio en la forma de pensar del jurista, sino que supone un vuelco en las instituciones del poder y en la forma como el Derecho concibe las estructuras jurídicas básicas. Aquí se retorna al planteamiento hecho arriba sobre el paradigma iusprivatista, pues la estructura del Estado y sus relaciones hasta el momento se habían diseñado sobre la base de instituciones como la propiedad privada, el contrato o las obligaciones, y ahora se le plantea un reto enorme pues no sólo cambia la estructura jurídica de las normas, sino su objeto, que hasta puede resultar contradictorio, p.e., debe defender lo público y lo privado, a los individuos y las comunidades, la economía de mercado y la justicia social.

Christian Courtis⁷² explica que el modelo de los derechos sociales, y por extensión el modelo de Estado de Derecho que los contiene, es un paradigma jurídico reciente, si se lo compara con la tradición de derecho patrimonial del derecho privado a la que se aludió antes. Esto trae como consecuencia que la respuesta a las preguntas tradicionales: “¿Cómo diseñar las relaciones entre los sujetos que son titulares de los derechos? ¿Cuáles son los alcances de estos derechos? ¿Cuáles son las obligaciones que surgen de estos derechos? ¿Quiénes son los sujetos deudores de estos derechos? ¿Cuáles y cómo deberían ser sus instrumentos de garantía o de protección?”⁷³ no se encuentren ya en la dogmática o doctrina tradicionales, sino que ahora se requieran nuevas teorías y categorías, que por cierto, no son de fácil recibo en la praxis jurídica, y que no se encuentran en la teoría privada del Derecho, que aún es la predominante en las facultades de Derecho y entre la mayoría de operadores judiciales.

3. Transformaciones del Trabajo y Trabas al Ejercicio del derecho al trabajo

“Las fuerzas de los mercados financieros parecen haber enloquecido, humillando a los gobiernos, reduciendo el poder de los sindicatos y de otros agentes de la sociedad civil y creando una sensación de vulnerabilidad extrema para unos individuos que se enfrentan con unas fuerzas y decisiones que los desbordan”

Klaus Schwab

71 Cfr. *Ibíd.* p. 114

72 Christian Courtis, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en, Miguel Carbonell, de., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta – UNAM, 2007, p. 186.

73 *Ibíd.*

El trabajo ha sufrido constantes y significativos cambios desde los mismos inicios de la historia de la humanidad, por lo que no se le puede analizar con los parámetros con los que se lo concebía en la antigua Roma, en donde la esclavitud era lícita, o en el medioevo, con las relaciones feudales, o por ejemplo con la mirada de Henry Ford a principios del siglo XX; pero es durante las últimas décadas donde se pueden observar cambios con mayor rapidez, en su mayoría, asociados a las transformaciones económicas y políticas mundiales.

Es importante mencionar que estos cambios pueden estudiarse también desde una visión basada en la ética⁷⁴ predominante para la época sobre lo que debería ser el trabajo, por ejemplo, para las tribus indígenas de la antigüedad era la forma de satisfacer las necesidades básicas y perpetuar la vida, algo así como el trabajo de una araña que teje su red para proveerse de alimentación y una morada, pero su actividad nunca trascenderá a otros fines más elevados⁷⁵; en la edad media se relacionaba con el trabajo artesano y/o de los talleres regidos por un maestro que enseñaba su arte a uno o varios aprendices⁷⁶, y que proporcionaba una gratificación a quien lo ejercía, pues se aprendía un arte hasta perfeccionarlo. En este momento el trabajo adquiere un significado profundo para el ser humano y ya no se relaciona únicamente con la sobrevivencia.

Posteriormente, hacia fines del siglo XIX, el ingenio e invención humanas llevan a que ocurra el salto a la era industrial; un período marcado por el desarrollo tecnológico y que permite el nacimiento de las grandes factorías. La industrialización marcó la entrada de la modernidad, y con ella, uno de los cambios más importantes en la concepción del trabajo, pues desde entonces se reafirma que éste es vital para la gratificación del ser humano, y por ende, es un fin en sí mismo. Esto se conoce como la *ética del trabajo*, concepto que explica Bauman⁷⁷ como “una norma de vida”. Este autor explica que esta norma se puede entender a partir de dos premisas explícitas y dos presunciones tácitas:

La primera premisa dice que, si se quiere conseguir lo necesario para vivir y ser feliz, hay que hacer algo que los demás consideren valioso y digno de un pago. (...) La segunda premisa afirma que está mal, que es necio y moralmente dañino, conformarse con lo ya conseguido y quedarse con menos en lugar de buscar más; que es absurdo e irracional dejar de esforzarse después de haber alcanzado la satisfacción; que no es decoroso descansar, salvo para reunir fuerzas y seguir trabajando. Dicho de otro modo: trabajar es un valor en

74 Cfr. Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p. 17 y s. Bauman plantea a lo largo de este libro que el sentido del trabajo en la época moderna radica precisamente en la “ética del trabajo”, que es uno de los conceptos que permite explicar la llegada a la modernidad. En el presente documento se utiliza el término ética del trabajo en un sentido más amplio para aludir a la forma en que en las diferentes épocas históricas se concibió este hecho social.

75 La idea de realizar esta comparación surgió de la lectura del texto de Julio César Benítez, “El voluntariado en el mundo laboral en el Ecuador”, Op. Cit., p. 283, aunque allí el autor utiliza la metáfora en un sentido diferente.

76 Esto evoca la idea del trabajo con cierto romanticismo, muy al estilo del libro *El Perfume* de Patrick Süskind.

77 Cfr. Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p. 17

sí mismo, una actividad noble y jerarquizadora. (...)

La primera presunción tácita (...) es que la mayoría de la gente tiene una capacidad de trabajo que vender y puede ganarse la vida ofreciéndola para obtener a cambio lo que merece (...) La otra presunción sostiene que sólo el trabajo cuyo valor es reconocido por los demás (trabajo por el que hay que pagar salarios o jornales, que puede venderse y está en condiciones de ser comprado) tiene el valor moral consagrado por la ética del trabajo.” (Subrayado fuera de texto)⁷⁸

Como se observa, el sentido del trabajo cambia sustancialmente⁷⁹ y adquiere una relevancia antes inusitada, al punto de que puede ser considerado un valor tan importante como la justicia o la paz; además, se constituyó en una de las bases de la sociedad moderna, pues era la forma en que podía darse el “progreso”⁸⁰; no sólo porque repercutía directamente en las formas de producción, es decir, en la economía, sino también porque constituyó avances sociales y en el Derecho, ya que en esta época se empiezan a gestar los movimientos sindicales, vitales para la reivindicación de los derechos de los trabajadores⁸¹.

La ética del trabajo, concepto tan loable a primera vista, empezó a ofrecer dificultades cuando fue atado a otros como el control social y el consumismo. En el primer caso, con la exclusión de los *indeseables*, es decir, de todos aquellos que no podían trabajar o se encontraban marginados de la sociedad, p.e., los mendigos⁸². En el segundo, debido a que a principios del siglo XX se cambia nuevamente el paradigma de generación de riqueza, y ahora se le atribuye a la acumulación de capital (ya no al trabajo o a la tierra como ocurrió en etapas anteriores), y a la rapidez con la que se puedan cambiar los *stock* de producción, lo que implica movilizar rápidamente al consumidor y acrecentar el consumo.

No se ahondará en otros aspectos económicos de este punto, pues no es el esfuerzo del presente escrito, pero si se mencionará que en lo social, el efecto causado por esta unión se evidenció en el cambio ético de la concepción del ser humano, pues en este contexto es sujeto de derechos sólo quien puede trabajar y por ende tiene capacidad de consumir, es decir, quienes en una lógica liberal puedan defenderse y abastecerse por sí mismos, de lo contrario, serán sujetos de protección o asistencia estatal cuando sumo. En concepto de Bauman, este modelo determinó la

78 *Ibíd.*, p. 17 y 18

79 *Ibíd.*, p. 38 a 40. En estas páginas Bauman explica que la ética de trabajo es un producto europeo, pues en Estados Unidos el incentivo no era de tipo moral sino económico.

80 *Ibíd.*, p. 19 y 37. Explica Bauman que a través de la ética del trabajo se supera la resistencia al progreso y el conformismo de los obreros tradicionalistas, forjados en la ética Fordista.

81 Sobre el nacimiento de las legislaciones laborales y los sindicatos se pueden consultar por ejemplo: Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado, coord., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, UNAM, México, 1997.

82 Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p 26 y ss. En estas páginas se puede encontrar una explicación detallada de la forma en que se marginaba a los indeseables de la sociedad.

tendencia a “medir el valor y la dignidad de los seres humanos en función de las recompensas económicas recibidas”⁸³

Como consecuencia de lo anterior, se redimensiona el concepto de pobreza y se lo relaciona con la capacidad de trabajar y consumir. En ese orden de ideas, se ha superado el viejo concepto de pobreza acuñado desde la ética del trabajo relacionado con el desempleo, pues eran inconcebibles los “pobres que trabajan”⁸⁴, ahora, la pobreza se mide en términos de “condición social y psicológica: puesto que el grado de decoro se mide por los estándares establecidos por la sociedad(...)”⁸⁵ y ¿de qué otra forma alcanzarlos sino es por medio del consumo? La dignidad humana se centra entonces, con cierta perversidad, en la capacidad económica. De ahí la importancia del rol de los derechos humanos como ética pública para la actualidad, que rompe cuando menos jurídicamente con la postura expuesta, pues el reconocimiento de la dignidad humana se centra en las personas, no en las condiciones accesorias que le rodean.

Explica Bauman, que el consumismo responde a una lógica de satisfacción de deseos y consecución de la felicidad:

“Como señaló Freud antes del comienzo de la era del consumo, la felicidad no existe como estado; sólo somos felices por momentos, al satisfacer una necesidad acuciante. Inmediatamente surge el aburrimiento. El objeto del deseo pierde su atractivo ni bien desaparece la causa que nos llevó a desearlo. Pero el mercado de consumo resultó ser más ingenioso de lo que Freud había pensado. Como por arte de magia, creó el estado de felicidad que -según Freud- resultaba inalcanzable. Y lo hizo encargándose de que los deseos surgieran más rápidamente que el tiempo que llevaba saciarlos, y que los objetos del deseo fueran reemplazados con más velocidad de la que se tarda en acostumbrarse y aburrirse de ellos.”⁸⁶

Hecha esta somera mención a la triada trabajador – pobreza – consumo, es pertinente intentar responder el interrogante de ¿cómo llegó el consumismo a afectar el trabajo? Para explicar este punto, es importante hablar de los cambios económicos ocurridos desde mediados del siglo XX que llevaron al predominio del pensamiento liberal.

De acuerdo con este conjunto de ideas, se requiere generar crecimiento económico en aras de mejorar las condiciones de la sociedad, pero ello sólo es posible si se generan ciertas condiciones que hicieran apto el cambio. En este momento es cuando se evidencia el nacimiento de las políticas neoliberales, cuyo rasgo más importante es el privilegio del sector privado por sobre el público, que aunque fuese indispensable para generar la repartición de riqueza y la estabilidad social, había

83 *Ibíd.*, p. 41

84 *Ibíd.*, p. 63.

85 *Ibíd.*, p. 64.

86 *Ibíd.* p. 66.

demostrado ser ineficiente y de muy costoso funcionamiento.

¿Cuál es la razón por la que la ética del trabajo cambió tan rápidamente en los últimos años del siglo XX? ¿Por qué la situación se mantiene durante estos primeros años del siglo XXI? En las próximas páginas se intentará abordar los principales rasgos de la *transformación del trabajo*, como fenómeno que afecta profundamente el mundo del Derecho e inclusive de la Política, y al cual sólo se puede realizar un acercamiento si se toma como punto de partida el material sociológico disponible.

3.1 Transformaciones de la Economía Mundial

Para hablar de las transformaciones de la economía mundial era imprescindible hacer cuando menos un breve repaso histórico, por ello se ha mencionado un poco de la historia del trabajo, lo equivale en cierta forma a haber hablado de la historia económica, pues se trata de dos caras de la misma moneda. Ahora se debe hacer un alto en lo que ocurrió en los primeros años del siglo XX, y cómo el *Fordismo* marcó el hito en cuanto a las relaciones laborales, para desde allí acercarse a una explicación de las transformaciones del trabajo a consecuencia de los cambios en la economía mundial.

A principios del siglo XX se conocieron dos formas de producción: la taylorista y la fordista. La primera de ellas se atribuye a Frederick Winslow Taylor, que en 1912 planteaba la organización de la fábrica a partir de controlar los procesos y tiempos que le tomaba llevarlos a cabo a los obreros, para que una administración centralizada se encargara de vigilar el cumplimiento del trabajo. Adicionalmente, dicha supervisión limitaría el que los obreros supieran *el cómo hacer* y se les pudiera establecer en un mismo rango de trabajadores *rasos*⁸⁷. Lo más importante de este planteamiento es que se buscaba conseguir una producción a bajo costo, y la forma en que se consideraba que se podía lograr, era a partir de la reducción de salarios; esto porque el trabajador ganaría su salario en razón de la cantidad de producción o piezas que elaborara o ensamblara⁸⁸.

El Fordismo es contemporáneo del taylorismo, pues nace con Henry Ford, hacia 1908, pero se diferencia del taylorismo no por la forma de estructurar la cadena de producción, que de hecho se basaba en el sistema taylorista (producción en cadena), sino en la concepción de ganancia económica, pues él consideraba que si los trabajadores tenían un salario alto, tendrían capacidad de compra y por tanto, ese consumo beneficiaría a la fábrica, o en otros términos retornaría a las arcas

87 Alain Lipietz, *El posfordismo y sus espacios. Las relaciones capital-trabajo en el mundo*, Serie Seminarios Intensivos de Investigación, Documento de Trabajo N° 4, PIETTE – Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 2, y Benjamín Coriat, *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Siglo Veintiuno, España, 1991.

88 Cfr Ibid.

de Ford. Adicionalmente, respetaba el *saber hacer* de los obreros, por lo que era usual que un trabajador pasara toda su vida en dicha fábrica, ascendiendo poco a poco⁸⁹.

El fordismo fue posible gracias al Estado bienestar, que suponía varias características que se verán más adelante, pero vale la pena mencionar aquí la *rigidez en las relaciones profesionales*⁹⁰, que implicaba: la rigidez de la contratación salarial y de la legislación laboral. Pero la entrada de los años 60 con el cambio de paradigma de producción y del modelo económico supuso la terminación de la era *fordista*. Explica Alain Lipietz que las dos grandes virtudes del fordismo: su paradigma tecnológico, y, la perfección de la institucionalización de la negociación capital-trabajo (rigidez en las relaciones profesionales)⁹¹, fueron precisamente sus puntos de quiebre, pues no le hicieron posible a este modelo asumir los cambios y crisis que se dieron en los 70, como por ejemplo la caída del Bretton Woods, el ascenso del sector financiero⁹² y la crisis del petróleo en 1973.

Ahora bien, ese cambio de paradigma fordista puede denominarse posfordismo, pero no debe entenderse que se trata de una única nueva forma de producción, sino de varias que conviven en este período, toyotismo, neotaylorismo, etc.,⁹³ y que tienen al menos un punto en común, la flexibilización, sobre la cual se ahondará en páginas posteriores.

Se tiene entonces para finales de los 70 un mundo en rápido cambio y con serios desequilibrios económicos. Surgen para ese momento políticas de ajustes, a la cabeza de Reagan y Thatcher, basadas en el monetarismo. Explica Lipietz, que el monetarismo es un modelo de desarrollo y que “(...) es una forma de emisión de la moneda que no se rige por la estabilidad macroeconómica⁹⁴, desde el punto de vista del empleo.” agrega el autor: “Entonces, el monetarismo fue una forma de lucha contra la inflación que, en realidad, tenía un contenido más profundo, que era una ofensiva para la destrucción de los viejos compromisos capital/trabajo desde el punto de vista de las formas de contratación entre capital y trabajo, no de la forma de organización del trabajo.”⁹⁵ Posteriormente en los años 80 del siglo XX surgen los movimientos neoliberales que completan el panorama del cambio de paradigma económico y traen consigo la

89 Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p. 50. El autor explica que la construcción del proyecto de vida a partir del trabajo, típico del fordismo, es un concepto superado. “La perspectiva de construir, sobre la base del trabajo una identidad para toda la vida ya quedó enterrada definitivamente para la inmensa mayoría de la gente.”

90 Alain Lipietz, *El posfordismo y sus espacios. Las relaciones capital-trabajo en el mundo*, Op. Cit., p. 11

91 *Ibíd.*

92 Agustín Wylder, *Mutación del trabajo, identidad y posfordismo: precisiones metodológicas y apuestas conceptuales*, en <http://www.aset.org.ar/congresos/7/12019.pdf>

93 Para ampliar información remitirse a los autores referidos, Lipietz, Wylder, Coriat.

94 No se ahondará en el análisis económico de estos temas, pues ello supera los esfuerzos y objetivos del presente trabajo.

95 Alain Lipietz, *El posfordismo y sus espacios. Las relaciones capital-trabajo en el mundo*, Op. Cit., p. 12

consolidación de la flexibilización laboral y la precarización. En este punto resulta oportuno terminar la descripción del panorama laboral con las palabras de diagnóstico de Manuel Castells⁹⁶:

El problema es que las empresas europeas, enfrentadas con costos laborales más altos que sus competidores, tienden a introducir tecnología para eliminar trabajo, compran insumos industriales de otros países de menor costo y, cada vez más, orientan sus inversiones hacia América o Asia. Si Europa quiere integrarse plenamente en la economía global es muy dudoso que se pueda permitir la continuación del estado del bienestar actual y de la relativa estabilidad de empleo. Y no parece realista pensar que los gobiernos y empresas europeas van a renunciar a dicha integración en los mercados globales.

3.1.1 Modelo Económico Neoliberal

El cambio del paradigma económico se puede situar, de acuerdo con lo expuesto por Thomas Palley⁹⁷, en los inicios de los años ochenta del siglo XX, tiempo en el que el pensamiento Keynesiano, en el que el Estado cumplía una función primordial en la normalización económica y la repartición de la riqueza, es reemplazado por el neoliberal.

Indica Palley⁹⁸, que este pensamiento es representado principalmente por Milton Friedman y la Escuela de Chicago, quienes indican que la intervención del Estado en la economía no es benéfica, pues genera grandes distorsiones en el mercado, y que éste puede regularse a sí mismo. Adicionalmente se deben tener presentes, en concepto del autor, dos principios críticos del neoliberalismo: la teoría de la distribución del ingreso, y la teoría de la determinación del empleo agregado.

El primer principio hace referencia a que “[L]os factores de producción (trabajo y capital) se pagan conforme a su valor. Ello se realiza mediante los procesos de oferta y demanda, por lo cual el pago depende de la escasez relativa de factores (oferta) y su productividad (que afecta la demanda).”⁹⁹ El segundo, indica: “[L]os mercados libres no permiten que los factores de producción valiosos (incluyendo al trabajo) se desperdicien. En cambio, los precios se ajustarán para asegurar la demanda futura y se empleen todos los factores.”¹⁰⁰

Este movimiento afectaría con mayor fuerza a los países en vías de desarrollo gracias a la aparición del *Consenso de Washington*¹⁰¹ a inicios de los años noventa del siglo XX. Estas políticas

96 Manuel Castells, “Empleo, trabajo y sindicatos en la nueva economía global”, en *Revista La Factoria*, N° 1, octubre 1996, s.f, s.l., p. 1

97 Cfr. Thomas I. Palley, “Del keynesianismo al neoliberalismo: paradigmas cambiantes en economía” (título original, “From Keynesianism to Neo-liberalism: Shifting Paradigms in Economics”), en *Revista Economía UNAM*, Vol 2., Num 4, en: <http://www.ejournal.unam.mx/ecu/ecunam4/ecunam0407.pdf> (22-VIII-2010)

98 *Ibíd*

99 *Ibíd*, p. 138

100 *Ibíd*.

101 El Consenso de Washington se puede resumir como la serie de medidas económicas que organismos

se pueden resumir en los diez puntos planteados en 1989 por John Williamson en el documento “What Washington Means by Policy Reform”¹⁰², que bien podría traducirse como “Lo que Washington quiere decir con reforma política”.

Williamson se pronuncia sobre las medidas económicas que deberían adoptarse en los siguientes sectores: (1) Déficits Fiscales, (2) Prioridades del Gasto Público, (3) Reformas Fiscales, (4) Tasas de Interés, (5) Tasas de Cambio, (6) Políticas de Comercio, (7) Inversión Extranjera, (8) Privatización, (9) Desregulación, (10) Derechos a la Propiedad. Para lo que interesa al objetivo del presente documento, se tocará únicamente el punto nueve.

La desregulación se concebía como una forma de fomentar la competencia económica, especialmente en América Latina, en donde se encontraban los mercados económicos más regulados del mundo. Explica Williamson en su documento, tomando como fundamento lo expuesto por Balassa en 1986, que entre los mecanismos de regulación se encuentran (a) controles al establecimiento de nuevas empresas e inversiones, (b) restricciones al ingreso de inversión extranjera y salida de capitales, (c) control de precios, (d) barreras a las importaciones, (e) asignación de créditos en modo discriminatorio, (f) altas tasas en el impuesto a la renta de las empresas combinado con mecanismos discrecionales de reducción de impuestos, y (g) límites a los despidos de empleados.

Debido a que este tipo de medidas eran administradas por funcionarios mal pagados, se corría el riesgo de fomentar la corrupción; además, era común que se regularan las actividades productivas caso a caso o por decretos del Gobierno, lo que fomentaba la falta de certeza y nuevamente, promovía la corrupción. Finalmente, indica Williamson, que con estas medidas se discriminaba a las pequeñas y medianas empresas, importantes fuentes de creación de empleo, y que eran las más afectadas por la burocracia¹⁰³.

Williamson nunca explicó cuáles serían los “beneficios” que el consenso traería a América Latina, sólo se limitó a mencionar que medidas como las mencionadas fueron exitosas para los Estados Unidos desde que se implantaron en el Gobierno de Carter¹⁰⁴. Lo que no se previó desde el consenso, es que las condiciones políticas, sociales y económicas de América Latina eran muy

internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, implementaron durante los años noventa del siglo XX para apoyar a los gobiernos de países en vías de desarrollo. Para ampliar información ver textos como el de Ramón Casilda Béjar, “America Latina y el Consenso de Washington”, en *Boletín Económico de ICE N° 2803*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, 2004, en: http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2803_19-38_4F750124143128257278CDB775B3F4F9.pdf (22-VIII-2010)

102 John Williamson, *What Washington means by Policy Reform*, en <http://www.iie.com/publications/papers/print.cfm?researchid=486&doc=pub> (22-VIII-2010). Se utilizará una traducción libre de la suscrita del texto.

103 *Ibíd.*, traducción libre de la suscrita.

104 *Ibíd.*

diferentes, y que se requería no sólo un planteamiento económico, pues estas medidas fueron implementadas para reducir los problemas de los países en vías de desarrollo, pero años después se puede observar que en muchos de los casos su implementación agravó los males que se buscaba atacar, especialmente la pobreza y el desempleo¹⁰⁵. Se puede decir entonces, que la ciencia económica intentó bastarse sola y falló¹⁰⁶.

Esto puede explicarse en parte tomando tres factores primordiales en cuenta. En primer lugar, la influencia del pensamiento neoliberal, de acuerdo con el cual, el trabajo debe pagarse conforme a su valor, es decir, por el que dicta el libre juego del mercado, o sea, de la oferta y la demanda. En segundo lugar, la influencia de las políticas de desregulación, que permitieron que el mercado fuese quien determinara el valor y las condiciones del trabajo, y tercero, la flexibilización y precarización, que como se verá más adelante, permiten al oferente de puestos de trabajo reclutar mano de obra barata y a su conveniencia, y sin mayores obligaciones jurídicas o sociales.

