

DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO
EL RESPETO LABORAL

WILSON YESID SUÁREZ MANRIQUE

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
DOCTORADO EN ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL
SALAMANCA
2017

DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO
EL RESPETO LABORAL

WILSON YESID SUÁREZ MANRIQUE

TESIS DOCTORAL

DIRECTOR

DR. MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

CODIRECTOR

DR. JOSÉ ANTONIO BAZ TEJEDOR

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

DOCTORADO EN ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

SALAMANCA

2017

A mi hijita, mi bien, Sofía.

A mis padres y hermana.

En Salamanca se me ha gestado una deuda impagable. Agradezco primordialmente a mi Director el Dr. Mario Hernández Ramos, por su ayuda, dedicación, asistencia y sugerencias en la redacción de este escrito. Mi Codirector el Dr. Antonio Baz, con sus correcciones, consejos y amabilidad, también es acreedor de mi gratitud.

En Bucaramanga debo consejos, apoyo y amistad, al Dr. Rodolfo Delgado Gamboa. El agradecimiento es extensible a mis amigos del Grupo de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, especialmente, a la Dra. Carolina Bravo y al Dr. Pedro García. Las ideas, enfoques y argumentos que se exponen no serían posibles sin aquellas personas que han contribuido en mi formación académica y personal, a quienes de manera necesaria debo referir mi complacencia. Las enseñanzas acerca de la amistad, fueron infundadas y perfeccionadas por CH, en los últimos tres años.

Contenido

Introducción	10
Estudio jurídico integrativo y abstracto de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo	10
Derechos Fundamentales, Constitución, Estado y Derecho.....	17
Principales cuestiones	40
Capítulo primero: Derecho Constitucional y Derecho Laboral	45
1.1. Estabilidad jurídica e inestabilidad constitucional.....	46
1.1.1. Seguridad jurídica y constitucional.....	48
1.1.1.1. Seguridad jurídica	48
1.1.1.2. Estabilidad jurídica	55
1.1.2. Pretensión de estabilidad.....	58
1.1.2.1. Pretensión en la superestructura y la estructura constitucional.....	59
1.1.2.2. Pretensión en la concepción de sistema	62
1.1.2.3. Pretensión en la determinación	64
1.1.3. Inestabilidad constitucional.....	67
1.1.3.1. Crisis del Derecho.....	69
1.1.3.2. Inseguridad jurídica.....	70
1.1.3.3. Cambios estructurales en el constitucionalismo	72
1.2. Asimilación de la inestabilidad y conflictivismo en los derechos	80
1.2.1. Acomodación de la inestabilidad	80
1.2.2. Rediseño institucional y la mirada multinivel.....	82
1.2.3. El cambio de entendimiento del Derecho	84
1.2.3.1. Mutación de las categorías y la protección multinivel.....	84
1.2.2.3. Conciencia jurídica de la inestabilidad	90
1.2.4. Una visión conflictivista de los derechos fundamentales	92
1.2.4.1. Teorías coherentistas.....	92
1.2.4.2. Teorías conflictivistas de los derechos fundamentales	95
1.3. Derechos fundamentales en las relaciones laborales	98
1.3.1. La senda de los derechos fundamentales laborales	99

1.3.1.1. Posibles relaciones	100
1.3.1.2. La diferencia básica	101
1.3.1.3. Principales implicaciones de su diferenciación.....	104
1.3.2. Estructura de los derechos fundamentales laborales.....	108
1.3.2.1. Disposiciones jurídicas de derecho fundamental y normas de derecho fundamental laboral	108
1.3.2.2. Problemas semánticos de las disposiciones de derecho fundamental laboral.....	114
1.3.2.3. Problemas pragmáticos de las disposiciones de derecho fundamental laboral	116
1.3.3. Fundamento de los derechos fundamentales laborales	118
1.3.3.1. Fundamentación tópica	119
1.3.3.2. Dignidad humana y los derechos fundamentales	122
Segundo Capítulo: Noción y fundamento del respeto laboral	136
2.1. Subordinación, igualdad y cooperación laboral	137
2.1.1. Desconfianza respecto del empleador.....	138
2.1.2. Principio de subordinación	144
2.1.3. Factores a tener en cuenta.....	150
2.1.4. Tres alternativas	153
2.2. Elementos constitutivos del Respeto Laboral	164
2.2.1. Inestabilidad laboral.....	165
2.2.2. Dimensión ciudadana del trabajador.....	168
2.2.3. Categoría del respeto laboral.....	171
2.2.3. Núcleo jurídico fundamental y ponderación	173
2.2.4. Aspecto subjetivo del respeto laboral	184
2.2.5. Aspecto cuantitativo: la eliminación progresiva del irrespeto	193
2.2.6. Proyección temporal	198
2.3. Fundamentación del respeto laboral	202
2.3.1. Fundamento constitucional del respeto laboral.....	203
2.3.1.1. Fundamentación abstracta.....	204
2.3.1.2. Fundamentación específica	209
2.3.1.3. Fundamentación relacional	218
2.3.2. Fundamentación filosófica del respeto laboral y la igual consideración y respeto	227

Tercer Capítulo: Práctica del respeto laboral	233
3.1. Estabilidad laboral reforzada y trabajadores discapacitados.....	233
3.1.1. Aporías jurídicas introductorias	234
3.1.2. Fundamentos de la estabilidad laboral reforzada	240
3.2. Trabajadores discapacitados y los contratos a término	244
3.2.1. De la discapacidad a la vulnerabilidad.....	245
3.2.2. Estrategias de protección	249
3.2.3. Narrativa Constitucional y objeciones	255
3.2.3.1. El camino de la Corte Constitucional.....	255
3.2.3.2. Las objeciones a la protección	260
3.3. El respeto laboral y las estrategias jurídicas	267
3.3.1. El trabajador perfectible y la protección reducida	269
3.3.2. Un destinatario encubierto	272
3.3.3. Una visión comprensiva de las reglas de estabilidad laboral reforzada.....	282
3.4. Despido y reparación integral y preventiva	285
3.4.1. Bienes no económicos en el contrato de trabajo	286
3.4.2. Límites y funcionalidad del despido	291
3.4.3. Función del despido y estabilidad.....	300
3.5. El despido nulo y los derechos fundamentales	304
3.5.1. Despido nulo	304
3.5.2. Normas de despido nulo.....	307
3.5.3. Objeciones generales a las normas del despido nulo	317
3.6. Protección plausible	321
3.6.1. Reparación integral	322
3.6.2. Indemnización de perjuicios materiales e inmateriales.....	326
3.6.3. Tipología de perjuicios	332
3.6.4. Juez prudente	336
Conclusiones	340
Bibliografía	355
Jurisprudencia citada.....	381

Introducción

En la presente introducción se desean describir algunas pautas generales acerca de la naturaleza del presente estudio, los puntos de partida teóricos en los cuales se encuentra inserto y los problemas que busca responder. Esto se realiza con el fin de fijar un marco jurídico previo que ayude a entender los alcances de la investigación, y que se muestre como una plataforma delimitatoria de lo que se pretende realizar. Para lograrlo se divide la introducción en tres partes. En la primera, se realiza una precisión acerca de la naturaleza y el enfoque de la presente investigación. En la segunda, se realiza una toma de posición conceptual acerca de los derechos fundamentales. En la tercera, se describen algunos de los problemas centrales de la investigación.

Estudio jurídico integrativo y abstracto de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo

El presente trabajo es de carácter jurídico, con ello se quiere significar que sus principales acentos acerca del objeto de reflexión están constituidos por las disposiciones que comúnmente son llamadas jurídicas¹. La historia, la filosofía, la economía, la sociología, y demás disciplinas ostentan la potencialidad de aportar argumentos importantes en los debates jurídicos². Sin embargo, estos aportes no serán el punto central del presente trabajo, por cuanto, ello desborda las limitaciones de espacio y las capacidades intelectuales del autor. Empero, ello no quiere decir que sea una construcción jurídica totalmente al margen de los aportes relevantes de otras disciplinas. Por cuanto, esta situación es indeseable e irrealizable. Indeseable debido a que las construcciones conceptuales son útiles y

¹ Cfr. MELERO, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento desde el derecho público. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2002, p. 36. ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, p. 21. ATIENZA, Manuel. El Futuro de la Dogmática Jurídica, Crítica de Libros. Madrid: El Basilisco, 1980, p. 64. PETEV, Valentín. Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral Del Siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 96-97.

² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27-34.

apreciables en cuanto ayuden a transformar la realidad. Irrealizable debido a que el Derecho tiene en común con las otras disciplinas más de lo que frecuentemente se cree.

Establecer una distinción tajante entre el Derecho y otras disciplinas³ conlleva a reflexionar acerca de un problema que se presupone, y es el de deslindar los círculos de pertenencia y de dominio de la ciencia jurídica respecto de los demás mundos de conocimiento. El hecho que se piense en un estudio solamente jurídico de los derechos fundamentales y sus exigencias, presupondría la posibilidad de deslindar claramente los objetos, métodos y alcances de cada una de las ciencias, empero, también presupondría la inexistencia de conexiones necesarias y contingentes entre el Derecho y las otras disciplinas. Ante la imposibilidad de deslindar plenamente cada uno de estos mundos de conocimiento y las íntimas conexiones con la historia, la economía, la filosofía y la sociología, el camino más adecuado que se ha escogido para este estudio es el de la adopción consiente de un asentó dentro del trabajo investigativo en torno al estudio de las disposiciones y normas que son consideradas como jurídicas, donde se hacen importantes los argumentos de otras disciplinas que puedan ser traducidos al lenguaje jurídico.

Existe una especie de hipocresía de los juristas cuando pretenden realizar un estudio dogmático de la Constitución queriendo estar totalmente al margen de los aportes y las imbricaciones que sobre ella ejercen otras disciplinas. No quiere decirse con ello que no puedan abordarse diferentes enfoques, con finalidades, problemas, métodos y resultados distintos. Lo que desea decirse es que hasta los estudios dogmáticos, en el campo del Derecho Constitucional, se soportan en elementos de la filosofía política y analítica, la economía, la sociología y la historia (de forma consciente o inconsciente).

De forma similar a cuando Habermas permite la entrada al mundo jurídico de los argumentos religiosos, siempre y cuando sean traducidos al lenguaje jurídico⁴, con las correspondientes exigencias que esto conlleva, la entrada en el discurso jurídico y

³ HANS, Kelsen. Teoría pura del derecho. México: Porrúa, 2000, p. 15.

⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Entre Naturalismo y Religión. España: Paidós, 2006.

dogmático de los derechos fundamentales de los argumentos históricos, filosóficos y económicos, se encuentra condicionada a su traducción jurídica. Lo cual, una vez entendidas las interconexiones existentes, no le resta eficacia y fuerza a tales argumentos, sino que los protege y garantiza su participación.

Quizás una forma de ver la idea metodológica que se expresa es la de considerarla como una proyección de la concepción del Derecho de Dworkin en el plano del estudio jurídico de los derechos fundamentales. La concepción de Dworkin del Derecho como integridad⁵ se asemeja a la idea que se expresa, pero con una perspectiva acentuada en el campo de lo jurídico y la exigencia explícita de la traducción de los argumentos al lenguaje jurídico; o de otra forma: parte de la pérdida de la fe en una metodología jurídica pura y reconoce y enriquece el estudio consiente de los argumentos externos al Derecho dentro de su discurso, siempre y cuando compartan el mismo lenguaje institucionalizado. Es en este sentido que se habla de un estudio jurídico integrativo: jurídico por el acento del estudio de las normas jurídicas –en sentido amplio-, e integrativo en la medida que acepta argumentos exógenos de la economía, la política, la sociología y la historia.

Lo contrario a las teorías integrativas del Derecho son las teorías puras del Derecho. Teorías como la de Kelsen que deseaba desligar del estudio jurídico los aspectos externos. Así las cosas, en una teoría integrativa del Derecho no puede pensarse en una neutralidad axiológica, sino más bien en una comprensión holística y valorativa de la ciencia jurídica, fundada en el respeto a la dignidad humana.

Las construcciones que se plasman en las siguientes páginas pueden caracterizarse, así mismo, como constructos teóricos de “carácter abstracto” acerca de los derechos fundamentales⁶. De forma simplificada e incompleta pueden resaltarse, teniendo en cuenta

⁵ DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel, 1995.

⁶ Cfr. Sobre la generalidad de las teorías de los derechos fundamentales: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 34.

su grado de generalidad, por lo menos tres clases de teorías⁷: teorías específicas, generales y abstractas. Las teorías específicas sobre derechos fundamentales son teorías referidas a un derecho fundamental específico y en particular, por ejemplo, la intimidad⁸ o la intimidad. Las teorías generales se refieren a teorías que se plantean los problemas de los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, acerca de los derechos de libertad o de los derechos de igualdad⁹. Las teorías abstractas – a diferencia de la de derechos singulares o de determinado tipo- estudian, de forma general, cuestiones relativas a los derechos fundamentales en sentido amplio. Es decir, es una reflexión presentada en un grado de abstracción superior al de las teorías generales, cuyos alcances se pueden aplicar a la deliberación de la mayoría de los problemas de los derechos fundamentales que se presentan en los distintos constitucionalismos actuales. Entre más abstracta sea una construcción jurídica, existe mayor posibilidad de que pueda viajar de manera transnacional o que sus alcances puedan tener una mayor aplicabilidad en diferentes sistemas jurídicos¹⁰. Esta abstracción en las teorías permite, así mismo, que exista mayor deliberación abierta a las ideas provenientes de distintos sitios de producción jurídica.

La ventaja de la teoría abstracta es el amplio alcance que ostenta para ser aplicada en diversos ordenamientos jurídicos contemporáneos y para resolver distintos problemas. No obstante, esto no niega que teorías específicas o generales de los derechos fundamentales sean capaces de viajar y de ser aplicadas para resolver problemas generales como si se tratara de teorías abstractas o generales. Esta ha sido la situación más común que ha sucedido con connotados autores como Heller¹¹, Hauriou¹², Bockenförde¹³, Alexy¹⁴,

⁷ De forma general e impropia se utiliza “la abstracción” para caracterizar las teorías, aunque se parte del reconocimiento de que toda teoría, por si misma, es abstracta.

⁸ Cfr. ESTADELLA, Olga. La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales. Madrid: Tecnos, 1995.

⁹ Como sería el caso de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy.

¹⁰ Cfr. LOPEZ, Diego. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004, p.16.

¹¹ HELLER, Herman. Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1968.

¹² HAURIOU, Maurice. La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden Baden: Nomos, 1993.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Haberle¹⁵ y Habermas. Lo que sucede es que ese traslado de teorías puede entenderse contaminado y bajo un ambiente hermenéutico de comprensión pobre.

A diferencia de las teorías particulares o generales que se refieren en la mayoría de los casos a ordenamiento jurídicos concretos –aunque nada obsta para que exista una teoría jurídica general o particular con alcance global- una teoría abstracta tiene un mayor campo de aplicación. Lo cual resulta pertinente y útil por diversos motivos. Pertinente desde la perspectiva que pese a las diferencias ideológicas y estructurales de los diferentes tipos de constituciones existen puntos en común que pueden ser trabajados y orientados para todos los ordenamientos constitucionales contemporáneos (los puntos más comunes son por ejemplo: la dignidad humana, los derechos fundamentales, la forma del Estado Social de Derecho y la garantía jurisdiccional de la Constitución), debido a que se tratan de piezas del ordenamiento jurídico que son parte esencial de la concepción contemporánea del Derecho y de la Constitución. Además de ello se encuentra el hecho de que existe una tendencia general hacia el constitucionalismo global y el constitucionalismo mundial. En este sentido se han de entender las construcciones de Haberle del “status mundialis”¹⁶ y los movimientos constitucionales europeos y latinos. La deliberación acerca de los derechos fundamentales o humanos como parte esencial del orden jurídico mundial es una tendencia que pese a sus tropiezos parece irreversible. No ha de verse desde una perspectiva de limitar la soberanía de los pueblos sino desde la perspectiva de presentar algunos de los elementos esenciales para poder realizarla.

De forma análoga es el planteamiento de Sen¹⁷ respecto de la teoría institucionalista de Rawls¹⁸. El hecho de abrir el debate y permitir el flujo de argumentos sobre problemas que le interesan a todas las personas, es una forma más rica y honesta de mejorar la formación y

¹⁵ HÄBERLE, Peter. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales (en la Ley Fundamental de Bonn). Madrid: Editorial Dykinson, 2003. GAVARA, Juan. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn). Madrid: CEC, 1994, p. 277.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En: Problemas actuales de los derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III, 1994, p. 94.

¹⁷ SEN, Amartya, La idea de la Justicia. Madrid: Taurus, 2007, p. 448.

¹⁸ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México: Fondo de Cultura de México, 2006.

construcción de una doctrina global de los derechos fundamentales, a efectos que no se encuentre de forma reducida adscrita a un ordenamiento jurídico como tal. El cerramiento institucional debe modificarse por una imparcialidad abierta, en la que una teoría abstracta de los derechos fundamentales enriquezca el discurso y ayude a la búsqueda de mejores soluciones.

A esta posición de trabajar teorías abstractas de derechos fundamentales se le puede efectuar una crítica que *prima facie* parece ser muy acertada. Y es que resulta contradictorio hablar de una teoría general y jurídica de los derechos fundamentales, por cuanto, no existiría alusión específica a normas jurídicas. Es decir, no sería como tal una teoría jurídica a menos que tome de referencia instrumentos jurídicos transnacionales. Ante esta situación puede responderse que esa posición no resulta contradictoria, debido a que los modernos constitucionalismos tiene en común la fórmula del Estado Social, el respeto a la dignidad humana, la garantía de la Constitución y un catálogo de derechos fundamentales.

Esta situación puede fácilmente demostrarse en la germanización que han recibido los derechos fundamentales. La mayoría de las teorías desarrolladas en torno a los derechos fundamentales se han basado, cuando no han sido una reproducción idiosincrática, en los desarrollos teóricos alemanes. Con esto no quiere criticarse el proceso que se ha venido llevando, que ha enriquecido y ha ayudado el desarrollo de los derechos fundamentales, sino que se desea reconocer de forma consiente el alcance y trasplante de las teorías y permitir el desarrollo general de estas, cuando existen elementos comunes que los condicionan, siempre y cuando tal estudio sea consiente de los beneficios y las limitaciones que este enfoque requiere.

Ahora bien, a los beneficios de una teoría abstracta hay que contrastarle los beneficios de una teoría particular. Teniendo en cuenta la relación entre la extensión e intención de un

concepto¹⁹, puede notarse que las teorías particulares pueden presentar ventajas muy interesantes, en la medida en que denotan con mayor profundidad los problemas y alternativas en torno a los derechos fundamentales. Pueden ser abordados de manera más concreta los distintos problemas de los derechos fundamentales, por lo cual su desarrollo parecería más útil. Acá de lo que se trata no es entre entablar una prevalencia absoluta entre un enfoque u otro, sino de reconocer las bondades y deficiencias de cada uno y utilizar los enfoques según los fines perseguidos.

El estudio acerca de los derechos fundamentales del presente trabajo, además, es calificado de general en otro sentido. En el sentido de que trata de los derechos fundamentales en general y no de los derechos fundamentales de defensa o de prestación. No diferencia tampoco entre derechos liberales y derechos sociales²⁰. La abstracción de los constructos teóricos que se aborda, además de implicarse en la posibilidad de la traslación de sus resultados y de garantizar la intervención en el discurso jurídico de argumentos de otros ordenes institucionales no discrimina las diferenciaciones entre derechos de primera o segunda generación- distinción que por ejemplo Haberle calificaba de errada²¹- sino que trata de forma general los derechos fundamentales como una unicidad ontológica y como un género.

En el presente trabajo, en síntesis, se pretenden desarrollar unas reflexiones desde un punto de vista jurídico, sin perder de vista la importancia de la traducción de los argumentos de otras disciplinas, desde una perspectiva abstracta, idónea por su alcance y las tendencias generales acerca del estudio de los derechos fundamentales. Por lo cual, sus resultados se

¹⁹ Ferrajoli distingue "la cuestión del "objeto o "universo" de la teoría del derecho, o bien de su "interpretación semántica", en dos cuestiones más precisas que se corresponden grosso modo a los dos significados de "significado", comúnmente distinguidos en la teoría lógica. La primera cuestión es la que puede denominarse de la "extensión" de la teoría del derecho, es decir, del campo de Investigación por ella denotado. La segunda cuestión, es aquella que puede llamarse de la "intensión" de la teoría del derecho, es decir, de los contenidos conceptuales en ella expresados o connotados. FERRAJOLI, Luigi. Epistemología Jurídica y Garantismo Jurídico. México: Fontamara, 2004, p. 17.

²⁰ Sobre un intento de "dar mayor consistencia constitucional a la figura de los derechos sociales", en donde se analizan sus presupuestos, problemas conceptuales y garantías: CASCAJO, José. Derechos Sociales. Madrid: Cuadernos de Derecho Público, 2009, p. 11-35.

²¹ BALAGUER, Francisco. Un jurista europeo nacido en Alemania: Conversación con el Prof. Peter Häberle. En: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario. Madrid: 1997, p. 14-15.

pueden convertir en importantes reflexiones y aportar puntos de vistas interesantes a la problemática de los derechos fundamentales tanto en Colombia como en España.

Derechos Fundamentales, Constitución, Estado y Derecho

Abordar el estudio de la incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral²² puede llevar a conclusiones diferentes dependiendo el enfoque y las premisas de las que se parta. Si se desea hacer una afirmación como “en el Derecho Laboral los derechos fundamentales ostentan tal naturaleza y función” se requiere fijar unas premisas acerca de determinada teoría de los derechos fundamentales. Pues, de no ser así se llegaría al extremo de pensar que tal afirmación podría catalogarse de diferentes formas dependiendo el punto referencial que se tome. Los desarrollos teóricos de los derechos fundamentales por su importancia actual, por sus exigencias y función dentro del ordenamiento jurídico pueden ser estudiados desde diferentes teorías de los derechos fundamentales. “La diversidad de consecuencias que puede extraerse de cada teoría, está determinada por el diferente acento que ponen en la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como instrumento para la satisfacción de ciertas necesidades humanas que les son correlativas”²³.

Ahora bien, los desarrollos teóricos acerca de los derechos fundamentales, a su vez, presuponen y se complementan con una concepción de Constitución y de Estado. Los derechos fundamentales trazan la relación entre el individuo y el Estado²⁴. Esta relación se

²² Cfr. VALVERDE, Antonio. Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales. En: Revista de Derecho Social, 1999, p. 19. VALDES, Fernando. Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En: Libro de Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 2003, p.47. PALOMEQUE, Manuel y ALVAREZ Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 147.

²³ Cfr. En la doctrina española: HIERRO, Luis. ¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto. En: Sistema, 1982, p. 45. ANÓN, Mario. Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 259.

²⁴ Como se ha encargado de señalar Bockenförde una determinada teoría de los derechos fundamentales es “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales, está en función de la concepción del Estado que se mantenga y de la teoría sobre la Constitución que se desarrolle, en el seno de la cual se integran los derechos fundamentales”. BÖCKENFÖRDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Badén Badén: Nomos, 1993, p. 148.

fundamenta en el supuesto que los derechos fundamentales legitiman el ejercicio del poder político a su vez que se constituyen en su límite. “Ello ha sido así, gracias a que la teoría de los derechos fundamentales se asienta en una determinada idea de Estado y en una determinada teoría de la Constitución; lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales desde una fundamentación exclusivamente técnico-jurídica, sino incorporándola a una concepción de Estado y de Constitución”²⁵.

Así las cosas, aunque hay versiones diversas, puede decirse que los derechos fundamentales ostentan su sentido dependiendo de lo que se entienda por Constitución y por la idea de Estado²⁶. Con una idea de Constitución Liberal y de Estado Burgués, el alcance de los derechos fundamentales, su estructura y función, es distinta a si se trata de un constitucionalismo regido por un Estado Social de Derecho²⁷.

Sin embargo, el asunto de reflexión puede ser llevado a otro nivel de análisis, por ejemplo, afirmando que lo que se entiende por Constitución y Estado depende de la concepción general del Derecho. Es decir, que el concepto de Derecho viene a determinar de cierta forma como se entiende la Constitución y los derechos fundamentales. Aún más, los problemas relativos a la noción del Derecho y sus métodos puede ser llevada a otro nivel de análisis y llegar al campo de la metateoría del Derecho²⁸, donde se cuestiona y se reflexiona acerca de la filosofía del Derecho. La cadena puede ser interminable.

Pese a los debates que ello presenta, es posible exhibir algunos rasgos básicos acerca de la teoría del Derecho que enmarca la idea de la Constitución y los derechos fundamentales. Por ejemplo, una teoría positivista del Derecho sería más compatible con la concepción del Estado Burgués, con el Constitucionalismo Liberal y con una teoría liberal de los derechos

²⁵ EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL. Berlín: Walter de Gruyter & Co., 1963, p. 53.

²⁶ ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 2000, p. 21-42.

²⁷ Cfr. BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 147.