Este fenómeno se puede denominar como el surgimiento del *mercado de trabajo*¹⁰⁷. Esta expresión a primera vista no dice mucho ni causa temor, pero si se le analiza a la luz de lo antedicho, se entenderán con mayor claridad sus consecuencias. Se trata pues del *lugar* en donde confluyen la oferta y la demanda, los compradores y vendedores de fuerza laboral, pero se debe recordar que el trabajo y el ser humano son indivisibles, o en palabras de Karl Polanyi, “la fuerza de trabajo no es una simple mercancía, esta no puede ser comprada o vendida por separado de sus poseedores”.¹⁰⁸

Como se puede observar, se trata de un evento de lenta ocurrencia que a la postre resultó en la prevalencia del orden económico en la vida de las sociedades, al punto de que se puede hablar del surgimiento del neoliberalismo no como una posible forma de organizar económicamente una nación, sino como un valor que debe conseguirse a cualquier costo. Por ello con razón denuncia Pierre Bordieu que el neoliberalismo se convirtió en dogma de fe¹⁰⁹.

Lo complicado de esta forma de pensamiento es que permitió justificar el privilegio de la productividad, del desarrollo, del crecimiento económico, la competitividad y de la eficiencia, entre otros factores, por sobre la dignidad y la felicidad humanas¹¹⁰. El anhelo de desarrollo económico

105 Ver Ramón Casilda Béjar, Op. Cit., p. 6 y 7. Indica el autor que el mismo Williamson años después y ante los resultados desalentadores reconoció que varios temas habían quedado excluidos de la agenda, la mayoría especialmente referidos a la equidad.

106 Este planteamiento coincide con las palabras de Pierre Bordieu, quien sostiene que los aprendices economicistas ignoran la miseria material y moral. Ver. Pierre Bordieu, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999, p. 17.

107 Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p. 148. Este autor sostiene, basándose en lo dicho por Offe, que deben disociarse el mercado de trabajo y el trabajo.

108 Zygmunt Bauman, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 28.

109 Pierre Bordieu, *Contrafuegos*, Op. Cit., p. 43.

110 El pensamiento neoliberal pervive y aún se encuentra profundamente arraigado en el pensamiento

no es por sí mismo despreciable, pero la historia ha demostrado que el crecimiento por el crecimiento mismo no tiene sentido¹¹¹, y que un régimen económico no puede ser el norte de un Estado. Se requiere dotar a las instituciones y al Derecho de sentido y sobre todo, de valores, o cómo explica Robert Cobbaut “se requiere que las nuevas condiciones productivas se ajusten a las demandas de justicia socio-económica, no al contrario.”¹¹².

3.1.2 Flexibilización

Se esbozaron los elementos históricos que influyeron en el cambio del paradigma del trabajo entre 1910 y 1970/1980, esto es importante para entender el por qué las empresas y el mundo del trabajo se transformaron, basándose en dos aspectos en concreto: buscar nuevas formas de aumentar la productividad y reducir el costo del trabajo¹¹³.

La OIT ha definido este fenómeno como sigue: “Doctrina que preconiza el alivio de las regulaciones del trabajo las cuales son consideradas como un obstáculo al crecimiento y a la creación de empleos. Incluye flexibilidad en salarios, horas de trabajo, organización del trabajo, y también en la utilización de la mano de obra a través de prácticas flexibles de reclutamiento y empleo.”¹¹⁴

Explica por su parte Martin Carnoy, que entiende por la flexibilización:

Por flexibilidad entiendo que los cometidos laborales y el tiempo de trabajo pueden adaptarse constantemente a productos, procesos y mercados cambiantes. Eso hace a los trabajadores cada vez más autónomos en el proceso laboral. Las empresas exigen una cualificación superior, capacidad de autoprogramarse, responsabilidad individual y disposición a seguir planes flexibles y trabajar jornadas más prolongadas. Las empresas también aflojan los lazos que las ligan a los trabajadores. El objetivo es lograr una mano de obra *just-in-time* que permita a las empresas aumentar el número de horas (y trabajadores) cuando aumente la demanda y reducir el número de horas cuando caiga. En la práctica, eso quiere decir más trabajo

economicista, inclusive en autores latinoamericanos, como puede observarse de la lectura de textos recientes como el de la venezolana María Candelaria Rodríguez, “La flexibilidad laboral en Venezuela ¿la antinomia entre desarrollo de los mercados de trabajo o la acentuación de la precarización laboral”, en: Betty Espinosa, coord., *Mundos del trabajo: Pluralidad y transformaciones contemporáneas*, Quito, FLACSO, 2008. Esta autora aborda el tema de la flexibilidad laboral como paradigma contemporáneo del trabajo, y lo hace con énfasis económico, pero no tiene en cuenta aspectos sociales vitales para el análisis. Sin embargo, sus planteamientos servirán más adelante para exponer algunas de las trabas al derecho fundamental al trabajo.

111 Bauman plantea precisamente las preguntas más relevantes al respecto: eficiencia y crecimiento ¿de qué? ¿para qué? ¿para quiénes? ¿para llegar a?. Cfr. Zygmunt Bauman, Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres, Op. Cit., p. 146. Sirve también para ejemplificar la situación el ejemplo del cibertopo presentado por este mismo autor. Él refiere a la existencia de un topo que vive en las profundidades de la tierra y requiere buscar constantemente tomas eléctricas para recargar sus baterías, pero su labor no tiene sentido en la medida de que su ciclo se reduce a recargarlas y prontamente correr a buscar una nueva toma para evitar que estas se descarguen y así sucesivamente. Cfr. Zygmunt Bauman, *Modernidad Líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 148.

112 Robert Cobbaut, “El nuevo estatuto del trabajo”, en: Betty Espinosa, coord., *Mundos del trabajo: Pluralidad y transformaciones contemporáneas*, Quito, FLACSO, 2008, p. 50.

113 Cfr. Martin Carnoy, *El trabajo flexible en la era de la información*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 79.

114 Tesoro de la OIT, <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp> Término: Flexibilidad del trabajo.

eventual y a tiempo parcial, así como más contratos de obra con trabajadores por cuenta propia. Algunos trabajadores también buscan lazos más débiles con la empresa, prefiriendo trabajar con contratos de obra y disfrutar de la libertad para firmar contratos con diversas compañías.¹¹⁵

Como se observa, la flexibilización tiene una cara puramente economicista, pues se busca privilegiar la renta y/o las utilidades por sobre otros factores. Eso explica que se realice un recorte de costos, atacando principalmente a la relación de trabajo, que suponía unos altos gastos para el empresario en el esquema rígido, es decir, además del salario que percibían los trabajadores / empleados¹¹⁶, se debía pagar la seguridad social, las primas de servicios o salarios trece y catorce, las horas extra, etc. Adicionalmente, los empresarios encuentran que estos costos se pueden reducir también trasladando las sedes de producción a países en que la mano de obra es más barata o que tienen regulaciones legales más flexibles que en los países de origen. Típico ejemplo de esta forma de actuar son las maquilas mexicanas, que nacieron en 1966, a raíz de un decreto de 1965, que busca estimular la actividad económica en el país, y que supone una reducción de costos a las empresas norteamericanas, pues no sólo se paga mano de obra más barata, sino que también implica reducción de impuestos, pues una vez terminados los productos en México, se importaban o reingresaban a territorio americano como materia prima, y sólo se pagaba un arancel muy bajo¹¹⁷.

Retomando lo dicho por la OIT frente a los cuatro aspectos principales en que este fenómeno se presenta: (1) Flexibilización de salarios, (2) Flexibilización de las horas de trabajo, (3) Flexibilización de la organización del trabajo y (4) Flexibilización en el reclutamiento de mano de obra¹¹⁸, cabe resaltar que los aspectos 1, 2 y 4 sólo son posibles en la medida que los gobiernos y las legislaciones internas se flexibilicen de forma tal, que las acciones de los empresarios no sean consideradas ilegales. La flexibilización en este punto es considerada inclusive como valor, pues se suele hacer referencia a la *rigidez* de las regulaciones laborales como algo indeseable y usando su sentido lingüístico peyorativo¹¹⁹. Lo preocupante de este asunto es que se instrumentaliza impúnemente al ser humano, pues se convierte en el medio para alcanzar el fin *lucro*. La situación es un poco más compleja, pero lo que no se debe perder de vista es que existe el compromiso

115 Martin Carnoy, *El trabajo flexible en la era de la información*, Op. Cit., p. 79 y 80.

116 En este punto se hablará indistintamente de empleador o trabajador, por cuanto se está en un momento en que empleo equivale a trabajo, de acuerdo con lo explicado en la primera parte. Posteriormente se podrá hacer más claramente la distinción, pues se revalorizan otras facetas del trabajo como una respuesta a la crisis del empleo, tales como el trabajo autónomo o el de cuidado, que en cierta manera, son la forma cómo los trabajadores relegados del sistema pueden conseguir los medios de subsistencia.

117 Cfr. Kurt Loess, Van V. Miller y David Yoskowitz, "Internacionalización empresarial, salarios, formación y rotación de los trabajadores de las maquilas", en *Revista Internacional del Trabajo*, v. 27, N° 2-3, OIT, 2008, p. 277.

118 Tesoro de la OIT, <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp> Término: Flexibilidad del trabajo.

119 En el mismo sentido Laura Pautassi, "Recetas para todo, trabajo para pocos. La transformación del trabajo y de la política social en América Latina", en *ICONOS, Revista de Ciencias Sociales N° 11*, FLACSO, Ecuador, julio 2001, p. 52.

internacional de los Estados de *trabajo decente*, para mejorar el trabajo al interior de sus fronteras, pero que aún falta bastante camino por recorrer.

En cuanto al punto número 3, se relaciona con el uso de las nuevas tecnologías, de la sociedad del conocimiento y la globalización de la producción (este último punto será tratado más adelante); en el primer y segundo caso, debido a que se cambia la concepción del trabajo de la otrora explotación agrícola (relacionada con la fisiocracia), pasando por el trabajo industrial, hasta llegar a la economía de los servicios¹²⁰, que implica una alta especialización de los trabajadores (o conocimiento), de quienes ahora no sólo se espera conozcan la tecnología y la usen para vender servicios a los empresarios, sino también, la utilicen como nueva forma de producción, típico caso este del *silicon valley*¹²¹. Lo dicho por Manuel Castells¹²² ejemplifica mejor la situación:

Lo que las nuevas tecnologías de información y comunicación permiten es la individualización creciente del proceso de trabajo y la organización de la producción en red, mediante la utilización sistemática de subcontratas, de consultorías (sic) y servicios especializados, de trabajadores temporales, a tiempo parcial o a la tarea. Y esto en todos los niveles de cualificación. La empresa moderna es una red de producción, servicios e información que se conecta con otras empresas igualmente reticulares, de forma que cada trabajador recibe una tarea o un salario de forma cada vez más individualizada.

Otra forma de abordar este tema es a partir de la explicación de Laura Pautassi, quien expone que la flexibilización se da en cinco aspectos principales: (1) en el mercado de trabajo, (2) en el empleo, refiriendo a la facilidad y bajo costo económico del despido (3) en el puesto de trabajo ó rotación de los trabajadores, (4) en la remuneración, (5) en el ambiente de trabajo - está contaminado o es riesgoso para el trabajador-.¹²³

Se deben tener en cuenta dos elementos luego de haber apuntado lo anterior; en primer lugar, la referencia se sigue haciendo únicamente frente al empleo, que si bien es la cara más conocida del trabajo no es la única, como se dejó establecido en la primera parte del presente escrito. Lo segundo, es que la flexibilización laboral es un proceso complejo que se interrelaciona, p.e., la flexibilización en cuanto a protección de riesgos laborales (Pautassi) va atada a la flexibilización en el reclutamiento de mano de obra, que puede implicar la existencia de un contrato de prestación de servicios que en realidad es un contrato laboral escondido¹²⁴.

120 Cfr. Martin Carnoy, *El trabajo flexible en la era de la información*, Op. Cit., p. 21.

121 *Ibíd*, p. 19 y ss y 80 y ss

122 Manuel Castells, "Empleo, trabajo y sindicatos en la nueva economía global", Op. Cit. p. 2

123 Laura Pautassi, "Recetas para todo, trabajo para pocos. La transformación del trabajo y de la política social en América Latina", Op. Cit., p. 52 y 53.

124 Esto tiene serias repercusiones en el sistema colombiano, pues el sistema de seguridad social en riesgos profesionales está organizado en forma tal, que los trabajadores independientes (es decir, personas que usualmente

Ello implica una grave puesta en riesgo de los derechos de las personas, no sólo en términos de acceso al trabajo, pues la flexibilización es uno de los factores que permite que el trabajo se siga haciendo un bien cada vez más escaso, ya que su oferta se maneja desde el mercado de trabajo, como una cosa o bien no muy diferente de las acciones de bolsas de valores¹²⁵, sino también se afecta la libertad de trabajo, pues las personas aceptan puestos de trabajo en ocupaciones diferentes a la suya, y finalmente, se afectan los derechos humanos laborales de las pocas personas que tienen empleos típicos y atípicos (esta diferencia se verá en el siguiente acápite), pues deben soportar las condiciones flexibles que les imponga su empleador a efectos de no perder su puesto de trabajo.

3.1.3 Precarización Laboral

La precarización laboral si bien tiene que ver con las condiciones económicas insuficientes de los trabajadores, no se puede entender en ese sentido y hacerlo sería erróneo, pues es una causa del empobrecimiento de los ingresos de los trabajadores, no una consecuencia. En todo caso, es diferente precarización a pauperización. La precarización refiere realmente a la duración de los contratos laborales. En ese orden de ideas, vale la pena traer a colación las definiciones dadas por la RAE y la OIT.

La primera acepción que la RAE hace al definir la palabra precario/a es la siguiente: “adj. De poca estabilidad o duración.” Por su parte, el tesoro de la OIT indica sobre el empleo precario: “Relación laboral donde falta la seguridad de empleo, uno de los elementos principales del contrato de trabajo. Este término comprende el contrato temporal y el contrato a tiempo fijo, trabajo a domicilio y la subcontratación.”¹²⁶ La OIT refiere también a este como *trabajo atípico*, lo que ya da un matiz sobre lo que se entiende por este fenómeno y evoca inmediatamente, al menos para los juristas, a la tipicidad o no de los contratos, es decir, a que existan expresamente denominados y regulados en una ley o código.

Como se observa, la diferencia entre flexibilización y precarización es muy sutil, al punto, que es difícil diferenciarlas, pero se debe tener presente que la flexibilización es el proceso más general, pues se relaciona con la producción, y/o su planeación, mientras que la precarización se refiere a una parte de esa *planeación*, el contrato; se puede decir que existe una relación

suscriben contratos de prestación de servicios) no están obligadas a afiliarse a ninguna Administradora de Riesgos Profesionales (ARPs) y si lo hacen, deben enfrentarse con toda una serie de trabas burocráticas del sistema mismo, y deben asumir ellas mismas el pago mensual de la cotización por este riesgo. En comparación, las personas que tienen un contrato de trabajo sí deben estar afiliadas a una ARP, pues sus empleadores están obligados a ello, y además, son ellos los que asumen el pago de esta prestación, no los trabajadores.

125 Indica precisamente Laura Pautassi que la flexibilización sólo ha causado más precarización laboral, al contrario de lo que plantea la tesis ortodoxa o neoliberal, que defiende la desregulación prácticamente total, a efectos de que el mercado mismo regule la oferta de trabajo y con ello se cree más empleo. Cfr. Laura Pautassi, “Recetas para todo, trabajo para pocos. La transformación del trabajo y de la política social en América Latina”, Op. Cit., p. 52 y 42.

126 Tesoro de la OIT en <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp>

instrumental, pues la precarización es una forma de flexibilización, pero la flexibilización no se sirve únicamente de esta estrategia.

Pese a que difiere un poco la explicación sobre precarización de Laura Pautassi¹²⁷ a la dada por la OIT, vale la pena presentar brevemente sus planteamientos. La autora se refiere a la precarización también como trabajo atípico o *casual work*, indicando que se trata del empleo que no reúne las condiciones del empleo típico, y que generalmente está subprotegido. Indica adicionalmente que el *casual work* reviste cuatro modalidades:

- i) el trabajo asalariado de plazo determinado y corta duración,
- ii) el empleo asalariado oculto,
- iii) el empleo dependiente que no se encuentra en una situación típica ni oculta de empleo asalariado, pero es dependiente de empresas más grandes, sea por razones de crédito, alquiler o renta de equipo o instalaciones, y
- iv) el empleo independiente 'verdadero' para diferenciarlo del que lo es sólo aparentemente, en razón que se trata de 'asalariados ocultos'.¹²⁸

Finalmente, se debe decir que la precarización está estrechamente relacionada con la inseguridad laboral, que ha sido entendida por la OIT como “(...)la sensación subjetiva de amenaza que tienen los empleados con respecto a la posibilidad de continuar ocupando sus puestos de trabajo y a la inseguridad objetiva de los empleados con contratos de empleo precarios.” No es posible analizar los efectos psicológicos y sociales de la precarización en este escrito, sin embargo, resulta importante mantener presentes elementos como el precedente, pues no en vano la Declaración Universal de los Derechos Humanos habla de realizar la vida libres de temor y miseria, además de la interconexión que existe entre los derechos, al punto que ya se están realizando estudios sobre los impactos psicológicos del desempleo prolongado, y cómo éste puede llegar a convertirse en una nueva forma de trato degradante y/o tortura¹²⁹.

3.1.4 Globalización

La globalización¹³⁰ es un fenómeno multidireccional y con múltiples facetas, pues se pueden

127 Laura Pautassi, “Recetas para todo, trabajo para pocos. La transformación del trabajo y de la política social en América Latina” Op. Cit., p. 49.

128 Ibíd.

129 Este tipo de estudios se está realizando en Argentina. Infortunadamente no se encontró el artículo que meses atrás tuvo la suscrita en sus manos sobre el tema, por lo que se refiere al lector a una fuente alterna para ampliar la información. <http://josebuendia.blogspot.com/2010/03/nuevo-libro.html>

130 Algunos refieren a este fenómeno como la mundialización, pero este tema no se tocará en el presente escrito,

identificar cuando menos la tecnológica, la económica, la social, la cultural y la jurídica y política. Por esta razón, no es posible analizar con la misma óptica a todas y cada una de ellas, pues ello sería incorrecto, y si bien están interrelacionadas, ello no implica en modo alguno que sean una sola y misma cosa. En ese orden de ideas resulta interesante presentar brevemente la lectura de este fenómeno hecha por Michelangelo Bovero¹³¹, quien sostiene que existen, al menos, siete clases de globalización: (1) Jurídica, (2) Política, (3) Económica, (4) Informática, (5) Psicológica ó del miedo, (6) Militar ó de la guerra y (7) De la Izquierda. Esta clasificación permite evidenciar la multiplicidad de consecuencias que este fenómeno apareja, pero a efectos del presente documento, se hará referencia a la económica, la jurídica y a la política.

En ese orden de ideas, la globalización económica, indica Bovero, se ha articulado en dos dimensiones principalmente: “(...) la extensión mundial de los intercambios de mercancías y de dinero, esto es la globalización del mercado y de la finanza; y el desarrollo transnacional o <de-localización> de las empresas, es decir la globalización de los procesos productivos.”¹³² Por otra parte, la globalización jurídica se refiere al universalismo de los derechos, y la política, a la expansión de la democracia como forma de organización del poder. Indica Bovero que mientras la globalización económica e informática son procesos reales, la jurídica y la política son ideales normativos¹³³. Ahora bien explica este autor que este tipo de procesos se encuentra en crisis, y en gran parte se debe a la globalización económica, que ha logrado reunir, por demás de manera muy peligrosa, el poder económico y el político, en lo que ha él ha denominado, la *colusión y confusión entre poder económico y poder político*¹³⁴.

La consecuencia de esto, en palabras de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización de la ONU, es una globalización inequitativa y parcializada, que afecta en especial a los más pobres. Indica esta comisión:

El actual proceso de globalización esta produciendo resultados desiguales entre los países y dentro de ellos. Se esta creando riqueza, pero son demasiados los países y las personas que no participan de los beneficios y a los que apenas se tiene en cuenta, o se ignora totalmente, a la hora de configurar el proceso. Para una gran mayoría de mujeres y hombres, la globalización no ha sido capaz de satisfacer sus aspiraciones sencillas y legítimas de lograr un trabajo decente y un futuro mejor para sus hijos. Muchos de ellos viven en el limbo de la economía informal, sin derechos reconocidos y en países pobres que subsisten de forma precaria y al margen de la economía global. Incluso en los países con buenos resultados económicos hay trabajadores y

por desbordar los esfuerzos y enfoque del mismo.

131 Michelangelo Bovero, “¿Siete globalizaciones?, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vásquez, comp., Globalización y Derecho, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador , Quito, 2009, p. 135.

132 Ibíd., p. 136

133 Ibíd., p. 143

134 Ibíd., p. 141

comunidades que se han visto perjudicados por la globalización.¹³⁵

Adicionalmente, para esta comisión el problema de la globalización no es esta en sí misma, sino las deficiencias en su gobernanza: Los mercados globales han crecido rápidamente y sin un desarrollo paralelo de las instituciones económicas y sociales necesarias para que estos funcionen de forma fluida y equitativa¹³⁶. Le asiste razón a la comisión en cuanto a que el problema no es el fenómeno en sí, sino la falta de gobierno, pues una cosa son las relaciones mundializadas y otra diferente la incapacidad de los Estados y del Derecho para dar rápida respuesta a las desviaciones económicas y políticas, o en otras palabras, no debe confundirse la globalización con el nuevo imperialismo de las corporaciones y multinacionales. Además, se equivoca la comisión al intentar dimensionar los efectos de una sola globalización, pues como se mencionó, existen varios procesos de globalización, que deben ser abordados de manera diferente.

Como se observa, el problema de la globalización frente a los derechos, en especial los sociales, además de ser muy serio, radica en la falta de compromiso político para garantizarlos, pues se ha llegado a un punto en que el poder económico puede ser sin lugar a dudas identificado con el político, pero al parecer, aún se está a tiempo para evitar que aquél toque el poder jurídico, y siga deteriorando la situación de trabajo/empleo en el mundo; por ello resulta relevante finalizar esta parte mencionando las recomendaciones o elementos fundamentales por los que hay que luchar con urgencia, definidos por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización en 2004, pero que aún tienen plena vigencia:

- una buena gobernanza política, basada en un sistema político democrático, el respeto de los derechos humanos, el imperio de la ley y la justicia social;
- un Estado eficaz, que garantice un crecimiento económico alto y estable, proporcione bienes públicos y protección social, potencie las capacidades de las personas mediante el acceso universal a la educación y a otros servicios sociales, y promueva la igualdad de género;
- una sociedad civil dinámica, que disponga de libertad de asociación y de expresión, y que refleje y exprese toda la diversidad de opiniones e intereses. También resulta fundamental la existencia de organizaciones que representen los intereses públicos, a los pobres y a otros grupos desfavorecidos, para garantizar así una gobernanza participativa y socialmente justa, y
- la existencia de sólidas organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores resulta esencial para que se establezca un dialogo social fructífero.¹³⁷

135 Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, OIT, Ginebra, 2004, p. X y Xi.

136 *Ibíd.*, p. Xi

137 *Ibíd.*, p. Xii

3.2 Algunos Cambios Sociales

3.2.1. Migración Laboral

La *Movilidad Humana* es un tema complejo y difícil de abordar en pocas páginas, pues al contrario de lo que se piensa usualmente, reviste más facetas que la migración internacional; se encuentran cuando menos, la migración interna, el desplazamiento interno, el refugio y el asilo, los viajeros o turistas, la situación de los apátridas, la migración fronteriza y la migración circular. Esto en cuanto al referente geográfico y algunas motivaciones intrínsecas y extrínsecas; sin embargo, hay que agregar el componente ocupacional ó móvil que “empuja” la migración, por ejemplo, los estudios, la reagrupación familiar, la inversión económica, la búsqueda de empleo, huir de las situaciones de riesgo a la vida e integridad personal, etc.

Como se observa luego de esta breve mención, se pueden encontrar múltiples factores que pueden propiciar una migración y relacionarse con factores económicos, pues no se trata únicamente del caso típico de mejoramiento del ingreso familiar. Por esta razón se referirá específicamente el tema de la migración internacional laboral, entendiendo por ella el traspaso de fronteras internacionales que realizan las personas, con una expectativa de conseguir empleo y con ello mejorar sus ingresos económicos. La presentación del tema se realizará con apoyo en el texto de Massey, et. al.¹³⁸, que expone de manera concreta las principales teorías que se utilizan en la actualidad para explicar los flujos migratorios.

Explica Massey que existen, al menos, diez teorías para explicar la migración internacional: (1) el modelo macroeconómico (neoclasicismo económico), (2) el modelo microeconómico (también del neoclasicismo económico), (3) la nueva teoría económica de la migración, (4) del mercado dual, (5) de los sistemas mundiales, (6) perpetuación de los flujos internacionales, (7) en red, (8) institucional, (9) de acumulación causal y (10) de los sistemas de migración.

Se realiza esta enumeración en aras de mostrar la complejidad del tema y las múltiples ópticas para abordarlo, sin embargo, no es posible en el presente escrito detenerse en todas y cada una de las teorías enunciadas, por lo que se presentará a continuación sólo lo más relevante para el tema bajo análisis.

Massey indica que las anteriores teorías no son excluyentes del todo entre sí, pues aún cuando sea de manera fragmentada explican el fenómeno migratorio¹³⁹; indica también este autor

138 Douglas S. Massey, et. al., “Teorías de Migración Internacional: una revisión y aproximación” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo - ReDCE*, Año 5, N° 10, Julio – Diciembre de 2008, Universidad de Granada, Granada – España, 2008. Existe gran cantidad de estudios que analizan las migraciones desde variados puntos de vista, por ello el texto de Massey, et. al., resulta de gran apoyo, pues condensa de manera más o menos completa las principales posturas sobre el tema. Aunque el texto se centra en lo económico, se hacen algunas referencias a cuestiones sociológicas que no se pueden descuidar al momento de mirar el tema.

139 *Ibíd.*, p. 436.

que los flujos migratorios laborales internacionales han aumentado considerablemente durante las últimas tres décadas y se pueden encontrar explicaciones en todos los niveles de análisis, el individual, el familiar, el nacional y el internacional. Indica Massey sobre la explicación de la migración desde la postura de varias de las teorías:

Un «enfoque económico neoclásico» sobre las diferencias de salario y las condiciones de trabajo entre Estados, así como sobre costes de migración, concibe generalmente estos movimientos como decisiones individuales que tratan de maximizar los ingresos personales. El enfoque de la «nueva teoría económica de migración», en contraste, considera las condiciones de una diversidad de mercados, y no sólo aquellas del mercado de trabajo. Este último entiende la migración como una decisión de tipo familiar tomada para minimizar los riesgos sobre los ingresos familiares o para reducir las restricciones de capital en la actividad productiva familiar. La «teoría del mercado laboral dual» o la «teoría de los sistemas mundiales» generalmente ignoran los procesos de decisión en el nivel microeconómico, centrándose en las fuerzas operativas en niveles mucho mayores de agregación. El primero liga la inmigración a las necesidades estructurales de las economías industrializadas modernas, mientras que el segundo observa la inmigración como una consecuencia natural de la globalización económica y de la expansión del mercado más allá de los límites nacionales.¹⁴⁰

Estas tesis tienen en común la explicación desde factores *pull and push*, pues reflejan que la toma de decisión sobre la migración laboral se centra en el ingreso, bien sea porque los contextos nacionales empujan a la persona a buscar mejorar ó mantener el ingreso familiar, o porque la atraen por esta misma razón o por otras como las indicadas arriba, relacionadas con la globalización económica.

Sea como fuere, lo cierto es que se trata de un cambio en las dinámicas del trabajo, y en lo que al presente escrito interesa, un reto para la protección jurídica de los y las trabajadoras migrantes, pues en la medida que los derechos vivieron los tres grandes procesos históricos de positivación, generalización e internacionalización¹⁴¹, la protección que deben brindar los Estados a sus nacionales se debe extender más allá de sus fronteras para el caso de los países de origen, y a los de destino les supone un esfuerzo antes inusitado, de reconocimiento a personas no nacionales de su territorio. Esto implica, palabras más palabras menos, que ahora los Estados deben ocuparse, además de la garantía de los derechos individuales y sociales de sus nacionales, de los derechos individuales y sociales de las personas de nacionalidad extranjera que se encuentran en su territorio.

Por esta razón surge en 1990 la Convención Internacional sobre la Protección de los

140 Ibíd p. 437

141 Cfr. Rafael De Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 17, Dykinson, Madrid 2001, p. 79. Algunos autores incluyen un cuarto proceso histórico, la especificación, que se refiere al reconocimiento de derechos a ciertos colectivos de personas, p.e., las mujeres, las minorías étnicas, los niños, etc.

derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que sólo entro en vigencia hasta el año 2003 y cuenta en la actualidad con 44 Estados Parte, pero sólo 31 de ellos han ratificado el instrumento. Pese a la existencia de múltiples instrumentos internacionales sobre el tema¹⁴², el panorama aún no es alentador para los trabajadores migrantes, y los mecanismos de protección aún se muestran insuficientes.

3.2.2. Esclavitud y Prácticas Análogas a la Esclavitud

Estos dos temas tal vez sean el referente más importante para poder definir en lo práctico, si una actividad puede considerarse como trabajo o no. La noción básica que se suele tener sobre estas figuras se remonta probablemente a las clases de historia, en las que se enseñaba cómo los afrodescendientes eran raptados del África y trasladados en barcos hacia América, y se percibe como algo superado e intolerable en el presente; sin embargo, no es así, pues perviven prácticas como la trata de personas y otras prácticas análogas a la esclavitud relacionadas con prácticas culturales, por ejemplo, el matrimonio de niñas a cambio de una dote.

La lucha contra la esclavitud lleva muchos siglos, pero para la época contemporánea interesa el proceso iniciado en el año 1926, cuando se suscribe la Convención sobre la esclavitud (Slavery, Servitude, Forced Labour and Similar Institutions and Practices Convention) de la entonces Sociedad de las Naciones, siendo este el primer instrumento internacional en que se hace una definición jurídica de este fenómeno social¹⁴³. El artículo 1º, parr. 1 de dicha convención define la esclavitud, y en el parr. 2 la trata de esclavos:

Artículo 1

A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.¹⁴⁴

En las consideraciones de este instrumento se indica la existencia de un informe, elaborado

142 La misma Convención enuncia en los considerandos el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105), todos de la Organización Internacional del Trabajo.

143 Cfr. David Weissbrodt, y Liga contra la Esclavitud, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, (HR/PUB/02/4), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), 2002, en www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf (4-XI-2010), p. 4

144 En <http://campus.oimconosur.org/descarga/instrumentos-legales/> (4-XI-2010)

por la *Comisión Temporal sobre la Esclavitud* designada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 12 de junio de 1924. Indica David Weissbrodt¹⁴⁵ que dicha comisión elaboró una lista de formas de esclavitud¹⁴⁶, dentro de las que se encuentran:

- El sojuzgamiento¹⁴⁷
- La importación, la trata y el comercio de esclavos
- La esclavitud o servidumbre (doméstica o predial)
- Las prácticas restrictivas de la libertad de la persona o que tienden a ejercer el control de la persona en condiciones análogas a la esclavitud, como por ejemplo:
 - a) La compra de niñas mediante pago que se hace pasar por dote, entendiéndose que ello excluye las costumbres matrimoniales tradicionales;
 - b) La adopción de niños de cualquier sexo con el fin de reducirlos a su virtual esclavitud o deshacerse de sus personas en última instancia;
 - c) Todas las formas de sometimiento o reducción de personas a servidumbre por deudas u otros motivos
- El sistema de trabajo forzado, público o privado, con remuneración o sin ella.

Posteriormente, en 1956, se adoptó La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Este instrumento abarcó más situaciones y obligó a los Estados parte a abolir la esclavitud y las siguientes prácticas¹⁴⁸:

- a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;
- b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;
- c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

145 David Weissbrodt, y Liga contra la Esclavitud, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, (HR/PUB/02/4), Op. Cit., p.5

146 Indica David Weissbrodt, Op. Cit., p. 5, que esta información se encuentra en el Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo de la Sociedad de las Naciones (A.17.1924.VI.B), 1924, citado en «The suppression of slavery»: memorando presentado por el Secretario General al Comité Especial sobre la Esclavitud, documento de las Naciones Unidas ST/SPA/4 (1951), párr. 22. Infortunadamente no fue posible acceder a ninguna de dichas fuentes, por lo que excepcionalmente se presenta la información de fuentes secundarias a partir del trabajo de Weissbrodt.

147 Indica la RAE: “Sojuzgar: Sujetar, dominar, mandar con violencia.”

148 David Weissbrodt, y Liga contra la Esclavitud, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, (HR/PUB/02/4), Op. Cit., p. 6.

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Como se observa, estos instrumentos cubrían los rasgos generales de las situaciones que podían considerarse como esclavitud y servidumbre, y tocaban básicamente con tres temas centrales que permitían determinar la existencia o no de situaciones de esclavitud; estos son: “i) el grado de restricción del derecho inherente de la persona a la libertad de circulación; ii) el grado de control de la persona sobre sus pertenencias personales; y iii) la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena comprensión de la naturaleza de la relación entre las partes.”¹⁴⁹

En concepto de la suscrita, este planteamiento aún está plenamente vigente¹⁵⁰ para entender algunas alusiones de los instrumentos internacionales que en la actualidad se refieren al tema, en concreto, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* del año 2000 y el protocolo complementario del mismo año: *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (más conocido como el Protocolo de Palermo).

Este último instrumento se refiere específicamente a la trata de personas y la define en el artículo 3° así:

Artículo 3. Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de

149 Ibid., p. 7

150 Cfr Ibid., p. 1. Esto porque Weissbrodt menciona que no se ha hecho una nueva formulación de definición de esclavitud para el mundo moderno, pero el texto fue escrito por este autor entre 1998 y 1999; fue aceptado para publicación por el Consejo Económico y Social en 2001, y fue publicado en 2002. Aunque la convención no entró en vigencia sino hasta el año 2003.

explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

Esta convención y el Protocolo de Palermo tienen el mérito de actualizar el concepto de esclavitud a las circunstancias actuales, y dar herramientas jurídicas para combatir esta actividad ilícita, que ha trascendido las fronteras nacionales y se presenta vinculada al delito organizado transnacional. Reportaba en 2008 la OIT que existen alrededor de 2.4 millones de personas que fueron traficadas en algún momento, y que las ganancias por este delito son de aproximadamente 32 billones de dólares al año¹⁵¹. Este tema ha sido abordado por varias agencias de las Naciones Unidas, como la OIT, la OIM y la UNODC pues reviste una gran complejidad, debido a la multiplicidad de formas de explotación y la confluencia de las mismas, bien sea en la banda criminal, o en una misma víctima; p.e, porque personas captadas mediante ofertas de trabajo en Colombia han terminado siendo explotadas en prostitución en Trinidad y Tobago, y han sido trasladadas pasando por Venezuela.

Para finalizar esta parte, se debe mencionar que pese a los méritos de la convención del año 2000 y el Protocolo de Palermo, estos adolecen de una imprecisión al confundir el traslado y/o la venta de las personas con la explotación misma, pues suele ocurrir que las bandas criminales dividan estos dos momentos y a la hora de buscar la judicialización de los presuntos delincuentes, no sea posible sancionarlos penalmente, debido a que es casi imposible probar que dicha *transacción* estuvo relacionada con la explotación. Suele disfrazarse los momentos de traslado y/o venta, con simples traslados por contrato de transporte en los que el transportador desconocía la finalidad, o que dicho momento sea juzgado como tráfico de migrantes, situación que también implica serias dificultades probatorias. Este tema es apasionante, pero requeriría de otro texto exclusivamente para hablar sobre él¹⁵².

151 Cfr. Organización Internacional del Trabajo, *ILO Action against trafficking in human beings*, 2008, p. 1, en http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/ILO_Action_against_trafficking_in_human_beings.pdf (13-XI-2010)

152 Existe una multiplicidad de instrumentos internacionales sobre materias conexas, especialmente para hacer frente a la trata de mujeres, que en su momento se conocía como trata de blancas, pero debido a la amplitud de este tema, se remitirá al lector al trabajo de David Weissbrodt, y Liga contra la Esclavitud, *La abolición de la esclavitud*

3.3 Achicamiento del Estado y Fin del Estado Bienestar

La disminución de tamaño de los Estados es otra de las trabas que existen en la actualidad para el derecho al trabajo, y sus otras dos facetas, la libertad de trabajo y los derechos humanos laborales. Esta situación se produce como consecuencia directa de la aplicación de políticas económicas neoliberales, de acuerdo con las cuales, se debe reducir la intervención del Estado a su mínima expresión, pues esto afecta el curso del mercado y genera fallas. Los planteamientos económicos del neoliberalismo están basados en la libertad negativa llevada al extremo y en una igualdad formal exacerbada, pues no tienen en cuenta que no todos los sujetos cuentan con las mismas posibilidades de abastecerse por sí mismos y por ende entrar al libre juego del mercado, y que de allí nazca la necesidad de la acción del Estado para poner a todos los individuos en real igualdad de condiciones.

Tal vez lo que no se pensó con el suficiente detenimiento, es que la reducción de la intervención estatal en términos del Consenso de Washington, no se dio sólo en términos de acción, sino de activos, de allí que se dieran tantos procesos de privatización y venta de bienes del Estado hacia los años 90 del siglo XX en varios países de América Latina, y ello a su vez se tradujo en la pérdida de poder económico, pues si se mira en retrospectiva, no sólo se privatizaron funciones típicas de los Estados, como la prestación de servicios públicos, se vendió la posibilidad de explotación económica y se redujo su volumen de negocios, lo que redujo aún más su tamaño, hablando en lo económico y su posibilidad de absorción de empleo. Es cierto que los Estados, en especial los de América Latina, suelen ser cuerpos pesados, de lento movimiento, evolución y adaptación (por lo que usualmente se les compara con elefantes), y además tienen serios problemas de corrupción, pero eran una fuente más o menos fiable de redistribución económica.

Pero antes de seguir con las consecuencias, es importante ir atrás y mencionar qué se entiende por Estado Bienestar. Indica Laura Pautassi al respecto: “Bajo esta denominación se comprende diversos regímenes de transferencias sociales, o transferencias fiscales con fines considerados propios de una política social.”¹⁵³ y esta política social no era otra que la de dar cobertura a **contingencias sociales** tales como la vejez, la enfermedad y el desempleo.¹⁵⁴

y sus formas contemporáneas, Op. Cit., que contiene una completa enunciación y descripción de la normativa internacional desde principios del siglo XX. No se debe olvidar tampoco la existencia de los Convenios de la OIT N° 29 de 1930 y 105 de 1957 (abolición del trabajo forzoso) y 182 de 1999 (abolición de las peores formas de trabajo infantil).

153 Laura Pautassi, “El Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina” en Víctor Abramovich, et al, *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 235. Señala además los 3 ejemplos más conocidos de Estado Bienestar: *Welfare State* (Estado de Bienestar anglosajón), *Wohlfahrtsstaat* ó *Sozialstaat* (Estado de Bienestar o Estado Social Alemán), ó el Estado providencia francés (*État-providence*).

154 *Ibíd.*

Si bien existen antecedentes de intervención estatal para favorecer a los sectores desfavorecidos, por ejemplo con las Poor Laws inglesas de 1601 o los Talleres Nacionales de Francia de 1848, esta figura como se le conoce hoy en día no se consolida sino hasta mediados del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial¹⁵⁵. De acuerdo con los planteamientos de Ferrán Requejo, el nacimiento del Estado Benefactor y del Estado Social, se relacionan directamente con la posibilidad de consolidar democracias, por ello no resulta raro que ocurra precisamente en esta época histórica y en los países europeos. Explica el autor “Lo que nos interesa destacar es que se ha ido imponiendo la idea de que sin una dimensión *social* que elimine la dependencia fáctica, material, de los ciudadanos situados por debajo de ciertos límites socio-económicos, la misma *lógica* democrática carece de una base efectiva para su realización. Con ello llegamos a los conceptos de *Estado social* y de *Estado de Bienestar*”¹⁵⁶

Prosigue el autor a explicar el Estado Bienestar de la siguiente forma: “En sentido amplio, tanto el término *social* como el de *bienestar* se refieren a una organización política estatal, desarrollada en los países capitalistas industrializados, asociada a una serie de medidas intervencionistas por parte de los poderes públicos que rompe con la noción liberal de la independencia del mercado como principal agente regulador de las interrelaciones económicas y sociales.”¹⁵⁷

Como se observa, el término *Estado Bienestar* puede definirse así: una forma de organización política, económica y jurídica, que propende por el otorgamiento de beneficios económicos a las personas que no pueden afrontar por sí mismas contingencias sociales. La relación del Estado Bienestar con el *trabajo* es estrecha, pues precisamente este sistema fue pensado alrededor de la mayor contingencia de todas, la falta de trabajo y/o la insuficiencia de ingresos.¹⁵⁸

Es importante aprovechar este punto, para no dejar suelto el tema del Estado Social, que debe entenderse como un estadio más avanzado del Estado Bienestar, pues no sólo se ocupa de los aspectos generales del *bienestar*, sino que incluye una preocupación por los problemas generales del sistema estatal¹⁵⁹; el primero está relacionado con las crisis o contingencias sociales, el segundo con medidas estructurales. Por su estrecha relación suelen ser confundidos y utilizados como sinónimos.

Se suele pensar que se trata de un sistema único, caracterizado por la fuerte intervención del

155 Cfr. Ferrán Requejo Coll, *Las Democracias*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 146, y 139 a 141.

156 *Ibíd.* p. 142

157 *Ibíd.* El autor utiliza el término Estado de Bienestar en un sentido histórico, pues lo circunscribe a las democracias liberales de la segunda postguerra, por ello en esta parte de su libro se refiere indistintamente a Estado Social o Estado de Bienestar. Además, indica que el término deja de explicar la estructura de los Estados en los años ochenta del siglo XX.

158 Cfr. Laura Pautassi, “El Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina”, *Op. Cit.*, p. 235 y 236.

159 *Ibíd.*

Estado, pero existen cuando menos tres modelos de Estado Bienestar¹⁶⁰: (1) el liberal o residual, (2) el corporativo o industrial-meritocrático y (3) el social demócrata o institucional redistributivo. El primero es quizás el más extendido y conocido en América Latina, y se caracteriza por la cobertura, usualmente mediante subsidios, a quienes no tienen medios económicos o tienen bajos ingresos. Es un esquema de baja cobertura estatal. El segundo, implica el otorgamiento de beneficios de acuerdo con el mérito, el rendimiento en el trabajo y la productividad; se relaciona fuertemente con la preservación de la familia nuclear, y se basa en el principio de subsidiariedad de la prestación; se da en países como Alemania, Austria, Francia e Italia. Finalmente, el modelo social demócrata, típico de los países escandinavos, se basa no en la intervención del Estado para garantizar únicamente las necesidades mínimas y/o en casos de que el individuo no se baste sólo, sino en promover una igualdad social en los estándares más elevados, de allí que se base en el universalismo y la desmercantilización de los derechos sociales.¹⁶¹

La crisis del Estado Bienestar empezó a manifestarse en los años 80 del siglo XX¹⁶², y este momento paradójicamente coincide con los descritos páginas atrás del nacimiento de constituciones en América Latina con mayor contenido social y de levantamiento del neoliberalismo como movimiento de pensamiento económico popular, en especial a raíz de la crisis de 1973¹⁶³. La crisis se presenta básicamente por razones económicas como la caída de los excedentes económicos, los altos déficit fiscales, los problemas de financiación de la inversión y la inflación, el cambio tecnológico (y la consecuente reducción de puestos de trabajo), entre otros; explica Ferrán Requejo:

Desde mediados de los años setenta las democracias se encontrarán con una crisis de acumulación de capital frente a la que no resultarán ya operativas las soluciones keynesianas de estímulo de la demanda en el ámbito interior de un sólo país. Ahora un crecimiento del gasto público a partir de un aumento del déficit más bien generará inflación. Esta nueva situación vendrá acompañada, además, de una disminución de las inversiones y de un aumento del desempleo, fenómenos frente a los que resultará circular pretender aplicar de nuevo la medida inicial, es decir, un nuevo aumento del gasto público. Éste último pasa, así, en pocos años, de ser contemplado como la clave de la solución de los problemas socio-económicos, a ser el foco de todas las críticas por constituir el principal obstáculo del ahorro y la inversión, teniendo que soportar (...) las diatribas

160 La presentación que se realizará a continuación se basa en el texto de Laura Pautassi “El Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina”, Op. Cit., p. 237 y 238.

161 Esto permite pensar en los sistemas existentes en la actualidad en América Latina, especialmente en el caso colombiano, como en sistemas mixtos basados en el modelo liberal residual y el corporativo industrial. Aunque para ser fieles a la exposición presentada, y teniendo presente que el Estado Bienestar en estricto sentido dejó de existir en los años 80 del siglo XX como plantea Ferrán Requejo en “Las Democracias” Op. Cit., en América Latina no existen Estados Sociales de Derecho, sino algo más o menos parecido al esquema de Estados de Bienestar, sin llegar tampoco a serlo.

162 Laura Pautassi “El Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina”, Op. Cit., p. 246 y Ferrán Requejo Coll, *Las Democracias*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 157 coinciden en este aspecto.

163 Cfr. supra N° 2.1, 2.2. y 3.1.1

neoliberales y, en parte, las neoconservadoras, que lo consideran el motivo principal de erosión del incentivo del trabajo.¹⁶⁴

Es importante resaltar como lo hizo este autor, que una cosa es el gasto público y otra diferente o más específica es el gasto social como parte de aquel, por lo que si bien la crisis y agotamiento del sistema Estado Bienestar se puede atribuir a la caída de los excedentes económicos, es erróneo endilgársela completamente al gasto social, como se hizo durante mucho tiempo¹⁶⁵. Se deben tener en cuenta otros factores que incidieron en ello, como por ejemplo los indicados por Bauman¹⁶⁶, tales como las ideológicas y políticas como el surgimiento de élites neoconservadoras (a la cabeza de Reagan, Thatcher y Juan Pablo II), que buscaban recuperar ciertos *status quo* perdidos, y la división internacional del trabajo¹⁶⁷, que generó un deterioro de las condiciones de trabajo en los países centrales y sembró la semilla de ese mismo deterioro -que se desarrollara años después y aún perviva- en los países de América Latina¹⁶⁸.

Ahora bien, visto lo anterior y con fundamento en los planteamientos de Ferrán Requejo, de acuerdo con los cuales el Estado de Bienestar dejó de existir desde los años 80 del siglo XX¹⁶⁹, no resulta descabellado sostener que la crisis del Estado Bienestar no afectó a América Latina, pues ésta aún continúa en un estadio previo a dicho modelo, es decir, el achicamiento del Estado, o lo que sería lo mismo, el desmontaje del Estado Bienestar, no se dio, por cuanto el modelo nunca llegó a madurar aunque fuese un discurso permanente; lo anterior implica a la vez que los *Estados Sociales* de América Latina no sean más que declaraciones, pues lo que se observa en la actualidad es una serie de políticas sociales aisladas, y enfocadas a ciertos sectores socio-económicos, y una explosión de programas y proyectos, la gran mayoría financiados por la cooperación internacional¹⁷⁰.

164 Ferrán Requejo Coll, *Las Democracias*, Op. Cit., p. 157

165 *Ibíd.*, p. 158 a 163, en especial ver p. 160

166 Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 78.

167 Expresión usada por Laura Pautassi en el Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina”, Op. Cit., p. 247, no por Bauman.