²⁸ En relación con la metateoría del Derecho y la naturaleza del Derecho: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

fundamentales. No obstante, el constitucionalismo contemporáneo y la noción normativa de los derechos fundamentales resulta ser más compatible con una visión no positivista del Derecho, no en su versión extrema (según la cual el Derecho que no sea justo no es Derecho), sino en su versión inclusiva moderada²⁹. Por ejemplo, para Comanduchi, el Neoconstitucionalismo “sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre Derecho y moral”³⁰.

Ahora bien, pese a la importancia de estas reflexiones, las cuales deberían predecir todo trabajo, así fuera de dogmática, se hace necesario fijar ciertos puntos de partida, así sean con un alcance limitado, a efectos de enfocar el estudio y no desviar del objetivo de la investigación. Luego, es ineludible, en este momento, precisar de que no se trata la presente investigación. No se trata acerca de la construcción o reconstrucción de una teoría de los derechos fundamentales ni de su relación con la concepción de Estado, Constitución o Derecho, ni tampoco de las relaciones que entre estos conceptos pueden presentarse. Una investigación tan ambiciosa correspondería al trabajo de múltiples investigadores con programas macros de investigación. Sin embargo, es pertinente presentar unos presupuestos mínimos que guíen este estudio.

Para establecer los presupuestos mínimos, acerca de la concepción de los derechos fundamentales, la idea de Estado y de Constitución, y de Derecho, se analizaran tres escenarios distintos y luego se presentarán las ideas cardinales de los presupuestos jurídicos del presente estudio. De esta forma es importante responder dos interrogantes atañidos ¿Cuál es la relación entre la teoría del Estado, la Constitución y los derechos fundamentales? ¿Cuál es el constructo conceptual que guía la presente investigación?

El punto de partida de las presentes reflexiones se constituye por tres elementos. Primero: el reconocimiento de una pluralidad de teorías acerca de los derechos fundamentales, las

²⁹ ALEXY, Robert. La pretensión de corrección del derecho: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 5-8. .

³⁰ CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 85.

cuales ostentan un alcance y una función diferente dentro del ordenamiento jurídico. Segundo: el reconocimiento de una pluralidad de teorías acerca del Estado, la Constitución, y el Derecho en general, las cuales condicionan la función y la naturaleza de los derechos fundamentales. Tercero: la existencia de una relación, de diverso tipo, que puede presentarse entre los elementos anteriores.

Bóckenfórde en su celebrado escrito *Teoría de los Derechos Fundamentales*³¹, expone la quizás más famosa construcción acerca de las distintas teorías de los derechos fundamentales, la cual ha sido revisada y criticada por los más influyentes constitucionalistas³². Él parte de la existencia de lo que denomina múltiples teorías o entendimientos acerca de los derechos fundamentales y expone que existen, de forma general, cinco teorías al respecto: la liberal, la democrático-funcional, la institucional, la axiológica y la social. Alexy, por su parte, desde una perspectiva analítica expone una teoría estructural de los derechos fundamentales. Antes de ellos la teoría de los Status de Jellineck, también ha mostrado diferentes concepciones que pueden presentarse sobre los derechos fundamentales.

Al margen de la importancia de estas teorías, y de las relaciones que entre ellas se tejen, para los efectos de la presente investigación, y por ser las más relevantes, se escogen tres de las teorías materiales, y se presentan en su relación con las más influyentes ideas de Estado y Constitución. La idea general es buscar puntos de entorque que permitan exhibir de mejor forma la relación que entre ellas se presenta.

En el marco de las teorías del Estado y la Constitución, Elías Díaz, establece como las teorías más influyentes la teoría del Estado Liberal, la teoría del Estado Democrático y la

³¹ BÓCKENFÓRDE, Ernest. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos: Baden-Baden, 1993, p. 36.

³² Es la teoría sobre los derechos fundamentales, entendida según Bóckenfórde, como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”.

teoría del Estado Social³³. No obstante que existan teorías diferentes, en las cuales se conjugan distintos elementos o se resaltan algunas características que permitan un agrupamiento diferenciado, la descripción de Elías Díaz resulta importante por su simplicidad y claridad, y por cuanto resulta ser compatible con los desarrollos acerca del alcance de los derechos fundamentales.

En cuanto a las teorías relativas al concepto del Derecho, su punto central ha sido su relación con la moral³⁴. Bajo esta óptica el foco de la cuestión del concepto del Derecho se implica en el de su relación con la moral. “A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positiva y la no positiva.”³⁵ Es así, que puede hablarse de la tesis de la no vinculación necesaria y la tesis de la vinculación necesaria, para definir las teorías positivistas y no positivistas.

Las teorías positivistas sostienen la tesis según la cual no existe una vinculación necesaria entre el concepto de Derecho y la moral. Esta vinculación no necesaria, no descarta que pueda existir una vinculación entre el Derecho y la moral de otro tipo, por ejemplo: una vinculación contingente o eventual. Simplemente afirma que el Derecho para ser Derecho no necesita estar necesariamente vinculado con la moral. La moral no es un elemento definitorio del Derecho³⁶. Al descartar del Derecho una vinculación necesaria con la moral, quedan para definirlo otros dos elementos: la legalidad y la eficacia. Es decir, que en las concepciones positivistas la concepción del Derecho se da no en relación a la moralidad sino en relación: a la legalidad o a la eficacia. “Las diferentes variantes del positivismo

³³ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1969, p. 229 ss. Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 1977.

³⁴ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 13. Podría decirse, por ejemplo, que la noción del derecho debe responder a cuestiones como “a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; c) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben —o pueden— alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho”. ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 15.

³⁵ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 13.

³⁶ Cfr. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, México: Porrúa, 2000, p. 81.

resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se le dé a estos dos elementos definitorios”³⁷. Por tanto, se dice que existen dos grandes tipos de teorías positivistas según efectúen el acento en la legalidad o en la eficacia.

Las teorías no positivistas sostienen la tesis según la cual existe una vinculación necesaria entre el concepto de Derecho y la moral. Debe existir una conexión necesaria entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral o entre el Derecho que *es* y el Derecho que *debe ser*. Esta vinculación necesaria no solo requiere una vinculación contingente o eventual sino imperativa. Dentro de estas teorías no positivistas pueden establecerse al menos dos tipos de teorías: las incluyentes extremas y las moderadas. Las extremas preceptúan que el Derecho que no sea justo deja de ser Derecho. Las teorías moderadas establecen que solo en caso de injusticia extrema algunas normas pierden su validez³⁸.

Un ejemplo de las primeras, puede ser la concepción de Tomás de Aquino:

*“Como la ley se constituye primariamente por el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común... Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el Derecho. Luego es manifiesto que el Derecho es el objeto de la justicia.”*³⁹

Un ejemplo de las segundas puede encontrarse en la fórmula de Radbuch:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es

³⁷ *Ibidem*. p. 14.

³⁸ Cfr. BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: Fontamara, 2004, p. 120.

³⁹ TOMÁS DE AQUINO. Suma Teológica, Parte I 2ae, cuestión 90.

imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.”⁴⁰

Por la concepción de los modernos constitucionalismos, donde se establece la normatividad de los derechos fundamentales y se le otorga una importancia cardinal a la dignidad humana, el Derecho está más cercano a las teorías no positivistas que a las positivistas. Sin que ello, claro está, signifique el sacrificio de la legalidad o la eficacia. Así las cosas, una teoría positivista que acentuó la legalidad no ofrecería una explicación plausible de la forma de entender los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, de la misma forma que una teoría no positivista del Derecho parecería no encajar en una teoría liberal de los derechos fundamentales, pese a que el iusnaturalismo le sirvió de fundamento.

Ahora bien, en cuanto al tercer punto de partida, se hace importante aclarar que la relación que puede darse entre el punto primero y el punto segundo ostenta diversas modalidades: deductiva, inductiva o dinámica. Según la relación deductiva, la concepción de Derecho, de Teoría del Estado y la Constitución, se encargan de enmarcar el sentido y el alcance de los derechos fundamentales. Este es el tipo de relación más tradicional que se encuentra enmarcado en la concepción de los derechos fundamentales. El imaginario que se tiene en esta visión es que el Derecho se desenvuelve y construye de forma deductiva en donde las categorías generales se encargan de condicionar las categorías específicas.

Según la relación inductiva la concepción acerca de los derechos fundamentales es la que se encarga de condicionar el entendimiento de la Constitución y el Derecho. Esta forma de entender la relación es de corte realista, y cree que la forma como los Tribunales entienden los derechos fundamentales es elemento principal para determinar la relación entre las

⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 1992, p. 35.

demás categorías, así las cosas, de nada sirve determinada concepción de Derecho y Constitución, si los Tribunales ostentan un entendimiento diferente de los derechos fundamentales. Mientras que el primer tipo de relación podría caracterizarse mediante una pirámide, esta concepción podría caracterizarse mediante un embudo⁴¹.

Según la relación dinámica, concurre un condicionamiento mutuo entre estas categorías, el acento para determinar el sentido de los derechos fundamentales no solo se establece de forma deductiva o inductiva, sino que existen canales de comunicación y determinación mutuos entre las distintas categorías⁴². Esta forma de entender la relación entre las diversas alternativas, es la que ostenta menor poder explicativo, pues no establece en sí directrices claras en torno a la forma como debe direccionarse el razonamiento. Sin embargo, su mérito puede entenderse desde la perspectiva que ayuda a eliminar equívocos cuando la relación se establece de forma unidireccional y parcializada. Por lo cual, bajo esta concepción no importa si se parte de la concepción de Derecho o de derechos fundamentales, el camino es indistinto si se tiene en cuenta que el condicionamiento es recíproco.

De conformidad con las diversas teorías de los derechos fundamentales, del Estado, la Constitución y el Derecho, se analizan tres escenarios diferentes en los que puede notarse un tipo de relación dinámica; pese a que el esquema que se presenta es simple, ostenta la capacidad de exhibir los alcances de los derechos fundamentales, y su respuesta, en el marco de las tres formas clásicas de Estado y Constitución. Posterior a ello, se sintetizan los rasgos básicos de los conceptos y teorías que guían el presente trabajo.

Teoría liberal de los derechos fundamentales

Esta teoría se encuentra enmarcada dentro de la concepción del Estado Burgués y la Constitución del Estado Liberal. Está fundamentada en los desarrollos filosóficos de Locke

⁴¹ OST, Francois. Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, Alicante: DOXA, N°14, 1993, p. 169-194.

⁴² En un sentido similar KONRAD, Hesse. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Cuaderno Civitas, 1995, p. 34-45.

y Kant, y su principal enfoque es el respeto de los derechos de libertad, como esferas negativas, libres de intervención del Estado. Bajo esta concepción, la libertad de la persona debe quedar al margen de la acción estatal bajo la figura de los derechos de defensa. Los desarrollos teóricos más emblemáticos en este sentido se encuentran consagrados en los constructos de Smith y Rawls.

Para la concepción liberal, *“los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado”*⁴³. “Los derechos fundamentales cumplen, en este sentido, la función de defensa de la libertad negativa del individuo frente a las intromisiones del Estado”⁴⁴. Los derechos fundamentales son concebidos especialmente como derechos de libertad, son considerados, en principio, derechos ilimitados. La intervención del Estado en el ámbito de la libertad debe darse en la menor medida posible. El destinatario de esta concepción de los derechos fundamentales es el Estado. Es quien se ve como la principal amenaza respecto de las libertades de los ciudadanos. Así las cosas, son derechos de defensa, que tiene por finalidad, prestar un espacio libre de la acción del Estado, por tanto son derechos a que el Estado omita determinada acción. Son, en otras palabras, derechos a omisiones del Estado⁴⁵.

Los principales fundamentos filosóficos de esta doctrina se encuentran en distintos pensadores occidentales que abogaron por la libertad y por el reconocimiento de unos derechos prepolíticos que frenaran las potestades y abusos del poder central. Dentro de los más notables, se encuentran Locke y Kant. Para Locke en el estado de naturaleza el hombre posee una libertad absoluta, sin embargo renuncia a ella por cuanto las posibilidades de disfrutarla son inciertas⁴⁶. Luego la propiedad, término en el que engloba la vida, la libertad

⁴³ BÖCKENFÖRDE, Ernest. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos: Baden-Baden, 1993, p. 48.

⁴⁴ Cfr. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 253.

⁴⁵ El artículo 4 de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano, establece: La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley.

⁴⁶ Cfr. LOCKE, John. Dos ensayos sobre el gobierno civil. Madrid: Espasa Calpe, 1991, p. 205.

y la hacienda, viene a ser el fundamento de legitimidad del Estado. Para Locke el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades⁴⁷. De lo anterior extrae que la libertad del individuo se constituye en el límite al poder del Estado⁴⁸.

Por su parte, Kant desde un enfoque práctico, fundamentó la libertad como atributo inherente del individuo. Para él la libertad se deriva de la autonomía⁴⁹. Entendiendo por autonomía “el principio de la moralidad que postula que el individuo puede actuar como ser racional en todo contexto. Por tanto, la libertad debe presuponerse, si se quiere defender la idea de que el hombre es capaz de proyectarse en una perspectiva práctica”⁵⁰. Luego, la libertad resulta ser un atributo de todo ser racional; de ello se deriva que el hombre pueda ser considerado como un sujeto moral: que sus actos puedan ser galardonados o reprochados. En relación con la libertad como fundamento y límite al poder político, Kant expuso el “principio general del Derecho”⁵¹ y desarrolló la noción de libertad negativa, teniendo como finalidad mostrar cómo pueden verse como compatibles estas dos tareas de la libertad⁵².

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 293.

⁴⁸ Para Locke “el ejercicio del poder del Estado está marcado precisamente por la libertad del individuo: “el poder de la sociedad, o el legislativo que ella constituya, nunca ha de salirse del terreno que delimita el bien común”. *Ibíd.* p. 293.

⁴⁹ El carácter de la libertad, como atributo inherente al hombre, no puede demostrarse a partir de la observación de la naturaleza. La libertad es algo opuesto a la naturaleza, constituye el antónimo de un cosmos que funciona como un mecano, con sincronía predecible, sustraída del caos y de las posibilidades de elección. Que la libertad es un atributo de todo ser racional. KANT, Emanuel. *Crítica de la razón pura*. Barcelona: Orbis, 1984, p. 332.

⁵⁰ KANT, Emanuel. *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Librerías de F. Iruvreda y A. Novo, 1876, p. 337.

⁵¹ Este principio establece que una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”. *Ibíd.* KANT, Emanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 80.

⁵² Para Carlos Bernal Pulido “[e]ste principio muestra claramente cómo Kant atribuye al Estado, y en particular a la legislación, la labor fundamental de armonizar la libertad de todos los individuos. El sometimiento a la legislación que armoniza la libertad de todos los individuos, y cuyo contenido es susceptible de ser aplicado universalmente a todos ellos, constituye, de acuerdo con Kant, el ejercicio de la libertad en sentido positivo. Sin embargo, para Kant, la parte esencial del concepto de libertad era el concepto de libertad negativa, sinónimo de «libertad de arbitrio», y definido como «la independencia de su determinación [del arbitrio] por impulsos sensibles». BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 261.

En cuanto a los desarrollos teóricos de esta teoría liberal de los derechos fundamentales, Carl Schmitt, expuso una de las teorías más coherentes y reconocidas, para explicar el papel de los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar. Basado en la concepción de status negativo de Jellinek⁵³, establece que “los derechos fundamentales no son [...] sino esferas de la Libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa⁵⁴. A diferencia de las concepciones de Jellinek, los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar, son oponibles al legislador. Desde esta perspectiva, según Carlos Bernal “los derechos fundamentales son esferas de libertad «anteriores y superiores al Estado», que no reciben su contenido a partir de las leyes. Los derechos fundamentales «describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual», en el cual, «sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado»⁵⁵.

Además de ello, C. Schmitt diferencia los derechos fundamentales liberales de los derechos esencialmente democráticos y esencialmente sociales. Mientras que los primeros son en principio absolutos, los otros son relativos. Lo relativo de estos derechos significa que su garantía y contenido depende de su desarrollo legislativo. En cambio, los derechos absolutos presuponen al hombre libre en un estado extra estatal, mientras que los relativos presuponen al ciudadano dentro del Estado. Los derechos relativos tienen un carácter político, luego, no deben ser considerados como ilimitados ni deben ser reconocidos a los extranjeros.

Teoría democrática de los derechos fundamentales

Esta teoría está enmarcada dentro del Constitucionalismo del Estado Democrático. Puede fundamentarse filosóficamente, de manera especial, en la doctrina de Rousseau. Efectúa el

⁵³ Ello sin perjuicio que en Jellinek el status negativo no conceda derechos oponibles al legislador, por lo cual, más que de derechos de libertad se hable es del derecho de libertad.

⁵⁴ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza editorial, 2011, p.169-170.

⁵⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 261.

acento no tanto en la libertad que debe ser resguardada del poder central sino en la participación de los ciudadanos en la formación del poder central, luego, el núcleo central de su argumentación lo constituye la dimensión democrática de los derechos fundamentales y los derechos democráticos⁵⁶. Esta teoría ostenta desarrollos importantes en autores como Haberle y Habermas.

Bajo esta concepción los derechos fundamentales son especialmente derechos de participación en la formación de la voluntad pública⁵⁷. De forma específica Bockenförde señaló que “los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política.”⁵⁸ Así las cosas, los derechos fundamentales legitiman la formación de la voluntad política, permiten la participación de los ciudadanos en dicho proceso, y, mediante su ejercicio, lo constituyen. Bajo estas premisas, los derechos fundamentales no son elementos de distribución de competencias ni de delimitación de órbitas de actuación⁵⁹.

Un fundamento filosófico plausible a estas concepciones radica en los planteamientos de Rousseau en el Contrato Social. La idea central contra la que se desea argumentar es la noción de heteronomía devenida de la implosión de voluntades externas. Las leyes constituyen un reflejo de ello, por tanto, la forma de salvaguarda tal escollo es la concesión a las personas de una mayor y mejor capacidad para darse normas así mismo. Luego se entiende al individuo como un ser capaz de gobernarse, tiene el derecho de obedecer solo aquellos designios autoimpuestos. Este ideal, construido bajo el argumento de la voluntad general, consiste en “encontrar una forma de asociación que defienda y

⁵⁶ Cfr. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1969.

⁵⁷ Para Carlos Bernal la tesis básica de la teoría democrática de los derechos fundamentales señala que las facultades morales de la persona democrática se convierten, bajo el imperio de la Constitución, en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano. BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 263.

⁵⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernest. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos: Baden-Baden, 1993, p. 60.

⁵⁹ “Se trata de mitigar el alcance de la heteronomía implícita en el ejercicio del poder político, al proclamar que el individuo tiene derecho a participar en la toma de las decisiones públicas”. *Ibidem*.

proteja de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”⁶⁰.

La teoría discursiva de Habermas puede verse como un ejemplo emblemático de esta concepción democrática de los derechos fundamentales. Dentro de esta teoría el eje central lo materializa el principio discursivo, según el cual: solo deben ser consideradas normas válidas aquéllas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales⁶¹. Principio que representa el contenido básico de la democracia. Expresado en las propias palabras de Habermas: “el principio democrático no es nada distinto al principio del discurso institucionalizado mediante la forma jurídica”⁶². De esta forma, esta teoría presupone un concepto de persona democrática: aquella deliberante en un discurso racional. Bajo estas concepciones el concepto de persona en la que se basa, es aquella entroncada en la capacidad de discernimiento. Esta capacidad es el fundamento de los derechos democráticos.

Teoría social de los derechos fundamentales

Esta teoría parte de los problemas de desigualdades sociales generados desde mediados del siglo XIX, producto de las consecuencias del liberalismo del Estado Burgués. Puede fundamentarse adecuadamente en la concepción de necesidades de Thughedat. Su punto central de análisis es la satisfacción de la procura existencial de las personas por parte del Estado, por lo que su acento recae en los derechos fundamentales de prestación, como estrategias para la consecución de una igualdad fáctica. Resulta emblemático en este tópico, el desarrollo teórico de Heller.

Las causas para el advenimiento del Estado Social fueron y son, la ineptitud del mercado para efectuar una adecuada distribución de la riqueza, la pluriforme y alta cantidad de

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jaques. El contrato social. Valladolid: Maxtor, 2008, p. 25.

⁶¹ HABERMAS, Jurgen, Facticidad y Validez. Madrid: Trotta, 1998, p. 172.

⁶² *Ibíd.* p. 187.

necesidades insatisfechas, la carencia de medios para satisfacer las necesidades de grandes sectores de la población, y, especialmente, la ausencia de igualdad como presupuesto del ejercicio de las libertades⁶³. Situación que generó un reclamo social que implicó la búsqueda de alternativas para forjar condiciones materiales adecuadas. Se trató de indilgar al Estado la responsabilidad por la satisfacción de la procura existencial y por la adecuada distribución de las riquezas⁶⁴. Por lo que se le concedió la facultad de intervenir el mercado y limitar la autonomía privada. Por tanto, “el Estado Social es el producto de la simbiosis entre el Estado y la sociedad, o como especifica el tópico, es el resultado de la estatalización de la sociedad y de la socialización del Estado.”⁶⁵

Bajo esta perspectiva los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un proceso de igualdad social, en el cual se tiene como finalidad la satisfacción de la procura existencial de las partes de la comunidad social más desventajadas. De esta forma, el acento recae no tanto en los derechos fundamentales liberales o democráticos, sino, especialmente, en los derechos sociales fundamentales⁶⁶. No se trata, pues, de derechos de defensa o de participación, sino de derechos de prestación o, de forma similar, de derechos sociales⁶⁷.

Desde el punto de vista de su fundamentación filosófica se encuentra una justificación plausible en los desarrollos teóricos de Thugendat. Este autor parte del concepto de

⁶³ Para BÖCKENFÖRDE, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social parte de las “consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de Derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo de la sociedad general, del espacio vital dominado de autarquía individual, por el espacio vital de relaciones y prestaciones sociales efectivas. BÖCKENFÖRDE, Ernest. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos: Baden-Baden, 1993, p. 13.

⁶⁴GARCÍA, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 1987, p. 26.

⁶⁵ HELLER, Herman. ¿Estado de Derecho o dictadura? En: Escritos políticos. Madrid: Alianza Universidad. 1985, p. 283.

⁶⁶ Sobre el Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Véase ARANGO, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2005, p. 380.

⁶⁷ DE CASTRO, Benito. Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos. León: Universidad de León, 1993, p. 48. Sobre la dificultad de hablar de derechos sociales y acerca de un intento de darle mayor consistencia: CASCAJO, José. Derechos Sociales. Madrid: Cuadernos de Derecho Público, Número 37, 2009, p. 11-35.

necesidades y de personas necesitadas para advocar el uso de la categoría del Estado Social. Se presupone una persona con determinados atributos los cuales deben ser garantizados por los derechos fundamentales, especialmente, mediante los derechos de prestación. Tugendhat establece que para determinar los derechos fundamentales de las personas se hace trascendental el concepto de necesidad⁶⁸, el cual se contrapone a la concepción burgués de individuos libres, iguales y autónomos.

Quizás el pionero más reconocido de los desarrollos teóricos dados en este sentido lo constituya H. Héller en su afamado escrito *¿Estado de Derecho o Dictadura?*⁶⁹ En este documento se propugna denotadamente por la reforma del Estado de Derecho como estrategia para prevenir la imbricación de las dictaduras. Lo cual, implicaba especialmente repensar los fundamentos sociales y económicos del Estado. Se reflexionaba acerca de si el Estado de Derecho, que se caracterizaba por el control de la arbitrariedad y el reconocimiento de los derechos de defensa, podría transformarse para responder a las desigualdades sociales, y de esta forma impedir su conversión en una dictadura. La propuesta de Héller, tenía por finalidad argumentar en favor de la supervivencia del Estado mediante la imbricación de la obligación de satisfacer la procura existencial de los ciudadanos, es decir, imponiéndole obligaciones sociales que tenían por finalidad conseguir una igualdad material, humanizar el trabajo y la búsqueda de un bienestar general.

Teoría integral de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo Democrático

Establecer un bosquejo de las principales críticas que pueden elevarse a las anteriores construcciones de los derechos fundamentales en relación con la teoría del Estado y de la Constitución resulta ser tan fácil como fútil. Actualmente resulta fácil desplegar de forma descontextualizada un pliego de críticas a las anteriores construcciones teóricas y desconocer por entero su utilidad, los aportes y beneficios que en un momento dado llegaron a otorgar a la ciencia jurídica y a la protección de las garantías fundamentales. Se

⁶⁸ TUGENDHAT, Ernest. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 344.

⁶⁹ Cfr. HELLER, Herman. *¿Estado de Derecho o dictadura?* en ÍD., *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Universidad, 1985, p. 283.

considera más importante a estas alturas del discurso explicitar de manera sumaria los rasgos principales de lo que se considera la concepción actual que describe de forma adecuada los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático⁷⁰. Para ello se tienen como referentes los desarrollos descritos con anterioridad.