168 Explica Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p. 82 y ss, que esto se dio porque la demanda de mano de obra cambia, y ya no se necesita la mano de obra educada y alimentada por el Estado Bienestar, ahora se requiere una mano de obra flexible, ocasional, de *part time*, y poco educada, (y en palabras de la suscrita, manipulable) que se encuentra abundantemente en Asia y América, y bajo la mirada de Gobiernos complacientes y de democracias poco consolidadas. Este último fenómeno es explicado por Boaventura de Souza Santos como la *transacción desarrollo – derechos humanos*, pues se sacrifican los derechos sociales temporalmente, en especial en los países de la periferia, en aras del mejoramiento de las condiciones económicas, para que a su vez, cuando éstas alcancen su óptimo, sea posible la anhelada *futura* realización de aquellos. Para ampliar este tema ver Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 225 y s

169 *Ibíd.*, p. 162

170 La existencia de programas sociales en vez de políticas sociales es expuesta por Laura Pautassi en “Recetas para todo, trabajo para pocos”, Op. Cit.

El desmonte del Estado bienestar, en estricto sentido, no es una traba para el trabajo en América Latina, pues no llega a consolidarse; sin embargo, si se le entiende en un sentido amplio, sí le supone un gran tropiezo, por cuanto ya no existe un ente capaz de generar procesos de redistribución económica, como se expuso al iniciar este acápite, y las políticas sociales y de regulación jurídica frente al trabajo ya no tienen un doliente, pues se deja el papel de regulación al *omnipotente* mercado. La retracción en la acción del Estado y en su tamaño se traduce en que las personas deben abastecerse a sí mismas, es decir, se impone una política darwiniana, en la que sobrevivirán los más aptos, aquellos que puedan absorber las contingencias sociales sin demandar mayores prestaciones del Estado¹⁷¹, mientras que los que están fuera de dicho grupo, engrosarán las filas de las *underclass*¹⁷², que reciben atención paliativa del Estado. En resumen, el desmonte del Estado y el fin del Estado Bienestar suponen una transformación de los derechos en privilegios, pues el no acceso supondría un Estado que favorece o le es indiferente la situación de las personas¹⁷³.

Vale la pena acotar en este punto, aun cuando sea de manera somera, que existe una gran diferencia entre el Estado de Bienestar y el Constitucional, pues en estricto sentido el primero no pertenece a una categoría jurídica, sino que refiere más bien a actividades desplegadas por los Estados para absorber las contingencias sociales; como consecuencia, no existía una tipificación de los beneficios lo que implicaba la no garantía de aquellos y consecuentemente, que no fuesen derechos. Esto cambia con el surgimiento del Estado Constitucional, pues uno de sus fines es precisamente la garantía de derechos, dentro de los cuales se encontrarán los sociales, que ya no son una dádiva del poder público, sino su fin último, se entiende entonces que lo social está inmerso y no hace falta explicitarlo. Se puede pensar que ello también ocurría en el Estado Social, pero no es así, porque este tipo de Estado va de la mano del Estado de Derecho, que si bien representaba una forma de regular el poder público, no contaba con la garantía de realización de derechos, en la medida que suponía la sujeción del mismo a la Ley, es decir, el mandato emanado del Parlamento, que podía cambiar irrestrictamente.¹⁷⁴

171 Descritos por Laura Pautassi -con referencia al derecho a la seguridad social- como un reducido grupo con buenos niveles de ingreso que puede costearse un sistema privado de seguridad social. Por el contrario habrá un grupo de excluidos de dicha posibilidad, compuesto por los desempleados y todos aquellos que trabajen bajo nuevas formas de contratación y relaciones laborales, basadas en la precariedad y la informalidad. “El Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina” Op. Cit., p. 253

172 Término acuñado por Gunnar Myrdal en 1963 y que refiere a los sectores de la población que quedan desempleados y sin posibilidades de reubicarse laboralmente; y visto desde la ética del trabajo, tendría una connotación moral más grave aún, pues se entendía que ya no tenía sentido tenderles una mano porque habían elegido una *vida enferma*. Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Op. Cit., p. 106.

173 Cfr. Francisco Javier Ansúategui, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 24, julio 2010, p. 59

174 Cfr. Rámiro Ávila, “Del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario*

3.3.1 *Incumplimiento de los derechos de los Trabajadores y Debilitamiento del Sistema de Protección*

El derecho internacional se caracteriza por la positivación de manuales de buenas intenciones, la cuestión se reduce muchas veces a la cultura de la diplomacia y la bondad de fronteras hacia afuera, pero el reiterado incumplimiento de compromisos adquiridos internacionalmente. Esto es evidente en mayor medida en cuanto a las normas laborales. En ese orden de ideas se pueden identificar cuando menos cinco problemas recurrentes en el tema del cumplimiento de normas laborales¹⁷⁵:

1. Capacidad económica de los Estados para sostener el costo que conlleva la aplicación de las normas de la OIT.
2. La falta de participación real (pasada y/o presente) de varios Estados parte en la discusión y formulación de las normas de la OIT.
3. Aplicación de las normas nacionales e internacionales en los Estados parte. Esto debido a que gran parte de la normativa de la OIT se queda en el terreno del *soft law*, que resulta muy adecuado para la interpretación normativa, pero no tiene fuerza coercitiva que apoye su cumplimiento. Adicionalmente, existe una amplia cultura del incumplimiento por parte de los empleadores y la sociedad en general, por lo que las normas pierden vigencia *de facto*, bien sea por falta de uso, por desconocimiento de los destinatarios o falta de apoyo social, p.e., la relación costo beneficio por el incumplimiento de celebrar contratos laborales es atractiva para los empleadores que prefieren celebrar contratos de prestación de servicios de manera indiscriminada, ya que no son sancionados por las autoridades del trabajo.
4. Control de las normas. Tiene que ver mucho con el anterior problema, pero se da con relación a la permisividad de los Estados y a la percepción de que “[l]as dificultades económicas del momento parecen justificar, a juicio de algunos, todas las infracciones”¹⁷⁶. Esta dificultad se exagera con la existencia de reglamentos laborales excesivamente detallados y técnicos que son prácticamente imposibles de cumplir a cabalidad, y con las falencias institucionales de los Estados que implican a) no tener el aparataje adecuado para investigar las faltas e imponer las sanciones respectivas; b) la lentitud de la justicia.

de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p 777, 778 y 786. El autor expone la evolución del Estado a partir de tres modelos básicos: del absoluto al de derecho y de ahí al constitucional. En el primero la autoridad es quien ostenta el poder, en el segundo lo hace el Parlamento, por ello la importancia de la Ley para someter al poder público, finalmente, en el tercero es la Constitución la que limita al poder y garantiza la realización de los derechos fundamentales de las personas.

175 Estas dificultades se extractaron del texto del ex- director de la OIT Jean-Michel Servais, “Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales del trabajo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número conmemorativo, sexagésimo aniversario*, México, UNAM, 2008, p. 1117 a 1152.

176 *Ibíd.* p. 1136

5. La amplitud de las normas de la OIT y las diferencias abismales en los contextos socioeconómicos. Debido a que se trata de normas marco, o si se prefiere, de *mínimo contenido*, están llenas de principios y posibilidades para que los Estados desarrollen el contenido de los instrumentos internacionales a nivel interno, lo cual no siempre es aprovechado de conformidad a la intención original de democracia y respeto a la soberanía y autodeterminación de los pueblos de la OIT, sino como una forma de congraciarse a la sociedad internacional. Adicionalmente los contextos influyen en la forma en que se pueden hacer exigibles los derechos, pues en los estrados no será igual un caso en Estados Unidos que en un país de Asia del Este¹⁷⁷.

Como se observa, existen múltiples factores que han influido y siguen influyendo en el incumplimiento de los derechos básicos de los trabajadores, recogidos en varios instrumentos internacionales de la OIT. Esto se debe adicionalmente a la excesiva flexibilidad con la que debe actuar la OIT en aras de mantener el consenso y adhesión de los Estados. Si bien en la Constitución de la entidad existen mecanismos coercitivos frente al incumplimiento de los Estados, v.gr., el mecanismo de quejas (encuestas del artículo 26) presentadas por otro Estado y que puede concluir con una sanción de la Corte Internacional de Justicia, se ha acostumbrado a manejar los incumplimientos a través de la vía diplomática y la cooperación técnica de la entidad, por lo que los avances han sido, y muy posiblemente continuarán siendo, de lento avance; más aún, si se tiene en cuenta los problemas presentados a lo largo de este capítulo, que ponen en tela de juicio el compromiso de los Estados en algunos casos, y en otros, la capacidad de hacer frente al poder económico, que infortunadamente es el que está determinando el rumbo del derecho al trabajo en la actualidad.

CAPÍTULO II

Constitucionalismo contemporáneo, contenido mínimo y derecho al trabajo

“(…)mientras el estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja.

Luigi Ferrajoli (Derecho y Razón)

4. Qué es el Contenido Mínimo y el Contenido Esencial de los derechos

4.1 Contenido Esencial y Contenido Mínimo

El origen de esta figura se sitúa en 1948, un año antes de la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuando el comité especializado para la redacción de dicha ley, y, con el antecedente de los abusos del nacionalsocialismo, propuso establecer un mecanismo de

177 *Ibíd.* p. 1142

protección de los derechos frente al legislador, prohibiéndole tocar la esencia de los derechos y estableciendo un control de constitucionalidad de las leyes que éste expidiera para limitar los derechos fundamentales; sin embargo, esta propuesta no fue la adoptada y se redacta el artículo 19, pár. 1 y 2, que de todas formas es bastante similar¹⁷⁸. Esta norma establece: “1. Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. 2. En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial.”¹⁷⁹

El problema del contenido esencial de los derechos ha sido planteado por varios autores, pero tal vez uno de los primeros fue Peter Häberle en los años 60 del siglo XX. En el estudio preliminar al libro de Häberle *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Fernández Segado¹⁸⁰ indica que la obra de este autor se remonta a 1962, cuando él se preocupa por escribir sobre la cláusula constitucional del artículo 19.2 de la *Grundgesetz*, de acuerdo con la cual “En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”¹⁸¹.

Esta cláusula para el autor es una cláusula constitucional vacía, por cuanto no agrega o quita nada a los derechos fundamentales, y se sobreentiende que estos están compuestos por unos mínimos intangibles por el Legislador, aunque reconoce que la norma puede resultar benéfica para la seguridad jurídica, especialmente en tiempos de excepción, pues es visible a lo largo de la obra del profesor alemán cierta reticencia a la labor del Legislador, a quien ve como posible agresor de los derechos fundamentales. Indica Häberle por ejemplo: “(...) dado que un legislador tenderá antes a lesionar los principios a deducir sólo aisladamente del texto constitucional, que a vulnerar un precepto constitucional expreso”¹⁸².

Por otra parte, Häberle indica que existen dos posturas frente al contenido esencial de los derechos fundamentales, una teoría absoluta y una relativa¹⁸³, y aunque no profundiza en las diferencias de cada una, sino más bien deja la idea sin desarrollar en su texto, sí indica que existen unos límites a los derechos y que éstos pueden encontrarse a partir de la ponderación¹⁸⁴. Más adelante se harán algunas consideraciones que aclararan algunas dudas sobre este tema.

178 Cfr. Ascensión Martín Huertas, “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales N° 75*, Congreso de los Diputados, España, 2008, p. 132 y 133

179 *Ibíd.*

180 Cfr. el estudio preliminar de Francisco Fernández Segado en Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. XXI a LXI.

181 *Ibíd.*, p. LVI.

182 Fernández Segado, *Op. Cit.* p. LVI y Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 220

183 Peter Häberle, *Op. Cit.*, p. 59

184 En este punto se debe mencionar que la obra de Häberle es fundamental para el entendimiento del contenido de los derechos, sin embargo, luego de revisar el libro citado, se debe poner presente que no se encuentra en aquel una definición de lo que el autor entiende por contenido esencial más allá de lo dicho sobre la cláusula constitucional alemana.

Pero entonces, ¿Qué se debe entender por contenido esencial? Para dar respuesta a esta pregunta resulta adecuada la definición dada por Rafael De Asís: “El contenido esencial de un derecho viene a ser precisamente aquel que lo hace reconocible como tal y se constituye en un límite infranqueable a la actuación del legislador, aunque también podríamos pensar que a toda actuación de desarrollo y/o aplicación del derecho”¹⁸⁵.

La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido defendida desde cuatro posiciones: (1) absoluta, (2) relativa (Alexy), (3) absoluta relativizable y, (4) institucional (Häberle)¹⁸⁶. La *teoría absoluta* sostiene que el contenido esencial de los derechos es un núcleo duro que no puede ser tocado bajo ninguna circunstancia por el Legislador, pero todo lo accesorio si podría ser *tocado* por aquél.

La *teoría relativa* indica que el contenido esencial de un derecho no es absoluto y por ello puede verse afectado pero sólo por limitaciones razonables y justificadas; esta tesis se basa en que los derechos en abstracto tienen el mismo valor y no se contradicen, pero en los casos concretos no pueden ser invencibles, y menos entre sí; por ello plantean la ponderación como mecanismo para determinar la legitimidad de la intromisión en un derecho, teniendo presentes tres condiciones: la adecuación, el juicio de necesidad, y la proporcionalidad en estricto sentido.

La *teoría absoluta relativizada* es una postura intermedia entre las dos anteriores, pues sostiene que el contenido esencial de los derechos no puede ser por regla general limitado por el Legislador, salvo por limitaciones que resulten imprescindibles para proteger intereses de la comunidad; por ello se dice que se basa en la regla de la comunidad. Finalmente, se encuentra la *teoría institucional*, en la que se adscribe el trabajo de Peter Häberle presentado en páginas anteriores. Él sostiene que los derechos tienen una faceta subjetiva y una institucional, esto debido a que las constituciones indican a) el sentido b) el alcance y, c) las condiciones de ejercicio de los derechos, para así poder llegar a unos fines en ella establecidos. En ese orden de ideas, los derechos fundamentales asumirían para este autor una faceta de derechos subjetivos. Adicionalmente, para Häberle el contenido esencial se determina a través de la delimitación de los derechos fundamentales haciendo uso del principio de ponderación, pero esta vez, teniendo en cuenta que los límites son internos (inmanentes) y se deberá ponderar los bienes jurídicos protegidos por el derecho fundamental en específico. Por esta razón se le ubica en una posición cercana a la de la teoría relativa y a la absoluta relativizada.

La teoría más adecuada para explicar el contenido esencial de los derechos resulta ser la

185 Rafael De Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 17, Dykinson, Madrid 2001, p. 7.

186 La exposición que se presenta está basada en lo expuesto por Ascensión Martín Huertas, “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 134 a 140.

relativa, pues a la absoluta se le puede criticar la disponibilidad que permite al Legislador sobre lo accesorio del derecho, es decir, sobre los avances en derechos, especialmente en los sociales; además, supone una imposibilidad de aplicación, pues en ningún caso sería posible que primara un derecho sobre otro en casos concretos, lo que haría que el sistema jurídico fuese de imposible funcionamiento.

Por su parte, la teoría absoluta relativizada es criticable en el aspecto de que los intereses comunes priman sobre los individuales, lo cual puede suponer en muchos casos la imposición de la mayoría sobre el individuo e inclusive sobre las minorías. En cuanto a la tesis institucional, se debe tener en cuenta que además de la compleja argumentación y construcción teórica, adolece de una falla importante, y es que sitúa a los derechos fundamentales en la esfera de los derechos subjetivos, estructura típica del derecho privado, y que ha sido criticada en el presente texto, pues el iusprivatismo no permite explicar adecuadamente los derechos sociales¹⁸⁷. Finalmente, a la tesis relativa se le puede criticar que abre la posibilidad a una irrestricta limitabilidad a los derechos, pues siempre existirán razones para hacerlo; pese a esto, resulta ser la más sensata para explicar el tema del contenido esencial de los derechos y la limitación a los mismos.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta una vez visto lo anterior, es que se piensa usualmente en el contenido esencial de los derechos como freno a un Legislador arbitrario, pero no se observa el aspecto positivo del mismo, porque entendido como aquello que da sentido a un derecho y/o lo hace lo que es, puede tener dos finalidades adicionales: (1) ser una herramienta para que el Legislador dicte normas en el sentido y para alcanzar la finalidad que la Constitución estableció, (2) ser una herramienta de interpretación y aplicación de normas, con especial referencia a la labor del juez, especialmente el constitucional.

El tema del contenido esencial es una fuente permanente de interrogantes, pues es usual que sean los Tribunales Constitucionales como órganos de cierre, los que realmente se encargan de determinar cuál es en efecto el contenido esencial de un derecho. Por tal razón le asiste razón al profesor De Asís cuando refiere a la importancia de la fundamentación y concepto de los derechos: “(...) el intérprete de los derechos se encuentra básicamente sin ataduras a la hora de atribuir significado al derecho, hecho este que resulta aún más claro cuando dicho intérprete es, por decirlo de alguna manera, el último órgano o el que dice la última palabra. Así la atribución de significado a los derechos **va a depender claramente de la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamentación.**” (Se retira número de cita del texto original)¹⁸⁸.

De Asís sostiene a lo largo de su obra que es necesario contar con una postura sobre el

187 Ver supra N° 2.2.

188 Ibíd., p. 9 y 10 Negritas agregadas

concepto y fundamento de los derechos, y explica que esto es importante inclusive para el ordenamiento jurídico internacional, pues se suele apelar a aquel para dotar de validez material a los derechos en el ordenamiento jurídico interno, pero no se tienen en cuenta los contenidos axiológicos previos que fundamentan aquel¹⁸⁹. Adicionalmente, se debe mencionar que el autor se muestra renuente a reconocer que el derecho internacional pueda aumentar la información que se tiene sobre el derecho en cuestión.

Precisamente el presente documento se aparta del planteamiento del profesor De Asís, pues se debe tener en cuenta que en el tema de derechos fundamentales, el derecho internacional proporciona gran cantidad de información, y se puede observar que existe un antecedente sobre lo que estos deben ser, nacido del consenso de la comunidad internacional, que cuando es aceptado por un Estado, mediante la ratificación de los Tratados y Convenios Internacionales¹⁹⁰, le vincula jurídica y políticamente, por lo que se puede hablar entonces de la existencia de un contenido previo de los derechos, al cual se denominará en lo sucesivo el *contenido mínimo*.

Esta tesis parte del hecho de que los instrumentos internacionales están regidos por el principio de subsidiariedad, lo que determina que los Estados una vez se obligan internacionalmente, deben realizar una serie de acciones tendientes a desarrollar los compromisos adquiridos -con acciones similares a las que deben emprenderse una vez una Carta Constitucional es expedida-. En general, frente a los tratados de derechos humanos, tienen las obligaciones de **respetar, garantizar y realizar progresivamente** los derechos¹⁹¹; así lo establecen los Artículos 1, 2 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Artículo 2, sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno indica:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro

189 Ibid., p. 5 y 6, ver nota al pie N° 2. A primera vista esta tesis resultaría contraria al planteamiento que se hace en el presente documento, por cuanto Rafael De Asís no reconoce la existencia de unos contenidos axiológicos anteriores de los derechos dados por los instrumentos internacionales. La fundamentación de los derechos la encuentra en valores como la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Pese a esto, se debe reconocer que inclusive para el derecho internacional dicha fundamentación está presente, pues sería impensable que lo que se considera común a la humanidad, es decir los derechos humanos, no tuviese el mismo sustrato.

190 Se debe recordar que la especie de los instrumentos internacionales *Declaraciones* no es exigible judicialmente, en estricto sentido, pues se queda más en el campo de lo moral y del deber ser, pero no cuenta con garantías jurisdiccionales. El ejemplo más palpable es precisamente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que vino a ser exigible jurisdiccionalmente gracias a los pactos regionales de derechos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de de San José). <http://www.un.org/es/documents/udhr/> <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (11-X-2010)

191 Cfr. Tara Melish, “Estableciendo la responsabilidad del Estado: el deber de respetar, garantizar y principio de progresividad”, en *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, CEDES, Sergrafic, Quito, s.f.

carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La consecuencia de este planteamiento, es que existirán unos contenidos normativos mínimos sobre derechos, dados desde el derecho internacional y que deberán ser incorporados al derecho interno. Ahora bien, esto supone que los Estados se obligan a realizar la incorporación de derechos con un estándar mínimo, que no puede ser desconocido, so pena de la responsabilidad internacional que quepa, en los términos que se haya contemplado en el sistema regional de protección de derechos humanos del cual haga parte el Estado. No importará entonces que los instrumentos internacionales sean posteriores o previos en el tiempo a la legislación interna, sino la forma en que los Estados cumplan la obligación adquirida.

Este planteamiento se aplicará armónicamente en sistemas jurídicos monistas y pluralistas, pues se considera que el derecho internacional y el interno son compatibles, y no hay primacía de los instrumentos internacionales sobre la Constitución, sino una relación complementaria y claramente diferenciada en cuanto a los ámbitos de aplicación, pues los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, serán herramientas de *ultima ratio* para el ciudadano, pues la protección más fuerte y/o primaria está en cabeza del propio Estado; no ocurre lo mismo en sistemas jurídicos dualistas, que consideran que el derecho internacional y el interno se encuentran separados y existe una estructura rígida y jerarquizada de normas, por lo que no puede existir nada por encima de la Constitución. Este rasgo de los sistemas monistas y pluralistas es consecuencia del constitucionalismo contemporáneo, en el que ya no sólo se regula la estructura del poder público y su forma de actuar, sino que se incluye un fuerte contenido sustancial, en el que prima la garantía de los derechos, y la protección de la persona.

Esto se comprueba luego de la lectura de los artículos 3 a 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en los que se encuentra el catálogo de derechos básicos para las personas que se encuentren en alguno de los Estados parte; pues se observa que se trata de una enunciación de principios, que marcan un estándar mínimo sobre lo que los Estados deben incorporar como derechos, y consecuentemente qué han de respetar y garantizar. Pese al contenido ambiguo de este catalogo, se debe tener en cuenta que se trata de normas de directa e inmediata aplicación, y que aunque este tema ya perdió vigencia, era posible que alguno de los Estados parte que hubiese incumplido sus obligaciones desde 1978, hubiese sido responsable internacionalmente¹⁹².

Estos *principios* indican entonces un **mínimo** que debe ser tenido en cuenta por los Estados

192 La CADH es de 1969 y entró en vigencia en 1978. Introdujo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues hasta el momento sólo existía la Comisión Interamericana como mecanismo de coerción jurídica y no era muy fuerte.

y del cual no se pueden apartar. En ese sentido indica Juan Luis Requejo Pagés¹⁹³, que el **contenido mínimo de un derecho** está dado por los Tratados Internacionales y la interpretación jurisprudencial de los mismos.

Se tiene entonces, que la labor que corresponde a un Estado a nivel interno, consiste en adoptar e implementar una serie de medidas positivas o *de hacer*, para dar el contenido que requieren los derechos en su territorio y establecer los correlativos mecanismos de garantía jurisdiccional. Esto se hará de acuerdo con las particulares características del sistema económico, social, cultural político, jurídico, etc., de cada Estado (p.e., los mecanismos no serán iguales para un Estado centralista que para uno federal), teniendo en cuenta los mínimos establecidos por la normatividad internacional.

En este punto, ya es posible diferenciar dos ámbitos de regulación, que permitirán hablar de la existencia de un núcleo mínimo o primario de contenido, que se denomina *contenido mínimo* dado por el derecho internacional, y, otro esencial o secundario, conocido como *contenido esencial* dado por el derecho interno. Se observa entonces que la diferencia radica en cuanto a la normatividad que nutre al derecho fundamental. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no se trata de cuestiones incompatibles, pues aún en los casos en que los Estados no hayan cumplido con su labor de incorporación y desarrollo, las personas tienen la certeza de que tienen un derecho garantizado desde el Derecho Internacional; en este caso, contenido esencial y contenido mínimo se confundirían por causa de la inacción del Estado.

Se tiene entonces que *el contenido mínimo* es determinante del *contenido esencial*, pues como se dijo en apartados anteriores, la existencia del primero supone la responsabilidad internacional de un Estado por desconocer sus obligaciones, teniendo en cuenta que si se trata de vulneración de derechos se entraría directamente a la de tipo contencioso, pero también sería posible que se le endilgara responsabilidad mediante los procedimientos cuasi-contenciosos y los políticos.

En la determinación del contenido esencial desempeñan un importante papel las fuentes del Derecho, este puede entonces extraerse de la Constitución, interpretada sistemáticamente¹⁹⁴, de las leyes, de la jurisprudencia constitucional y de todas aquellas normas y fuentes internas que resulten útiles a tal fin (p.e., normas de los Estados federales, de las Comunidades Autónomas, de la

193 Cfr. Juan Luis Requejo Pagés, “Consideraciones en torno a la configuración y los límites de los derechos fundamentales a partir de la jurisprudencia constitucional española”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coor., *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, UNAM IMDPC Marcial Pons, 2008, p. 454. La suscrita debe aprovechar este comentario al pie para agradecer y reconocer al autor, pues la tesis por él expuesta en el ensayo citado es lo que ha permitido sustentar teóricamente gran parte del presente trabajo.

194 Cfr. Antonio Pérez Luño, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales” en, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coor., *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, UNAM IMDPC Marcial Pons, 2008, p. 424.

jurisdicción indígena, etc.). De todas formas esta figura aún supone grandes esfuerzos, por ejemplo: el remitir a la jurisprudencia constitucional como fuente de determinación y certeza puede resultar fácil si se cuenta con un sistema sólido de precedentes constitucionales, como más o menos ocurre en Colombia, pero en el caso ecuatoriano es un poco más complejo el asunto, pues la jurisprudencia constitucional aún se encuentra en consolidación. Otro ejemplo de ello sería lo dicho por el Tribunal Constitucional español (SSTC 123/1983 Y 61/1989), que intentó aproximarse a la construcción del contenido esencial a partir de dos elementos que pueden servir para determinarlo: “la naturaleza jurídica o modo de concebir o de configurar cada derecho” ó “tratar de buscar... los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”¹⁹⁵. En este caso podría preguntarse utilizando el derecho que se analiza en el presente documento, ¿cuál es el contenido esencial del derecho al trabajo? Y si se busca dar respuesta a partir de los bienes jurídicamente protegidos, se puede encontrar que es tan valiosa la libertad, como la vida, pues el trabajo es el medio por excelencia que tienen las personas para subsistir.

Precisamente, en este punto cobra relevancia el tema de la ponderación, entendiéndola como mecanismo para determinar el contenido esencial de un derecho. Aunque se suele decir que ponderación y contenido esencial son teorías contrapuestas y prácticamente irreconciliables, pues mientras una defiende la intangible esencia misma de los derechos, la otra supone que sí sea posible tocar dicha esencia y vencer un derecho en casos concretos, la irreconciliabilidad no es tal, si se tiene en cuenta que la ponderación resulta apta para casos concretos y de colisión de derechos, típica de las acciones constitucionales de tutela o protección, mientras que el contenido esencial, resulta adecuado para los casos en abstracto, típicos de las acciones de inconstitucionalidad de normas.

Piénsese por ejemplo en la expedición de una ley que determina que los empleados del sector de la salud no recibirán salario en el futuro, pues su labor es de utilidad pública. Esta norma sería a todas luces inconstitucional pues está afectando el contenido esencial del derecho al trabajo, por lo que sería posible resolver el caso con fundamento en esto. Ahora bien, se debe observar la importancia de la interrelación de los derechos fundamentales, pues en el caso planteado se vulnera también el derecho a la igualdad. Un aspecto que también debe tenerse en cuenta, es la importancia de las normas de derecho internacional, pues en el ejemplo planteado, si el juez constitucional hubiese fallado a favor de la constitucionalidad de la ley, el contenido esencial del derecho hubiese sido desconocido y el derecho mismo hubiese desaparecido, pero el contenido mínimo no, pues las normas internacionales siguen vigentes para el Estado y con ellas los estándares mínimos de los cuales no puede desprenderse; la consecuencia práctica de ello sería que las personas afectadas por

195 Cfr. Juan Luis Requejo Pagés, “Consideraciones en torno a la configuración y los límites de los derechos fundamentales a partir de la jurisprudencia constitucional española”, Op. Cit., p. 456

la situación podrían recurrir a las instancias internacionales y el Estado infractor pudiese ser condenado internacionalmente.

Lo anterior denota la importancia de contar con parámetros mínimos para la determinación del contenido de los derechos en abstracto, a nivel interno en un Estado, por ende se puede concluir que la teoría del contenido mínimo resulta útil en este sentido, pues además de generar certeza jurídica en los ciudadanos, es un límite al ejercicio del poder de los jueces y del legislativo. Se pueden identificar entonces tres destinatarios de la tesis del contenido mínimo: los jueces, en especial los constitucionales, el legislativo, y los particulares.

Los jueces lo son básicamente en dos circunstancias al momento de dictar sus fallos: al fundamentar sus sentencias y cuando *prima facie* no exista derecho aplicable. Debe tener presente que si existe un contenido esencial, éste debe armonizar con el contenido mínimo de los derechos, y si no existe aquél, debe remitirse al último en busca del derecho aplicable. Por su parte, el legislativo debe propender porque el derecho interno desarrolle el derecho internacional en manera adecuada, como se mencionó antes. Finalmente, los particulares se benefician de la tesis del contenido mínimo debido a que cuentan con mayor seguridad jurídica, pues siempre habrá una fuente de referencia en el tema de derechos, aún cuando sea incipiente, lo que le garantiza poder poner en funcionamiento las garantías jurisdiccionales internas y subsidiariamente le permitiría hacerlo con las internacionales.

No se ahondará por ahora en este tema, pues se desarrollará en los próximos acápites, sin embargo, se debe concluir este punto indicando que la tesis del contenido mínimo guarda una estrecha relación con el tema de las *garantías*. De acuerdo con Gerardo Pisarello¹⁹⁶ éstas pueden clasificarse en institucionales y extra institucionales, teniendo en cuenta que dentro de las primeras se encuentran los órganos administrativos, políticos y judiciales del Estado y en las segundas las mismas personas, titulares de derechos. En las garantías institucionales se encontrarán entonces las políticas, las semipolíticas, las jurisdiccionales y las semijurisdiccionales.

De acuerdo con lo anterior, que el *contenido mínimo* implique que siempre existirá un derecho aplicable en materia de derechos fundamentales y/o humanos, equivaldrá a que exista una garantía institucional del tipo político, de acuerdo con lo expuesto por Pisarello. Adicionalmente, esta garantía redundará en el mejor funcionamiento de las garantías jurisdiccionales, tanto internas como internacionales.

4.2 Discusión formal derechos fundamentales, derechos humanos y derechos

196 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 112 y s. Ver sobre las garantías también el texto de Carolina Silva Portero, "Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?", en Ramiro Ávila, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

constitucionales

Es usual que al pensar en estas tres categorías se pueda incurrir en ciertas imprecisiones o confusiones, pues en el fondo comparten el mismo sustrato de respeto a la dignidad humana y libertades, sin embargo, es importante señalar que existen considerables diferencias lingüísticas y de exigibilidad entre ellos. Al respecto indica el profesor Rodrigo Uprimny, que los derechos humanos son un concepto ético-político y del derecho internacional, mientras que los derechos constitucionales son una categoría del derecho público interno¹⁹⁷. Esto ya pone presente que existe una titularidad de la responsabilidad por su incumplimiento en diferentes sujetos y por ende, en diversos tribunales.

Para explicar estas diferencias resulta útil retomar el planteamiento del profesor Uprimny, de acuerdo con el cual los derechos humanos comparten una triple identidad¹⁹⁸:

(...)éstos tienen, al menos, una triple dimensión: son una categoría ética, puesto que constituyen uno de los marcos más aceptados de lo que podría ser una ética moderna secularizada que regula convivencia pacífica entre los ciudadanos en una democracia. De otro lado, tienen una dimensión política, puesto que hoy muchas reivindicaciones sociales son expresadas en forma de derechos humanos y éstos aparecen como un instrumento de crítica a la actuación de los poderes políticos. Y, finalmente, los derechos humanos son una categoría jurídica del derecho internacional público, puesto que son valores que han sido positivizados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se han definido diversos tipos de obligaciones, tanto positivas como negativas, para los Estados.

A efectos del presente documento, se utilizará la dimensión jurídica, haciendo caso a la advertencia de Uprimny¹⁹⁹, respecto a ser cauto en la utilización de este término, pues fácilmente se puede pasar de un concepto a otro, y con ello llegar a problemas y confusiones; aunque como él mismo indica, no se puede desconocer la carga ética y valorativa que tienen²⁰⁰. Esta dimensión permite identificar que cuando se trata de derechos introducidos y garantizados por mecanismos del derecho internacional público, la responsabilidad por su incumplimiento será de los Estados, ya que éstos los han desconocido por sus actuaciones propias o porque no han sido efectivos en la garantía de goce. En palabras de Uprimny, se trata de “(...) una instancia que complementa y cierra los mecanismos internos de protección a la dignidad humana, ya que sólo cuando han fallado éstos, se puede recurrir a las instancias internacionales.”²⁰¹

197 Rodrigo Uprimny Yepes, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, s.f., p. 2.

198 *Ibíd.*, p. 3.

199 *Ibíd.*

200 *Ibíd.*, p. 3

201 *Ibíd.*, p. 4

En cuanto a los derechos constitucionales, como se mencionó brevemente atrás, se tiene que están circunscritos al ámbito del derecho interno. En ese orden de ideas, estos derechos, ingresados en un ordenamiento jurídico por acción de un poder constituyente, están dados y garantizados por mecanismos internos, valga la redundancia; lo que implica que su violación sea responsabilidad no sólo del Estado, sino también de los particulares y todos aquellos que se encuentren dentro de su territorio. Aunque no se ha realizado una definición pormenorizada de este concepto, es importante enmarcarlo desde ya, cuando menos en un ámbito geográfico, a efectos de poder diferenciarlo más fácilmente.

Una vez realizada la anterior precisión, corresponde entrar a desenmarañar lo que implica hablar de derechos fundamentales; y para hacerlo, se debe partir de una definición de derechos, para lo cual, se deben obviar las múltiples acepciones de la palabra derecho, y centrar la atención en la idea del derecho en plural, y, con relación a aquellos atributos o bienes intangibles del ser humano, de diferente contenido prestacional en su favor.

Robert Alexy²⁰² los identifica con su contenido de fundamental, en la medida que ha entendido que los *derechos fundamentales* están dados con relación a algo, es decir, lo que el denomina el “derecho a algo”, y por tal razón, implican una relación -compleja por demás- entre unos sujetos, titular y destinatario, y un contenido determinado²⁰³; en la que existirá un derecho fundamental cuando el destinatario sea el Estado. Adicionalmente el autor alude a 3 conceptos de derecho fundamental²⁰⁴, de acuerdo con su contenido formal, material y el procedimiento que lo enmarca. Esto implica entonces, que un derecho fundamental será aquel que (1) esté dado por la Constitución (formal) (2) pertenezca al ser humano por su calidad de tal y se encuentre en la base propia del Estado (material) y (3) aquellos derechos que son tan importantes para una sociedad y una democracia, que “no pueden dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple”.

Esta triple identidad, formal, moral y/o material, y de límite es lo que caracteriza los derechos fundamentales, que la mayoría de las veces coincide con la *nacionalización de derechos humanos* del derecho internacional, por un poder constituyente, un ejemplo puede aclarar la situación: el agua es un derecho fundamental, pero aún no tiene la identidad formal aludida, pues no ha sido positivizado; tiene el sustento moral o material que permite asumir que en efecto es un derecho, pues está íntimamente relacionado con la dignidad humana y la vida; por último, es algo tan importante para la vida humana, individual y colectivamente hablando, que no podría ser

202 Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 19 y s

203 Ibíd. El autor presenta el concepto con la fórmula **RabG**, en la que: el operador “R” relativo al derecho, “a” es el titular, “b” el destinatario y “G” el objeto. No se ahondará en este concepto debido a la complejidad de las fórmulas cuasimatemáticas que utiliza el autor.

204 Ibíd., p. 21, 24 y 29

limitado por las democracias al disfrute de unos pocos.

Ahora bien, en concepto de Gerardo Pisarello: “(...) los derechos son estrategias para proteger necesidades e intereses vitales de las personas.”²⁰⁵. Esto denota la característica de necesarios que tienen los derechos fundamentales, pues sin ellos, el ser humano no podría desarrollar tan siquiera su vida; de ahí el calificativo de fundamentales. Reiterando lo dicho por Alexy, se debe resaltar la relación que existe entre el titular del derecho y el destinatario, que será el Estado en este caso, sin embargo, se debe tener en cuenta que la interpretación que realiza Alexy es muy reducida, pues cuando esta relación se da entre particulares, alude a derechos de otro tipo, regulados por el derecho privado, y con ello en cierta medida confunde al Estado con los órganos del poder público, pues se debe recordar en este punto, que el Estado está compuesto entre otros por su población, por lo que estos derechos si bien deben ser garantizados primordialmente por el poder público, también son oponibles a todas las personas (y por todas) que se encuentren dentro de un territorio, pues de otra forma no sería posible garantizar la necesidad a la que se aludió atrás, ni su carácter de intrínsecos al ser humano²⁰⁶.

Esta definición aclara muchas cuestiones, pero debe tomarse con precaución, pues en la técnica jurídica colombiana y ecuatoriana tiene unas implicaciones diversas. Esto porque existe una relación género - especie entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, que conlleva a que los llamados derechos fundamentales además cuenten con una garantía reforzada²⁰⁷.

En Colombia esto ocurre en virtud del Artículo 86 de la Constitución Política, que contempla la Acción de Tutela, mediante la cual las personas pueden solicitar a los jueces de la República la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean amenazados o resulten vulnerados por acciones y/u omisiones de autoridades públicas y otros particulares, y no cuenten con otro mecanismo para hacerlos exigibles, o aún existiendo estos, el daño que se cause fuese irreparable. Esto ocurre porque la Constitución Política colombiana contempla un catálogo de derechos constitucionales fundamentales en los artículos 11 al 41, diferenciando cuáles serían aquellos derechos mínimos sin los cuales no sería posible la

205 Gerardo Pisarello, “El derecho a una vivienda adecuada: Notas para su exigibilidad”, en Víctor Abramovich, et al, *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 181

206 Este ha sido uno de los puntos criticados de la teoría de Alexy, pues para predicar la fundamentalidad de los derechos identifica una dimensión subjetiva de los mismos, es decir, la posibilidad de reclamarlos al Estado. Como respuesta a esta teoría se planteó que la fundamentalidad radica en el carácter absoluto y universal de los derechos, sin embargo, esta tesis también fue rebatida y se considera que la fundamentalidad radica en la resistencia de los derechos como límites al poder. Se puede ampliar información sobre este tema en: Rafael De Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 17, Dykinson, Madrid, 2001; Francisco Javier Ansuategui, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997; y Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

207 Cfr. Rodrigo Uprimny Yepes, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución*, Op. Cit., p. 7.

convivencia pacífica ni la dignidad humana en el país²⁰⁸.

En Ecuador por otra parte, no existe tal diferenciación, pues todos los derechos se consideran de igual jerarquía. Así lo establece el Art. 11.6 de la Constitución. Esto implica dos cosas, la primera que todos los derechos contemplados por la Constitución son derechos constitucionales fundamentales, razón por la que la división atrás aludida resulta inocua para describirlos en cuanto a la materia, pero al menos tiene un uso pedagógico para aludir a los derechos humanos constitucionalizados en el país; en segundo lugar, se tendrá que las garantías reforzadas se hayan establecido a través de varios tipos de acciones constitucionales o garantías²⁰⁹ jurisdiccionales dependiendo de la situación de vulneración de derechos. El catálogo de garantías jurisdiccionales se encuentra en la Constitución del Ecuador desde el Artículo 86 y fue desarrollado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de 2009; a modo de ejemplo, se puede mencionar que existe la Acción de Protección para la defensa de los derechos constitucionales, pero para el caso específico de las detenciones arbitrarias existe la Acción de Habeas Corpus.

Retomando la idea esbozada al iniciar este título, se observa que los derechos humanos, los constitucionales y los fundamentales tienen el mismo sustrato, pero adquieren diferentes dimensiones en cuanto a su campo de exigibilidad, bien sea internacional o interno, y a los sujetos que serán responsables por las amenazas o vulneraciones de los mismos. Lo que al final diferenciará los derechos humanos, de los derechos fundamentales (y constitucionales) es el ámbito territorial de positivación y exigibilidad.

4.3. Discusión Derechos Sociales como derechos fundamentales

Los derechos sociales han generado los cuestionamientos más fuertes a la teoría del derecho, pues al no ajustarse a los parámetros tradicionales iusprivatistas, rompen con la justificación y esquema utilizados para explicar el funcionamiento de esta clase tan especial de normas jurídicas. Por esta razón el tema genera profundas divisiones, desde el escepticismo más radical en que sean verdaderos derechos, hasta la plena aceptación de que lo son, pero que aún no han superado ciertos retos para llegar a una etapa de madurez como sí ha ocurrido con otro tipo de derechos. En el presente escrito se optará por la segunda postura, pues no se trata de derechos accesorios o que constituyan un lujo o mejoramiento del status de las personas caprichosamente, se trata realmente

208 Se ha dicho que esta situación se prestó para el desconocimiento de otros de derechos igual importancia que los taxativamente enumerados en esos artículos, como por ejemplo el derecho a la salud, por lo que la Corte Constitucional tuvo que actuar en defensa de los ciudadanos, y realizó significativos avances en la materia, como por ejemplo, el desarrollo de la tesis de la conexidad, de acuerdo con la cual, la fundamentalidad de un derecho no contemplado en el catálogo de los artículos 11 a 41 se puede deducir de su relación con uno de estos, y a partir de su violación o puesta en riesgo; por ejemplo el derecho a la salud fue considerado fundamental debido a su estrecha relación con el derecho a la vida, por lo que su vulneración suponía un consecencial violación al derecho a la vida.

209 No se ahondará por lo pronto en el tema de la diferencia entre acciones constitucionales y garantías, aunque sea dicho que éstas últimas son de varias clases y no se limitan a las jurídicas.

de que ellas puedan contar con posibilidades de realizar su vida en condiciones adecuadas.

Ahora bien, si se parte del contexto internacional, los derechos sociales no ofrecen mayores dificultades, pues no existe una diferenciación en el derecho internacional que indique que unos son *más fundamentales que otros*; la división en las generaciones de derechos no le es atribuible sino a la historia, y la única finalidad aceptable es la pedagógica, pues como se ha visto, en lo jurídico no ha hecho más que crear confusiones y erróneos. En resumen, en el derecho internacional los derechos humanos tienen exactamente el mismo valor, pues en el trasfondo se encuentra la igual dignidad de todos los seres humanos, que no debe tener límites, sino que por el contrario debe ser potenciada por múltiples medios.

Esto no es así para el derecho interno, pues la fundamentalidad de los derechos sociales asume diferentes matices de acuerdo con los contextos nacionales, p.e., en Alemania la Ley Fundamental divide los derechos sociales en explícitos y adscriptivos; los primeros son los que están expresamente establecidos por la ley fundamental, los segundos, aquellos que se derivan de la interpretación de las normas constitucionales, y en estricto sentido sólo los primeros podrían considerarse fundamentales²¹⁰. Algo similar ocurre en España, en donde los derechos sociales, formalmente no son tales, sino principios rectores de la política social y económica (Cap. III, Tít. I). Por su parte, esta discusión, al menos en el plano formal, ya se puede considerar superada en Ecuador, en donde existe la disposición constitucional de igual jerarquía de todos los derechos; en Colombia no se ha solucionado esta dificultad, pues la Constitución no ha cambiado y sigue existiendo un catálogo de derechos más fundamentales, dentro del que no se encuentran los derechos sociales, o al menos, no muchos de ellos²¹¹.

Se debe entonces ser cauto al momento de analizar las particularidades de los derechos sociales y tratar de generalizar teorías del derecho (es decir básicamente la estructura de las normas y su interpretación) desde los derechos internos, pues ello puede llevar a equívocos o confusiones, como las que pueden evidenciarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, como se verá brevemente, a continuación.

La Corte Constitucional colombiana, en vez de contribuir a la solución de la cuestión de si los derechos sociales son o no fundamentales, ha generado más confusión y ha eludido el tema²¹².

210 Cfr. Robert Alexy, "Derechos Sociales Fundamentales" en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, Rodolfo Vázquez, comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000, p. 67.

211 La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la fundamentalidad no está determinada con la ubicación de los derechos en determinado título o capítulo de la Constitución, sin embargo, este argumento se desconoce en muchos fallos de la entidad, por lo que en concepto de la suscrita, la ubicación sí es un factor que se tiene en cuenta al momento de interpretar si un derecho es o no fundamental.

212 Este es el planteamiento de Johanna Cortés, et al., "La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos Vol. 9 N° 2*, Abril 2007 (número especial), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, en,

En ocasiones ha sostenido que no son fundamentales, pues tienen un contenido excesivamente difuso que debe entenderse como declaración de principios, por lo que se trata más bien de directrices políticas²¹³. Esta postura remite a los derechos adscriptivos de los que habla la Ley Fundamental en Alemania, y, a los principios rectores de la política social y económica de España, cobrando aquí relevancia lo dicho atrás, pues no se puede calcar sin mayores reparos la teoría de derecho interna de otro país. En otras ocasiones ha sostenido que sí son fundamentales, pero unas veces ha dicho que para todas las personas, y otras sólo para grupos de personas que se encuentren en mayor vulnerabilidad, p.e., adultos mayores y mujeres embarazadas²¹⁴. Finalmente, en ocasiones ha dicho que no son fundamentales, pero que merecen protección judicial por su conexidad con derechos fundamentales, p.e., cuando se pone en riesgo la vida de las personas²¹⁵.

La discusión sobre lo fundamental o no de los derechos sociales se debe en parte a su dificultad de realización y su contenido evidentemente prestacional, que lo sitúa en parte, en la esfera política y de la (ir)realización de un programa²¹⁶. Esta sin embargo, no es una postura aceptable, porque se debe considerar que es una discusión zanjada hace muchos años, como se puede deducir de la lectura de textos sobre el tema²¹⁷, y, de acciones tales como el establecimiento de los Objetivos del Milenio por la Organización de las Naciones Unidas.

Otra de las razones, por la que es así, es precisamente por la inescindible lógica de realización de derechos, no es posible privilegiar la realización de unos sobre el desconocimiento de otros igual de valiosos. Visto lo anterior, se debe concluir que los derechos sociales sí son derechos fundamentales, en la medida de que se trata de prestaciones que van a permitir a las personas desarrollar su vida adecuadamente y en condiciones dignas, pues su contenido está directamente relacionado con la calidad de vida, y qué más fundamental que vivir una vida sin hambre, con un techo bajo el cual vivir, y, con un trabajo que permita obtener lo necesario para subsistir.

Una vez mostrada la discusión de los derechos sociales de forma general, es posible pasar a presentar los argumentos que se utilizan para decir que no son fundamentales, o en palabras de

<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/issue/view/30/showToc> (01-XI-2010)

213 Ibid., p. 110, 113 y 116.

214 Cfr. Ibid., p. 130.

215 Ibid. p. 113 y 136.

216 Al respecto véase autores como Alfredo Sánchez-Castañeda, “Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exigibilidad”, Op. Cit., p. 645 y 646; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Op. Cit., p. 11 y 12; Miguel Carbonell, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaria, ed., *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009, p. 55 y s, entre otros.

217 Véase por ejemplo, Angélica Porras Velasco, “Los derechos laborales y la seguridad social en la nueva Constitución. Algunos lineamientos para el cambio legislativo”, Op. Cit., p. 159 y 160

Ligia Bolívar, *los mitos*²¹⁸ que sostienen dicha postura:

a) Los derechos fundamentales implican obligaciones de abstención y son de aplicación inmediata, por el contrario los derechos sociales son de acción y aplicación. Este es tal vez el argumento más recurrente, y tiene que ver con lo que se ha llamado los derechos caros y los baratos²¹⁹. Se suele argumentar que los derechos civiles y políticos sí son fundamentales pues no representan una erogación, y se pueden satisfacer con la simple abstención del Estado. Esto no es cierto, pues también conllevan un gasto significativo, piénsese por ejemplo en el derecho a la justicia, que implica toda una estructura institucional de funcionarios y gastos de funcionamiento.