La noción no positivista incluyente moderada del Derecho es el contexto de la forma como se entiende actualmente la Constitución, el Estado y los derechos fundamentales. Para Prieto Sanchis, dos de las principales tres tesis del constitucionalismo contemporáneo son: la materialización del Derecho y la relación del Derecho con la moral⁷¹. En primer lugar, el rasgo distintivo estriba en que la Constitución no tiene como finalidad, simplemente, establecer un límite entre los poderes, sino que además está dotada de amplio contenido material (valores, principios y derechos fundamentales), el cual ostenta la capacidad de afectar las normas de inferior categoría. La materialización del Derecho parte de la dignidad humana⁷², lo que implica reconocer su vulnerabilidad y su incapacidad de satisfacer por sí solas sus necesidades básicas. Luego, se hace necesario: *a*) protegerlas no solo del Estado sino también de otras personas y de poderes privados (incluso supraestatales) existentes en la era contemporánea; y *b*) ayudarlas a satisfacer ciertas necesidades básicas. En segundo lugar, la relación entre el Derecho y la moral, tiende a saldarse por el contenido sustantivo, y ampliamente moral, de los derechos fundamentales y los postulados constitucionales. Por los contenidos materiales de la Constitución se establece un puente entre el Derecho y la moral, que desborda la clásica concepción formalista del Derecho.

⁷⁰ Sobre los elementos del Estado Constitucional Democrático, cfr. ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En: Neoconstitucionalismo(s), Madrid: 2003, p. 31.

⁷¹ SANCHIS, Prieto. Constitucionalismo y Positivismo. México: Fontamara, 1999, p. 9.

⁷² En el preámbulo y en el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, se estableció, por primera vez en la historia, en un instrumento jurídico la concepción de “dignidad humana”. En el preámbulo se consideró que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...” En el artículo 1 se preceptuó que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Difícilmente puede sostenerse que el Derecho actual no tenga una relación con la moral, o, desde otra perspectiva, que el Derecho pueda tener cualquier contenido. Los derechos humanos valen moralmente y pueden ser justificados en el discurso práctico de manera racional. Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados. Luego se traducen en nociones morales positivizadas. De esta forma los problemas y discusiones de la metaética pueden ser llevados y concretizados en el campo de los derechos fundamentales; las virtudes y los vicios se ven reflejados dentro de un marco institucionalizado.

La forma como se concibe el Estado y la Constitución actual, resulta ser, en un alto grado de abstracción, una simbiosis integrativa de los modelos anteriores, al interior de la cual los derechos fundamentales deben entenderse en su multidimensionalidad como un todo. Con la categoría de constitucionalismo democrático se quiere significar una síntesis de los modos en los que se ha entendido la teoría del Estado y de la Constitución⁷³. Se trata de una combinación de características de los modelos anteriores en búsqueda de una mejor protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana. Es una adición de los principales elementos del Constitucionalismo Liberal, Democrático y Social. No significa que con base en esta categoría se resuman todos los estados constitucionales sino que en esta categoría pueden agruparse la mayoría de los estados constitucionales en los cuales se congregan ciertos supuestos mínimos que condicionan e integran los derechos fundamentales.

La finalidad principal del Estado Constitucional es la de buscar la promoción y la protección de los derechos fundamentales, los cuales, no son otra cosa que una especificación de la dignidad humana⁷⁴. Los rasgos principales de este constitucionalismo lo constituyen el reconocimiento de la dignidad humana, la importancia y normatividad de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución, la fórmula del Estado Social

⁷³ BAYÓN, Juan. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En: Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 67-138.

⁷⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen. La Constitución de Europa. Madrid: Trotta, 2012.

de Derecho, el principio de democracia, el reconocimiento de la diversidad cultural y la garantía jurisdiccional de la Constitución⁷⁵. En España⁷⁶ y Colombia⁷⁷ pueden verse desarrollados estos presupuestos. Esta forma de concebir el constitucionalismo actual, conlleva a variar la forma de concebir los derechos fundamentales y su función en el ordenamiento jurídico. La dignidad humana además de fundamentar los derechos fundamentales los integra, los dota de coherencia y les otorga fórmulas de interpretación.

Bajo esta perspectiva los derechos fundamentales deben entenderse desde su funcionalidad diversa y múltiples facetas. La funcionalidad diversa alude a las diferentes funciones que ejecuta y las múltiples facetas a la estructura del Derecho. En la primera perspectiva, referida a las funciones, pueden obrar como principios, criterios hermenéuticos, pautas de comportamiento⁷⁸, o límites y fundamento de la democracia⁷⁹. Los derechos fundamentales no solo son principios que regulan la relación de los particulares con el Estado sino que tiene diferentes funciones dentro del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales no son solo derechos. El hecho que alguien tenga un derecho fundamental no solo condiciona su relación con el destinatario o los destinatarios del derecho, sino que ostenta la capacidad para condicionar otras relaciones (incluso al mismo titular). Las funciones de los derechos fundamentales van desde trazar metas a realizar en sociedad, límites para el Estado, hasta el establecimiento de procedimientos o resultados de interpretación.

⁷⁵ “El Estado constitucional no sólo tiene una Constitución escrita o no-escrita, sino que su contenido precisa la efectiva protección de los Derechos Fundamentales, lo cual se adentra en la organización y actividad del Estado y de la sociedad civil”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p. 67

⁷⁶ En la Constitución Española la dignidad humana se encuentra consagrada en el artículo 10.1, el carácter normativo de los derechos fundamentales se desprende del artículo 9.1 y el artículo 53.1, la supremacía constitucional se instaura en los artículos que van del 166 al 169, la fórmula del Estado Social de Derecho se consagra en el artículo 6 y la garantía jurisdiccional de la Constitución en los artículos 159 al 161 CE.

⁷⁷ En la Constitución Colombiana, la dignidad humana se encuentra consagrada en el artículo 1, el carácter normativo de los derechos fundamentales se desprende del artículo 86, 237 y 241, la supremacía constitucional se instaura en el artículo 4 y 241, la fórmula del Estado Social de Derecho se consagra en el artículo 1 y la garantía jurisdiccional de la Constitución en el artículo 241.

⁷⁸ La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T- 881 del 2002, estableció que “del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

⁷⁹ “En ella, los derechos fundamentales juegan un papel doble. Por un lado, son presupuestos del proceso democrático; por el otro, al vincular también al legislador, privan a la mayoría legitimada democráticamente de competencias de decisión”.

En contra de esta concepción de los derechos fundamentales se encuentra su noción unidimensional, según la cual los derechos fundamentales son solo derechos. El entendimiento unidimensional de los derechos fundamentales solo como normas les quita su complejidad y las verdaderas funciones que ejecuta en el ordenamiento jurídico, además que los simplifica y los hace irrealizables. Existen por lo menos tres argumentos en contra de esta concepción simplificada. El primero es que no podrían hacerse oponibles al legislador, desde la perspectiva que al reconocer solo derechos frente al Estado se parecería a las concepciones liberales, especialmente, al status negativo de Jellinek. Segundo, se contradeciría la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema, en la cual las diferentes partes o elementos integrantes se tensionan y afectan de manera compleja. Tercero, no permitiría el cumplimiento progresivo de los derechos fundamentales, los cuales pueden realizarse de maneras diversas al simple reconocimiento de una relación triádica.

La segunda perspectiva alude a la estructura del derecho. Por el momento sólo se referirá a la consideración del derecho fundamental como un todo. No se trata, pues, de derechos a algo, libertades, competencias (derechos de defensa, de participación o de prestación), sino que se entiende que los derechos fundamentales presentan diferentes facetas en las cuales pueden obrar⁸⁰. Para Alexy se hace necesario distinguir entre derecho fundamental como un todo y derecho fundamental en sentido estricto⁸¹. El derecho fundamental como un todo se entiende como un haz de posiciones y normas que se vinculan interpretativamente a una o un conjunto de disposiciones iusfundamentales, así las cosas, una disposición de derecho fundamental garantiza tantas normas como puedan vincularsele argumentativamente. En cambio, el derecho fundamental en sentido estricto denota las diferentes normas y posiciones que integran el derecho fundamental. A los diferentes derechos fundamentales

⁸⁰ Así las cosas, por ejemplo, el derecho fundamental al medio ambiente ostenta estas distintas facetas, por cuanto, puede obrar como un derecho de defensa, un derecho de protección, un derecho de organización o un derecho de prestación en sentido estricto.

⁸¹ Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 27-34.

le corresponden diferentes facetas, como por ejemplo derechos de defensa y derechos de prestación⁸².

El derecho fundamental a la vida no solo presenta una faceta de defensa, según la cual el Estado ostenta la obligación abstención, bajo la modalidad de derechos de defensa, según la cual tiene la obligación de no atentar contra la vida de las personas. Además presenta una faceta positiva, en la que el Estado debe garantizar acciones positivas: mediante derechos de protección a través de los cuales debe impedir que los particulares atenten contra el derecho a la vida de los demás particulares; derechos de organización y procedimiento en la medida de garantizar una participación en las decisiones que afecten la vida de los ciudadanos; y derechos de prestación en sentido estricto a través de los cuales se efectúen acciones fácticas y jurídicas que tiene por finalidad, por ejemplo, que se le conceda a un ciudadano un trasplante para garantizar su derecho.

De forma más específica Alexy señala:

Así, por ejemplo, a la disposición formulada en el artículo 4,1, de la Constitución, según la cual, “Todo ciudadano tiene derecho a...: 1. Elegir”, pueden adscribirse diversas normas, que garantizan a su vez distintas posiciones iusfundamentales: a) la libertad del ciudadano de participar o no en elecciones; b) una competencia del ciudadano, que consiste en el derecho a que de su participación en las elecciones mediante el voto se deriven consecuencias jurídicas; c) un derecho de defensa, que obliga al Estado a no impedir a los ciudadanos que participen en elecciones; d) una garantía institucional, que impone al legislador abstenerse de dictar normas que

⁸² Para Alexy “A causa de la pluralidad de las posiciones que en él se manejan, resulta adecuado al respecto el fallo sobre la Ley introductoria a una ley de escuela superior integrada en Baja Sajonia al que se recurriera cuando se analizó el problema de la adscripción. Por lo que respecta al costado del ciudadano, se habla allí de tres posiciones de un tipo muy diferente: de una libertad jurídica para-realizan las acciones que caen dentro del ámbito de la ciencia, de un derecho frente al Estado para que éste no obstaculice las acciones que caen dentro del ámbito de la ciencia, es decir, de un derecho a acciones negativas del Estado (derecho de defensa) que protege la libertad jurídica, y de un derecho a acciones positivas del Estado que protege la libertad jurídica. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 186.

eliminen la institución del sufragio universal; e) diversos derechos de prestación, entre otros, a que el Estado dicte normas que establezcan órganos electorales, defina procedimientos para convocatorias y celebración de elecciones, proteja el derecho al sufragio frente a perturbaciones provenientes de particulares, así como la obligación de destinar los recursos materiales necesarios para llevar a cabo las elecciones. Cada una de estas normas constituye un derecho fundamental en sentido estricto y en su conjunto conforman un derecho fundamental en sentido lato o derecho fundamental como un todo”⁸³.

El fundamento de esta forma de entender los derechos fundamentales en su concepción contemporánea lo constituye la complejidad fáctica y jurídica de las relaciones del derecho, y la dignidad humana como elemento integrador y fundamentador⁸⁴. No se trata de la importancia de la autonomía o la libertad, ni de la facultad de discernimiento ni del concepto de necesidades, sino de un concepto intrínseco, universalista, ontológico, que fundamenta todo el entramado jurídico del constitucionalismo contemporáneo: la dignidad humana⁸⁵. Esta forma intrínseca de otorgar el fundamento de los derechos fundamentales, en contraste con las formas extrínsecas de fundamentación, sitúa el acento en la parte más trascendental de las personas, según la cual, las personas deben ser tratadas, como diría Kant, como un fin en sí mismas y no solamente como un medio. Esta concepción que a primera vista puede entenderse como simple retórica vacía, conlleva importantes repercusiones en el ordenamiento jurídico. Máxime si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales se entienden como unas especificaciones de las exigencias que presenta la dignidad humana.

⁸³ *Ibíd.* p. 173.

⁸⁴ GLENDON, Mary. La soportable levedad de la dignidad. En: *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Navarra: Universidad de Navarra, 2012, p. 253- 262.

⁸⁵ En la misma línea, la Constitución Alemana otorga a la dignidad humana un lugar prioritario. En su artículo 1.1 preceptúa que “la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado”. Del mismo modo se manifiestan otras Constituciones, como, por ejemplo, la portuguesa, italiana, griega... En la Constitución Rusa se establece, en su artículo 21.1: “la dignidad de la persona es protegida por el Estado. Nada puede servir de fundamento para su menoscabo”.

Habermas considera que la dignidad de la persona, entendida con Kant como prohibición de instrumentalización, es la base sobre la que se comunica la persona con el Estado y la persona con la persona⁸⁶. En definitiva, “la mayor parte de los singulares derechos fundamentales son históricamente niveles variables de desarrollo de la dignidad de la persona, constituyendo (junto a los fines educativos) los más importantes pilares del consenso ético mínimo de una Sociedad abierta”⁸⁷. Lo cual, se instituye en el valor ético fundamental del ordenamiento jurídico. También afirma que es el elemento central que debe ser tenido en cuenta, con un propósito cosmopolita, como forma de política exterior⁸⁸.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el año 2006, anuló la Ley de seguridad del espacio aéreo. Esta ley permitía a las Fuerzas Armadas de Alemania derribar aviones de pasajeros secuestrados, en caso de que se infiriera que los secuestradores intentaran utilizar estos aviones como bombas. Uno de los principales argumentos del Tribunal para anular la Ley fue el de la obligación de respetar la dignidad humana de los pasajeros, luego, éstos no pueden verse como medio para cumplir otro propósito, así sea el de salvar la vida de otras personas.

En este sentido Habermas señala:

“entregar estos pasajeros a la muerte por obra de órganos estatales sería anti-constitucional. La obligación del Estado de proteger la vida de las potenciales víctimas de un ataque terrorista debe colocarse por detrás de la obligación de respetar la dignidad humana de los pasajeros: ‘en la medida en que se dispone de su vida unilateralmente por parte del Estado’, así reza el fallo, a los (...) pasajeros se les niega el valor que le corresponde al ser humano por su propia existencia. En

⁸⁶ HÄBERLE, Peter. La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho. En Derecho, vol. 5, núm. 2, Santiago de Compostela, 1996, p. 156.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 162.

⁸⁸ Para Habermas los Estados deben unirse sacrificando su soberanía para formar una “comunidad cosmopolita” sometida a una autoridad superior. HABERMAS, Jürgen. ¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional? En: El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X. Madrid: Trotta, 2006, p. 125.

estas palabras del Tribunal se reconoce claramente el eco del imperativo categórico de Kant. El respeto a la dignidad de cada persona le prohíbe al Estado disponer de cualquier individuo simplemente como medio para otro propósito, aun cuando se trate de salvar la vida de muchas otras personas.”⁸⁹

La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales se vislumbra claramente en los casos más recurrentes donde se nota su vulneración⁹⁰. La vulneración de la dignidad humana despierta un sentido de asco y reproche social para los miembros de la comunidad política⁹¹. Es una especie de termómetro que permite determinar el grado de civilización que ha adquirido una sociedad y el grado de respeto y auto reconocimiento mutuo que entre ellos se conceden.

La importancia de impedir la vulneración de la dignidad humana, y por ende de los derechos fundamentales, conllevan a un nuevo entendimiento de la forma como se protegen. Existe una concepción “bidireccional” relativa a la protección jurídica de los derechos fundamentales: mediante la protección jurídica que en sentido estricto dispensan los tribunales y por intermedio de disposiciones de carácter no judicial, esto es, del *status activus processualis*⁹². Además de la protección judicial, puede pensarse en una protección

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. La Constitución de Europa. Madrid: Trotta, 2012, p. 12.

⁹⁰ La dignidad es premisa antropológico-cultural del Estado constitucional, entendida con Kant como prohibición de instrumentalización de la persona. HÄBERLE, Peter. La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho. Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela. Volumen 5, Número 2. 1996.

⁹¹ Para Habermas: “La experiencia de la dignidad humana vulnerada cumple una función de descubrimiento, por ejemplo en el marco de condiciones económicas de vida extremadamente precarias o de la marginalidad de las clases sociales empobrecidas; del tratamiento desigual de hombres y mujeres en el mundo laboral; de la discriminación de extranjeros y de minorías culturales, lingüísticas, religiosas y raciales; y también del sufrimiento de mujeres jóvenes pertenecientes a familias de inmigrantes, que deben liberarse de la violencia de códigos de honor tradicionales, o de la expulsión brutal de inmigrantes ilegales y peticionarios de asilo.” HABERMAS, Jürgen. La Constitución de Europa. Madrid: Trotta, 2012, p. 12.

⁹²Häberle reivindica “una protección de los mismos en un doble sentido: una protección en sentido estricto, que no es otra que la clásica protección jurídica por medio de los tribunales, y una protección en sentido amplio, que se ha de adicionar a la precedente, que visualiza en instituciones tales como el Ombudsman, las Agencias para la protección de datos personales, para la protección de la familia, la más novedosa institución del Defensor del menor. Pero, más allá de esta doble protección, la teoría del *status activus processualis* reivindica un entendimiento de los derechos como exigencias de participación en los procedimientos públicos”. HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002, p. 218.

administrativa, por ejemplo, bajo la figura del Procurador. Sumado a ello, bajo el principio de solidaridad y respeto de la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales viene siendo un compromiso de todos los asociados, iniciando por el mismo titular. El primer responsable por el desarrollo de una vida digna y por la concepción de un plan de vida plausible es el propio titular del derecho. Situación que queda exculpada cuando la persona no puede resistirse a la vulneración de su dignidad.

Para finalizar estas ideas introductorias, se hace necesario tener en cuenta que la dignidad implica cierto límite a las acciones del Estado, especialmente en cuanto a los argumentos económicos que éste esgrime. Haberle considera importante la construcción y el estudio de una teoría constitucional del mercado. De forma específica un estudio sobre la valoración y estimación económica de los derechos fundamentales también sería trascendental. Sin importar la presión de los mercados, y los actores económicos, y el debilitamiento del Estado, no pueden restringirse más allá de su límite inmanente: la dignidad. En conclusión, el *ethos* de los derechos humanos no debe detenerse frente a la vida económica⁹³.

Principales cuestiones

En este trabajo se desean estudiar diferentes problemas relacionados con los derechos fundamentales, la dignidad humana y el Derecho Laboral. Para ello se han escogido tres problemas: el de la implicación de los derechos fundamentales en el Derecho Laboral, el de las exigencias de estos derechos en la estructuración y funcionamiento de la relación laboral (noción y fundamento del respeto laboral) y el de la valoración y prescripción de las exigencias que trae la modificación del elemento cardinal en una institución laboral específica (la estabilidad laboral y el despido). Se trata de problemas normativos que se relacionan en un orden de abstracción de tres gradas, en el cual, los elementos generales sirven de soporte para esclarecer y contextualizar los argumentos más específicos, y los elementos específicos ayudan a ejemplificar y esclarecer los argumentos más abstractos. Lo

⁹³ VALADÉS, Diego. Peter Härberle: un jurista para el siglo XXI, Estudio introductorio. En: PETER HÄBERLE: El Estado constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 21-22.

cual no significa que no se usen y retomen argumentos de forma indistinta, por lo que, uno de los elementos centrales de diferenciación, es el enfoque en el que se abordan los problemas generales y los subproblemas.

El primer problema retoma el debate de lo que puede llamarse los derechos fundamentales en la fábrica y sus formas y estrategias de protección. Este debate corresponde a una especificación de un debate más general que se ha venido labrando hace mucho tiempo desde la doctrina alemana y que se ha extendido, con matices y marcos diferentes a los debates de diferentes ordenamientos jurídicos: el efecto horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁹⁴. Por lo general han existido tres posiciones usuales en torno a este punto: dos visones extremas, una que niega y otra que los afirma -dentro de las que lo afirman están las teorías mediatas y las inmediatas- y la visión combinada. Dentro de cada una de estas posiciones es común encontrar subteorías⁹⁵.

Sin embargo, más allá de la anterior concepción estática, todavía hay un punto interesante a explorar: bajo la concepción de “proceso adaptación” se pueden vislumbrar perspectivas atrayentes que muestran desde ángulos diversos los principales puntos actuales del discurso. Esta concepción permite darle una mirada más compleja a la implicación de los derechos fundamentales en la relación laboral, desde un enfoque dinámico y multinivel.

No se trata, pues, de afirmar simplemente si los derechos fundamentales pueden ser aplicados directamente en la relación laboral, cuestión ya que se da por descontada, sino que se busca entender, desde la perspectiva de proceso de adaptación, la manera como obran y se presentan bajo pautas normativas. El proceso de adaptación, al que se refiere en este escrito, muestra cuatro etapas de análisis de los derechos fundamentales en el campo laboral: el impacto, la acomodación, la reestructuración, y la devolución.

⁹⁴ Cfr. JULIO, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 125.

⁹⁵ Por ejemplo, la del carácter complementario de las teorías del efecto mediato e inmediato. BILBAO, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 852.

Al igual que como ha ocurrido en otros sectores del Derecho, los derechos fundamentales vienen, en primer lugar, a impactar y a exigir una reconstrucción de la forma clásica como se entiende determinado sector. El Derecho Laboral no es inmune a las exigencias de los derechos fundamentales. En el campo laboral resulta muy interesante estudiar los efectos de los derechos fundamentales debido a las relaciones de desigualdad que existe entre las partes. La relación entre el trabajador y el empleador, puede caracterizarse, precisamente por el grado de desigualdad⁹⁶. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de las relaciones civiles en las que la igualdad es la regla general, en el Derecho Laboral la regla general es la asimetría. Este grado de desigualdad que existe entre las partes puede verse como similar al que existe entre el Estado y los particulares. Lo anterior se potencia cuando existen poderes laborales muy fuertes, necesidades muy marcadas, y por la progresiva eliminación de las fronteras entre lo público y lo privado.

Posterior a la entrada en regencia de los derechos fundamentales en el campo laboral, ocurre un proceso de adaptación en el cual los derechos fundamentales son delimitados o actualizados, donde se busca acompasar las exigencias, de la vehemencia primaria, de los derechos fundamentales y se trata de armonizar en un todo, el primer impacto. Siguiendo la conocida metáfora de Sebastián Soler, de la hoja que cae en un lago, al final la rigidez de la hoja, representada por los derechos fundamentales, termina cediendo y convirtiéndose, pese a la diferencia de los matices, en una sola con el lago⁹⁷. Bajo este pequeño enfoque ilustrativo se representa la adaptación del Derecho Laboral a los derechos fundamentales.

⁹⁶ Cfr. SASTRE, Rafael. Derechos Fundamentales de carácter individual y relación de trabajo en la jurisprudencia constitucional española. En: Vniversitas, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

⁹⁷ “Soler decía que la llegada de un nuevo artículo a una Constitución o a un Código (él pensaba en el Código Penal), podía verse como la caída de la hoja de un árbol, sobre un lago. Al principio, ambos aparecen como dos cuerpos extraños, ajenos el uno al otro, pero luego las cosas empiezan a cambiar. La hoja cede parte de su firmeza, su textura se hace más suave, y poco a poco pasa a integrarse al lago, y sin desaparecer del todo, queda asociada físicamente con él”. GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago de Chile: CEPAL, 2009, p. 9.

Luego, en un tercer momento, se da la etapa de la reconfiguración indirecta: se ve como los derechos fundamentales no solo se acompasan al orden laboral, si no que de manera indirecta modifican los elementos estructurales. Así como la existencia de un considerable listado de derechos fundamentales y la pretensión de hacerlos normativos, implica el crecimiento de los poderes del juez, los derechos fundamentales en la relación laboral implican un mayor número de deberes por parte del empleador y los compañeros de trabajo, y una mutación de la organización administrativa de la empresa; junto a un mayor número de deberes por parte del trabajador. Indirectamente los derechos fundamentales ordenan reestructurar las operaciones laborales.

En un cuarto momento, viene la reacción. Las exigencias de los derechos fundamentales chocan entre ellas mismas, se hacen, en algunos casos, irrealizables, y se tensionan con los derechos fundamentales del empleador. Lo que hace que se obtenga una especie de equilibrio dinámico en el cual los derechos fundamentales se instauran en la relación laboral. Y es en este escenario de común movimiento de los derechos fundamentales en el que debe analizarse su implicación en la relación laboral. Estas ideas muestran la concepción general del Derecho como inestabilidad y la forma como se estructuran sus relaciones. Estas ideas se especifican y complementan más adelante.