Adicionalmente, varios autores coinciden en este punto en la doble dimensión de la libertad: la jurídica y la fáctica²²⁰. El ejemplo dado por Gerald Cohen²²¹ permite entender mejor este tema, él dice que la libertad es como un talonario en el que se imprimen las posibles acciones que puede realizar una persona, y que en alguna ocasión María, quien vivía en Francia decidió visitar a su hermana que vivía en Italia, por ello empacó sus maletas y se dirigió a la estación de trenes. Al intentar abordar el tren no le fue permitido subirse al mismo, pues si bien tenía el tiquete que le permitía cruzar las fronteras internacionales, no tenía el que le permitía abordar el tren. La libertad fáctica es entonces la realización plena de la libertad, pues no sólo basta contar con el derecho, sino con la posibilidad de efectivamente poderlo ejercer.

b) La complejidad de los derechos sociales es un obstáculo para su satisfacción. Con esto se hace referencia a las variables políticas y económicas que hacen difícil la realización de los derechos. Es claro que el tema de los derechos sociales involucra difíciles aspectos de concreción, sin embargo, no se puede atar la validez normativa de éstos al mayor o menor grado de posibilidad de realización²²². En muchos de los derechos sociales se trata de bienes que no se encuentran en poder del Estado; el más claro ejemplo es el derecho al trabajo que aquí se analiza, sin embargo, es erróneo pretender deducir la fundamentalidad y/o validez normativa de lo político y/o de lo económico. Es importante indicar que no se puede conducir un derecho social a tal extremo que

218 Se realizará la presentación tomando el orden presentado por la autora en: Ligia Bolívar, “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en, *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/derechos%20economicos,%20sociales%20y%20culturales.pdf (01-II-2010)

219 Francisco Javier Ansúategui, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” en, J.J. Tamayo, dir., *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 339.

220 Robert Alexy, “Derechos Sociales Fundamentales”, Op. Cit., p. 71 y 72; Johanna Cortés, et al., “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, Op. Cit., p. 136; Francisco Javier Ansúategui, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos”, Op. Cit., p. 339 y “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, Op. Cit., p.14 y 15; entre otros.

221 Gerald Cohen, “Poverty as Lack of Freedom”, extracto de “Justice, Freedom and Market Transactions” en *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 56 a 59 El ejemplo no es presentado en los términos exactos que lo hace el autor sino una paráfrasis.

222 Cfr. Robert Alexy, “Derechos Sociales Fundamentales”, Op. Cit., p. 82.

llegue al absurdo de negación de los derechos de otros, por ejemplo la libertad de empresa o la confiscación, pero tampoco es posible que los Estados sigan disfrazando su indolencia con la dificultad material de realización. Se requieren acciones que conduzcan efectivamente a la realización progresiva de los derechos, no es posible analizarlas a fondo y exhaustivamente en el presente trabajo, pero piénsese por ejemplo en la más importante para el caso del trabajo: retomar las riendas de la dirección económica y social y empezar a poner fin a la nociva promesa incumplida de que *si renunciábamos a nuestros derechos temporalmente, mientras se daba el crecimiento económico, luego habría más y mejores derechos para todos nosotros*²²³.

c) No son justiciables. Este argumento se presenta refiriendo a que la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivados hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado. Además, se retoma aquí el tema de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho, por lo que se reiterará lo expuesto en el anterior punto.

Se debe tomar en consideración que la ambigüedad no es tal por dos razones, (1) salvo casos excepcionales, existe un **contenido mínimo** de los derechos fundamentales dado por el derecho internacional, que en caso de ser a la vez también ambiguo, cuenta con la interpretación de organismos especializados, bien sea a través de *soft law* o de *hard law*, con estos anglicismos se refiere en el primer caso a las opiniones técnicas de entidades especializadas en el tema, y en el segundo, a los fallos de los tribunales regionales de protección de derechos humanos; (2) el **contenido esencial** de los derechos, en el sentido propuesto en el presente documento, puede ser determinado también el juez constitucional, pues no es posible que bajo el pretexto de la inacción del Legislador se conculquen los derechos de las personas.

d) No cuentan con garantía en recursos e instancias internacionales. Este argumento es falso, y se puede deducir de lo expresado en los dos anteriores puntos. Existen múltiples mecanismos a nivel de sistema universal y regionales de protección de derechos humanos, algunos serán más efectivos que otros, eso es cierto, pero los mecanismos están allí y su desconocimiento no equivale a inexistencia.

Se debe recurrir al derecho en concreto para determinar qué mecanismos existen para buscar una garantía jurisdiccional o política, p.e., en el caso del derecho al trabajo existe a nivel de la ONU – sistema universal, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la OIT; el primero

223 Lo que se enunció atrás como la transacción derechos humanos – crecimiento denunciada por Boaventura de Souza Santos en varias de sus obras. Ligia Bolívar “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, Op. Cit., p. 14, refiere en el mismo sentido una metáfora de la tiranía que nos garantizará en el futuro una democracia perfecta.

es más de carácter técnico, pero por ello resulta idóneo para las garantías políticas, es decir, la forma en que debe legislarse un derecho.

Por su parte, la OIT representa la existencia de instrumentos internacionales, la mayoría, con posibilidades de interposición de quejas (o procedimiento de encuesta) que pueden terminar con una condena de la Corte Internacional de Justicia; adicionalmente, y es el mecanismo utilizado usualmente por la entidad, existe la publicación de informes adversos a los Estados, que constituyen también una sanción internacional a los países incumplidos. Por último, estaría el sistema regional, que contempla mecanismos cuasi-contenciosos en cabeza de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p.e. la presentación y divulgación de informes de país, y mecanismos contenciosos o demandas por responsabilidad internacional, que son resueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e) Se deben realizar “hasta el máximo de recursos de los que se disponga”. Esta cláusula del Protocolo de San Salvador (Art. 1º) ha sido usada en un sentido contrario de aquél con el que se la concibió, pues se usa como excusa para no asignar más recursos económicos del presupuesto a la realización de derechos sociales. Este punto tiene que ver con la obligación de realización progresiva de los derechos sociales, pues una vez alcanzados ciertos parámetros, los Estados no pueden retroceder en la forma en que estos se realizan; el no retroceso es entendido como mayor gasto, por lo que es usual que el compromiso político se mantenga prácticamente en el mismo punto de partida y no se generen reales avances.

f) No se puede sacrificar la calidad de un derecho en aras de la cantidad. Ligia Bolívar²²⁴ explica este punto con el ejemplo del derecho a la educación, indicando que la calidad del sistema educativo ha desmejorado sustancialmente, y ello es *achacado* a la masificación que se produjo a raíz de la ampliación de la enseñanza gratuita de nivel básico. Indica Bolívar que se trata de una falacia, pues el problema no es la ampliación del derecho, sino la preparación de las instituciones para asumir la demanda social y la infraestructura estatal; culpar a las personas que gozan de un derecho del deterioro del mismo es un truco sucio, pues como se mencionó en páginas anteriores, cuando un derecho no es disfrutado por todos, sin discriminación, se convierte realmente en un privilegio.

Visto lo anterior, es posible finalizar esta parte indicando que la teoría del contenido mínimo y el contenido esencial como cosas diferentes, resulta muy útil al momento de dar respuesta a argumentos como el de la ambigüedad y excesiva amplitud en la formulación de los derechos sociales, especialmente cuando el juez constitucional la utiliza como herramienta de certeza jurídica

224 Ligia Bolívar “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, Op, Cit., p. 14.

y justiciabilidad.

Además, el contenido mínimo se relaciona directamente con la determinación de las condiciones mínimas, o si se prefiere **básicas**, de las cuales no pueden ser sacadas las personas, lo que trae como consecuencia la existencia de *obligaciones mínimas*²²⁵ del Estado; claro está, que este concepto debe ser manejado con precaución por las razones expuestas arriba, pues el establecimiento de contenidos y obligaciones mínimas no puede ser entendido como el punto de llegada de acción de los Estados (y por ende la excusa del estancamiento y no progresividad), sino apenas como el punto de partida en la realización de los derechos sociales²²⁶.

4.4.Neoconstitucionalismo

Para explicar el porqué se necesita una concepción neoconstitucionalista para hablar de derechos humanos, se debe empezar por clarificar qué se entiende por *una concepción neoconstitucionalista*. Mucho se ha dicho sobre esta corriente, y como se mostrará adelante, se trata de un término con múltiples acepciones, (de aceptación no muy pacífica), pues suele considerársele como una nueva cara del iusnaturalismo, por lo que es objeto de las mismas críticas, con cierto tono de actualización a los contextos de hoy en día. Lo cierto es, que si se entiende que se trata de un movimiento nuevo, no resulta adscribirlo en corrientes ya existentes, de hecho, algunos autores indican que no es iusnaturalismo y ello no trae como consecuencia que se pueda ubicar en el iuspositivismo²²⁷.

Sea dicho desde ya, que la propuesta del *neoconstitucionalismo* o *constitucionalismo contemporáneo*, como prefiera llamársele, es un tema no consolidado y se encuentra aún en evolución²²⁸; además, no puede juzgársele a la ligera, y desde una sola mirada, sino que se debe tener presente el contexto social y político del lugar en que se pretenda aplicarla, pues no será de igual recibo en una sociedad con una evolución democrática consolidada, que en una en la que ésta es naciente y/o todavía se requiere frenar el poder despótico del Estado, o del gobernante de turno, que aún hoy en día puede ser lo mismo en ciertos casos²²⁹.

El neoconstitucionalismo puede catalogarse como tres cosas, a saber, (1) como Teoría del Derecho, (2) como ideología del Derecho y (3) como método de análisis del Derecho²³⁰. No se

225 Ibid. p. 19

226 Cfr. Ibid., p. 18

227 Cfr. Leonardo García Jaramillo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, ed, *El canon neoconstitucional*, Trotta Madrid, 2010, p. 213.

228 Cfr. Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 11

229 Ver p.e., Eduardo Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de derecho (Valdivia) vol.23, n.1*, 2010, p. 79-102, en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art04.pdf> (2-XI-2010). El autor menciona que el neoconstitucionalismo no es un fenómeno de alcance universal, y que se ha visto como un fenómeno esencialmente europeo-continental y latinoamericano.

230 Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Op. Cit., p. 76. El autor manifiesta que la clasificación presentada se basa en la división

agotará exhaustivamente este tema en el presente documento, ni se ahondará en las críticas que se hacen a cada uno de estos sentidos, pues ello supone el esfuerzo de otros trabajos, especializados por demás, en Teoría del Derecho. Se debe tomar como punto de partida el hecho de que la propuesta neoconstitucionalista supone la existencia de un requisito previo: la constitucionalización del Derecho²³¹ o del ordenamiento jurídico²³². Esto implica – como explica Guastini²³³ – las siguientes condiciones:

1. La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
4. La “sobreinterpretación” de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
6. La interpretación adecuadora de las leyes.
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas²³⁴.

El neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho supone un modelo de análisis del Derecho basado en la Constitución como centro del mismo, y las consecuencias que de ello se derivan: (1) positivación de catálogos de derechos fundamentales, (2) presencia de valores, principios y reglas en las constituciones y (3) un cambio hermenéutico, pues la interpretación de la constitución ya no es posible con los mecanismos tradicionales de la ley. Se supera entonces el modelo de análisis estatalista, legicentrista y de formalismo interpretativo, característicos del iuspositivismo teórico²³⁵.

Como ideología, el neoconstitucionalismo sostiene la defensa de los derechos fundamentales. Explica Comanducci que su ocupación central ya no es el establecimiento de límites infranqueables al poder, sino la forma en que se tutelarán los derechos de las personas. Por tal razón, “destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente

realizada por Norberto Bobbio para explicar el positivismo jurídico.

231 Ibid., p. 81

232 Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Op. Cit., p. 50 y s

233 Ibid.

234 Los primeros seis ítem se presentan de conformidad con el desarrollo que Comanducci hace en “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, de la tesis de Guastini, presentada a su vez en “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, ambas obras recopiladas en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Op. Cit., p. 58 á 73 y 81.

235 Cfr. Paolo Comanducci “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, Op. Cit., p. 83.

encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución”²³⁶.

Por último, el neoconstitucionalismo como metodología, indica la necesaria conexión entre Derecho y moral, por esta razón es que ha sido identificado con el iusnaturalismo, sin embargo, se debe tener en cuenta que esta conexión se circunscribe a las “situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre Derecho y moral”²³⁷.

En el numeral 2.2 del presente trabajo se había enunciado que el neoconstitucionalismo se entendería como forma de organización política, y como se puede inferir luego de la anterior exposición, el neoconstitucionalismo hace referencia a un sistema de organización política, regido por una Constitución que limita y orienta las actuaciones del poder público y tiene como fin último la garantía de los derechos fundamentales de las personas.

Visto lo anterior, es importante señalar varias características del neoconstitucionalismo²³⁸:

1. La inclusión de valores, principios y reglas en las constituciones, en especial de derechos fundamentales. Esto denota el cambio del Derecho, de las normas hipotéticas (o completas) a la inclusión de normas téticas (incompletas).
2. La aplicación directa de las garantías, valores y principios que inspiran y fundamentan la Constitución, pues pese a su estructura, son verdaderas normas que deben ser cumplidas. Aquí se puede observar una alta carga ideológica, de acuerdo con lo planteado atrás, con relación a los derechos fundamentales.
3. La necesidad de utilizar otros mecanismos de interpretación de normas, tales como la ponderación y el principio de proporcionalidad, y el papel que adquiere la argumentación como herramienta para solucionar las antinomias del sistema jurídico²³⁹.
4. A consecuencia de la carga ideológica de defensa de los derechos fundamentales y la consagración de principios y valores en las Constituciones, existe una conexión necesaria entre Derecho y moral que no debe desconocerse al momento de aplicar las normas, por tal razón, la limitación a la irracionalidad del operador (que usualmente es el juez) se pone en la

236 Ibid, p. 86

237 Ibid, p. 87

238 Esta enunciación se realizará con fundamento en el trabajo de Leonardo García Jaramillo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, ed, *El canon neoconstitucional*, Trotta Madrid, 2010, p. 208 y s. Se debe tener en cuenta que el autor no enumera estas características en un orden específico, como si se hace aquí, a efectos de ejemplificar en mejor forma el impacto del neoconstitucionalismo.

239 Resulta interesante recurrir en este punto el trabajo de Antonio-Enrique Pérez Luño, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 422 y s El profesor Pérez Luño explica que se han roto los principios tradicionales de los ordenamientos jurídicos: unidad, plenitud y coherencia, y por tal razón, se debe recurrir ahora al pluralismo, a la apertura jurisdiccional y a la argumentación.

- fuerte carga de argumentación que debe soportar el razonamiento jurídico realizado.
5. El poder público ahora no sólo debe limitarse jurídicamente, sino que las Constituciones orientan su rumbo.
 6. La irradiación constitucional toca las relaciones privadas. Se constitucionalizan las “pétreas relaciones de poder en las esferas privadas”²⁴⁰.
 7. La ley ya no es la fuente por excelencia del Derecho, ahora se incluyen los instrumentos internacionales, la jurisprudencia nacional y de tribunales regionales de derechos humanos, los valores y principios, p.e. la dignidad humana, también son fuentes de Derecho. Esto supone un cambio radical en la forma en que se debe entender y operar el Derecho, ya no se requieren “administradores de códigos, parágrafos e incisos”, se requieren “administradores de justicia”²⁴¹.
 8. El papel del juez constitucional en la creación y desarrollo de Derecho. Antes se trataba de un mero legislador negativo, al decir de Kelsen, ahora es partícipe de la creación normativa, pues como guardián de la Constitución y órgano de cierre, sus interpretaciones tendrán fuerza obligatoria para todos, inclusive para el Legislador.
 9. La relación sociedad – Derecho. Las personas veían a este último con reticencia y desconfiaban la administración de justicia; además de percibir al Derecho como algo incomprensible y lejano. Al reconocer la importancia de los destinatarios de las normas constitucionales, se restaura el vínculo entre las personas y las normas. También esto ocurre por cuanto la renovación y materialización (o llenamiento de contenido) de la labor del juez constitucional, le ha permitido visibilizar problemas sociales que adquieren relevancia política.
 10. La carga ideológica de realización de derechos fundamentales, conduce a reconocer fundamentalidad a los derechos sociales y por ende, a la búsqueda de su justiciabilidad judicial.

Como se observa, el neoconstitucionalismo es un movimiento que está profundamente comprometido más que con los derechos fundamentales, con las personas, por lo que puede generar reacciones adversas y ha sido tan criticado. Fuera de esto, es importante anotar que el neoconstitucionalismo reviste la metodología necesaria para afrontar el entendimiento y realización de la estructura de los derechos sociales. En páginas anteriores se mencionó que uno de los problemas de los derechos sociales era que su estructura no se adaptaba a la tradicional que venía

240 Leonardo García Jaramillo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, Op. Cit., p. 211.

241 Expresiones usadas en un discurso por el ex-Presidente de Colombia César Gaviria en 1993, citadas por Leonardo García Jaramillo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, Op. Cit., p. 216.

dada desde el derecho privado, y por tal razón se les negaba su fundamentalidad. El neoconstitucionalismo como se observa, es una teoría que se ajusta a los requerimientos de los derechos sociales, y en general de cualquier derecho.

Ahora bien, para finalizar este acápite es importante indicar que otra de las virtudes del neoconstitucionalismo es que permite y admite la existencia de múltiples fuentes del Derecho, pues al estar encaminado a la realización de los derechos, reconoce la vinculación que tiene la normatividad nacional con la internacional, y en ese orden de ideas, no sólo acepta su obligatoriedad, sino que reconoce en el derecho internacional una rica fuente de contenidos que permiten realizar en mejor modo el ejercicio de argumentación. Esto es visible con el llamado bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el cual, la legislación nacional, sobre los derechos, se debe sujetar a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y con las cláusulas abiertas de derechos inherentes al ser humano.

No se deben desconocer sin embargo los riesgos o mejor dicho, retos que ello supone, pues se trata de un modelo teórico que aún implica grandes esfuerzos de entendimiento y corrección, por su relativa novedad y porque implica una activa labor de los jueces, que en muchos de los casos no están preparados para ello; esfuerzos tales como una sólida argumentación y el manejo de normativa internacional, que en muchos casos es excesivamente técnica, o es del *soft law* que en estricto sentido no es vinculante. Se trata pues de una dificultad a salvar en el mediano plazo. Por otra parte, el tema de la necesaria conexión entre derecho y moral (constitucional), uno de los puntos débiles del neoconstitucionalismo, supone otro reto para la aplicación de la teoría del contenido mínimo, en la medida que la amplitud y ambigüedad del derecho internacional pueda ser mal utilizada.

Pese a lo anterior, y a los temas aún no resueltos, el neoconstitucionalismo es compatible con la tesis del contenido mínimo planteada en el presente escrito, en la medida que admite que los derechos no son algo estático y vacío, sino que por el contrario, requieren una constante materialización, que no puede ser llevada a cabo de otra forma, al menos para el juez constitucional, que mediante la argumentación y recurso al derecho internacional, en el cual se encontrarán los estándares mínimos a los cuales se ha aludido en el presente texto, y que permiten dimensionar de mejor forma el que debería ser el contenido esencial de los derechos para un Estado.

A continuación se presentará un ejercicio sobre la tesis del *contenido mínimo* tomando el derecho al trabajo como eje temático. Puede quedar la sensación en el/la lector/a de que, en el final del presente documento, se da un vacío temático al no hablar a profundidad sobre lo que ocurre en el derecho interno frente al tema del derecho del trabajo. Y puede ser así, pues el texto se centró en el derecho internacional y con miras a una futura investigación sobre responsabilidad internacional

por incumplimiento de derechos sociales. Por lo que se hace la aclaración de que se debe al énfasis adoptado y la forma de manejar el tema, es decir, desde las fuentes no tradicionales de los derechos fundamentales, además de realizar una propuesta jurídica de cambio de paradigma nacional al internacional, como alternativa de solución al incumplimiento de los derechos fundamentales.

5. Contenido Mínimo del derecho fundamental/humano al trabajo

“Van mal los asuntos humanos cuando queda solamente la fe en
los asuntos materiales”
Marco Aurelio

No es un secreto que Ecuador y Colombia empezaron procesos de flexibilización laboral, y consecuente precarización, alrededor de 1990²⁴², pero no se trata de procesos aislados como podría pensarse, por el contrario, responden a una tendencia en los países de América Latina que empezó a darse a principios de los años 80 del siglo XX, con Chile específicamente, y que responde a las políticas de ajuste neoliberales y al Consenso de Washington²⁴³ que empezaron a darse en dicho momento.

Por esta razón, y haciéndoles extensivas las reflexiones presentadas a lo largo del texto sobre la situación mundial del trabajo y el empleo, es pertinente remitir al contexto internacional como referente para mejorar la situación de este derecho en ambos países, en primer lugar desde lo político, y en segundo, desde lo jurídico, teniendo en cuenta que Ecuador y Colombia hacen parte de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de la CADH, por lo que las consideraciones precedentes y posteriores sobre derechos humanos, neoconstitucionalismo y contenido mínimo les son plenamente aplicables, obviamente, con la matización que darán las particularidades propias de estos dos sistemas jurídicos.

5.1 Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

En la actualidad los parámetros del derecho al trabajo a nivel internacional, en el sistema universal de protección de derechos humanos, se encuentran en dos mandatos: el trabajo decente de la OIT y los objetivos del milenio. Los dos se gestaron en 1999 y 2000 respectivamente, es decir, en los inicios del siglo XXI, y fundados en una seria preocupación por mejorar los contextos mundiales de desigualdad, pobreza, repartición inequitativa de los recursos económicos, culturales y naturales, entre otros.

Curiosamente estos dos mandatos, que en estricto sentido hacen parte del *soft law*, han

242 Un ejemplo es la ley de tercerización en Ecuador, que fue expresamente prohibida en la Constitución de 2008, y la ley 100 de 1993 en Colombia, mediante la cual se permite el ingreso del sector privado en la seguridad social.

243 Cfr. *supra*, N° 3.1.1

tenido más impacto que muchos de los tratados internacionales suscritos con anterioridad. Es cierto que se trata de dos conceptos que no gozan de autonomía jurídica, es decir, no pueden ser exigidos directamente en instancias de responsabilidad internacional, sin embargo, se encuentran sustentados en una larga serie de instrumentos internacionales, que deberán tenerse en cuenta para el caso concreto en el momento en que se quiera justiciarlos judicialmente y/o políticamente mediante los mecanismos establecidos por la ONU, p.e., la presentación de demandas ante la Corte Internacional de Justicia, la presentación de informes adversos en el tema de derechos humanos y en algunos casos, las sanciones comerciales. A continuación se presentan los rasgos más importantes de estos dos mandatos en cuanto al trabajo, rasgos que al final vienen a ser el contenido mínimo del derecho al trabajo, del cual se ha hablado tanto en el presente documento.

5.1.1. Trabajo Decente - Decent work²⁴⁴

En páginas anteriores se expuso el concepto de trabajo decente, pero resulta importa presentarlo nuevamente aquí. En palabras de Amartya Sen es “un programa visionario de la OIT (...) que formula un objetivo general: se trata de «promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana» (OIT, 1999, pág. 4).”²⁴⁵ Prosigue el autor: “Es, sin duda, un objetivo de gran calado, puesto que abarca a *todos* los trabajadores, sea cual sea el modo y el sector en donde trabajen: el trabajo asalariado, por cuenta propia y a domicilio, ya sea en la economía regular o en el sector estructurado informal. La OIT se propone actuar frente a hecho terrible de que abundan tanto en el mundo «las personas que trabajan demasiado y las que están desempleadas» (ibídem)”²⁴⁶.

De acuerdo con lo planteado en la primera parte del presente texto, es preciso tener en cuenta que para contextualizar el trabajo decente no interesa entender la productividad en términos de lucro, sino de generación de medios de sustento, y/o bienestar para sí o para otros, por lo que todas las formas de trabajo son productivas, y por ende, el mandato del trabajo decente abarca a todas los y las trabajadoras.

La teoría construida alrededor del concepto de *trabajo decente* por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha permitido abordar de mejor manera la preocupación alrededor

244 Se debe anotar que el nombre responde al parecer a un mala traducción, pues la palabra inglesa *decent* equivale en español a digno/a no a decente. Esto puede observarse por ejemplo en la campaña en múltiples lenguajes de la OIT “Decent Work for All” “Trabajo Decente para Todos/as” en: <http://www.ilo.org/public/english/dw/index.html> (07-03-2010); en concepto de la suscrita, el concepto sigue siendo en el fondo el trabajo digno, sin embargo, al parecer ha dado mejores resultados la expresión decente, pues además de que produce un mayor impacto psicológico pensar que se ha retornado a un estado previo al de dignidad y que se debe luchar por retornar a él, ha permitido renovar el discurso de reivindicación del derecho al trabajo.

245 Amartya Sen, *El trabajo decente, un derecho humano* en http://www.trabajodecente.org.co/contenido/images/stories/documentos/se_busca_trabajo_decente_amartya_sen.pdf (19-XI-2010) p. 1 y 2

246 Ibíd.

de la condición precaria y la pauperización de millones de trabajadores y trabajadoras alrededor del mundo. Con este concepto, la OIT busca que cuando menos se garantice lo siguiente a los trabajadores y trabajadoras:

a) Condiciones de libertad

La libertad entendida en el sentido de Isaiah Berlin²⁴⁷, en relación al trabajo y a los aspectos indicados, se debe entender en su doble sentido, en el negativo, como la posibilidad con la que cuenta el individuo para escoger una actividad lícita a la cual dedicarse y realizarla sin restricciones ilegítimas, y en el positivo, de acuerdo con el cual, no debe haber interferencia de factores exógenos que coarten el derecho.

Este último punto es de particular relevancia, pues se trata de un derecho que no puede realizarse plenamente sin las condiciones adecuadas, con esto me refiero a que difícilmente alguien podrá escoger de manera libre un trabajo si no está capacitado para ello, vive en un Estado con altas tasas de desocupación, o en su defecto, se ve avocado a trabajar por un salario muy bajo, en uno o varios trabajos²⁴⁸.

La libertad implica también la posibilidad de trabajar, puede que suene obvio, pero aquí es en donde entra en el escenario la problemática de la trata de personas, un delito transnacional que victimiza a hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes, de diferentes condiciones, edades y razas. Para algunos parecería absurdo hablar de la existencia de esclavitud en el siglo XXI, pero aún persiste y en las peores condiciones imaginables.

Otros de los aspectos que deben tenerse en cuenta en este punto son la “(...) libertad sindical, [la] libertad de expresión. Negociación colectiva de las condiciones de trabajo. (...) [y la] [e]xistencia de leyes laborales” que protejan al *más débil*, de acuerdo con la situación del país y los trabajadores²⁴⁹. Es oportuno en este punto recordar una de las consideraciones del Protocolo de San Salvador: “**Recordando** que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

b) Condiciones de equidad

247 Cfr. Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, España, 2001.

248 Pedro José Lara Morena, “Los jóvenes y la globalización de los derechos laborales”, en *Boletín N° 160, julio - septiembre*, Madrid, Manos Unidas, 2005, en http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin_zip/BOLETIN%20160.pdf (12-X-2010). Indica este documento: “Los últimos informes de la Organización Internacional del Trabajo y otros organismos internacionales nos dicen que el paro juvenil alcanza ya el 14,4% (88 millones de jóvenes) y que la precariedad afecta al 50% (unos 300 millones) en todo el mundo.”

249 Cfr. Francisco Javier López Martín, “7 octubre: qué es trabajo decente”, en *El Blog de Javier López*, 2009 en <http://ccooblog.wordpress.com/2009/10/06/7-octubre-que-es-trabajo-decente/> (12-X-2010)

El trabajo se ha convertido en una mercancía, y en el mal sentido de la expresión, pues se le ha puesto precio igual que a un par de zapatos, el mercado entonces ha desplazado al Estado en su labor, especialmente en su regulación, y por ello, la creciente inequidad en las condiciones laborales, pues nada se interpone entre el lucro y la explotación necesaria para acrecentarlo. Al respecto anota Manos Unidas²⁵⁰:

En cambio, el trabajo tratado como mercancía degenera en la explotación del trabajador a cambio de salarios de miseria, de la inseguridad propia y de su familia y de las condiciones precarias para su salud. Así el trabajo se convierte en una máquina del sistema económico que produce beneficios para unos pocos y pobreza para los más. La aspiración a tener un empleo es una de las grandes preocupaciones de nuestro tiempo. En un contexto global de precariedad laboral, se incrementa el número de personas empobrecidas por la falta de un puesto de trabajo. La deslocalización de las empresas busca empleo a bajo coste; la mano de obra más necesitada y más expuesta a la explotación está sobre todo en países en vías de desarrollo. Estas prácticas se traducen, entre otras cosas, en el aumento de la marginación, unas veces, y de la inmigración, en otras, con la degradación de la vida y la dignidad humana.

Entonces, la inequidad viene dada principalmente por la cuestión económica, ya que el producto del trabajo de muchos se está quedando en manos de pocos, sin contar con aquellos que sobreviven gracias al subempleo. Además, se deberá analizar con mucho cuidado la situación de países en que la transformación de la mano de obra campesina a mano de obra industrial no se produjo, o se produjo de manera incompleta, y otra serie de condiciones particulares de país y de análisis económico, que superan los esfuerzos del presente escrito y por las que no se puede ofrecer información y conclusiones más específicas al lector.

Se debe tener en cuenta que la inequidad también se viene dando por asuntos de género, pues las mujeres aún están ganando salarios inferiores a los de los hombres por realizar trabajos iguales, esta situación se puede observar por ejemplo, luego de una rápida revisión a los reportes del Observatorio Laboral para la Educación del Ministerio de Educación de Colombia: “las recién graduadas que trabajan como dependientes ganan \$1.523.594, es decir **12.6%** menos que los hombres que también se graduaron en 2008 y ganan \$1.742.706 en promedio”²⁵¹. Las cifras hablan por sí mismas, y para comprobar que no se trata de una situación aislada, se tomaron las cifras promedio de ingresos de profesionales con estudios de posgrado para 2008 y 2009 y se encontró lo siguiente²⁵²:

– 2008: Mujeres: \$2.488.558 / Hombres: \$3.169.378

250 Manos Unidas, Editorial del Boletín N° 160, julio - septiembre, Madrid, Manos Unidas, 2005, p. 3, en http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin_zip/BOLETIN%20160.pdf (12-X-2010)

251 Información extractada de la página de dicho observatorio <http://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/article-195406.html> (26-XI-2010)

252 El sistema puede ser consultado en <http://www.graduadoscolombia.edu.co:8080/o3portal/index.jsp>

– 2009: Mujeres: \$2.591.789 Hombres: \$3.281.709

Como se observa, se trata de una tendencia sostenida, pues la diferencia salarial sigue estando allí, inclusive para las personas con estudios a nivel de doctorado, pues las mujeres aún en ese nivel siguen recibiendo un menor salario que los hombres: la cifra para 2009 fue de un salario promedio de \$4.848.098 para las mujeres y de \$5.563.452 para los hombres, lo que implica una diferencia de casi 1.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes (el cálculo se hizo tomando el salario mínimo legal vigente para Colombia para el año 2010 que se encuentra alrededor de los \$515.000).

c) Condiciones de seguridad

Estas están dadas en primera medida por la remuneración percibida, que debe ser justa, adecuada con el nivel de vida y sobre todo, acorde con estándares mínimos fijados por la ley. El otro aspecto fundamental que determina esta condición es la seguridad económica de que deberían gozar todos y todas las trabajadoras a través de los sistemas de protección social, v.gr., prestaciones en caso de desempleo, acceso a un servicio de salud adecuado, protección contra riesgos profesionales, pensiones de jubilación e incapacidad, prestaciones por maternidad etc., pues “[n]o hay trabajo decente sin sociedades justas, que luchan contra la exclusión”²⁵³.

d) Condiciones de dignidad

Ahora bien, un trabajo dado en las condiciones antes citadas puede considerarse un *trabajo decente*, pues se tratará de la labor humana enmarcada en condiciones adecuadas, que reconozcan al ser humano como centro de la actividad y no como medio necesario para llevarla a cabo.

La deshumanización de la persona y por ende la mercantilización de su labor, se han realizado a través de la satanización de las emociones y de la vida personal y familiar, por ende, el hombre y la mujer viven cada día más y más para el trabajo y menos para sí mismos. Como indica Pedro Lara: “Esto hace que vivamos sin ilusión, sin esperanza, como objetos destinados a ser una pieza más del sistema productivo. Vamos perdiendo humanidad, capacidad de amar y de enraizarnos en una tierra, con una gente, embarcados en algún proyecto”²⁵⁴. ¿Es este el mundo en el que se espera la realización de la paz y la prosperidad general? O peor aún, ¿es a través de estas condiciones en que esperamos realizar *el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria*²⁵⁵?

En este punto es en donde se debe hacer un llamado a la solidaridad, a pensar la dignidad humana en términos más amplios, que permitan restablecer el equilibrio, pues el hombre no puede

253 Francisco Javier López Martín, “7 octubre: qué es trabajo decente”, en *El Blog de Javier López*, Op. Cit.

254 Pedro José Lara Morena, “Los jóvenes y la globalización de los derechos laborales”, Op. Cit., p. 4.

255 Organización de Estados Americanos, Op. Cit. Protocolo de San Salvador. Ver las consideraciones del mismo.

ser un objeto -pero tampoco se puede dar valor supremo al ser humano a consecuencia de la destrucción de su medio- y para ello resulta útil la filosofía andina, en la que “(...)lo primordial no son los *relata* -en este caso: 'sujeto' y 'objeto'-, sino la *relacionalidad o relación misma (...)*”²⁵⁶, a partir de la cual, éstas se centren en la solidaridad, como valor superior que fundamenta los derechos e inspira la organización social²⁵⁷, es decir, en la capacidad de poner “(...) a la persona en el centro(...), de descubrir el sufrimiento y los mecanismos sutiles que lo causan.”²⁵⁸ Y cambiar el estado de cosas.

En ese orden de ideas, y de conformidad con lo expuesto en la primera parte de este documento, se debe garantizar la libertad jurídica, pero más importante aún, **la fáctica** en las tres facetas del trabajo: (1) para el acceso al trabajo, implica la remoción de obstáculos y el mejoramiento de los contextos económicos, no se desconoce lo difícil de esta labor, pero se requiere que el Estado recupere su poder y *ponga orden al orden del mercado*. Se debería entonces empezar por mejorar las normas de presupuesto y tributación, y la forma en que se redistribuye la riqueza, empezando inclusive a pensar en la posibilidad del derecho a la renta básica, en especial para los y las trabajadoras que realizan labores productivas pero cuya realización no supone recepción económica de beneficios; posteriormente, vigilar de cerca la aplicación de las normas (constitucionales y demás) sobre trabajo, pues la falta de controles y sanciones a empleadores abusivos genera un círculo vicioso que se debe romper, o en otras palabras, un control riguroso al sector privado redundaría en el mejoramiento de los contextos de trabajo; la ventaja en este momento histórico, es que los Estados, especialmente los más débiles, no están solos en la sociedad internacional y deberían aprovechar la efervescencia política a su favor.

(2) La aplicación de la anterior consideración generaría un efecto cascada en las condiciones de ejercicio del derecho al trabajo, pues no sólo se podría acceder al trabajo, sino al trabajo que se quiere. (3) En cuanto a los derechos humanos laborales, es indudable que se requiere el cumplimiento de las condiciones y derechos de las personas que se encuentran empleadas, y ello permitiría extender el círculo de bienestar a los demás trabajadores.

5.1.2 Objetivos del milenio de la Organización de Naciones Unidas

Este compromiso de los países miembros de la ONU fue suscrito en el año 2000 durante la 8ª sesión plenaria. Se trata de una Declaración, por lo que no cuenta con mecanismos coercitivos

256 Josef Estermann, *Filosofía Andina, Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ed. Abya – Yala, 1ª Ed., Ecuador, 1998, p. 201

257 Cfr. Gregorio Peces-Barba, “La Solidaridad”, en *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 261 y 262

258 Pedro José Lara Morena, “Los jóvenes y la globalización de los derechos laborales”, Op. Cit., p. 5.

que la garanticen directamente, pese a lo cual, no pierde su importancia para la reivindicación de derechos humanos, y luego de 2015 podría constituir una herramienta de análisis de la diligencia o no con la que los Estados han actuado en el cumplimiento de los derechos humanos en su territorio; inclusive, podría pensarse que los informes que deben presentarse a efectos de demostrar el cumplimiento anual de los objetivos del milenio pueden ser prueba suficiente del cumplimiento o no de los estándares mínimos aceptados y por qué no, ser el fundamento de una posible demanda de responsabilidad internacional por incumplimiento de derechos sociales.

Acotado lo anterior, es procedente presentar los objetivos o metas del milenio y realizar unas consideraciones puntuales sobre los que atañen al trabajo. Los objetivos del milenio son los siguientes²⁵⁹:

Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre

Meta 1.A Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas con ingresos inferiores a 1 dólar por día.

Meta 1.B Lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes.

Meta 1.C Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas que padecen hambre

Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal (educación universal)

Meta 2.A Asegurar que, en 2015, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria

Objetivo 3: Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer

Meta 3.A Eliminar las desigualdades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria, preferiblemente para el año 2005, y en todos los niveles de la enseñanza antes de finales de 2015

Objetivo 4: Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años

Meta 4.A Reducir en dos terceras partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad de niños menores de cinco años.

Objetivo 5: Mejorar la salud materna

Meta 5.A Reducir un 75% la tasa de mortalidad materna entre 1990 y 2015.

Meta 5.B Lograr, para 2015, el acceso universal a la salud reproductiva

Objetivo 6: Combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades

Meta 6.A Haber detenido y comenzado a reducir la propagación del VIH/SIDA en

259 Información extractada de <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>

2015

Meta 6.B Lograr, para 2010, el acceso universal al tratamiento del VIH/SIDA de todas las personas que lo necesiten

Meta 6.C Haber detenido y comenzado a reducir, en 2015, la incidencia de la malaria y otras enfermedades graves

Objetivo 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente

Meta 7.A Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente

Meta 7.B Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010

Meta 7.C Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento

Meta 7.D Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales

Objetivo 8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo

Meta 8.A Atender las necesidades especiales de los países menos desarrollados, los países sin litoral y los pequeños estados insulares en vías de desarrollo

Meta 8.B Continuar desarrollando un sistema comercial y financiero abierto, basado en reglas establecidas, predecible y no discriminatorio

Meta 8.C Lidar en forma integral con la deuda de los países en vías de desarrollo

Meta 8.D En cooperación con el sector privado, hacer más accesible los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de información y comunicaciones.

Como se observa en el objetivo 1, meta 1.B, dentro de los objetivos de milenio se encuentra *lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes*; ello implica poner en funcionamiento el mandato de trabajo decente, por lo que se remite al lector a lo expuesto atrás.

Por otra parte, y tomando en cuenta lo dicho por la propia declaración de objetivos del milenio, ello depende de la buena gestión de los asuntos públicos en cada país y a nivel internacional, y de la transparencia de los sistemas financieros, monetarios y comerciales (Nº III, 13). Rebase la capacidad del presente escrito analizar pormenorizadamente una a una las consecuencias de los objetivos del milenio en relación con casos concretos del derecho al trabajo, pero, no se debe dejar de enunciar, que toda la declaración de objetivos del milenio en su conjunto representa una rica fuente de determinación de contenidos de dicho derecho, pues cualquier

incompatibilidad entre una norma interna y dicho instrumento debe ser resuelta con preferencia de lo dicho en este último, además, las posibles antinomias constitucionales que surgiera, deberán ser armonizadas mediante un proceso racional de argumentación y ponderación.

5.2 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

5.2.1 Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto de San Salvador

El derecho al trabajo se ha catalogado tradicionalmente dentro de la categoría de derechos humanos *económicos, sociales y culturales*, por ejemplo, en instrumentos internacionales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”²⁶⁰, suscrito por la mayoría de los Estados de la OEA. Este protocolo indica en los artículos 6 y 7 lo atinente al derecho en estudio en los siguientes términos:

Artículo 6. Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- (...)e. la seguridad e higiene en el trabajo;(…)
- (...)g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

De las normas citadas se debe resaltar que el trabajo es un medio de obtención de una vida

260 En <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (11-X-2010)

digna, pero ello solo es posible de manera integral en la medida en que se desarrolle en condiciones **justas, equitativas y satisfactorias**. Estas tres condiciones, vistas a la vez a la luz de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre²⁶¹ (artículos 23 y 24), implican:

- El acceso de todas las personas al trabajo sin importar su condición, sexo, etc., con las respectivas limitaciones de edad y garantías de protección a los menores de edad.
- La posibilidad de elegir libremente un trabajo.
- El acceso al trabajo en las mismas condiciones que otra persona que se encuentre en similares circunstancias.
- Remuneración adecuada, equitativa, satisfactoria y teniendo en cuenta que trabajadores bajo similares circunstancias y cargas de trabajo deberán recibir igual salario.
- Trabajar en condiciones dignas y satisfactorias.
- Equilibrar el tiempo de trabajo y el de descanso, y poder disfrutar del tiempo libre.

Esto cobra más relevancia que nunca en nuestros tiempos, en los que infortunadamente el trabajo no se da en las condiciones mencionadas y, adicionalmente, ocurre un fenómeno sin precedentes, en el que se ha dissociado a la persona en sus dimensiones y se le percibe como dos seres diferentes, uno es aquel que trabaja durante ocho horas diarias o más y otro diferente, es aquel que desarrolla una vida personal y familiar. El primer ser trabajará bajo cualquier tipo de condiciones debido a las diversas dificultades en el empleo y la mercantilización del mismo, y, para soportar la mayoría de veces las condiciones inadecuadas, separará esta faceta de su vida, aislándola a un plano meramente utilitario, que puede resultarle insatisfactorio, y sólo dando espacio en su vida personal -durante el poco tiempo restante- a la autorealización²⁶², teniendo como consecuencia, el que se generaliza una situación de trabajos de mala calidad que cada día es más tolerada y finalmente aceptada por las sociedades como algo natural. Por esta razón, resulta útil incluir a las tradicionales *condiciones justas, equitativas y satisfactorias*, las de “(...) *libertad, equidad, seguridad y dignidad humana* (...)”²⁶³.

Por otra parte, se debe tener presente, y de conformidad con la definición de trabajo y su diferencia con el empleo presentada en la primera parte de este documento, que la titularidad del

261 Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (11-X-2010)

262 En sentido similar. Pedro José Lara Morena, Op. Cit., “Los jóvenes y la globalización de los derechos laborales”, en http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin_zip/BOLETIN%20160.pdf El autor del artículo indica sobre el particular: “Parece que no importa nada más que lo que tiene que ver con el trabajo, el tiempo de vida se reduce al tiempo de trabajo, o a su búsqueda. El resto del tiempo es sobrante, inútil... ¿Dónde queda la dimensión afectiva de la persona, y la dimensión social o participativa? ¿Y qué pasa con la familia, con la cultura, con el desarrollo personal?” (12-X-2010)

263 Organización Internacional del Trabajo, *Memoria del Director General: Trabajo Decente*, Op. Cit., p. 9

derecho para el caso bajo estudio recae en los trabajadores y trabajadoras del mundo entero, es decir, niños, niñas, adolescentes, mujeres y hombres, empleados y trabajadores, por tal razón, es imprescindible pensar en grupos de personas de especial protección, tal es el caso de los menores de edad y los jóvenes entre 15 y 24 años -los primeros por regla general deberían estar exentos de la responsabilidad de laborar- de las mujeres, y de los grupos étnicos y/o de condiciones sociales diversas.

Frente a los primeros, debido a que la precariedad económica obliga a que los niños, niñas y adolescentes ingresen al mercado laboral a más corta edad y cada vez vean más recortada la posibilidad de disfrutar de su infancia y de ser protegidos de los abusos, pues en su gran mayoría los menores de edad explotados laboralmente sufren de esta situación en los sectores informales de la economía, en labores de alta peligrosidad²⁶⁴ o en actividades ilícitas.

Las cifras aún son alarmantes, pues en el año 2005²⁶⁵ la Organización Internacional del Trabajo (OIT) calculaba que “habría que erradicar el trabajo de cerca de 246 millones de niños de entre 5 y 17 años, es decir, uno de cada seis; son trabajos intrínsecamente condenables: esclavitud, servidumbre por deudas u otras formas de trabajo forzado, incluyendo la prostitución, los niños soldados y la pornografía”²⁶⁶, de esos 246 millones, 73 millones son niños menores de 10 años que trabajan²⁶⁷.

En cuanto a los jóvenes: “Una de cada 5 personas en el mundo tiene entre 15 y 24 años. El 85% de estos jóvenes vive en países en vías de desarrollo. Son muchos los jóvenes desempleados (66 millones), pero el número de subempleados es aún mayor: en el sector informal, el 93% de todos los puestos de trabajo está ocupado por jóvenes que reciben un salario 44% más bajo que los de la economía formal, y la protección y los beneficios no existen”²⁶⁸.

La mujer, aún continúa siendo discriminada y percibiendo salarios inferiores a los de los hombres en iguales puestos de trabajo, su acceso al trabajo es difícil, y se le relega a trabajos de *inferior categoría* o de acuerdo a sus *capacidades dadas por la naturaleza*. La maternidad es un

264 Pese a que la suscrita considera que toda utilización laboral de menores de edad constituye el delito de trata de personas y que la utilización en prostitución no constituye una *de las peores formas de trabajo infantil*, pues ni tan siquiera se puede considerar un trabajo; a efectos de la información estadística que se presentará en el presente documento hablaré de explotación laboral o de trabajo infantil.

265 Se utiliza la información del año 2005 debido a que en la búsqueda de material de consulta para la construcción del presente documento, no se encontró la información con la misma precisión metodológica del año citado, pues los boletines de la OIT en el año 2009 hablan de trabajo infantil centrándolo en las niñas y señalan que alrededor de 100 millones de niñas en el mundo se encuentran en esta situación sin indicar la cifra de niños, lo que haría perder la cifra global; además e infortunadamente, la problemática no se ha reducido de forma sustancial desde el período citado hasta el año 2010.

266 Manos Unidas, “Trabajo para erradicar la pobreza” en Boletín N° 160, julio - septiembre, Madrid, Manos Unidas, 2005, en http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin_zip/BOLETIN%20160.pdf p. 4

267 *Ibíd.* p. 16

268 *Ibíd.*

obstáculo para conseguir un trabajo o mantenerlo, y en razón de ella, la mujer debe triplicar sus esfuerzos para cumplir con sus obligaciones laborales y las del hogar, lo que reduce notoriamente sus posibilidades de estudio, descanso, utilización del tiempo libre y autorealización como persona. Para empeorar la situación, la mayor cantidad de personas víctimas del delito de trata de personas son las mujeres jóvenes, especialmente en la finalidad de explotación sexual en prostitución.

Para finalizar este acápite, se debe hacer una breve mención a los grupos étnicos y/o de condiciones sociales diversas; dentro de éste se encuentran los miembros de comunidades indígenas, afrodescendientes, ROM y otros, los migrantes y las personas de los colectivos LGBT (ó GLBT). En este grupo de gran diversidad se observa una característica común, su condición los hace más vulnerables a fenómenos de explotación y vulneración de derechos humanos, debido por ejemplo a sus costumbres, en el caso de las comunidades indígenas suele ocurrir que el trabajo de los niños y niñas sea un complemento a su preparación para la vida, pero esta situación es aprovechada por personas inescrupulosas que se escudan en la misma costumbre y explotan a los menores de edad.