Con base en los resultados del estudio anterior se revisa el “segundo problema”, el cual conlleva el estudio de uno de los principales cimientos del Derecho Laboral. El problema es el estudio del principio de la subordinación laboral a la luz del igualitarismo constitucional. Los derechos fundamentales en el campo laboral tienen como principal función la búsqueda de una mejor igualdad entre las partes, del respeto a la dignidad humana, de cierta forma son mecanismos para proteger el abuso del poder del empleador y permitir el desarrollo adecuado del plan de vida de los trabajadores. Tratan de otorgar mejores herramientas para la búsqueda de una igualdad real. Esta finalidad y función de los derechos fundamentales contrasta con el principio de subordinación laboral.

Hipotéticamente el entendimiento clásico de la subordinación laboral, al ser juzgado con la exigencia de la dignidad humana, la igualdad y la autonomía, conllevaría *prima facie* su inconstitucionalidad. Sin embargo, se entiende que debe existir una figura que pueda cumplir una función similar en el Derecho Laboral, pero que contribuya a la promoción de los derechos fundamentales. La pregunta que condensa esta tensión es la siguiente: ¿Cómo debe entenderse el principio de subordinación laboral desde el igualitarismo constitucional que reclama la dignidad humana? Lo anterior permite plantear el respeto laboral como el fundamento de las relaciones laborales, y como un criterio evaluativo y correctivo para soluciones constitucionalmente plausibles, que conjure el marco general de inestabilidad del Derecho. El respeto laboral se exhibe como el interés jurídico fundamental absoluto de la relación laboral que permite organizar las relaciones laborales, y dotar de sentido y alcance los derechos y deberes constitucionales y legales, que se tejen y destejen dentro del contrato de trabajo.

El tercer problema, en un grado de abstracción menor, se basa en las respuestas dadas a los problemas anteriores, en una institución particular y específica del Derecho Laboral. Quizás uno de los asuntos en los que más se nota el abuso de la posición del empleador en la relación laboral es el de las facultades disciplinarias. Una de las figuras en las que más se exhibe la violencia que ejerce el empleador sobre el trabajador es la del despido⁹⁸. El tema del tercer capítulo es determinar las objeciones que achacan el respeto laboral y la reconstrucción que exhorta. En síntesis, este trabajo investigativo, partiendo del entendimiento actual del Derecho como inestabilidad en el cual la dignidad se constituye como el fundamento de los derechos fundamentales, plantea el respeto laboral como el núcleo jurídico fundamental de las relaciones laborales, el cual está encargado de integrar las complejas interconexiones jurídicas que se tejen, valorar las figuras jurídicas, presentar alternativas constitucionalmente plausibles, y realizar especiales exigencias a los titulares de los derechos.

⁹⁸ Cfr. BAYLOS, Antonio, y PEREZ, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid: Trotta, 2009, p. 199.

Capítulo primero: Derecho Constitucional y Derecho Laboral

En este capítulo se estudian tres temas generales que permiten presentar un soporte teórico para el desarrollo adecuado del segundo capítulo. Especialmente, se revisa la concepción teórica que guía la presente investigación, las formas de reducir la inestabilidad constitucional, y los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. Estos tres temas responden a tres preguntas conexas: ¿Cuál es la relación que existe entre el Derecho Constitucional y la noción de inestabilidad? ¿Cómo puede reducirse la inestabilidad constitucional? ¿Cómo los derechos fundamentales condicionan las regulaciones de la relación laboral?

En primer lugar, se parte de la importancia de fijar unas bases, así sean sumarias, acerca de la noción del Derecho. Lo cual, permite fijar un contexto amplio al interior del cual, se desarrolle el presente estudio. Estos marcos permiten evidenciar como producto la importancia de la conciencia de la inestabilidad jurídica. Las distintas construcciones teóricas acerca de la seguridad jurídica, la certeza jurídica y la previsibilidad judicial, muestran como estos puntos se integran en un proceso complejo y contradictorio que genera un grado de inestabilidad jurídica, y, especialmente, de inestabilidad constitucional. Esta forma de entender el Derecho es integrativa, realista, consiente, no clasificatoria, gradual y ostenta como principal protagonista a la dogmática y a los ciudadanos. Esta concepción del Derecho exhibe un potencial explicativo y predictivo muy interesante para la ciencia jurídica actual, especialmente, por su cercanía aclarativa y teórica con la multiplicidad de fenómenos que sitúan en entredicho los mitos más grandes del Derecho moderno.

Lo cual hace plausible, en segundo lugar, entender la necesidad de moderar el funcionamiento inestable del Derecho, mediante técnicas relativas a la ingeniería institucional, o a la forma de entender el fenómeno jurídico. En tercer lugar, teniendo en cuenta el desarrollo anterior, se describen los aspectos esenciales de la estructura y la fundamentación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, entendiéndolos

desde la perspectiva de la inestabilidad y desde la importancia que han adquirido, no solo desde los derechos laborales clásicos, sino desde la aplicación en la fábrica de los derechos fundamentales civiles y su tensión con los derechos del empleador y de terceros.

1.1. Estabilidad jurídica e inestabilidad constitucional

La concepción no positivista del Derecho, así sea en su versión moderada, donde se argumenta en favor de un contenido moral, tiene como consecuencia un grado de inestabilidad constitucional. Por tanto, es importante averiguar cómo repercute la materialización en su funcionamiento, si, una de las consecuencias, así sean imaginarias, de la concepción formalista, era su estabilidad.

Una de las tesis que se defiende a continuación es que la materialización del Derecho implica un grado de inestabilidad jurídica y especialmente constitucional. Una de las principales críticas a las concepciones morales es una de las primordiales características por medio de las cuales debe entenderse el funcionamiento material del Derecho. Los referentes dinámicos, los desacuerdos razonables que presenta lo jurídico, sumado a problemas de lenguaje y de funciones, conllevan a que se cuestione el dogma de la estabilidad en el Derecho. Es así que a la visión no positivista moderada del Derecho debe implicársele que su funcionamiento es potencialmente inestable. La inestabilidad se entiende como un concepto general que regula las relaciones entre las cosas y, para el caso, las relaciones jurídicas de los principios constitucionales y del contrato de trabajo.

Por lo menos tres ideas generales representan la noción del Derecho como inestabilidad. En primer lugar, se dice que cualquier caso fácil puede ser convertido en un caso difícil⁹⁹. Un proceso ejecutivo para el pago de una deuda o un proceso de restitución de inmueble arrendado, que parecen ser ejemplos claro del formalismo jurídico, puede tener resultados distintos a los establecidos en las prescripciones legales cuando se les sitúa de por medio el

⁹⁹ Sobre la concepción de casos difíciles: HART, Herbert. El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 254.

principio de solidaridad¹⁰⁰, la vulnerabilidad de los secuestrados¹⁰¹ o la especial protección de los niños. En segundo lugar, existen fuertes argumentos constitucionales en favor y en contra de determinada posición. En el caso de Alemania sobre la Ley de seguridad aérea, existían fuertes argumentos en favor de la posición que finalmente fue derrotada, o en el caso del militar parapléjico, o, en fin, en cualquier caso, siempre existen fuertes razones constitucionales para sostener casi cualquier posición. En tercer lugar, los resultados del conflicto judicial son potencialmente imprevisibles. No puede establecerse fácilmente cual será el sentido de la decisión que tomen los jueces, es una especie de apuesta.

Un jurista que desee ser tomado en serio no puede sostener de manera vehemente el dogma de la estabilidad. Si se mira sin reparos, el concepto que mejor explica el Derecho es el del “principio de inestabilidad”. En torno a él, se articulan las principales ideas del Derecho Constitucional. Ello es cierto tanto de forma general, para el caso de la ciencia jurídica, como para el caso particular del Derecho Constitucional. Los avatares del Derecho Constitucional se rigen por el principio de inestabilidad.

La inestabilidad es entendida en este trabajo como una noción inherente al Derecho y a su naturaleza, que reclama un entendimiento consiente de la forma en la que se construye y opera actualmente, que ha venido a resaltar el decaimiento del mito moderno de la seguridad, la previsibilidad y la estabilidad jurídica. Esta forma de entender el Derecho trae consigo un poder explicativo fuerte de la manera como se desarrollan las relaciones laborales y su contacto con el Derecho Constitucional. Y, constituye, de cierta forma, un llamado al protagonismo de los juristas dogmáticos y de los ciudadanos en la promoción y

¹⁰⁰ En este sentido la Corte Constitucional en la sentencia T 125 de 1994, preceptuó: “La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política; sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales. La solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales”.

¹⁰¹ La Corte Constitucional en la Sentencia T 1001 de 2010 estableció: “en el caso de las víctimas del secuestro y de la desaparición forzada y sus familias, el principio de solidaridad cobra gran importancia e impone deberes de la sociedad frente a la situación de vulnerabilidad que afrontan, cuya inobservancia deviene en una grave vulneración de los derechos fundamentales de éstos”.

protección de la dignidad humana, que releve el protagonismo inusitado que han adquirido los jueces hoy en día.

Para desarrollar lo anterior en este acápite se revisan las siguientes temáticas: la precisión de la noción de estabilidad jurídica (1), su pretensión (2) y las objeciones que pueden plantearse (3). Se responde, pues, a las preguntas: ¿Qué se entiende por estabilidad jurídica y cuál es su relación con la seguridad y la certeza jurídica? ¿Por qué se hace importante -necesaria- la estabilidad jurídica? ¿Qué situaciones conllevan a replantear la perspectiva de la estabilidad jurídica en el campo del Derecho Constitucional?

1.1.1. Seguridad jurídica y constitucional

1.1.1.1. Seguridad jurídica

Para los efectos del presente trabajo es importante distinguir entre tres acepciones que refieren a fenómenos parecidos y que en ocasiones son utilizadas indistintamente. No es el propósito de este trabajo efectuar una distinción tajante sobre el asunto, lo cual desbordaría el objeto de la investigación, sino, simplemente, por propósitos conceptuales, delimitar, así sea mínimamente, los campos en los cuales se utilizan. Estas acepciones son las de seguridad, certeza y estabilidad jurídica, que corresponden a una demarcación evolutiva y cronológica, mediante las que se trató de dar respuesta a interrogantes y cuestionamientos de épocas determinadas.

Antes de iniciar la labor planteada es necesario efectuar dos aclaraciones preliminares, que más adelante serán profundizadas. La primera: las tres figuras comparten, además de su uso indistinto, los problemas particulares de ambigüedad e indeterminación. En el primer caso, son utilizadas con formas conceptuales muy diferentes, y en el segundo, no se tiene claro el alcance de estas distinciones¹⁰². La segunda: estas nociones pueden tener la naturaleza de

¹⁰² Sobre la ambigüedad e indeterminación de la certeza jurídica: GOMETZ, Gianmarco. La certeza jurídica como previsibilidad. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39-47.

valores, si se tratan como un ideal a conseguir, principios, si se les ve como mandatos de optimización, reglas, desde la perspectiva de su actualización, pautas hermenéuticas, cuando son utilizadas para fijar el sentido y el alcance de las disposiciones jurídicas, o derechos subjetivos, cuando dan lugar a posiciones jurídicas reclamables. En los párrafos siguientes se tomará especialmente su perspectiva meta-jurídica.

La “seguridad” es una noción del lenguaje común que fue acogida por la filosofía para argumentar ideas políticas y por el Derecho para explicar algunas instituciones. La seguridad, proveniente del latín *securitas*, se utiliza comúnmente para referirse a la ausencia de riesgo o a la confianza en algo. En filosofía, por ejemplo, para Hobbes el fin de la existencia del Estado es la seguridad, la protección contra una muerte violenta. El estado de naturaleza resultaba ser tan deplorable, que se hacía necesaria la existencia de un ente encargado de buscar dos objetivos primordiales: “la paz y la felicidad en sociedad, y la protección de la vida”¹⁰³. Puede decirse, en un grado de abstracción mayor, que la seguridad se presenta como sinónimo de ausencia de riesgo en la persona y la vida. Rousseau por su parte, considera la seguridad como “protección que produce orden y certeza” desde un punto objetivo y “ausencia de temor y ausencia de duda” desde un punto subjetivo¹⁰⁴. Según Paine: “la meta de toda agrupación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión”¹⁰⁵.

Esta noción filosófico-política de seguridad, como seguridad personal, que luego fue positivizada en instrumentos constitucionales de la edad moderna¹⁰⁶, y que actualmente ocupa un lugar importante en los catálogos de derechos fundamentales y principios de la

¹⁰³ MEJÍA QUINTANA, Óscar. La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 37.

¹⁰⁴ PECES BARBA, Gregorio, La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho, Anuario de derechos Humanos, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1990, p. 215-229.

¹⁰⁵ PAINE, Thomas. Los derechos del hombre. Madrid: Alianza, 1984, p. 10.

¹⁰⁶ El artículo 8 de la declaración de 1793, conocida como la Constitución Jacobina, establece: “la seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”

Constitución Española y Colombiana, es distinta a la noción de seguridad jurídica como principio del Derecho, pese al “parecido de familia” que entre ellas puede existir.

Desde el punto de vista de principio del Derecho “[l]a idea de seguridad jurídica tiene muchas vertientes y se concreta en una pluralidad de significados”¹⁰⁷. Para los efectos del presente trabajo se hacen especialmente importantes dos vertientes: una antigua y otra moderna. La vertiente antigua alude al significado otorgado en el Derecho romano y la moderna a su uso dentro de la concepción del Estado de Derecho. En este trabajo se hace de especial importancia esta segunda vertiente.

En el lenguaje jurídico temprano, la seguridad jurídica, dentro de la familia jurídica romano germana¹⁰⁸, se erigió como uno de los principales principios del Derecho que podría referirse, principalmente, a dos situaciones: la imposibilidad de modificar las consecuencias de las decisiones judiciales y la no modificación de situaciones pasadas por leyes nuevas¹⁰⁹. Estas situaciones se desarrollaban bajo las figuras de lo que se conoce actualmente como la cosa juzgada y la irretroactividad de la ley.

Respondía este principio, junto a las estrategias de desarrollo, a unas necesidades concretas en las cuales se temía que las decisiones ya tomadas por los jueces se modificaran por otros jueces, ante la existencia de múltiples jurisdicciones, o que los litigios pudieran mantenerse por extensiones largas de tiempo, y que los nuevos gobernantes cambiaran las situaciones ya consolidadas. Era una estrategia que buscaba hacer imperante las decisiones judiciales y proteger a las personas de las posibles arbitrariedades que se pudiesen cometer con el cambio de la legislación, especialmente, en el tema de la propiedad. En la premodernidad,

¹⁰⁷ CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2004, p. 586.

¹⁰⁸ DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

¹⁰⁹ Este principio del Derecho romano se extendió de manera muy rápida a las principales familias jurídicas que de allí se desprendieron. El ordenamiento jurídico español y el colombiano, en sus inicios fueron herederos de esta tradición.

la pluralidad de fuentes del Derecho, de jurisdicciones, la ausencia de jueces profesionales, generaba un grado alto de inseguridad jurídica que se anhelaba aminorar.

Sobre esta situación Peces Barba afirma que visto desde una concepción actual, el Derecho de ese tiempo no generaba seguridad:

“El pluralismo de las fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa, buscando el id quod iustum est, en el caso concreto y sobre todo, la falta de un poder capaz de imponer sus normas jurídicas, no permite hablar de certeza ni de ausencia de temor.”

Sin embargo, esta situación de falta de seguridad no era tan preocupante, por cuanto se obtenía la seguridad desde dos vertientes diferentes: el monismo ideológico devenido del control ideológico de la iglesia católica y desde la rigidez gremial resaltada por la sociedad gremialista.

Posteriormente, el advenimiento del Estado de Derecho presentó importantes factores que influyeron en el sentido de la noción de seguridad jurídica¹¹⁰. Se abrió camino lo que en este trabajo se llama sentido moderno de la seguridad jurídica, donde el monismo ideológico fue resquebrajado y la sociedad gremialista cedió el paso al individualismo. En este estadio la seguridad jurídica fue entendida, especialmente, de dos formas: seguridad jurídica del Derecho y seguridad jurídica en el Derecho. La seguridad, en términos generales se vio como una necesidad ante la sospecha de la actividad legislativa, que se quiso solventar con la imposición de ciertas reglas, en sentido estricto, metajurídicas.

¹¹⁰ Se afirma que uno de los logros jurídicos más relevantes de la modernidad es la conquista política del “principio” de seguridad jurídica tributario del principio de legalidad. A través de ellos las teorías positivistas del Derecho explican el origen de las instituciones políticas y jurídicas a partir de la exigencia (racional, utilitaria) al tenor de las diversas interpretaciones del estado de naturaleza y el pacto social, de abandonar la situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra libertad limitada pero protegida y garantizada. PÉREZ LUÑO, Antonio, La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991, p. 481.

En el primer sentido se entendía la seguridad como una garantía de los particulares frente al Estado¹¹¹; es decir, como una especie de protección frente a los poderes del absolutismo monárquico. Es una especie de concepción en la cual se retoma la seguridad como seguridad personal que se desarrolló, y se le agrega la ley como garantía de los abusos del poder central. En ella se basó la concepción del principio de legalidad, mediante el cual se quiso limitar al Estado. Esta concepción se desarrolla con base en la idea de Estado de Derecho. Para Elías Díaz, “el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley”¹¹². Ni los derechos fundamentales ni la dignidad ostentaban un papel importante dentro del ordenamiento jurídico.

Esta noción de seguridad jurídica es de carácter formal, por cuanto su principal enfoque es el mantenimiento de las funciones y poderes del Estado por fuera del espacio de libertad individual; refiere al correcto funcionamiento del Estado, por eso ha sido denominada por Pérez Luño como corrección funcional¹¹³.

La consecuencia de esta forma de entender la seguridad jurídica, radica en la sensación de seguridad y tranquilidad que trasmite a los ciudadanos, al considerar que existe una órbita de libertad de las intromisiones del poder central. En este sentido Gregorio Peces-Barba afirmó que “la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a

¹¹¹ Según Carbonell, no de los significados de la seguridad jurídica: “refiere a la sujeción de los poderes públicos al Derecho”. CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2004, p. 586.

¹¹² DIAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1991, p. 17.

¹¹³ Pérez Luño, define la seguridad jurídica como: “un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales. Se afirma que uno de los logros jurídicos más relevantes de la modernidad es la conquista política del “principio” de seguridad jurídica tributario del principio de legalidad. A través de ellos las teorías positivistas del Derecho explican el origen de las instituciones políticas y jurídicas a partir de la exigencia (racional, utilitaria) al tenor de las diversas interpretaciones del estado de naturaleza y el pacto social, de abandonar la situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra libertad limitada pero protegida y garantizada.” PÉREZ LUÑO, Antonio. La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991, p. 483.

crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico.”¹¹⁴

Por su parte, la seguridad jurídica en el Derecho es un complemento a la primera acepción. Refiere a las garantías mediante las cuales se desea atar la facultad del legislador en cuanto sujeto designado para el establecimiento de disposiciones jurídicas vinculantes. No refiere a la seguridad que tienen los ciudadanos respecto de las intromisiones del poder central, sino a un fenómeno que respecta a la forma como debe actuar el legislador. Burgoa la entiende como “[e]se conjunto de modalidades jurídicas a la que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente desde un punto de vista jurídico la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de la seguridad jurídica.”¹¹⁵

Esta forma de entender la seguridad jurídica, desde el punto de vista de la corrección estructural, refiere al cumplimiento de ciertos principios que van dirigidos al legislador, verbigracia los siguientes¹¹⁶: *lege promulgata*, para que una norma sea obligatorio tiene que haber sido promulgada; “*lege manifesta*”, “las leyes (las normas jurídicas en general), deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados”; “*lege plena*”, las consecuencias jurídicas de las conductas deben estar tipificadas en un texto normativo; “*lege stricta*”, existe ciertas áreas del Derecho que solo pueden regularse mediante leyes especiales; “*lege previa*”, las leyes solo pueden regir hacia el futuro”; y “*lege perpetua*”, para que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a ellos, los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables posibles.

¹¹⁴ PECES-BARBA, Gregorio. La Constitución y la seguridad jurídica. En: claves de razón práctica. Número 138, 2003, p. 8.

¹¹⁵ BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales. México: Porrúa, 1954, p. 396.

¹¹⁶ CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2004, p. 587-589.

A finales del siglo XIX e inicios del XX, la realidad empezó a mostrar lo insuficiente de las anteriores concepciones, y los teóricos se encargaron de resaltar y exagerar las consecuencias odiosas de los presupuestos de la seguridad jurídica así entendida, que implicaban, por los problemas del formalismo, contradicciones, lagunas e incoherencias, lo cual, en últimas, repercutía en un gran poder de discreción del juez. La sospecha del legislador se trasladó al juez, se desencantó el imaginario colectivo del poder del legislador para establecer un sistema jurídico coherente y se preocupó de lo que podría hacer el juez con base en tal contexto desmitificado.

Estas situaciones conllevaron a que el acento del estudio teórico y desarrollo doctrinal pasara de la imposibilidad de modificar las decisiones ya tomadas, y de la seguridad del y en el Derecho, a la toma de decisión en cuanto tal. Se pasó, puede decirse a grandes rasgos, de la sospecha del legislador a la del juez.

El punto central del debate, para el caso general, fue el de la decisión judicial, y para el caso particular de investigación, se cambió al de la certeza jurídica. La principal preocupación era la forma como deciden los jueces; el uso que éstos le daban a sus facultades. Se hicieron, pues, importantes estudios en torno a la argumentación y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas o, desde un enfoque más específico, la previsibilidad de la decisión judicial. Surgió la certeza jurídica como previsibilidad.

La principal pregunta fue ¿cuáles son las consecuencias jurídicas atables por el juez a los actos y a los hechos de las personas? La certeza jurídica viene a constituirse como un principio que relaciona los hechos y los actos jurídicos con las declaraciones de los jueces. La certeza jurídica como previsibilidad de consecuencias, significa, según Gianmarco Gometz “la situación de hecho en la que los individuos eligen de modo informado qué curso de acción seguir con base en las consecuencias jurídicas esperadas conectables al curso de acción que, en efecto, se elija seguir”¹¹⁷.

¹¹⁷ GOMETZ, Gianmarco. La certeza jurídica como previsibilidad. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 35-49

No es que en este estadio no sea importante la seguridad jurídica, sino que con posterioridad a que se hicieron palpables los problemas del formalismo y la discrecionalidad del juez, lo que trascendió como urgente fue como él en sus decisiones va a valorar, calificar y decretar consecuencias jurídicas¹¹⁸.

Así concebida la certeza jurídica implica dos supuestos relacionados. El primero es el conocimiento de las normas jurídicas por parte de las personas, y el segundo, que las decisiones de los jueces estén de conformidad con ese conocimiento. El primer supuesto exige ciertos elementos epistemológicos del destinatario de las disposiciones y de las disposiciones en cuanto tal. En el primer caso se hace necesaria la capacidad de entendimiento, nivel de educación y facultades de asimilación. En el segundo caso, se hace necesaria la inteligibilidad de las disposiciones y del sistema jurídico. Algunos de estos requerimientos son: la claridad de la ley, la inexistencia de ambigüedades e indeterminaciones, las no contradicciones y la coherencia.

El segundo supuesto, exige no solo el conocimiento de la ley, sino aspectos externos a una concepción normativista del Derecho. El propio Kelsen en este estadio deja claro que es importante acudir a otras ciencias para poder establecer con grado de probabilidad cuáles serán las decisiones de los jueces. De la sola ciencia normativista es imposible extraer la forma como decidirán los jueces, resulta forzoso acudir a la sociología jurídica, la economía, la psicología, es decir, echar mano de circunstancias factuales que den luces acerca del proceso final de decisión¹¹⁹.

1.1.1.2. Estabilidad jurídica

Actualmente el problema central ha cambiado. Se insiste que no significa que los dos problemas anteriores no sean importantes, sino que la principal preocupación se acentúa en

¹¹⁸ Sobre la imprevisibilidad de las consecuencias en la ponderación, BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 23.

¹¹⁹ Cfr. POSNER, Richard. Cómo deciden los jueces. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 11.

otra dirección. Siguiendo el mismo patrón, la pregunta cardinal parece retroceder en torno al proceso lógico de toma de decisión. Se inició por la preocupación central de la seguridad en la toma de decisión, luego la importancia se centró en las posibilidades de elección del juez, y ahora, en este estadio, la principal pregunta se centra en la pluralidad de fuentes que afectan la toma de decisión, su sentido y alcance. Por lo cual, la solución a esta pregunta ostenta la capacidad de afectar y condicionar las preguntas anteriores. Se pasa, pues, de cuestiones entorno a la seguridad de la decisión y la discreción del juez, a cuestiones relacionadas con los referentes de la decisión.

En este caso el concepto sobre el que recae el acento es el de la estabilidad jurídica, toda vez que la preocupación es determinar cuáles son las fuentes que delimitan la decisión: ¿en dónde reposa a ciencia cierta lo jurídicamente debido? Así pues, un ordenamiento jurídico es estable cuando se tiene conocimiento de cuáles son las normas jurídicas vinculantes que regulan un caso y el sentido aproximado de ellas. Esta noción de estabilidad jurídica alude a tres presupuestos vinculados: los referentes del sistema, su significado, y la relación entre ellos.

En cuanto a los referentes del sistema, lo importante es determinar cuáles son las fuentes jurídicas que regulan determinado caso. Han hecho carrera en el ordenamiento jurídico colombiano y español, la importancia de las regulaciones transnacionales, el precedente y las microregulaciones. Debido a la globalización del Derecho¹²⁰, uno de los temas más intrincados de estudio actualmente es el de la importancia de las regulaciones transnacionales, bien sea en el caso de las disposiciones de la Unión Europea, la OMC, la OIT o las convenciones interamericanas, es decir, los casos de regulaciones universales y de sectores transnacionales. Estas nuevas regulaciones han venido a condicionar la validez de las disposiciones estatales y locales. En algunos casos, regulan con un sentido similar, en otros contradicen y en otros generan redundancia. Junto a la importancia de las regulaciones transnacionales se yergue el campo de estudio de la vinculatoriedad de las

¹²⁰ Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.

sentencias judiciales en los ordenamientos jurídicos que por tradición eran formalistas¹²¹. La tendencia actual gira en tono a la obligatoriedad de esta forma de entender el Derecho¹²². Así pues, junto al Estado se forman importantes agentes trasnacionales, judiciales y locales¹²³. Sumado al problema de la entidad encargada de expedir el Derecho, está la situación que las disposiciones no tiene vocación de permanencia y coherencia, en la ley, la jurisprudencia o las regulaciones locales, se encuentran posiciones para defender las más contradictorias posturas.

El establecimiento del significado de las disposiciones jurídicas refiere el paso de las disposiciones jurídicas a las normas jurídicas. Es decir, la determinación semántica y deontológica de los signos lingüísticos mediante los cuales se expresan las normas. Traducir las disposiciones jurídicas en normas jurídicas cuando no es fácil establecer ni a priori ni a posteriori el conjunto de significados que a ellas pueden adscribirse, resulta ser una situación que ha dado como contra punto, un renacimiento de la argumentación jurídica¹²⁴, la interpretación constitucional, y de forma más específica, las teorías materiales y estructurales de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el presupuesto más interesante y complejo es el de la relación que existe entre las distintas fuentes. Ello ha dado lugar a intrincados debates, en donde se han expuesto viejas y nuevas formas de explicación teórica. Piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de una pirámide al estilo kelseniano, mediante la cual se describen unas gradas superiores e

¹²¹ Cfr. LÓPEZ, Diego. El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente Constitucional. Análisis de sentencias y líneas Jurisprudenciales. Teoría del Derecho judicial. Bogotá: Uniandes, 2002.

¹²² Sentencia de la Corte Constitucional C 836 de 2001.

¹²³ Estas aporías que suceden en torno a las fuentes del derecho han cambiado el concepto central que las condiciona. Ya no se hace tan importante las consecuencias, sino los parámetros de referencia para la toma de decisión. Entre estos dos puntos existe una relación bastante cercana. La segunda resulta ser un presupuesto de la primera, a la vez que le otorga las posibilidades de acción.

¹²⁴ Sobre la importancia de la argumentación jurídica: AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y Estado Constitucional. En: revista anales de jurisprudencia, estudios jurídicos. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1997, p. 353-369. FETERIS, Eveline. Fundamentos de la argumentación Jurídica: revisión de las teorías. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. GRONDIN, Jean ¿Qué es la hermenéutica? Barcelona: HERDER, 2008. KAUFFMANN Arthur, Hermenéutica y derecho, en sentido actual de la filosofía el derecho. Granada: Editorial Comares, 2007. KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción Judicial. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999.

inferiores de producción jurídica. Ésta sería una de las soluciones más fáciles, no obstante la situación actual es más compleja. La concepción piramidal del Derecho tal vez podía ser una construcción conceptual importante para modelos jurídicos anteriores, pero actualmente no explica la importancia que han obtenido las regulaciones transnacionales ni el precedente. Tampoco se considera de recibo la concepción que representa al Derecho como un embudo, concepción propia especialmente de las teorías realistas. La concepción de Francois Ost¹²⁵ del Derecho como red, describe significativamente la problemática, no obstante no aplica criterios novedosos o explicativos de cómo funciona. Se hace pues, necesaria la construcción investigativa de la relación entre los referentes, no tanto desde una construcción jerarquizada, ni del caso concreto, sino integral y dinámica¹²⁶.

Con lo dicho hasta aquí, se entiende que el concepto sobre el cual se fundan los principales puntos de reflexión actual del Derecho es el de la estabilidad jurídica, más que sobre la certeza o la seguridad jurídica. Puede decirse que estos conceptos se sucedieron de forma cronológica en el tiempo, sin que esa sucesión conlleve la total eliminación de los factores preteriros.

1.1.2. Pretensión de estabilidad

El Derecho de forma constitucional, sistémica y finalista, ejerce una pretensión de estabilidad y seguridad jurídica. Es decir, material, estructural y funcionalmente, efectúa una exigencia de estabilidad o de ideales asociados a ella. Pese a que el primer panorama parece no ser benévolo con la estabilidad jurídica, desde el punto de vista constitucional y teórico, la estabilidad es un ideal importante.

¹²⁵ OST, François, Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Alicante: DOXA, Número 14, 1993, p. 169-194.

¹²⁶ Bustos Gisbert maneja un concepto de constitución en red, con otro enfoque. Mientras acá, se habla de la concepción de red, desde una perspectiva interna, Bustos se centra en lo que podría llamarse una perspectiva externa. Él parte de que el diálogo judicial es una noción que ayuda a resolver problemas propios de las situaciones de pluralismo constitucional. Sin embargo, previene del cuidado de que se tiene que tener en este intercambio de ideas, pues los diálogos judiciales, entre Cortes o Tribunales, “tienen sus propios objetivos, estructura y solución, diversos de los meros diálogos comparativos entre cortes”. Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución. Vitoria: IVAP, 2005. p. 13-218.

1.1.2.1. Pretensión en la superestructura y la estructura constitucional

Existe una preocupación de principio a fin en las Constituciones española y colombiana, acerca de cognosibilidad, confiabilidad y calculabilidad normativa, como elementos importantes de la estabilidad jurídica. En cuanto al primer punto, siguiendo a Humberto Ávila¹²⁷, puede referirse a una justificación en la superestructura constitucional y otra en la estructura constitucional. La diferencia entre estos dos enfoques radica en el grado de abstracción del análisis constitucional; siendo el análisis de la súper estructura más general y el de la estructura más cercano a la positivización constitucional.

La estabilidad jurídica se evidencia en la superestructura constitucional por cuanto las Constituciones Española y Colombiana, se caracterizan por ser de carácter principiológicas y reglamentarias, en las cuales, en un grado de abstracción alto se regulan las competencias en la producción, aplicación y ejecución del Derecho, su modificación, los procedimientos para el desarrollo de estas competencias, los límites al poder estatal, y, los derechos fundamentales. En estas constituciones se responde a las preguntas de competencia, procedimiento y protección. La relación de estos factores con la estabilidad jurídica puede ser directa o indirecta. Es directa cuando se entiende que como tal ayudan a fomentar la estabilidad, por cuanto, existe una rama legislativa encargada de expedir disposiciones jurídicas, concurren jurisdicciones encargadas de aplicar el Derecho; lo cual, atiende de forma directa ideales cercanos a la estabilidad. En cambio, es indirecta cuando se fomentan ideales, valores y principios, que de forma mediata coadyuvan con el desarrollo de la estabilidad, como los principios de igualdad, libertad, propiedad privada y dignidad; no obstante, que estos no tienen una relación directa, puede pensarse que en la mayoría de las ocasiones contribuyen a desarrollarla.

En cuanto a la estructura constitucional la estabilidad se estatuye directa o indirectamente, mediante el señalamiento de ideales asociados a ella, la seguridad o la certeza jurídica. Pese

¹²⁷ AVILA, Humberto. Teoría de la seguridad jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 157 -210.

que en las dos constituciones no se establece directamente una norma acerca de la estabilidad jurídica, la misma puede derivarse o adscribirse a otras normas que la presuponen o la tiene como consecuencia. Como por ejemplo, cuando se positiviza el orden, la seguridad, la legalidad, la igualdad, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, entre otros.

En la Constitución Española, esta fundamentación se lleva a cabo mediante cuatro estrategias generales: el establecimiento de fines, límites, principios y derechos fundamentales. En el preámbulo de la Constitución Española se estipula que ésta se promulga con el fin de “establecer la justicia, la libertad y la seguridad”. La estabilidad se encuentra fomentada por la libertad por cuanto aquella, presupone ésta, es corolario de justicia por la previsibilidad, por lo que genera seguridad. En un sentido similar, en el artículo 1.1., se establece: “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En segundo lugar, como límite, el artículo 9¹²⁸, consagra la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y la ley. Con lo cual se establece el principio de legalidad, uno de los estandartes de la seguridad jurídica moderna, y se estatuye el principio de constitucionalidad, como límite a los poderes estatales. Estos dos principios son complementados con la obligación de los ciudadanos de regirse por las regulaciones legales y constitucionales, situación que genera seguridad y previsibilidad.

En tercer lugar, en cuanto al establecimiento de principios, el inciso final del artículo 9 positiviza principios que fomentan la estabilidad, tales como el “de legalidad, la jerarquía

¹²⁸ 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. En sentido similar, el artículo 10 establece los principios de dignidad humana, de respeto a los derechos de los demás y la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales.

Como derechos fundamentales, se encuentran las regulaciones del artículo 14 sobre la igualdad, el 15 sobre la vida y la integridad física y moral, el 17 sobre el derecho a la libertad y la seguridad, el 18 sobre la intimidad personal, el derecho al honor y la inviolabilidad del domicilio, el 24 respecto de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, el 25 sobre la preexistencia de la ley, el 33 sobre el derecho de propiedad privada y de herencia, y el 53 sobre la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y la acción de amparo.

En la Constitución Colombiana se pueden rastrear las mismas cuatro estrategias. Como fin, se establece en el preámbulo, que la Constitución se promulga con “el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

A su vez, en su artículo segundo preceptúa como fines del Estado: “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. En este artículo se enfatiza la función aseguradora del Estado en el desarrollo del proyecto social, y la función de protección que le asiste.

Como límite, el artículo 4 establece que “la Constitución es norma de normas... Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.” Este límite a las facultades de los ciudadanos se ve respaldado por lo establecido en el artículo 6, en donde se establece una responsabilidad subjetiva para los particulares por infringir la Constitución y las leyes, y para los servidores públicos por la misma causa de los particulares y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Como principios, el artículo 13 establece la igualdad en sus diferentes versiones, y el 29 preceptúa los principios de: preexistencia de la ley, el del juez natural, las formas propias del juicio, la publicidad, el derecho de defensa, el de presentación de pruebas, impugnación doble instancia, en materia penal, refiere la favorabilidad de la ley, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, y el de nulidad de la prueba por violación a las garantías fundamentales. El artículo 31, establece el principio de la doble instancia, y el 40 el principio democrático.

Como derechos fundamentales, están las regulaciones acerca de la vida y la integridad física del artículo 11, el debido proceso del 29, la igualdad del 13, la libertad del 16, las cuales constituyen, además, un límite al poder central.

1.1.2.2. Pretensión en la concepción de sistema

Además de la evidencia constitucional de la estabilidad, puede pensarse que también se genera la pretensión de estabilidad en la noción de sistema jurídico. Se trata de una comprobación especialmente metajurídica. En esta línea argumentativa el Derecho como sistema implica la noción de estabilidad jurídica, no puede darse la estabilidad si no existe sistema; para que exista sistema, se deben cumplir, así sea de manera aproximada, los ideales de coherencia, consistencia y plenitud. Luego, en principio, negar la estabilidad implicaría negar la concepción de sistema.

La concepción del Estado en la modernidad, al reducir los problemas de pluralidad de fuentes, “convirtiendo al Derecho en estatal, permitirá la consideración del mismo como sistema, condición indispensable para que pueda hablarse de seguridad jurídica”¹²⁹, y por ende de estabilidad jurídica. Para Peces Barba, la principal condición para poder hablar de seguridad jurídica es la concepción del sistema, por fuera de la cual, no existiría la estabilidad jurídica.

La idea de la cercanía de sistema y estabilidad es llevada a un punto tal, que se considera que ambas nociones son, para Peces Barba, inseparables: “Sistema y Seguridad jurídica son inseparables. No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta seguridad jurídica, ni seguridad jurídica que se pueda concebir al margen del sistema”.

Por ello, considera que las concepciones tópicas del Derecho resultan incompatibles con la noción de seguridad jurídica, y, por consiguiente con las de estabilidad. En este sentido el modo de pensar tópico, por ejemplo, el expuesto por Wiehweg¹³⁰, no sería un garante de la estabilidad jurídica, pues su pensamiento problémico de casos particulares, no permitiría el desarrollo adecuado de la estabilidad y los ideales asociados a ella, como la coherencia, consistencia y plenitud.

En igual sentido, se registran las críticas de Bentham al *common law*. Bentham, parte de la existencia de un poder discrecional en la toma de decisiones judiciales, basado en lo incoherente del sistema del *common law*, lo cual genera inseguridad; como prescripción establece la necesidad de un proyecto codificador que genere estabilidad. “Bentham sostuvo que era necesario para el logro de los fines establecidos un inmenso proyecto legislativo y codificador”¹³¹.

¹²⁹ PECES BARBA, Gregorio. La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho, Anuario de derechos Humanos, Número 6. Madrid: Editorial Universidad Complutense, 1990, p. 215-229.

¹³⁰ VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus, 1964.

¹³¹ MORESO, José. Jeremy Bentham: Luces y sombras, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Número 47. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2013, p. 221-248.

Los sistemas, que en los párrafos anteriores se muestran como una condición necesaria para la existencia de la estabilidad, bien sea en su vertiente de sistema jurídico nacional, o un sub corpus de éste, para ser considerado como tal, han de cumplir las propiedades formales de los sistemas normativos. Para Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, estas propiedades son la completud, independencia y coherencia¹³². La completud es entendida como ausencia de lagunas, es decir, que no existan anomias, o la exigencia de plenitud. La independencia es entendida como la ausencia de redundancias, es decir, que dos normas no regulen el mismo supuesto. Y la coherencia como la ausencia de contradicciones, o antinomias.

La estabilidad jurídica, en su sentido amplio y estricto, en principio, ayuda a cumplir estas condiciones y evitar los problemas sistémicos. Si existe claridad en las fuentes, su significado y relación ayuda a que pueda establecerse lo jurídicamente debido, y la relación de las fuentes permite evitar las lagunas, redundancias y contradicciones que puedan suscitarse.

1.1.2.3. Pretensión en la determinación

Se resaltan especialmente tres situaciones por las cuales se hace importante la estabilidad jurídica: la determinación de los derechos, la previsibilidad de las decisiones judiciales, y su firmeza (estas tres situaciones pueden englobarse en una noción de determinación amplia). En sentido contrario, podría decirse que la ausencia de estabilidad no permite que se determinen adecuadamente los derechos, que exista previsibilidad o firmeza de las decisiones judiciales, elementos indispensables para el correcto funcionamiento del sistema jurídico. Luego, tanto mayor sea el grado de estabilidad jurídica mayor será el grado de determinación de derechos en sentido general. La seguridad jurídica existe porque se hace necesario garantizar y proteger la determinación de los derechos, la previsibilidad de las consecuencias y su firmeza.

¹³² ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN. *Sistemas Jurídicos*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012. p. 91-94.

Aristóteles asimilaba el Derecho con la noción de justicia particular (creía que la noción de justicia general desbordaba el objeto del Derecho), según la cual la finalidad del Derecho consistía en darle a cada uno lo suyo. En un grado de abstracción mayor, la tesis de Aristóteles puede llevarse al punto de decir que lo que se quería era determinar a quién pertenecía cada cosa, es decir, a quien le corresponde algo.

En un sentido similar, Calabresi afirmó: “[e]l primer asunto que cualquier sistema jurídico debe encarar es aquel que llamamos el problema de la titularidad de los derechos”¹³³. Si la (o una de las) finalidad(es) del Derecho es la convivencia pacífica, esta se logra cuando pueda determinarse de la manera más clara posible a quién pertenece cada derecho. Luego la cuestión fundamental del Derecho consiste en determinar quién tiene el derecho. El derecho de informar o el derecho a la intimidad, el derecho a la educación o el derecho a la libertad de cultos, el derecho a la vida o a la autonomía.

Esta determinación de derechos puede ayudar a solucionar múltiples conflictos¹³⁴, pues los ciudadanos saben de cierta forma qué derechos tienen y cuáles no. Gran parte de los litigios que ocurren se deben a que no existe claridad acerca de quién tiene el derecho, cuál es su contenido, estructura o alcance. El determinar cuáles son las reglas que marcan los derechos les permite a las personas ostentar criterios para actuar racionalmente en su vida social, les permite hacer planes, proyectos de cooperación y de vida, y comportarse conforme a ellos.

¹³³ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: un Vistazo a la Catedral. Lima: Themis, 1992, p. 349.

¹³⁴ La previsibilidad de las decisiones judiciales puede darse en ordenamientos que generalmente no sean estables: “Si la imperfección, por ejemplo la inefectividad o la incerteza, del derecho no es ocasional sino más bien regular y públicamente conocida, bien puede ser considerada como información que sirve para predecir las consecuencias jurídicas imputables a las propias acciones...” “No obstante esto, el autor también reconoce que sistemas jurídicos consistentes, completos y determinados, y disposiciones jurídicas claras, rigurosas, inequívocas y determinadas son circunstancias, del todo contingentes, que posibilitan un mayor grado de certeza jurídica” GOMETZ, Gianmarco. La certeza jurídica como previsibilidad. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 15.

Lo anterior consiente que, dependiendo de las consecuencias jurídicas que se deseen, se elija el curso de acciones a emprender. Sin embargo, no siempre es tan fácil tomar este tipo de decisiones. Pueden resaltarse tres hipótesis generales: decisiones en certeza, en posibilidad y en riesgo. En el primer caso, que muy pocas veces ocurre, sobre todo en el campo jurídico constitucional, se toman decisiones teniendo certeza de cuáles son las consecuencias jurídicas que obtendremos, por parte del juez o de los demás actores, al realizar determinadas acciones positivas o negativas. En la segunda hipótesis, las consecuencias jurídicas atables a las decisiones, se dan en situación de probabilidad: si se hace esto probablemente se tendrán tales consecuencias, la diferencia viene siendo que en el primer caso es de certeza y en el segundo de probabilidad. El tercer caso, que es el principal en la concepción actual del Derecho, y sobre todo en el campo del Derecho Constitucional, es el de la toma de decisiones bajo riesgo. A ciencia cierta no se saben cuáles son las consecuencias jurídicas que traerán las acciones que emprendamos. La inestabilidad de los referentes y el campo de discrecional del juez, junto a la posibilidad de decisiones externas, alteran la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las acciones. Entre mayor grado de estabilidad exista, mayor será la reducción del riesgo para la toma de decisiones.

En tercer lugar, como importancia de la estabilidad, se resalta el hecho que una vez tomadas las decisiones por parte de los jueces, o de los demás actores jurídicos con habilitación jurídica para ello, estas decisiones, en firme, tienden a volverse inmodificables. La estabilidad jurídica existe porque se hace necesario eliminar la incertidumbre acerca de la resolución de los litigios, esta situación se conoce también como principio de cosa juzgada o ejecutoriedad de las decisiones. La estabilidad jurídica dota a las decisiones judiciales de inmutabilidad, las protege de ulteriores transformaciones.

Ningún sentido tendría la determinación de los derechos o la previsibilidad de las decisiones judiciales si una vez tomada la decisión esta pudiese ser modificada en cualquier tiempo. Todo conflicto jurídico está llamado a terminar, la sentencia dentro del proceso judicial es un mecanismo mediante el cual se pretende fijar la solución a este conflicto. Las

partes no pueden ceñirse de forma indefinida en la incertidumbre del sentido de la decisión judicial.

Existe una doble implicación entre estabilidad jurídica y el principio de cosa juzgada. Estos dos principios se fundamentan mutuamente. La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces¹³⁵.

Este principio de inmutabilidad del Derecho puede obrar desde dos perspectivas distintas. Bien se refiera a la imposibilidad de modificar las decisiones tomadas en un mismo proceso o en otro proceso diferente. Lo cual da lugar a la cosa juzgada formal y material. La primera alude a que se revise nuevamente la decisión ya ejecutoriada dentro del mismo proceso. La segunda alude a “la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso”.

1.1.3. Inestabilidad constitucional

En las dos partes anteriores se trataron dos temas relacionados. En la primera, se mostró como en el Derecho ha sido una constante pieza de reflexión los temas relacionados con la seguridad, la certeza y la estabilidad jurídica. Detrás de estas reflexiones se oculta una especie de sospecha respecto de los jueces, los legisladores o los mismos constituyentes. Existe un miedo en la colectividad y los juristas independientes, que se encarga de presionar la búsqueda de cierta estabilidad y generar una conciencia de ello.

¹³⁵ La Corte Constitucional en sentencia C 543 de 1992: La importancia de la cosa juzgada es tan alta que se considera un derecho fundamental. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. En consecuencia, hay un verdadero Derecho Constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada

Ello se implica en la segunda parte descrita. La estabilidad y la seguridad resultan ser tan importantes que de cierta forma se presuponen, como algo que existe sin más, y se buscan aumentar. Constitucionalmente en la superestructura y en la estructura constitucional se encuentran retratados, de distintas maneras, éstos ideales. La importancia de la estabilidad se encuentra imbricada de igual forma en la concepción de sistema, tanto así que se ven como conceptos sucedáneos, la determinación de los derechos también ostenta una relación necesaria con la estabilidad.

Ahora, no obstante las reflexiones elaboradas en torno a la estabilidad y su pretensión como ideal en la Constitución, y como sucedáneo de la concepción de sistema y de la determinación de derechos, cabe cuestionarse: ¿existe realmente una estabilidad jurídica de la forma como se ha entendido? ¿Se trata la estabilidad de un mito? ¿Cómo puede entenderse de forma adecuada la estructura del Derecho, y en especial del Derecho Constitucional?

Actualmente el Derecho se desenvuelve en un profundo clima de inestabilidad constitucional –el cual es potenciado por la diversidad cultural y el liberalismo-. El trasfondo del análisis jurídico es el de una constante incertidumbre. La inestabilidad constitucional es consecuencia de tres factores: la crisis general que le está acaeciendo hace varias décadas al Derecho, los cambios más específicos que han minado los elementos estructurales de la estabilidad jurídica, y la materialización del Derecho producto de la importancia que han adquirido los derechos fundamentales. En el primer caso, desde una perspectiva general Harold Berman resalta la crisis del Derecho occidental, y los principales elementos que se han venido debilitando, y Duncan Kennedy despunta, desde su visión del Derecho anglosajón, la incoherencia actual del Derecho y la falta de neutralidad del juez. En el segundo caso, Perez Lledo y Miguel Carbonell, recuentan de manera parcial la crisis que ha estado minando la estabilidad jurídica, desde la perspectiva de las deficiencias legislativas. Estas crisis y cambios repercuten en los elementos estructurales de la estabilidad jurídica. En el tercer caso, la falta de claridad de los derechos

fundamentales, en relación con su alcance, titulares, destinatario y función, genera un conflictivismo en la concepción de los derechos fundamentales.

1.1.3.1. Crisis del Derecho

Harold Berman, manifiesta que: “[l]a tradición jurídica occidental se encuentra en la mayor crisis de su historia, la cual, según creen algunos, virtualmente la ha llevado a su fin”¹³⁶. Los cambios más importantes del Derecho han variado seis de los elementos estructurales de la tradición jurídica de occidente, entre las mutaciones más significativas se encuentran las siguientes tres: la incoherencia del Derecho, su ruptura y las presiones externas. El primer cambio, resalta la incoherencia del Derecho actual, de forma específica señala que “[e]l Derecho en el siglo actual (XX), en teoría y en la práctica, ha sido tratado cada vez menos como un cuerpo coherente, un corpus juris, y cada vez más como una “mezcolanza” de decisiones ad hoc y de reglas en conflicto.”

El segundo cambio, refiere a que las transformaciones pasadas y presentes del Derecho no obedecen a la racionalidad del mismo, sino a presiones de factores externos, como la economía. El Derecho, bajo esta perspectiva, no muta por su lógica interna y la necesidad de hacerse sistemático, sino más bien por la captura de lo jurídico por otros subsistemas. El tercero, muestra la pérdida de la importancia del Derecho Estatal y la consecuente sobrevaloración de lo supranacional. De forma literal señala: “el Derecho Internacional ha ensanchado sus pretensiones teóricas de superar al Derecho nacional. Cuando no ha sido éste que ha incorporado a aquel o se ha vuelto ineficaz.”