Las comunidades de personas afrodescendientes, sufren la discriminación racial con mayor intensidad que otra persona. La necesidad y apremio económico de los migrantes, y en muchas ocasiones su situación migratoria irregular es aprovechada por empleadores abusivos que no remuneran su labor de acuerdo con los estándares legales, sin mencionar, que el migrante es criminalizado y tomado como *chivo expiatorio* para responsabilizarlo de la situación de empleo – o paro- de un país. Finalmente, las personas de los colectivos LGBT, no tienen tan siquiera un espacio de existencia en la sociedad más allá de la burla y la satanización, por lo que usualmente se relegan a laborar en la prostitución, y en el mejor de los casos, a realizar labores inferiores o en condiciones en las que tienen que negar su opción sexual.

5.2.2 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha cumplido un importante rol en el desarrollo y comprensión de los derechos humanos en la región; de hecho, la obligatoriedad de sus sentencias constituye un deber ineludible a los Estados, no sólo en la medida que los casos obligan a la reparación a las víctimas, sino también porque las sentencias establecen para el país condenado un estándar mínimo que debe cumplirse en cuanto a un derecho en concreto, y este efecto se da desde el momento en que se dicta la sentencia y hacia el futuro. En adición a lo anterior, dicho estándar puede ser exigido a nivel de región, en la medida en que las circunstancias de los países sean similares, y en aras de cumplir la dignidad humana en igualdad de condiciones para todos los habitantes de la región.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte IDH es bastante rica en cuanto a lo que atañe a

derechos civiles y políticos, sin embargo, tiene una gran deuda con la región en cuanto a derechos sociales (o DESC), pues de los cinco referentes más importantes en cuanto a derechos sociales, sólo dos tocan el derecho al trabajo (uno de manera relativamente directa por tratarse de despidos y libertad sindical, el segundo en cuanto a pensiones de jubilación y progresividad de los derechos).

Estos referentes son: (1) Aloeboetoe contra Suriname, (2) Baena Ricardo y otros contra Panamá, (3) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, (4) Cinco pensionistas contra el Perú²⁶⁹ y (5) Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. Para el tema del derecho al trabajo resultan especialmente relevantes Baena Ricardo contra Panamá y Cinco pensionistas contra Perú²⁷⁰.

El caso de Baena Ricardo contra Panamá se causó por el despido arbitrario de 270 empleados públicos en 1990; es especialmente relevante en la medida que con la condena al Estado de Panamá se ordena la restitución en los cargos de estas 270 personas, o brindarles alternativas de empleo que se adecuen a las condiciones que originalmente tenían, debe tenerse en cuenta que la sentencia de fondo se dicta en 2001 por lo que se prevé la posibilidad del pago de una indemnización²⁷¹. En este caso también se protege la libertad sindical, pues la causa de despido de estas personas se relacionó con su sindicación.

Lo interesante de este caso es que se reconoce que el Estado tiene una esfera de disponibilidad sobre ciertos bienes objeto de derechos, aquí se trata de los puestos de trabajo, razón por la cual se debe empezar a reflexionar en el papel del Estado como empleador, obviamente no en los términos que planteaba el Estado Keynesiano, que debía absorber la falta de empleo, pero sí en que su papel debe ser menos pasivo a la hora no sólo de buscar que el sector privado genere trabajo sino que debe reasumir las riendas del horizonte económico.

El caso de los cinco pensionistas se ocasiona por un recorte injustificado en la cantidad de dinero que estos percibían por su pensión de jubilación. La Corte IDH en este caso reconoce la posibilidad de generar limitaciones a los derechos, inclusive a los adquiridos, pero sólo si ello es racional y proporcionado y en lo que interesa al tema de este punto, establece que dichos límites no pueden establecerse para generar regresiones en el desarrollo de los derechos económicos, sociales

269 Estos primeros cuatro son indicados por Manuel Ventura Robles, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", Op. Cit., p. 107.

270 El caso de Aloeboetoe refiere al respeto de la cultura indígena de dicha comunidad como desarrollo de sus derechos culturales; el de Awas Tingni constituye un cambio muy importante en la concepción del derecho de propiedad privada y la forma en que las tierras ancestrales no sólo son derechos económicos, sino que son vitales para el derecho de supervivencia de los pueblos indígenas, pues dónde más van a desarrollar sus vidas y ejercer sus derechos culturales. El caso de niños de la calle es un referente sin igual en la concepción de vida y de vida digna, y toca indirectamente con los derechos sociales, en la medida que se pone presente que sin ellos, es muy difícil alcanzar los mínimos que constituyen una vida digna. Además, reconoce que *hasta el malo más malo*, también es titular de dignidad humana en la misma medida que cualquier miembro de la sociedad.

271 *Ibíd.*, p. 112

y culturales, de conformidad con la CADH²⁷².

Con fundamento en todo lo expuesto, se reitera la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH en los ordenamientos jurídicos de la región, pues es posible utilizar el precedente jurisprudencial de esta entidad como contenido mínimo de los derechos sociales (o DESC). En particular no se debe perder de vista que en la actualidad las sentencias referidas establecen como estándar mínimo para el derecho al trabajo, la estabilidad en el puesto de trabajo, la libertad sindical y la prohibición de regresividad en los derechos sociales, por lo que por ejemplo, sería inconcebible, en el terreno jurídico al menos, que una persona en una relación de dependencia laboral pueda ganar menos del salario mínimo. Esto infortunadamente ocurre en la realidad, pero he ahí precisamente la necesidad de que el Estado reasuma sus funciones de control y sanción, pues no es posible que por ejemplo privilegie el derecho a la propiedad privada de las corporaciones o entidades de derecho privado, en desmedro de la calidad de vida, e inclusive del propio derecho a la propiedad privada de las personas que allí trabajen.

272 *Ibíd.*, p. 119 y 120

CONCLUSIONES

El desarrollo histórico de los derechos humanos y/o fundamentales, entendiéndolos en su connotación ideológica de pertenecer al común de la raza humana y ser la forma de realizar la dignidad humana, es un proceso de largas luchas iniciadas desde tiempos inmemoriales y consolidado con su positivación desde finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX. Es evidente que aún hoy en el siglo XXI existen múltiples factores que detienen (o mejor retrasan) su progreso y consolidación en el terreno práctico.

Por ello resulta prioritario no dejar de cuestionarse sobre las estructuras de poder, y cómo el Derecho puede servir tanto para reforzar como para reconducir aquellos aspectos que no funcionan y generan sufrimiento, dolor, miseria y temor en las personas. El esfuerzo realizado con el presente escrito se enfocaba a pensar en el neoconstitucionalismo como estructura de pensamiento al servicio del mejoramiento de las condiciones de vida de los hombres, mujeres, niños y niñas de la región americana. En razón de lo anterior, se debe llegar a las siguientes conclusiones.

El trabajo reviste una faceta más amplia que sólo la del empleo, y en términos generales, la de las relaciones laborales con relaciones de dependencia o formalidad jurídica y económica. Reconocer ello permite reconocer que todas las labores que las personas realizan, dentro del margen de la legalidad, deben considerarse productivas. Se debe terminar con la artificiosa división entre trabajo productivo y no productivo, que sólo conduce al desconocimiento de los derechos que pertenecen a todas las personas, pues es tan productivo el trabajo en labores de cuidado o de hogar que realiza un ama de casa, como el realizado por un alto ejecutivo.

El neoconstitucionalismo como estructura de pensamiento y desarrollo del Derecho permite incluir en la vida diaria de las normas aspectos como el enunciado, pues pensar los derechos en su faceta moral, permite realizar mejores aplicaciones del Derecho, buscando que se reconozcan y respeten por igual los derechos de quienes se encuentran en mejores condiciones materiales y quienes no.

En ese orden de ideas, el neoconstitucionalismo es hasta el momento la estructura que mejor permite incluir en un sistema jurídico doméstico los avances en derechos que se gestan en el seno de la sociedad internacional. Bien sea a partir del *hard law* que representan las Declaraciones, Convenios y Tratados Internacionales, o del *soft law*, que nace de la labor de las oficinas especializadas en diversos temas de derechos humanos.

Por ello, la propuesta presentada sobre la existencia de un contenido mínimo de los derechos, que nace en la esfera del derecho internacional, y que es compatible con el desarrollo de los derechos a nivel interno en los países, o contenido esencial, no es otra cosa más que un aporte a

las técnicas de interpretación y garantía judicial típicas del neoconstitucionalismo y que difieren de los mecanismos tradicionales, por demás de corte iusprivatista.

El contenido mínimo de los derechos constituye además, una forma de limitar el poder público, en especial el del legislativo y el judicial, pues supone (1) una barrera infranqueable para el desarrollo legislativo doméstico, (2) una carta de navegación para la administración pública, pues supone una planeación que nunca puede estar por debajo de los estándares internacionales y debe propender por la máxima realización posible de los derechos de las personas, en especial, de los sociales. Finalmente, el contenido mínimo representa (3) un referente obligado para los jueces en su labor diaria. Lo deseable sería que hasta el juez de la menor jerarquía tuviese en cuenta estos parámetros en su labor, pero cuando menos, es aceptable que los jueces constitucionales no pierdan de vista el referente internacional.

Como consecuencia de lo anterior, lo mínimo que los poderes legislativo, ejecutivo y el judicial de la región americana deben tener siempre presente en cuanto al derecho al trabajo es (1) todo trabajo es productivo, por ello las personas deben contar con una garantía mínima en cuanto a acceso a la seguridad social. Sería deseable que empezara a tener eco la propuesta de la renta básica, pero por el momento el tema sigue siendo una aspiración moral, que no tiene eco en el derecho internacional de la región. (2) El trabajo que no se desarrolle en condiciones de libertad no debe ser considerado trabajo, esto entendiendo que la esclavitud, la trata de personas y las prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo infantil deben ser proscritas de la realidad, con apoyo en una fuerte aplicación de las normas internacionales, las constituciones y toda otra normatividad que exista al interior de los países.

(3) La libertad de trabajar no sólo debe verse en su faceta negativa o de abstención o no interferencia, sino también en la faceta de libertad fáctica; por ello, cada vez se debe propender porque las normas de presupuesto, tributación, organización del Estado, libertad económica, etc., se ajusten a la estructura del Estado Social de Derecho o Estado Constitucional de Derecho(s), como se prefiera denominarlo, y no a la tiranía corporativa. (4) Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentra que el derecho al trabajo -como acceso-, pese a ser un concepto económico y político, y a tratarse de un derecho sobre un bien escaso cuya titularidad no está completamente en el Estado, sí implica jurídicamente que se de un cambio del papel del Estado en la forma en que regula las relaciones económicas y la forma en que el poder económico se manifiesta en la vida de los ciudadanos y obstaculiza o impulsa los derechos fundamentales, en especial el del trabajo.

(5) Las mejores condiciones de ejercicio del derecho al trabajo no deben ser eliminadas so pretexto del desarrollo económico o la inversión extranjera, por ello, toda norma que tienda a flexibilizar y/o precarizar aún más el trabajo debería ser declarada inmediatamente inconstitucional

por los Tribunales Constitucionales, pues se trata de una interpretación ampliada de cómo se puede desarrollar el derecho al trabajo sin perder de vista que el contenido mínimo de los derechos se puede vulnerar no solo por acción u omisión, sino también por resultado. De ahí la importancia de cumplir con el deber de progresividad de los derechos sociales (o DESC).

(6) Desde la jurisprudencia de la Corte IDH se ha reconocido como contenido mínimo del derecho al trabajo la estabilidad en el empleo y la libertad sindical. (7) El contenido mínimo al trabajo está interrelacionado con otros derechos, como la vida, la vida digna y la libertad. En ese orden de ideas, las condiciones laborales adecuadas y saludables son parte del contenido esencial del derecho al trabajo. Se requiere entonces que el Estado asuma acciones promocionales para mejorar las condiciones de los trabajadores que no entren en la categoría *empleados*, pues en la actualidad el derecho de estas personas se encuentra por debajo del estándar mínimo garantizado desde el derecho internacional, por lo que habría lugar a responsabilidad internacional del Estado por encontrarse incumpliendo sus obligaciones de respetar y garantizar derechos. Paralelamente, la falta de diligencia en el control de las condiciones laborales de los *empleados*, también puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad internacional de los Estados por la misma razón.

Para finalizar, vale la pena mencionar lo dicho por el ex- Secretario General de las Naciones Unidas Koffi Annan: *“No existe un solo modelo de democracia, o de los derechos humanos, o de la expresión cultural para todo el mundo. Pero para todo el mundo, tiene que haber democracia, derechos humanos y una libre expresión cultural”*. De acuerdo con lo anterior, los contenidos mínimos del derecho al trabajo deben ser respetados, y su realización debe ser cada vez mayor y para más personas, de modo tal que algún día ya no se tenga que hablar de contenidos mínimos. Sería hermoso poder algún día hablar de contenidos maximizados de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, “Derechos Sociales Fundamentales” en Carbonell Miguel, Cruz Parcerio Juan y Vásquez, Rodolfo, comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000.

Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Ansúategui Roig, Francisco Javier “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” en, J.J. Tamayo, dir., *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005.

Ansúategui Roig, Francisco Javier, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 24, julio 2010.

Ávila, Rámiro, “Del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

Bauman, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Bauman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000

Bauman, Zygmunt, *Vida de Consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Benítez, Julio César, “El voluntariado en el mundo laboral en el Ecuador”, en Betty Espinosa, Coor., *Mundos del trabajo: Pluralidad y transformaciones contemporáneas*, Quito, FLACSO, 2008.

Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, España, 2001.

Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999.

Bourdieu, Pierre, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999.

Bovero, Michelangelo, “¿Siete globalizaciones?”, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vásquez, comp., *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito, 2009.

Carbonell, Miguel, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005.

Carbonell, Miguel, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaria, ed., *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009.

Carnoy, Martin, *El trabajo flexible en la era de la información*, Alianza Editorial, Madrid,

2001.

Castells, Manuel, “Empleo, trabajo y sindicatos en la nueva economía global”, en Revista La Factoria, Nº 1, octubre 1996, s.f, s.l.

Cobbaut, Robert, “El nuevo estatuto del trabajo”, en: Betty Espinosa, coor., *Mundos del trabajo: Pluralidad y transformaciones contemporáneas*, Quito, FLACSO, 2008.

Cohen, Gerald, “Poverty as Lack of Freedom”, extracto de “Justice, Freedom and Market Transactions” en *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en, Carbonell, Miguel, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005.

Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, OIT, Ginebra, 2004.

Coriat, Benjamín, *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Siglo Veintiuno, España, 1991.

Courtis, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en, Miguel Carbonell, de., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta – UNAM, 2007.

De Asís Roig, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 17, Dykinson, Madrid 2001.

De Buen Lozano, Néstor y Morgado, Emilio, coor., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, UNAM, México, 1997.

Estados Unidos Mexicanos, *Constitución Política*.

Estermann, Josef, *Filosofía Andina, Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ed. Abya – Yala, 1ª Ed., Ecuador, 1998.

Fernández Segado, Francisco, “Estudio Preliminar”, en Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. XXI a LXI.

García Jaramillo, Leonardo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en Carbonell Miguel y García Jaramillo, Leonardo, ed, *El canon neoconstitucional*, Trotta Madrid, 2010.

Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005.

Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.

Loess Kurt, Miller Van V. y Yoskowitz David, “Internacionalización empresarial, salarios, formación y rotación de los trabajadores de las maquilas”, en *Revista Internacional del Trabajo*, v. 27, N° 2-3, OIT, 2008.

Lipietz, Alain, *El posfordismo y sus espacios. Las relaciones capital-trabajo en el mundo*, Serie Seminarios Intensivos de Investigación, Documento de Trabajo N° 4, PIETTE – Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1994.

Martín Huertas, Ascención, “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales N° 75*, Congreso de los Diputados, España, 2008.

Massey, Douglas S., et. al., “Teorías de Migración Internacional: una revisión y aproximación” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo - ReDCE*, Año 5, N° 10, Julio – Diciembre de 2008, Universidad de Granada, Granada – España, 2008.

Melish, Tara, “Estableciendo la responsabilidad del Estado: el deber de respetar, garantizar y principio de progresividad”, en *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, CEDES, Sergrafic, Quito, s.f.

Noriega Cantú, Alfonso, *Los derechos sociales; creación de la revolución de 1910 y la constitución de 1917*, UNAM, México, 1988.

Pautassi, Laura, “Recetas para todo, trabajo para pocos. La transformación del trabajo y de la política social en América Latina”, en *ICONOS, Revista de Ciencias Sociales N° 11*, FLACSO, Ecuador, julio 2001.

Pautassi, Laura, “El Derecho a la Seguridad Social. Una aproximación desde América Latina” en Abramovich, Víctor, et al, *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Distribuciones Fontamara, México, 2003.

Peces-Barba, Gregorio. “El socialismo y el derecho al trabajo”, en *Derecho y derechos fundamentales, El Derecho y la Justicia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Peces-Barba, Gregorio, “La Solidaridad”, en *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

Pérez Luño, Antonio – Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coor., *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, UNAM IMDPC Marcial Pons, 2008.

Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: Notas para su exigibilidad”, en Abramovich, Víctor, et al, *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Distribuciones Fontamara, México, 2003.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

Porras Velasco, Angélica, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, ed., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.

República de Colombia, *Constitución Política 1991*.

República de Ecuador, *Constitución del Ecuador 2008*.

República de Colombia, *Ley 599 de 2000 – Código Penal*.

República de Colombia, *Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal*.

Requejo Coll, Ferrán, *Las Democracias*, Barcelona, Ariel, 2008.

Requejo Pagés, Juan Luis, “Consideraciones en torno a la configuración y los límites de los derechos fundamentales a partir de la jurisprudencia constitucional española”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coor., *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, UNAM IMDPC Marcial Pons, 2008.

Rodríguez, María Candelaria, “La flexibilidad laboral en Venezuela ¿la antinomia entre desarrollo de los mercados de trabajo o la acentuación de la precarización laboral”, en: Betty Espinosa, coor., *Mundos del trabajo: Pluralidad y transformaciones contemporáneas*, Quito, FLACSO, 2008.

Sánchez Castañeda, Alfredo, “Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exhibibilidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coor., *La ciencia del derecho procesal constitucional, Tomo XII*, UNAM, Marcial Pons, IMDPC, México, 2008.

Sastre Ibarreche, Rafael, “El derecho al trabajo, ¿un derecho en crisis permanente?”, en Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Courtis, comp., *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, México, 2003.

Servais, Jean-Michel, “Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales del trabajo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número conmemorativo, sexagésimo aniversario*, UNAM, México, 2008.

Silva Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en Ávila, Ramiro, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Tansini, Ruben, ed., et. al., *Economía para no economistas*, Uruguay, Universidad de la República, 2003.

Uprimny Yepes, Rodrigo, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de*

los derechos humanos en la Constitución, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, s.f.

Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, Vol. 40, jul – dic 2004.

Internet

Aldunate Lizana, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de derecho (Valdivia)* vol.23, n.1, 2010, p. 79-102, en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art04.pdf> (2-XI-2010)

Bolívar, Ligia, “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en, *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/derechos%20economicos,%20sociales%20y%20culturales.pdf (01-II-2010)

Casilda Béjar, Ramón, “America Latina y el Consenso de Washington”, en *Boletín Económico de ICE N° 2803*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, 2004, en: http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2803_19-38_4F750124143128257278CDB775B3F4F9.pdf (22-VIII-2010)

Chirinos, María Pía, “Trabajo”, en Labastida, Francisco Fernández y Mercado, Juan Andrés, ed., *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*, en <http://www.philosophica.info/archivo/2009/voces/trabajo/Trabajo.html> (4-XI-2010)

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, “Estrategia de exigibilidad jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia mediante acciones jurídicas en el plano nacional e internacional” en <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs3/colectivo%20abogados.pdf> (01-II-2010)

Cortés, Johanna, et al., “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos Vol. 9 N° 2, Abril 2007 (número especial)*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/issue/view/30/showToc> (01-XI-2010)

Lara Morena, Pedro José, “Los jóvenes y la globalización de los derechos laborales”, en *Boletín N° 160*, julio - septiembre, Madrid, Manos Unidas, 2005, en http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin_zip/BOLETIN%20160.pdf (01-XI-2010)

Gamboa Montejano, Claudia y Gutiérrez Sánchez, Miriam, *Artículo 123 Constitucional. Estudio de antecedentes, Derecho Comparado y de las iniciativas presentadas*, en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-13-08.pdf> (3-I-2011)

Liga de las Naciones, Tratado de Versalles de 1919, en <http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versa/versa12.html> (versión en inglés) (4-XI-2010)

López Martín, Francisco Javier, “7 octubre: qué es trabajo decente”, en El Blog de Javier López, 2009 en <http://ccooblog.wordpress.com/2009/10/06/7-octubre-que-es-trabajo-decente/> (11-X-2010)

Manos Unidas, Boletín N° 160, julio - septiembre, Madrid, Manos Unidas, 2005, en http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin_zip/BOLETIN%20160.pdf (12-X-2010)

Mauro Marini, Ruy, “El concepto de trabajo productivo: nota metodológica” en, América Latina, dependencia y globalización. Siglo del Hombre – CLACSO, Bogotá, 2008, en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/critico/marini/09concepto.pdf> (7-XI-2010)

Ministerio de Educación de Colombia, Observatorio Laboral para la Educación de Colombia en <http://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/article-195406.html> (26-XI-2010)

Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (11-X-2010)

Organización de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, 1990

Organización de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2000.

Organización de las Naciones Unidas, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 2000.

Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 1969, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (11-X-2010)

Organización de los Estados Americanos, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador)*, 1988, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (11-X-2010)

Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará)*, 1994 (11-X-2010)

Organización Internacional del Trabajo, *Memoria del Director General: Trabajo Decente*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, Ginebra, Junio de 1999, en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Organización Internacional del Trabajo, *Tesaurus de la OIT*, en <http://www.ilo.org//thesaurus/defaultes.asp> (25-VIII-2010)

Organización Internacional del Trabajo, *ILO Action against trafficking in human beings*,

2008, en http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/ILO_Action_against_trafficking_in_human_beings.pdf (13-XI-2010)

Organización Internacional del Trabajo - Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, 2004, en <http://www.ilo.org/wcmstp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/kd00068es.pdf> (01-II-2010)

Palley, Thomas I., “Del keynesianismo al neoliberalismo: paradigmas cambiantes en economía” (título original, “From Keynesianism to Neo-liberalism: Shifting Paradigms in Economics”), en *Revista Economía UNAM*, Vol 2., Num 4, en: <http://www.ejournal.unam.mx/ecu/ecunam4/ecunam0407.pdf> (22-VIII-2010)

Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trabajo (6-XI-2010)

Rodríguez Caballero, Juan Carlos, *La economía laboral en el período clásico de la historia del pensamiento económico (Tesis de Doctorado)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02493064111461495222202/012029.pdf> (6-XI-2010)

Sen, Amartya, *El trabajo decente, un derecho humano* en http://www.trabajodecente.org.co/contenido/images/stories/documentos/se_busca_trabajo_decente_amartya_sen.pdf (19-XI-2010)

Sociedad de las Naciones, Convención sobre la esclavitud, 1926, en, <http://campus.oimconosur.org/descarga/instrumentos-legales/> (4-XI-2010)

Weissbrodt, David y Liga contra la Esclavitud, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), 2002, en www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf (4-XI-2010)

Williamson, John, *What Washington means by Policy Reform*, en <http://www.iie.com/publications/papers/print.cfm?researchid=486&doc=pub> (22-VIII-2010)

Wylder, Agustín, *Mutación del trabajo, identidad y posfordismo: precisiones metodológicas y apuestas conceptuales*, en <http://www.aset.org.ar/congresos/7/12019.pdf> (4-XI-2010)