De cierta forma los tres cambios reseñados por Berman, en alusión a la mezcolanza que existe en el Derecho, su falta de lógica interna, y la imposición exterior de regulaciones, son formas de evidenciar el ambiente general de inestabilidad que se denuncia. En un

¹³⁶ BERMAN, Harold. El Origen de la Tradición Jurídica de Occidente. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 11. Continúa el autor “[...] no es algo que pueda probarse científicamente. Es algo que se conoce, en última instancia, por intuición. [...] [S]iento que nos hallamos en mitad de una crisis sin precedente de los valores legales y del pensamiento legal, en que toda nuestra tradición jurídica está siendo desafiada”

sentido similar, en el campo del Derecho anglosajón Bentham¹³⁷, establecía ciertos requisitos para las leyes, como su cognosibilidad, claridad y completud. De lo que derivaba que: “Las reglas desconocidas u oscuras no pueden ni resolver los conflictos, ni hacer posible la coordinación entre sus destinatarios, que son las bases de la seguridad.”

Duncan Kennedy¹³⁸, como parte del Critical Legal Studies, ha expuesto con maestría su visión de los principales cambios de la ciencia jurídica actual, partiendo de dos preguntas centrales. La primera indaga por la coherencia o incoherencia interna del Derecho; la segunda, cuestiona la neutralidad del juez en la toma de decisiones judiciales. Estas preguntas están intrínsecamente relacionadas. Si se presupone que el Derecho es coherente, junto con lo que ello conlleva, puede aceptarse que el juez sea neutral; en cambio, si se presupone que el Derecho es incoherente el juez sería un creador más que un aplicador neutral. La principal línea argumentativa de Duncan es mostrar la incoherencia del Derecho y el poder discrecional del juez, echando mano de un escepticismo moderado, resaltando problemas de indeterminación semántica, la manipulabilidad del lenguaje y los amplios poderes de discreción que puede ejercer el juez. Esta visión de Duncan viene a mostrar la debilidad de los dogmas de legalidad y de coherencia en los sistemas jurídicos actuales, junto con la visión del juez como creador de Derecho. De cierta forma, continúa ampliando la visión del Derecho en crisis.

1.1.3.2 Inseguridad jurídica

¹³⁷ “El common Law, el conjunto de principios no escritos que los jueces aplicaban para resolver los casos, era para Bentham una entidad fabulosa, que servía al poder judicial inglés del momento para decidir los casos arbitrariamente (derecho ex-post facto), lo que obviamente afectaba profundamente a la seguridad. Bentham defendía que las leyes han de ser conocidas por sus destinatarios y que han de ser claras, concisas y completas, así como ‘racionales’, en el sentido de que contengan las razones que han conducido a una determinada solución legislativa. Las reglas desconocidas u oscuras no pueden ni resolver los conflictos, ni hacer posible la coordinación entre sus destinatarios, que son las bases de la seguridad.” ROSEN, Frederick. *Jeremy Bentham and the Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

¹³⁸ Cfr. KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción Judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999.

En un grado de abstracción menor, las crisis del Derecho se implican en fallas estructurales de la seguridad jurídica. García de Enterría¹³⁹ parte del caos de normas existentes. Este caos se debe principalmente a que “[l]a ley no permite ya al individuo organizar su vida sobre la base de la predictibilidad y certeza absoluta. La inflación normativa, la proliferación de leyes medida y la defectuosa técnica legislativa han traído como consecuencia la inseguridad jurídica del ciudadano y la consiguiente inseguridad de los aplicadores del Derecho”. La causa principal del caos normativo se debe al cambio de concepción de ley, que se ha visto aumentada en tres puntos: muchas leyes, leyes específicas y falta de técnica legislativa.

Carbonell¹⁴⁰ parte de las múltiples exigencias del principio de seguridad jurídica, y afirma que no “es complicado intuir que muchas de esas exigencias se realizan de manera muy precaria en la mayoría de los países democráticos del mundo”. Resalta entre estas incumplidas exigencias, tres situaciones: la mala redacción de la ley, la velocidad del cambio legislativo, y la proliferación de leyes. La primera de estas situaciones se deriva de la inteligibilidad del Derecho, por cuanto la ley no es fácilmente entendible para sus destinatarios, se hace necesario, conocimientos técnicos para desentrañar el significado de las mismas. La tercera situación se enmarca aún más en los países organizados bajo el sistema federativo, donde existe posibilidad de las entidades descentralizadas de expedir leyes.

Entre la visión expuesta por García de Enterría y Carbonell, pueden encontrarse puntos de convergencia: la multiplicidad de leyes, su rápido cambio y la falta de claridad de las mismas. Sin embargo, el primero resalta las leyes medida y el segundo lo cambiante del Derecho. Pese a lo importante de estas visiones, que coadyuvan a resaltar la situación de alarma que vive actualmente la seguridad y la estabilidad jurídica, existen situaciones que

¹³⁹ GARCIA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 1999, p. 108.

¹⁴⁰ CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2004, p. 589.

no describen y que son elementos que generan alto grado de inseguridad. Resaltar estos elementos es la finalidad de la siguiente sección.

1.1.3.3 Cambios estructurales en el constitucionalismo

Los principales elementos de alarma que se refirieron en los párrafos anteriores, describen la situación de inseguridad e inestabilidad que puede enmarcarse en una concepción atinente al Estado legislativo: en esta clave han de entenderse las elucubraciones de Berman, Bentham, Duncan, García Enterría y Carbonell. Son críticas en tres sentidos generales: la cognosibilidad de la ley, su dinamismo y sus incoherencias. Sin embargo, por su temporalidad, pasan por alto fenómenos que ayudan a potenciar una imagen más alarmante. En los párrafos siguientes se argumenta como esta visión pesimista sobre la estabilidad parece oscurecerse más si se toma en el estadio del constitucionalismo actual.

Los principales factores que afectan la estabilidad jurídica, especialmente en el campo del Derecho Constitucional, son los siguientes: el caos en el sistema de fuentes¹⁴¹, la indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales¹⁴², la tecnicidad jurídica¹⁴³, la imprevisibilidad jurídica, la jurisprudencia del caso concreto¹⁴⁴, y la mutabilidad de las decisiones jurídicas por jueces constitucionales o supranacionales¹⁴⁵. Las tres primeras situaciones se refieren a los referentes, la cuarta y la quinta a las consecuencias, y las últimas a la firmeza de la decisión. En el lenguaje manejado párrafos atrás, el primer grupo refiere a problemas de estabilidad, el segundo a problemas de certeza y el tercero a problemas de mutabilidad.

¹⁴¹ Cfr. AGUILÓ, Joseph. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico). Barcelona: Editorial Ariel, 2000.

¹⁴² Cfr. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 127.

¹⁴³ GARCIA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 1999, p.108.

¹⁴⁴ Cfr. BERNAL, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p, 194-196.

¹⁴⁵ Cfr. QUINCHE, Manuel. El control de convencionalidad. Bogotá: Temis, 2014.

El caos en el sistema de fuentes se puede revisar desde un punto de vista intrínseco y desde uno extrínseco. El punto de vista intrínseco puede ser cuantitativo o cualitativo. El cuantitativo alude a la pluralidad de normas de rango constitucional que pueden regular un asunto, a la cantidad de leyes generales, especiales y reglamentaciones. Un problema de propiedad puede resolverse de conformidad con la igualdad, la libertad, la función social, o la solidaridad. Existe una proliferación normativa sin precedentes. Nunca antes el ciudadano había sido atalayado con tan alto número de regulaciones jurídicas. Por su parte, el cualitativo, refiere a lo rápido que las “leyes en sentido general” pierden vigencia y son remplazadas por otras.

El punto de vista extrínseco se da por las existencias de distintas disposiciones jurídicas de diversa naturaleza que ordenan qué es lo jurídicamente debido en un caso determinado, de distintas formas o con distintos alcances. El mito del Estado de Derecho en el cual se establecía la supremacía legal y se entendía que la ley era la fuente y medida de todas las cosas ha variado de forma muy significativa. Junto a la ley existen por lo menos tres referentes que complejizan en grado sumo el sistema de fuentes, haciéndolo extremadamente inestable: las regulaciones transnacionales¹⁴⁶, la importancia del precedente y las microregulaciones.

Las regulaciones transnacionales han tenido un impacto fulminante en la forma de entender el Derecho¹⁴⁷. Los tratados y convenios internacionales se han vuelto vinculantes de diferentes maneras. Son utilizados bajo la teoría del bloque de constitucionalidad¹⁴⁸ con una normatividad inusitada. Hasta llegar el punto de limitar las disposiciones constitucionales

¹⁴⁶ GOZAÍN, Oswaldo. El impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en el derecho interno. En: El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 167-185.

¹⁴⁷ La existencia de esta clase de disposiciones corresponde a un proceso de globalización del derecho, que como consecuencia de distintos procesos de globalización y conveniencia práctica y económica, hace ya varias décadas se ha venido gestando.

¹⁴⁸ Cfr. ESTRADA, Sergio. Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: Universidad de Medellín, 2011. RAMELLI, Alejandro. La Constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

en cuanto a su interpretación, aplicación y limitar la validez de las disposiciones constitucionales¹⁴⁹.

En España y Colombia, según los artículos 10.2 de la CE y 53, 93 y 94 de la CPC se entiende que los tratados internacionales son mecanismos que direccionan la interpretación y la aplicación de la ley. Esto significa que en aquellas zonas de indeterminación semántica, o mejor dicho, en aquellos aspectos donde exista necesidades hermenéuticas, los referentes internacionales vienen siendo criterios para fijar el sentido de las disposiciones constitucionales. Luego, resulta interesante preguntarse en qué casos pueden ellos aplicarse. Basta por ahora tan solo con decir en qué casos constitucionales puede fácilmente fijarse a priori el alcance de los principios constitucionales.

Además del caso en el que los tratados internacionales han venido convirtiéndose en pautas de interpretación de las disposiciones constitucionales, es interesante el caso en el que limitan la potestad legislativa¹⁵⁰. Son numerosos los eventos en los cuales las legislaciones nacionales han sido modificadas por trasgredir regulaciones internacionales bien sea por parte de jueces locales o trasnacionales.

En los ordenamientos jurídicos, como el español y el colombiano, que se desprenden de la familia jurídica romano germana, se ha venido abriendo paso la jurisprudencia como fuente formal del Derecho. La entrada de la jurisprudencia entre las fuentes formales se ha dado especialmente por virtud de las nuevas tendencias del Derecho, que exigen la garantía de la

¹⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-578 de 1995.

¹⁵⁰ Manuel Quinche explica este fenómeno de la siguiente forma: “la Corte Interamericana, además de declarar la responsabilidad internacional del Estado chileno, le ordenó modificar el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa. Dentro de la misma línea y en el nivel de las normas legales, la Corte le ha ordenado a diversos estados modificar normas de su sistema legislativo. Así, declaró que una norma del Código Penal de Ecuador era violatoria per se del artículo 2 de la Convención, lo que implicaba su retiro del ordenamiento; le ordenó a Perú, que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la Convención; y más recientemente, dispuso en contra de México, que en un plazo razonable, debía “completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano. Cfr. QUINCHE, Manuel. El control de convencionalidad. Bogotá: Temis, 2014, p. 36.

Constitución, y, posteriormente, en razón a argumentos de igualdad, coherencia, seguridad. A estas tendencias se les ha contrapuesto una tesis pesimista, que echa mano de argumentos de tradición, positivización, y falta de competencia, para no atribuir a la jurisprudencia valor vinculante.

Si existía un caos con la proliferación de disposiciones vinculantes, al sumarle las reglas jurisprudenciales¹⁵¹, el panorama parece oscurecerse más. Por dos razones generales: su adhesión a las fuentes ya existentes y su naturaleza gaseosa. Este matiz toma un tono más profundo si se le agrega la inusitada cantidad de microregulaciones existentes. La ley y la jurisprudencia no siempre regulan de forma detallada la forma como operan los pormenores normativos. La potestad reglamentaria es un factor importante de la aplicación de la ley. Las regulaciones mediante actos administrativos, resoluciones, acuerdos, reglamentos, han adquirido trascendencia. Estas regulaciones provienen de la necesidad de establecer procedimientos administrativos y prácticos para la ejecución de los mandatos constitucionales, judiciales y legales. El campo en blanco dejado por las indeterminaciones legales debe ser llenado con base en pautas que precisen, en la mayoría de los casos, las cuestiones prácticas y administrativas para la ejecución de las mismas¹⁵². Estas microregulaciones, como correlato, generan mayor grado de dispersión normativa y de inseguridad jurídica.

Ahora bien, estas fuentes del Derecho presentan otro gran problema: la indeterminación normativa¹⁵³. La indeterminación de las disposiciones jurídicas es un caso especial de la indeterminación semántica que puede ser llamada indeterminación normativa. La indeterminación de todo enunciado o disposición recibe el calificativo de indeterminación

¹⁵¹ En relación con la obligatoriedad del precedente en Colombia la sentencia de la Corte Constitucional C 836 de 2001 marca un hito.

¹⁵² Estas microregulaciones se diferencian, de las paciones sociológicas acerca del pluralismo jurídico, según las cuales existen centros de poder distintos a los del Estado y que en determinadas circunstancias conllevan un grado de eficiencia mayor que el que ostenta la ley.

¹⁵³ La ambigüedad a la que se refiere es un problema general del lenguaje. No solo las disposiciones legales ostentan ese problema, también las microregulaciones y, especialmente, las disposiciones de Derecho Constitucional presente este fenómeno. Según el cual, no es fácil adscribirle a priori a una disposiciones de Derecho Constitucional las normas jurídicas que de ellas pueden derivarse.

semántica porque se proyecta sobre el significado. Así pues, la indeterminación normativa se presenta cuando a una disposición pueden atribuírsele múltiples significados. Entre las causas más comunes de indeterminación semántica se encuentran la indeterminación semántica en sentido estricto, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural y la pragmática¹⁵⁴.

La indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales, es una de las causas, de la imprevisibilidad de las decisiones judiciales. El no tener claro qué es lo que significan las normas constitucionales hace que sea difícil determinar cómo el juez va a resolver el caso puesto a su conocimiento, y en consecuencia, dificulta que los agentes puedan prever las consecuencias de sus acciones. No solo la indeterminación semántica es causa de la imprevisibilidad jurídica, a ello hay que sumarle el caos de las fuentes del Derecho, el excesivo tecnicismo jurídico y la ideología judicial.

Como resultado lógico de lo anterior, se genera la imposibilidad de la toma de decisiones de acuerdo a unos parámetros racionales estables. Luego, gran parte de las situaciones jurídicas son imprevisibles por cuanto difícilmente alguien puede tener certeza acerca de las consecuencias jurídicas atables a sus decisiones. Los litigios son cada vez más discutidos; el riesgo que una decisión judicial favorezca o perjudique es alto. En la mayoría de las ocasiones se toman decisiones bajo incertidumbre.

Las consecuencias de la imprevisibilidad es que se generan más conflictos jurídicos, pues, las personas pueden considerar debatibles casi cualquier tipo de posiciones jurídicas. Sumado a ello está el hecho de que se dificulta construir planes jurídicos de mediano y largo plazo, por la posibilidad de obtener consecuencias jurídicas desfavorables. Las personas no tienen parámetros claros para determinar su comportamiento actual con base en unas consecuencias jurídicas deseadas¹⁵⁵.

¹⁵⁴ BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 127.

¹⁵⁵ En Colombia, basado en este problema, se expidió la Ley 963 de 2005, sobre “Contratos de estabilidad jurídica”. Estos contratos tiene por objeto que “el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que

Las anteriores situaciones que afectan la estabilidad jurídica pueden notarse en la dificultad existente de establecer reglas jurisprudenciales generales y claras. El caos de estabilidad jurídica puede vislumbrarse en lo que ha sido llamado como la jurisprudencia del caso concreto. Lo cual implica un fenómeno conocido como la jurisprudencia gaseosa. Refiere a la imposibilidad jurídica de establecer un sistema coherente de reglas jurídicas que se encargue de dotar al Derecho de estabilidad. Constituye también una afrenta contra el principio de igualdad y una manera de recubrir la imposibilidad de resolver importantes problemas constitucionales.

Es muy recurrente que la forma de solución de los litigios constitucionales no establezca reglas generales de solución, debido a imposibilidades jurídicas y de hecho. Delimitar los derechos, su alcance, la forma de la solución de los conflictos, depende, según la jurisprudencia, de una cantidad de factores que hacen muy difícil poder establecer reglas generales. Las situaciones particulares que juegan con las disposiciones constitucionales en un proceso complejo y contradictorio son las que ostentan la capacidad de variar el sentido de lo jurídicamente debido. De esta forma, la jurisprudencia es recurrente en mencionar que todos los casos deben solucionarse teniendo un cuidadoso escrutinio de las situaciones valorativas, jurídicas y factuales concretas.

Una de las causas que mejor explica la jurisprudencia del caso concreto es que en un conflicto determinado no existe, como se cree comúnmente, una colisión entre principios sino una colisión entre grupos de principios que se tensionan en variantes direcciones. Por lo cual, una situación de hecho particular conlleva a que un principio deba ser protegido o restringido. Ello resalta la riqueza de lo factual y lo valorativo en la toma de decisiones, que impide establecer lo que esta ordenado con criterios generales¹⁵⁶.

si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”.

¹⁵⁶ SUAREZ, Wilson Yesid. El principio de Proporcionalidad Sistémico. En: Iustitia. Bucaramanga: Universidad Santo Tomas Bucaramanga, 2012, p. 25-42.

Por último, está el hecho de la mutabilidad de las decisiones judiciales. El mito de que las decisiones judiciales se constituían en la resolución última de los litigios ha perdido parte de su vigencia. La situación se concentra especialmente en el hecho que en aras a proteger derechos fundamentales es posible revivir litigios acabados o modificar decisiones judiciales debidamente tomadas. Se resaltan especialmente dos situaciones: la primera radica en la protección de los derechos fundamentales, y la segunda en la falta de claridad de las competencias y su forma de aplicación.

En el primer caso, en aras a la protección de derechos fundamentales se pueden vislumbrar dos situaciones generales; la una, cuando jueces locales, en aras a proteger derechos fundamentales dejan sin efecto decisiones judiciales ya tomadas¹⁵⁷; la segunda, cuando esta modificación de las situaciones judiciales es emitida por una entidad supraestatal. En el primer caso los argumentos giran en torno a derechos fundamentales, y en el segundo a derechos humanos, se alude a la Constitución en un evento y los tratados internacionales en otro. En un grado de abstracción mayor los argumentos se fundamentan en la máxima validez jerárquica de esta clase de derechos, y en la no obligatoriedad de decisiones injustas. De forma específica, los argumentos principales para sostener esta posición son la relevancia de los derechos fundamentales, la obligación de protegerlos, la garantía jurisdiccional de la Constitución, el principio de igualdad, la dignidad humana, y, especialmente, que la seguridad jurídica debe ceder ante los derechos fundamentales.

Se tiene la hipótesis general según la cual la Constitución es la medida de todas las cosas, las decisiones judiciales como disposiciones derivadas de la Constitución no pueden

¹⁵⁷ La Corte Constitucional en la sentencia C 590 de 2005, estableció: La acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado Social y democrático de derecho.

quebrantarla¹⁵⁸. Las consecuencias de ello ha sido la de crear múltiples instancias para la revisión de las decisiones judiciales. Se sustituyen los recursos extraordinarios y los cauces ordinarios de los procesos.

En un grado de abstracción mayor, los síntomas anteriores se representan en las tres ideas generales que se anticiparon: la posibilidad de convertir cualquier caso en un caso difícil, la posibilidad de encontrar fuertes argumentos constitucionales para defender puntos opuestos, y la imprevisibilidad de las consecuencias jurídicas. Sin embargo, esta tesis fuerte acerca de la inestabilidad debe moderarse un poco. Dos tipos de argumentos ayudan a llegar a una tesis moderada de la inestabilidad.

De cierta forma, y de manera intuitiva, las personas saben de la inestabilidad que existe en el Derecho, lo sienten como algo que se ve pero que inconscientemente no se quiere aceptar por temor a las consecuencias que ello puede traer, sin embargo, esta concepción de inestabilidad que amenaza el pensamiento jurídico coexiste con una idea contraria que no llega a impedir que esta situación sea tan alarmante. A pesar de la inestabilidad existente ella se ve aminorada por la tradición formalista que todavía existe en los ordenamientos jurídicos romano-germanos, y que hasta ahora sigue ocupando un insumo importante en el razonamiento jurídico, además de ello, parece existir una especie de pacto social tácito según el cual no se debe hablar de la inestabilidad, al menos, no de manera abierta.

Ante ello cabe preguntarse ¿Qué estrategias jurídicas realizables pueden tomarse para mejorar el panorama? ¿Este panorama caótico es contra productor a los derechos fundamentales? ¿Cómo hacer para que los derechos fundamentales salgan librados de la mejor forma?

¹⁵⁸ La Corte Constitucional en la sentencia C 543 de 1992 declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que consagraban la acción de tutela contra decisiones judiciales. No obstante, en esa oportunidad la Corte indicó de manera expresa que la acción de tutela sí podía proceder contra omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, cuando quiera que las mismas vulneraran los derechos fundamentales.

1.2. Asimilación de la inestabilidad y conflictivismo en los derechos

1.2.1. Acomodación de la inestabilidad

De forma gráfica Posner manifestó:

“Iván KARAMAZOV dijo que si Dios no existe todo está permitido, y es muy probable que los juristas teóricos más tradicionales digan que si el legalismo (...) no existe, entonces los jueces lo tienen todo permitido.”¹⁵⁹

El legalismo se ha visto como sucedáneo de estabilidad del Derecho. El primer cuestionamiento que a esta altura del discurso se hace importante dilucidar es el de considerar como deseable o indeseable el panorama de inestabilidad que parece presentar la concepción actual del Derecho Constitucional. Resulta importante valorar su conveniencia para la ciencia del Derecho a efectos de poder establecer si deben buscarse formas de solución. El segundo cuestionamiento, que puede entenderse como presupuesto del anterior, es el de pensar si es posible eliminar plenamente la inestabilidad en el Derecho. Y, el tercer cuestionamiento radica en poder determinar, en caso de que sea indeseable cierta forma de inestabilidad, la manera de reducirla.¹⁶⁰

La respuesta más vertiginosa ante el primer cuestionamiento es la de afirmar que la inestabilidad es algo indeseable en el Derecho¹⁶¹. Sin entrar a dilucidar temas de fondo acerca del alcance de la inestabilidad y suponiendo su relación con el dinamismo del Derecho, los humanos tendemos en la mayoría de los casos a preferir lo estable sobre lo inestable, así nos comportamos en gran parte de los proyectos sociales y familiares¹⁶²; lo

¹⁵⁹ POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 11.

¹⁶⁰ María Redondo, trata el problema de la indeterminación del derecho, de forma similar a como en este escrito se ha manejado la inestabilidad. Cfr. REDONDO, María Cristina. *Teorías del Derecho e indeterminación normativa*. Alicante: Revista Doxa, Número 6, 1997, p. 177-196.

¹⁶¹ Sobre las consecuencias económicas de la inestabilidad jurídica: ÁLVAREZ, Luis. *Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

¹⁶² Cfr. ELSTER, Jon. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 2001.

cual, claro está, no significa que se renuncie a la importancia del cambio. Sin embargo, debe pensarse que lo inestable puede presentar ciertas ventajas. Para el caso del Derecho puede pensarse que la inestabilidad en el Derecho permite una acomodación mayor de las disposiciones jurídicas al cambio social, permite la protección de posiciones jurídicas amplias, o permite una mayor presencia de lo jurídico¹⁶³. Empero, también presenta ciertas desventajas como las que se han retratado párrafos atrás.

Para los efectos del presente trabajo hay que tener en cuenta que la inestabilidad resulta ser una característica que puede presentarse en diferentes grados: puede hablarse de ordenamientos jurídicos altamente inestables o de ordenamientos altamente estables. La característica de “grado” de la inestabilidad representa que pueden darse situaciones en las cuales se busque un equilibrio entre las ventajas y desventajas que puede traer determinada solución. Por lo tanto, lo deseable no es una versión extrema de la estabilidad o de la inestabilidad sino su punto o puntos adecuados. Resultan odiosas las pociões extremas, como la de alta inestabilidad o la rigidez extrema.

Luego, de lo que se trata es de buscar formas de manejar o reducir la extrema inestabilidad. Esta respuesta al primer cuestionamiento muestra un sendero para seguir en la solución de la segunda pregunta. Y es el de partir de la conciencia de inestabilidad. En principio, por la naturaleza del Derecho, su fin, y modos en los que opera, es imposible pensar que se puede llegar a establecer un sistema totalmente axiomatizado en el que se llegue a acercarse la pretensión de objetividad de las matemáticas, en el que las respuestas se deriven como teoremas de algunos axiomas¹⁶⁴. Sin embargo, si es posible buscar formas para la reducción de la alta inestabilidad y acercarse, en mejor medida, a una mayor estabilidad en el Derecho.

En cuanto al tercer interrogante, pueden, de forma general, presentarse dos enfoques de solución, según sea la trascendencia de la ingeniería jurídica requerida y la inversión en su

¹⁶³ Sobre la importancia de la concepción tópica del derecho y sus ventajas: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus. 1964.

¹⁶⁴ Cfr. KALINOWSKI, George. *Lógica del discurso normativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 23-45.

realización. Según un primer enfoque, se hace necesario hacer una amplia inversión en ingeniería jurídica para racionalizar los problemas de inestabilidad del Derecho. Según el segundo enfoque, y ante los costos que la primera solución requiere, se trata de reducir la inestabilidad mediante la forma de entender el Derecho y su protección multinivel, con lo cual los costos de inversión serían menores.

1.2.2. Rediseño institucional y la mirada multinivel

Una de las formas más simples de reducir la alta inestabilidad de que gozan los actuales constitucionalismos es la del rediseño institucional. Rediseño institucional entendido como la adopción de procesos y mecanismos mediante los cuales se desea efectuar una ingeniería jurídica de transformación de las instituciones nacionales y transnacionales a efectos de buscar coherencia y claridad en las regulaciones. Esta ingeniería puede presentarse a nivel transnacional o nacional, cada uno de estos enfoques posee grados de abstracción, costos y consecuencias distintas. Con ella podría buscarse un arduo trabajo de simplificación del Derecho, por ejemplo, acompasando el lenguaje de las disposiciones transnacionales con las constitucionales, buscando de esta forma eliminar las redundancias jurídicas, las antinomias y las anomias¹⁶⁵. Esta estrategia, en un grado de abstracción menor, podría implicar la limitación de la repetición de las posiciones en los derechos fundamentales, la intersección de derechos y obligaciones. De la misma forma se buscaría acompasar la relación entre la Constitución y la ley, y la Constitución y la jurisprudencia, y la jurisprudencia y la ley.

En menor grado, ello se hace cuando al interior de los ordenamientos jurídicos se buscan establecer Códigos Generales o Estatutos que tratan de unificar materias, recoger aspersiones jurídicas o cambios jurisprudenciales. Por ejemplo en Colombia, el Código General del Proceso, intentó unificar y regular el procedimiento de distintas ramas del

¹⁶⁵ Uno de los intentos de lograr esto puede verse por ejemplo en la propuesta de HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. En Revista de Estudios Políticos, Número 79, 1993. HABERMAS, Jürgen. La Constitución de Europa. Madrid: Trotta, 2012.

derecho¹⁶⁶, de forma similar el Decreto 1069 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", explicitó esta preocupación de la siguiente forma:

“Que la producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas; siendo el medio a través del cual se estructuran los instrumentos jurídicos que materializan en gran parte las decisiones del Estado.

Que la racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico es una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica.

Que constituye una política pública gubernamental la simplificación y compilación orgánica del sistema nacional regulatorio.

Que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de compilar normas de la misma naturaleza.

Que por tratarse de un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, las mismas no requieren de consulta previa alguna, dado que las normas fuente cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia.”

Este intento es interesante y puede llevar a pensar que se simplifica y reduce la inestabilidad, sin embargo, por lo general genera más inestabilidad y complejiza más el sistema. Pues, de cierta forma, genera regulaciones paralelas que se superponen y que toman posiciones respecto de los lugares incoherentes. Es decir, parece insertar más variables

¹⁶⁶ En su artículo 1 señaló: Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes

a la ecuación. Sumado a ello resulta costoso, no solo a nivel local, sino con más creces a nivel internacional en el ámbito supraconstitucional. Los costos del establecimiento del Tratado de la Constitución Europea, en Bruselas en 2004, fueron incalculables, en cuanto a su valor pecuniario, de tiempo, de búsqueda y de negociación. Esta búsqueda de constituciones transnacionales que establezcan los puntos centrales del constitucionalismo contemporáneo puede ser un ejemplo de reducir la inestabilidad jurídica en un ámbito material y un ámbito procesal, bajo la perspectiva de evitar diversas causas de la inestabilidad. Sin embargo, la complejidad de ello, y los costos de implementación serían muy elevados, junto con los costos de transacción para lograr el acuerdo¹⁶⁷. A veces resulta más fácil y eficiente suponer un acuerdo implícito.

1.2.3. El cambio de entendimiento del Derecho

Dentro de esta categoría se encuentran especialmente dos estrategias: la posibilidad de mutar ciertas categorías en el Derecho que ayuden a simplificar su entendimiento y hacerlo menos inestable, en primer lugar, y, la conciencia de la inestabilidad como forma de reducir la inestabilidad.

1.2.3.1. Mutación de las categorías y la protección multinivel

Como se anticipó, una de las formas de mejorar la inestabilidad del ordenamiento jurídico es la de transformar ciertas categorías jurídicas y reorientarlas de tal forma que reduzcan su complejidad, sin necesidad de efectuar inversiones costosas en ingeniería jurídica. La propuesta es muy simple pero fructífera, no es novedosa pero es útil. La propuesta trata de entender a la dignidad humana como el principal cimiento de todo el ordenamiento jurídico, alrededor de donde se desprenden las demás piezas del Derecho. ¿De la dignidad humana se derivan, en principio, solo derechos fundamentales o pueden derivarse también deberes

¹⁶⁷ Cfr. Sobre los costos de negociación: COOTER, Robert y ULEN Thomas. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 120-125.

fundamentales? ¿Es la ley y la jurisprudencia una concreción o actualización de los pactos fundamentales?

La versión más clásica de entender la dignidad humana conlleva a que de ella se deriven, especialmente, derechos fundamentales, lo que llevaría no obstante, un correlato en los deberes fundamentales, aunque el acento está es sobre los primeros. Uno de los principales problemas de inestabilidad del Derecho es el construir los ordenamientos jurídicos con base o teniendo como principal acento los derechos fundamentales y su proliferación. Entender de esta forma el Derecho conlleva la proliferación y confusión de los derechos fundamentales, lo cual repercute en su desprotección. Todos creen tener derecho a todo. Efectuar el acento tanto en los derechos como en los deberes constitucionales podría simplificar la proliferación de incoherencias de gran parte del ordenamiento jurídico. Es decir, que el cambio sea atende a que de la dignidad humana no se entienda no solo con acento en la derivación de los derechos sino también de deberes fundamentales. Sin embargo, este punto, puede tener otra arista más interesante.

De la dignidad humana se desprende una relación jurídica que no puede categorizarse fácilmente como un derecho o un deber, sino como un compromiso jurídico, que es el reconocimiento de la propia dignidad humana que hace cada persona y el necesario respeto a la dignidad de las demás personas. Alrededor de la dignidad humana, como centro, se desprenden los compromisos jurídicos fundamentales, los derechos fundamentales y la legislación y la jurisprudencia, como formas específicas de concretización de la dignidad humana.

El ordenamiento jurídico deja de ser una pirámide, un embudo o una red, para entenderse, de cierta forma, como un átomo, en cuyo centro se encuentra la dignidad humana, y alrededor del cual viajan, en distintas velocidades, orbitas y distancias, los derechos fundamentales y las demás formas de regulación como mecanismos de concretización de la dignidad humana.

La propuesta dice que los derechos fundamentales son concreciones de la dignidad humana. De cierta forma son traducciones más abreviadas y específicas. Las reglamentaciones de la parte orgánica vienen siendo una forma de protección de los derechos fundamentales. Una especie de dimensión institucional de los derechos fundamentales, que ayudan a delimitar su contenido. No se trata de piezas del ordenamiento jurídico que cumplen una función diferente a la de la protección de los derechos fundamentales.

De igual forma la función de legislador viene a estar más direccionada a dotar de sentido y alcance a los derechos fundamentales, algo similar al entendimiento de la función del juez constitucional. Así las cosas, las reglamentaciones legales o jurisprudenciales tienen la validez indirecta, *prima facie*, devenida de las disposiciones constitucionales en sentido amplio. Además, tienen una validez directa cuando son entendidas y actualizadas, mediante un acto de especificación de la dignidad humana y los derechos fundamentales, por las leyes o demás actos de los poderes públicos o cuando se concretizan por la Jurisprudencia del Tribunal o la Corte Constitucional¹⁶⁸.

Cuando un Tribunal establece una regla jurisprudencial, lo que está haciendo es concretizando la Constitución¹⁶⁹. Según Carlos Bernal, la concreción es un acto jurídico mediante el cual, en ejercicio de su competencia suprema para interpretar la Constitución, la Corte o el Tribunal Constitucional asevera que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación de una disposición de derecho.¹⁷⁰

¹⁶⁸ “En otras palabras, la concreción tiene el carácter de una aseveración interpretativa, de acuerdo con la cual, como producto de una fundamentación, se proclama la validez definitiva de una norma adscrita, que contradice o concuerda con la norma legal que se controla, y que se sitúa dentro del campo semántico de la disposición de derecho fundamental relevante”. BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 257.

¹⁶⁹ La concretización no siempre se derivan de una disposición de Derecho Constitucional. Pueden revisarse tres casos distintos: las normas adscritas pueden derivarse de distintas disposiciones de Derecho Constitucional, de tratados internacionales o de leyes de diferente talante. En el primer caso, puede citarse como ejemplo la sentencia de la Corte constitucional T 423 de 2003, donde se estatuye la autonomía de la voluntad como un derecho fundamental, derivado de las cláusulas del libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CC). En el segundo caso está la sentencia de la Corte, en la cual se construye el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas. En el tercer caso, puede revisarse la sentencia en la que la Corte revisó la ley penal y estableció el derecho fundamental de las víctimas a ser reparados.

¹⁷⁰ BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 257. Sin embargo, esta definición resulta en su mayor parte

El legislador, bajo estos supuestos, también atiende a la especificación de los derechos fundamentales. Las regulaciones del legislador en el campo de los derechos fundamentales también se constituyen en un proceso de especificación. En los estados democráticos, se cree que el legislador es, por su legitimidad, el principal órgano encargado de actualizar los derechos fundamentales. Cuando se dice actualizar quiere decirse precisar, fijar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales dentro de los márgenes de acción previstos por el legislador.

Ahora bien, la actualización legislativa puede efectuar la especificación de los derechos fundamentales mediante normas relativas al campo de decisiones posibles y de las decisiones necesarias. En el primer caso, se trata de normas que no son vinculantes para el legislador, sino que él escoge dentro de las distintas alternativas la forma y manera de desarrollar los derechos fundamentales. Luego, la competencia judicial para la revisión de las decisiones en este campo resulta en principio restringida, el legislador hace uso de los márgenes de acción entre los cuales se puede mover de forma libre. En la segunda situación, está el campo de las decisiones necesarias. En la cual el legislador ya no posee un amplio margen de acción sino que debe estar subordinado a los sentidos de reglamentación impuestos por la Constitución, para lo cual se han establecido formas de control de estas decisiones, como el caso de las Cortes Constitucionales¹⁷¹.

adecuada, resalta algunas de las condiciones suficientes y necesarias para que se dé la concreción de una norma adscrita. Se establecen como elementos que la concreción es un acto jurídico, la importancia de la competencia suprema para la interpretación constitucional, el órgano encargado de ejercerla, y la aseveración de que la norma adscrita tiene validez definitiva. No obstante, no es afortunada en dos puntos especiales. El primero, que la norma adscrita se sitúa en el campo de la indeterminación de una disposición constitucional. Las normas adscritas pueden derivarse de aquellos campos en los que no exista indeterminación de la disposición constitucional. Puede darse el caso de normas adscritas que se deriven de aspectos claros de las disposiciones de Derecho Constitucional. Además de ello, si se parte que las disposiciones constitucionales son indeterminadas, el resaltar este aspecto en la definición no traería consigo información novedosa en el explicandum.

¹⁷¹ Además de lo anterior, puede revisarse la especificación realizada por los tratados internacionales, especialmente, los relativos a los derechos humanos y para el caso los relativos a los derechos sociales. Estos instrumentos jurídicos, bien sea en el campo universal, europeo, interamericano, se constituyen en fuente de derechos fundamentales, mediante los cuales estos son actualizados. En los modelos actuales de globalización del derecho, en donde se hacen importantes las regulaciones transnacionales de derechos humanos, que han hecho importante el respeto a garantías básicas de convivencia para sociedades bien organizadas, los

De lo anterior, pueden establecerse tres diferencias generales entre la concreción y actualización de los derechos fundamentales. La primera, la actualización se da por el Legislador en uso de su competencia para emitir normas, en cambio, la concreción se da por el Tribunal en uso de su competencia interpretativa. La concreción solo se da en el caso de decisiones necesarias del legislador, o de los particulares, si se trata de decisiones posibles la Corte o el Tribunal es incompetente. La tercera diferencia radica en que las especificaciones del Tribunal son definitivas, mientras que las realizadas por el legislador tiene una pretensión y presunción definitivas que pueden ser desvirtuadas por el Tribunal.

Además de lo anterior, y en correlato, una de las formas de reducir la inestabilidad del Derecho es la de entender que su protección se efectúa en diferentes niveles. No se trata de una sola protección jurídica, la cual se otorga ante los jueces, ni de una doble protección, como la que refería Haberle con la figura del Procurador, de las ONGs, o de entidades públicas o privadas mediante las cuales se les otorgue un plus de protección a los derechos fundamentales¹⁷². Se trata de entender dos niveles mayores de protección de los derechos fundamentales, que vienen a mutar la forma tradicional de su protección. Luego existirían cuatro niveles de protección de los derechos fundamentales, en donde el cuarto nivel de protección o el menos importante, lo constituye el nivel judicial, el tercero, deriva de la protección de las instituciones referidas. El segundo nivel lo constituye la protección social y el primero el entendimiento personal.

instrumentos de derechos humano y de derechos sociales han conllevado importantes consecuencias jurídicas. Bien sea desde el punto de constituir orientaciones para fijar el sentido y alcance de las exigencias iusfundamentales, o por la garantía de estos mediante tribunales supranacionales. En el primer caso pueden revisarse los ejemplos del derecho a la vivienda digna, de la estabilidad laboral, en donde con diversas reglamentaciones se establece el sentido de las disposiciones. Actualizaciones que se convierten en obligatorias por la importancia y aceptación que ha tenido el llamado control de convencionalidad, que en principio era competencia de cortes internacionales, pero que ahora se constituye en una exigencia de los jueces locales.

¹⁷² Haberle reivindica una protección de los mismos en un doble sentido: una protección en sentido estricto, que no es otra que la clásica protección jurídica por medio de los tribunales, y una protección en sentido amplio, que se ha de adicionar a la precedente, que visualiza en instituciones tales como las Agencias para la protección de datos personales, para la protección de la familia, la más novedosa institución del Defensor del menor. BALAGUER, Francisco. Un jurista europeo nacido en Alemania: Conversación con el Prof. Peter Häberle. En: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario. Madrid: 1997, p. 22-23.

El segundo nivel de protección respecta a una especie de protección devenida del castigo social, es decir, los derechos fundamentales se entienden protegidos por la presión social sin que sea necesaria su protección por vía de los jueces o los entes administrativos. La complejidad del Derecho no implica la fuerza institucional para su protección sea la más eficiente o la única existente. Inclusive el hecho de ostentar o tener que cifrar sustancia y castigo por la trasgresión de los derechos fundamentales es una forma de desprotección de los derechos fundamentales. Como el hecho de ostentar en los manuales de buenas maneras ciertas prácticas que ya no se dan por llegar a un grado de civilización¹⁷³. La influencia y los beneficios para el Derecho del reproche social es un terreno tan fructífero como inexplorado. Ello permite el avance de la civilización y el respeto a la dignidad humana, así como abona el terreno para el cumplimiento de la función educacional que lleva inmersa la dignidad humana.

La primera forma de protección de los derechos fundamentales es la más importante y radica en la protección que le debe ofrecer su titular. El titular es el principal obligado de la protección de sus derechos fundamentales mediante su uso responsable, racional y el respeto a la dignidad de las otras personas. Actualmente parece que estamos en la sociedad el uso irracional de los derechos fundamentales. Se trata de una especie de cuidado y desenvolvimiento diligente y preventivo que los titulares de los derechos le den a ellos y le otorguen a los derechos fundamentales de los demás. Se trata de un uso respetuoso de los derechos fundamentales. Una lista amplia de derechos fundamentales implica una lista más extensa de deberes constitucionales que empiezan por el uso adecuado de los derechos de que se es titular y del respeto a los derechos ajenos. Se presupone una sociedad en conflicto eterno e inacabado si se piensa que la única forma de solucionar sus conflictos es mediante la fuerza institucional organizada.

¹⁷³ Sobre un importante estudio en relación al avance de la sociedad desde la perspectiva de los manuales de etiqueta: NORBERT, Elías. El proceso de la civilización. Investigaciones socio genéticas y psicogenéticas. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

1.2.2.3. Conciencia jurídica de la inestabilidad

El simple entendimiento de que el Derecho es por sí mismo inestable ayuda a reducir su inestabilidad. Los beneficios de concebir el Derecho como inestabilidad son principalmente los siguientes: la conciencia de la práctica jurídica, la previsibilidad razonada de las decisiones judiciales, la posibilidad de favorecer los más desventajados de las relaciones jurídicas y la pérdida del papel protagónico del legislador y los jueces.

En primer lugar, está el hecho que entender el Derecho como inestabilidad permite tomar conciencia de la práctica jurídica, especialmente, en cuanto a sus posibilidades y limitaciones. De esta forma se muta el dogma relativo la coherencia y estabilidad de las relaciones jurídicas que teje el Derecho¹⁷⁴; el Derecho es inestable, cambiante, mutante, deformable. Entender, estudiar y practicar el Derecho pensando que es un cuerpo coherente de reglas sistemáticas ayuda a cometer muchos errores.

Si se toma conciencia de la inestabilidad del Derecho ello conlleva a que el ejercicio de previsibilidad de las decisiones judiciales tenga mayor efectividad. Tratar de hacer predicciones tomando como premisa la supuesta estabilidad del Derecho llevará en la mayoría de los casos a resultados insatisfactorios¹⁷⁵. Que el Derecho sea inestable no significa que bajo la premisa de la inestabilidad no puedan efectuarse predicciones; antes bien, significa todo lo contrario, pues se partirá de la inestabilidad como una variable más a

¹⁷⁴ Sobre las regulaciones actuales y la crisis del derecho tradicional: BERMAN, Harold, La formación de la tradición jurídica de occidente. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. Cfr. OST, Francois. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Alicante: DOXA, Número 14, 1993, p. 169-194.

¹⁷⁵ La labor del juez no es enteramente racional. El juez no posee ni toda la información ni los recursos para saber cuál es la decisión que más lo beneficia. En este campo puede hablarse de una racionalidad limitada de la decisión judicial. Como se esbozó en párrafos anteriores, los jueces no poseen la información completa de las normas relevantes que regulan un conflicto, bien sea por la dispersión normativa, por la superposición de normas, por el fenómeno de la decodificación, por las regulaciones transnacionales, por los acoples jurisprudenciales, por las micro regulaciones, etc. Ni tampoco saben a ciencia cierta cómo ocurrieron los hechos de un caso, ni qué interés legítimo existe, ni las consecuencias de sus decisiones, ni los criterios claros de decisión de los otros jueces, ni el tiempo que podaran invertir en el caso, ni la buena fe de la conducta de las partes. En gran parte, los jueces eligen con apuestas. Las sentencias en parte se construyen con base en información y recursos limitados. Por lo cual, se hace necesario que el juez trate de recurrir a diversas estrategias para limitar el riesgo.

tener en cuenta dentro de las decisiones judiciales. Se podría decir que se trata de la posibilidad de efectuar predicciones atables a las acciones jurídicas de forma consiente.

Dentro de los márgenes de indeterminación para la toma de decisiones judiciales pueden obrar situaciones muy positivas. Los derechos fundamentales como forma de protección contra el poder, en conjunto, exigen una protección a la parte más débil de la relación jurídica¹⁷⁶. La falta de claridad de lo que mandan las disposiciones jurídicas, aunque por lo general es visto de forma negativa, puede valorarse de forma positiva, al entender que esta inestabilidad permite que obren principios que guíen las decisiones judiciales en forma general. Dentro de esos principios está el del beneficio del trabajador en la aplicación de la norma más favorable, y en la interpretación de los derechos fundamentales. Se trata de metanormas jurídicas que humanizan el Derecho.

Estos fenómenos permiten ver la pérdida de la importancia del legislador en la toma de las decisiones jurídicas, pero esto no conlleva al fenómeno que ha parecido apropiarse de la teoría y la práctica jurídica en los últimos tiempos. El legislador ha perdido importancia por cuanto su papel, por lo general, se ve como un desarrollo incoherente de las disposiciones constitucionales y supraconstitucionales, esta poca importancia se debilita aún más con la posibilidad de que sus decisiones sean invalidadas por los jueces, o deformadas por las potestades reglamentarias, u omitidas por la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, mal se haría, como ha ocurrido en los últimos años, en dejar que el nuevo papel protagónico lo asuman los jueces; situación que ha generado un alto grado de inestabilidad lo que se implica en el interés del estudio de los modelos de decisión judicial¹⁷⁷. Las últimas décadas han visto nacer un movimiento en favor de los poderes del juez y su marco

¹⁷⁶ Sobre la protección de los más desventajados en los márgenes de indeterminación: FERRAJOLI, Luigi. Magistratura Democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial. Política y justicia en el Estado capitalista. Barcelona: Fontanella, 1978, p. 197-216.

¹⁷⁷ Las teorías acerca de la decisión judicial pueden ser tantas que un detallado listado desborda el objeto del presente artículo. Desde ya se anuncia que se dejan por fuera modelos clásicos, para ceder el paso a las teorías que se consideran actualmente como las más importantes. Las teorías escogidas son: la legalista, la actitudinal, la constitucionalista, la estratégica, la sociológica, la económica, la pragmática, la social, la eclética, la intuicionista y la escéptica. Cfr. POSNER, Richard. Cómo deciden los jueces. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 18.

de discrecionalidad¹⁷⁸. Ello inclusive ha aumentado la incoherencia del Derecho pese a los beneficios que ha traído.

El futuro del Derecho se encuentra en el trabajo persistente, creativo y responsable que se desarrolle por parte de la dogmática jurídica¹⁷⁹ y en el uso consiente y responsable del Derecho que efectúen las personas. Las universidades, los centros y grupos de investigación ostentan el papel más importante en esta forma de concebir el Derecho, solo ellos cuentan con los recursos y el trabajo para poder racionalizar la ciencia jurídica. Además de que ellas son las encargadas de formar a los jueces, litigantes y legisladores. Se trata de una especie de metanorma que obra sobre la conciencia jurídica.

1.2.4. Una visión conflictivista de los derechos fundamentales

Una de las clasificaciones que ayudan a sintetizar las diversas concepciones acerca de los derechos fundamentales es la que las divide en dos grupos generales, al interior de los cuales se desarrollan una forma de concebir los derechos fundamentales, su estructura, límites y la función que cumplen en el marco del ordenamiento jurídico. En este sentido, puede hablarse de teorías coherentistas y conflictivistas. Las diferencias entre estas concepciones son muchas, sin embargo se hace hincapié especialmente en cuatro categorías: la distinción entre su concepción como reglas y principios, el supuesto de hecho, su relación con la función legislativa y su aplicación.

1.2.4.1. Teorías coherentistas

Con el adjetivo de teorías coherentistas de los derechos fundamentales no se refiere a un cuerpo perfeccionado de desarrollos teóricos acerca de la naturaleza, alcance, función y límites de los derechos fundamentales. Más bien, es bueno aclarar, se refiere a un conjunto

¹⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 454-458.

¹⁷⁹ Cfr. NINO, Carlos. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. México: Universidad Autónoma de México, 1974, p. 15.

algo amorfo y heterodoxo de desarrollos teóricos en torno a los derechos fundamentales que, pese a ello, puede caracterizarse por ciertos elementos en común. Con esta concepción de teorías coherentistas desean ejemplificarse los desarrollos teóricos de autores como Habermas¹⁸⁰, Ferrajoli¹⁸¹, y Muller¹⁸². Estas teorías, a grandes rasgos, pueden caracterizarse por cuatro ideas generales: el entendimiento de los derechos fundamentales como reglas, una concepción del supuesto de hecho estrecha, una noción limitativa de los derechos fundamentales y un contenido definitivo no producido por la ponderación.

Las teorías coherentistas de los derechos fundamentales, en primer lugar, teniendo como base la distinción entre reglas y principios, conciben a los derechos fundamentales como reglas definitivas, por lo cual, prima facie, se les concede protección y desprotección plena. En el entendido que en su ámbito de aplicación se utilizan de manera definitiva sin necesidad de efectuar ponderaciones sino bajo la noción clásica de la subsunción. Por tanto, los casos que queden por fuera del supuesto de hecho quedarían desprotegidos del mundo de los derechos fundamentales. De esta forma se reducen las expectativas en el marco de la protección y se simplifica la identificación de los casos en los cuales puede o no obrar la protección de los derechos fundamentales.

Como consecuencia de ello se ha de concebir una versión estrecha del supuesto de hecho. Por cuanto, los supuestos de hecho de protección de los derechos fundamentales serán solo aquellos supuestos fácticos establecidos en las reglas fundamentales. Por lo cual, aquellos aspectos de la realidad que no se encuentren insertos dentro del supuesto de hecho de la norma quedarán por fuera del ámbito de protección. Y, los que sí lo integren quedarán cobijados bajo los parámetros fijados por las consecuencias jurídicas. En palabras de Gloria Lopera, solo forman parte de los derechos fundamentales “las modalidades específicas u objetivamente pertenecientes” “quedando por fuera aquellas modalidades no específicas de

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trota, 1998.

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 300.

¹⁸² DE OTTO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*. En: *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988, p. 95.

ejercicio del derecho”¹⁸³. Esto en contraste con una versión amplia del supuesto de hecho, la cual, como se especificará más adelante, permite que un mayor número de casos, puedan ser considerados como supuestos de protección de las normas de derecho fundamental.

Un ejemplo de esto lo plantea Muller cuando afirma que “una ley que prohibiese pintar, predicar o manifestarse en un cruce de calles, o que impidiese a músicos percusionistas, los ensayos nocturnos en un bloque de viviendas, no constituiría intervención alguna en las libertades artística, de expresión y religiosa, pues no afectaría paciones pertenecientes al ámbito normativo de tales derechos, por lo cual tales prohibiciones no estarían sometidas a reserva de ley ni tendrían que superar alguno de los controles impuestos a las normas que intervienen en los derechos fundamentales”¹⁸⁴.

Esta forma de concebir el supuesto de hecho de los derechos fundamentales conlleva una concepción interna de los límites de los derechos fundamentales¹⁸⁵. Lo anterior significa, en el pensamiento de Muller que “la determinación de los límites y la determinación de contenidos deben decir objetivamente lo mismo”¹⁸⁶. Es decir, que cuando se determina el contenido de los derechos fundamentales se está determinado a su vez sus límites. Los límites, bajo esta concepción, se encuentran determinados de manera implícita o explícita en las disposiciones que contiene los derechos fundamentales, y la forma de poder establecerlos se funda en una interpretación adecuada de los derechos fundamentales de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Si se parte de la premisa antedicha, que el derecho fundamental incorpora sus propios límites, se implica teóricamente que el legislador no puede ulteriormente restringir los

¹⁸³ LOPERA, Gloria. Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 47.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Algunos autores como Gloria Lopera consideran que además de esta visión interna de los límites ello aparece una concepción ilimitada de los derechos fundamentales. Sin embargo, entre estas dos concepciones no existe una relación necesaria.

¹⁸⁶ Esta propuesta es seguida por RODRÍGUEZ, Joaquín. Principios, fines y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2000. MARTÍNEZ, Antonio. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

derechos fundamentales. Luego, la labor del legislador ha de estar más enfocada a la concreción del contenido de los derechos fundamentales. Luego, no cabe hablar tanto de los límites de los derechos fundamentales sino de su delimitación con efectos declarativos: una concreción de sus contornos, que en todo caso, ya vendrían trazados por su diseño constitucional¹⁸⁷. Luego, la determinación del contenido de los derechos fundamentales viene siendo un ejercicio de interpretación en el cual se descubre el contenido verdadero de los derechos fundamentales.

1.2.4.2. Teorías conflictivistas de los derechos fundamentales

Desde una perspectiva distinta, puede concebirse la teoría conflictivista de los derechos fundamentales, a la cual cabe efectuarle la misma aclaración preliminar: se trata de un grupo heterodoxo de desarrollos, a los que puede adscribíbasele ciertas ideas básicas. Esas ideas son: la concepción de los derechos fundamentales como un grupo de principios y reglas, una noción amplia del supuesto de hecho, una teoría externa de los límites de los derechos fundamentales, y el contenido de los derechos fundamentales como el resultado de una ponderación.

Bajo esta perspectiva se entienden los derechos fundamentales como una amalgama de principios y reglas. Los derechos fundamentales son, especialmente, principios; los principios se entienden como mandatos de optimización, según los cuales algo debe realizarse en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁸⁸ En cambio, las reglas, compuestas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, contiene una medida determinada de satisfacción, por lo que, dado el supuesto de hecho la consecuencia jurídica, su grado de satisfacción, se encuentra previamente establecida. De cierta forma, estas concepciones conllevan a que los principios se

¹⁸⁷ LOPERA, Gloria. Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2010, p, 47-48.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. ALEXY, Robert, Teoría del Discurso y los Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

identifiquen con un “deber ser ideal” mientras las reglas se identifican con “un deber ser real”.

Esta concepción del “deber ser ideal” es lo que le otorga a los principios su característica relativa al “contenido prima facie”. Pues, bajo estas premisas, los principios carecen de un contenido determinado que no esté en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, para determinar el contenido del derecho debe procederse de conformidad con las circunstancias fácticas del caso y los principios contrapuestos. Cómo los principios representan razones ellos pueden ser remplazados por las razones opuestas.

Un tema interesante, a esta altura del discurso, es el de determinar, cuando un derecho fundamental debe ser considerado como un principio o una regla. Existen diferentes criterios que de manera aproximada pueden ayudar a ello, como por ejemplo, revisar el grado de abstracción, la noción de peso, la importancia dentro del ordenamiento jurídico, o su aplicación en un caso difícil. Otra perspectiva, que puede ser una especie de criterio exterior a la formulación lingüística, exige que en los llamados casos difíciles o casos duros, la norma de derecho fundamental se considere como un mandato de optimización. Esta consideración permite derivar un deber ser ideal que implica un cumplimiento gradual y su determinación de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Luego las circunstancias que rodean la aplicación de la norma fundamental son las que permiten determinar su función como regla o como principio. Y en caso de obrar como principio, ello permite la determinación en el caso de su contenido definitivo. Así las cosas, para la aplicación de los principios deberán utilizarse ciertos mecanismos acordes con su naturaleza, bien se trate en sentido general de una ponderación, o en sentido más particular de la aplicación del principio de proporcionalidad, como mecanismo de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Cfr. BERNAL, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 25-142.

Esta manera de entender los derechos fundamentales se complementa con una concepción amplia del supuesto de hecho. En este caso se debe partir de dos momentos distintos: uno inicial y otro definitivo. En un primer momento se permite una concepción amplia del supuesto de hecho, según la cual las posiciones protegidas por los derechos fundamentales han de entenderse de manera abierta, es decir, con propiedades aisladas para lograr una protección inicial, y, posteriormente, en un segundo momento, en caso de una relación inicial, se entraría a determinar el contenido definitivo del derecho fundamental. Así las cosas, por ejemplo, en el caso citado de Müller, esas situaciones sí podrían considerarse bajo el supuesto de la libertad de expresión y religiosa. La libertad religiosa entraría en principio a proteger cuestiones amplias como: la libertad de culto hasta de las sectas nudistas¹⁹⁰.

Este entendimiento amplio de los supuestos de hecho de los derechos fundamentales conlleva la concepción externa de los límites de los derechos fundamentales, por lo que se hace necesario delimitarlos –a diferencia de la concepción interna de los límites de los derechos fundamentales, según la cual los mismos derechos fundamentales fijan sus propios límites-. Estos límites externos a los derechos fundamentales se basan en las exigencias de otros derechos fundamentales, principios o leyes. Luego, los derechos fundamentales, en este orden de ideas, y desde su misma naturaleza, admitirían cierta clase de restricciones.

De esta forma, por ejemplo, en el caso de una revisión de constitucionalidad de una norma que permite el despido arbitrario de trabajadores con base en un monto de indemnizaciones, se debe, en primer lugar, establecer si el contenido del derecho al trabajo en sentido amplio hace parte de la norma enjuiciada, y en segundo lugar, se determina si la limitación impuesta está justificada, y, por lo tanto, queda por fuera del ámbito de protección, es decir se determina el contenido definitivo para ese caso¹⁹¹.

¹⁹⁰ Cfr. LOPERA, Gloria. Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2010. p. 42-44.

¹⁹¹ La Corte Constitucional en la sentencia C 016 de 1998, resolvió demanda contra los artículos 46 y 45 del Código Sustantivo del Trabajo, en esta oportunidad, estableció: “Los contratos de trabajo a término fijo no

Esto conlleva a que la forma de determinación del contenido sea dado por la ponderación. La ponderación se entiende como un discurso argumentativo en el que se establece una procedencia condicionada de un derecho fundamental sobre otro, mediante una contraposición de argumentos¹⁹². Es decir, deben buscarse y pesarse las razones que abogan por la protección y la desprotección del derecho. A unos argumentos se le contraponen otros argumentos debiendo prevalecer al final los mejores argumentos.

Así las cosas, en las teorías coherentistas, a diferencia de las conflictivistas, se tiene en cuenta una concepción de los derechos fundamentales como reglas, una concepción estrecha del supuesto de hecho, una visión interna de los límites y la fijación del contenido de los derechos que no se relaciona con la ponderación de los derechos. En contraposición esto con una visión conflictivista en la que los derechos fundamentales se entienden como una amalgama de reglas y principios, una concepción amplia del supuesto de hecho, una noción de los límites externos de los derechos fundamentales, y la fijación el contenido como el resultado de una ponderación.

1.3. Derechos fundamentales en las relaciones laborales

En este apartado se intenta responder a tres interrogantes generales necesarios para el cumplimiento del objetivo planteado: ¿Qué son los derechos fundamentales laborales? ¿Cuál es su estructura? ¿Cómo se fundamentan? Los derechos fundamentales laborales

son per se inconstitucionales, siempre que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad provengan del acuerdo entre los empleadores y los trabajadores y no de la imposición del legislador". Ese acuerdo de voluntades está restringido por la normativa constitucional y por la regulación legal que rige la materia, las cuales se superponen a la voluntad de las partes; es así como, por ejemplo, las partes están impedidas para acordar condiciones de trabajo que vulneren o transgredan sus derechos fundamentales, y en el caso específico que se analiza, el del contrato a término fijo, las mismas están supeditadas a las disposiciones de las normas impugnadas, que establecen una serie de condiciones que rigen ese tipo de contratos; así por ejemplo, en ningún caso podrán las partes pactar un término superior a tres años, tampoco podrán prescindir de la formalidad del contrato escrito, pero si podrán en cambio, al término de la vigencia del contrato, renovarlo indefinidamente.”

¹⁹² Cfr. BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo a Debate. Bogotá: Universidad Externado, 2006, p. 16.

pueden ser de dos especies generales: derechos fundamentales específicamente laborales y derechos fundamentales inespecíficos. Esta diferenciación se basa en la importancia que han adquirido actualmente los derechos civiles en el ámbito del trabajo y permite realizar diferenciaciones para entender los movimientos de vanguardia en el campo jurídico. En donde, actualmente, la estructura de estos derechos ha sido reconstruida, desde una perspectiva integral en la que, pese al garantismo de la parte débil del contrato, se hacen importante los derechos fundamentales del empleador y una concepción sistémica de los conflictos constitucionales, que, entre otras cosas, desarman los presupuestos básicos de la forma como se concibe la ponderación, al concebir que no se trata de un conflicto entre un derecho fundamental laboral y otro, sino al concebir los conflictos como una lucha, desde diferentes intensidades, de grupos de derechos fundamentales laborales. Estos derechos se fundamentan de diferentes formas, acá se refiere especialmente a la fundamentación en la dignidad humana¹⁹³.

1.3.1. La senda de los derechos fundamentales laborales

Los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral se han convertido en los elementos más importantes para el estudio de los constitucionalistas interesados en el Derecho Laboral. Además, este interés se ha visto aumentado por la práctica judicial, en donde se ha venido a modificar y reconstruir algunos de los “axiomas” legislativos en los cuales se cimentó la construcción de la disciplina laboral a inicios del siglo XX.

¹⁹³ En el Tratado de la Constitución Europea, se estableció en su artículo 1-2: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 1 establece: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.” En su artículo 31.1 dispone: Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. El Tratado de la Unión Europea en su artículo 2, preceptúa: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

Para el estudio de esta temática se desarrollan dos líneas generales. Debido a la forma como se estatuyeron, sus alcances y forma de fundamentación, se tiene como objeto de estudio de este acápite a los derechos fundamentales laborales en sentido estricto y los derechos fundamentales inespecíficos¹⁹⁴.

1.3.1.1. Posibles relaciones

Hace unas décadas, con posterioridad a la segunda guerra mundial, los derechos fundamentales obtuvieron una importancia sin precedentes en el ordenamiento jurídico, y, para el caso, en el Derecho Laboral. La importancia adquirida por los derechos fundamentales en las distintas áreas del Derecho ha recorrido caminos, mecanismos, y fuentes de distinta índole. Por lo cual resulta apenas lógico que en estos campos, la clase de derechos fundamentales, su impacto y alcance haya sido diferente. Para precisar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones laborales se hace necesario tener en cuenta múltiples variantes. El proceso ha sido lento, complejo y contradictorio. Una precisa cartografía acerca del modelo como se han asumido los derechos fundamentales en las relaciones laborales parece una tarea muy complicada, debido a lo reciente y variable del fenómeno. Sin embargo, ello no obsta para que puedan trazarse algunas líneas de análisis.

Antes de entrar a revisar el tema planteado, se parte de una aclaración general. Pueden establecerse tres estadios distintos de la relación entre derechos fundamentales y el Derecho Laboral. Un estadio liberal, otro de influencia y un último de condicionamiento.

El primer estadio se caracteriza por cuanto no existe una relación entre estas dos magnitudes, los derechos fundamentales no regían de forma directa en el ámbito laboral. “En la empresa se entendió como algo privado en el cual no se hacían importante los derechos fundamentales que se dejaban como algo propio de lo público”¹⁹⁵. Para Baylos

¹⁹⁴ Esta distinción se le ha atribuido doctrinariamente a PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 36.

¹⁹⁵ UGARTE, José. Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, 2011, p. 13-36.

“[e]l trabajador al atravesar la puerta de la fábrica queda sometida a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecía como una zona franca y segregada de la sociedad civil”¹⁹⁶.

En el segundo estadio, que se desarrolla desde inicios del siglo XX, los derechos fundamentales adquieren una importancia novedosa en las relaciones laborales. Se empiezan a positivizar los derechos fundamentales laborales y entablan importancia en el condicionamiento de las conductas obrero-patronales. En este recinto se da, en primer lugar, el surgimiento de derechos fundamentales laborales de defensa, y, posteriormente, el de derechos de protección; los primeros bajo el amparo del Estado Liberal, los segundos en desarrollo del Estado Social.

En el tercer estadio, el del constitucionalismo actual, la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Laboral es fuerte¹⁹⁷. En todos los asuntos de derechos laborales son discutibles argumentos de Derecho Constitucional. Los cuales, no solo pueden estar a favor del trabajador sino también del empleador. Podría decirse que en el primer estadio la influencia era leve o nula, en el segundo moderada, y en el tercero fuerte. Al interior de cada uno de estos escenarios pueden establecerse distintos tipos de relación dependiendo de la materia jurídica específica y los mecanismos de control de la Constitución. Estas categorías ayudan a enriquecer el proceso de análisis planteado.

1.3.1.2. La diferencia básica

Los derechos fundamentales laborales específicos, o en sentido estricto, son aquellos derechos fundamentales tipificados en las constituciones de forma directa como derechos laborales. Constituyen especialmente derechos de defensa o de protección que tienen los

¹⁹⁶ BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: modelo para armar. Madrid: Trotta, 1991, p. 95-96.

¹⁹⁷ UBILLOS, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 852.

trabajadores respecto del Estado, el empleador o los particulares. Son ejemplos de estos derechos, la huelga, la libertad sindical, la estabilidad laboral y el derecho a un salario mínimo.

Son garantías generales, derechos humanos, que se establecieron, en un principio, al interior de la legislación laboral¹⁹⁸, pero que aprovechando el poder político de los trabajadores, sus formas de representación, y teniendo en cuenta las coyunturas constitucionales, se han positivizado en las constituciones como derechos fundamentales laborales. En el caso de la Constitución Española, están establecidos en los artículos 7, 25, 28, 35, 37, 40 y 42, y en la Constitución Colombiana están consignados en los artículos 1, 25, 39, 48, 53, 54, 55, 56 y 57.

Estos derechos fundamentales, directamente estatuidos, concretados o actualizados mediante normas específicas, se encuentran marcados en cierta clase de Estado en el cual se establecieron y confeccionaron. En un principio estos derechos surgieron al interior del Estado Liberal. En el Estado Liberal los derechos fundamentales laborales se caracterizaban por consistir en estrategias de libertad como mecanismos para la protección del trabajador de los posibles abusos del Estado. Posterior al constitucionalismo de la segunda guerra mundial estos derechos recibieron importantes aportaciones ya no solamente desde la perspectiva de los derechos de defensa sino desde los derechos de prestación. El Estado Social de Derecho tenía como principal finalidad la procura existencial de sus asociados. Luego, en el ámbito laboral se hacen importantes los derechos fundamentales de prestación. La idea general es llegar a la procura existencial de los trabajadores. A diferencia del anterior estadio en el que se hace importante la libertad, en este modelo teórico se hace importante la igualdad. Y, en especial la satisfacción de las necesidades básicas del

¹⁹⁸ El paulatino establecimiento de los beneficios laborales en la legislación y en las constituciones, tensionó las ideas más básicas del Estado Liberal (siendo ello, parte de los cambios que contribuirían a la proposición y consolidación del Estado Social). Cfr. VALVERDE, Martín. La formación del Derecho del Trabajo en España. En: La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal al 1936. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. 1987, p. XXXII a XXXIV. MONTROYA, Alfredo. Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978). Madrid: Civitas. 1992, p. 103. PÉREZ, José. La Codificación del trabajo. En: Estudios dedicados al Profesor García Oviedo. Sevilla: 1954, p. 103-104.

trabajador. Por eso en el primer estadio se hacía importante la libertad sindical, y en el segundo, resaltan regulaciones acerca de salarios mínimos y jornadas máximas.

En el marco del constitucionalismo contemporáneo ha cobrado importancia inusitada lo que algún sector de la doctrina ha denominado como derechos fundamentales inespecíficos¹⁹⁹. Estos han sido conceptualizados mediante categorías distintas, se ha hablado de ciudadanía del trabajador o derechos fundamentales de la persona del trabajo²⁰⁰. Lo cierto es que puede hablarse en sentido genérico de impregnación laboral.

Se trata de los derechos fundamentales que poseen todas las personas pero que no son específicamente considerados como derechos fundamentales laborales, empero son y pueden ser ejercidos en el marco de una relación laboral. O en otras palabras: “[I]os derechos inespecíficos son otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido. Se produce una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo”²⁰¹.

¹⁹⁹ Sastre Ibarreche defiende que “podría objetarse que el juego de los derechos constitucionales inespecíficos del trabajador en el marco de la relación laboral resulta un problema abstracto o, incluso, menor si se tienen en cuenta los que se derivan del paro o de la precariedad en el empleo, problemas de índole estructural en nuestras sociedades y cuyo alcance sobrepasa, naturalmente, los límites de las simples consideraciones jurídicas. Desde luego, como bien se ha observado, no se trató, en su momento, de una cuestión secundaria para aquellos trabajadores concretos que estuvieron dispuestos a perder o poner en peligro sus puestos de trabajo antes de que el Tribunal Constitucional terminara por darles la razón. SASTRE, Rafael. Derechos Fundamentales de carácter individual y relación de trabajo en la jurisprudencia constitucional española. En: Vniversitas, Numero 101. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 16.

²⁰⁰ PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 147-148.

²⁰¹ CORTÉS, Juan Carlos. Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia dela Magistratura, 2004, p. 59.

Se trata pues, de derechos fundamentales de carácter general, que su configuración inicial y positivizada, no obedeció a la regulación de las relaciones de los trabajadores con los empleadores, el adjetivo de inespecíficos alude especialmente a que no están instrumentalizados con un especial enfoque laboral. Son derechos fundamentales que se diseñaron, especialmente, para la regulación de relaciones entre los ciudadanos y el Estado, lo novedoso, si es que puede llamársele así, consiste en que entran a condicionar relaciones laborales.

Se afirma así, que “los derechos fundamentales que se reconocen a la persona en su condición como tal y no específicamente en su condición de participante en el proceso productivo pueden ser también ejercitados por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo”²⁰². Si se tratara solo de una diferencia de nombre o de título dentro de los reglamentos constitucionales no sería importante su estudio como una categoría diferente a la de los derechos fundamentales en sentido estricto. Se trataría simplemente de un juego de palabras sin utilidad práctica o teórica. Aunque en realidad, los derechos fundamentales inespecíficos implican un giro copernicano y una revolución en la forma como se han entendido los derechos fundamentales en la relación laboral, lo cual entra a mutar desde el contenido hasta los titulares de los derechos.

1.3.1.3. Principales implicaciones de su diferenciación

Existen cinco diferencias de esta clase de derechos con los derechos fundamentales laborales en sentido estricto. La primera, refiere a su nacimiento tardío, la segunda, a la importancia que estos han adquirido en la vida constitucional en las últimas décadas, la tercera a la titularidad, la cuarta a la ampliación de los derechos laborales, y la quinta, a su protección constitucional²⁰³.

²⁰² MARTIN, Antonio, RODRIGUEZ, Fermín, SAÑUDO, y GARCÍA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 1997, p. 137.

²⁰³ Lo cual, en un grado de abstracción mayor, alude a cuestiones de origen, práctica, titulares, contenido, fuente y exigibilidad. También hay que tener en cuenta las diferencias referidas a la titularidad y el origen.

Pese a que los derechos fundamentales inespecíficos nacen con la positivización constitucional, al igual que los derechos fundamentales laborales en sentido estricto, inclusive antes, su desarrollo jurisprudencial y doctrinal es relativamente tardío. Aunque resulte paradójico, los derechos fundamentales que nacieron antes que los derechos fundamentales laborales, vienen a ser significativos en la relación laboral, con posterioridad a éstos.

En este sentido Cortes Juan, escribió: “[l]a discusión sobre los derechos inespecíficos laborales tiene una aparición tardía en respecto a los derechos fundamentales del trabajo. Si bien el proceso de constitucionalización de los derechos (o libertades) frente al Estado fue anterior al de los derechos laborales, la discusión sobre aquellos en la relación de trabajo ha sido posterior y aún en proceso, siendo uno de los factores el acogimiento no muy lejano de la oponibilidad de los derechos fundamentales frente a los particulares, y entre ellos al empleador en una relación de trabajo”.²⁰⁴

Su aparición se debe especialmente a dos fenómenos: el aumento de los poderes del empleador en la relación laboral y la ampliación aplicativa de los derechos fundamentales en todos los campos del Derecho²⁰⁵. Aumento del poder en cuanto a poderes de vigilancia, control, disciplinarios, económicos y mecanismos tecnológicos, que presuponen un mayor riesgo para los trabajadores. Lo cual, se complementa con mayores necesidades de los trabajadores en el campo laboral. Es decir, que esta clase de derechos nacen ante una mayor amenaza de las libertades básicas de los trabajadores en el marco del nuevo puesto de trabajo. Los casos más emblemáticos de estos derechos se han dado en el ámbito de la intimidad, la honra y la libertad de expresión. Uno de los puntos comunes de los casos referidos es la utilización por parte del empleador de medios tecnológicos de control.

²⁰⁴ CORTÉS, Juan. Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional. Academia de la Magistratura, 2004, p. 61.

²⁰⁵ En relación con el efecto horizontal de los derechos fundamentales en materia laboral: VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. En: Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Número 2, 2003, p. 69-76.

El segundo factor alude a la importancia que ha tenido el llamado proceso de constitucionalización del Derecho, en el cual, se tiene como pieza central la aplicación de los derechos fundamentales en toda clase de relaciones jurídicas, bien sea en el Derecho privado²⁰⁶, penal²⁰⁷ o laboral. Luego, pese a que estos derechos ya estaban consignados en las constituciones, es la conciencia jurídica adquirida mediante el proceso de constitucionalización que trastea las normas fundamentales a las relaciones laborales²⁰⁸. Podría decirse, entonces, que estos derechos surgen de una interpretación más profunda, y tal vez extensiva, de los derechos fundamentales; para ello no hubo actividad cambiante en la normatividad, sino una distinta interpretación que permitió “redescubrir” estos derechos fundamentales generales de protección. Así, “la discusión de los derechos laborales inespecíficos no proviene de cambios en la normativa constitucional sino en una recreación interpretativa de las mismas normas reconocidas ya hace algún tiempo”²⁰⁹.

Las mismas constituciones que reconocen derechos fundamentales laborales reconocen derechos fundamentales generales que tienden a obrar de forma especial en el campo laboral, lo cual viene a afectar la forma de entender la titularidad de estos derechos. Es decir, que los titulares de derechos fundamentales inespecíficos son los mismos titulares de los derechos fundamentales, siempre y cuando sean partícipes de una relación laboral. Con lo cual se constituye una diferenciación importante con respecto a los derechos fundamentales específicamente laborales, por cuanto de éstos son titulares especialmente aquellas personas que fuesen trabajadores de una relación laboral. El empleador no era partícipe.

²⁰⁶ CALDERÓN, Juan Jacobo. *La Constitucionalización del Derecho Privado*. Bogotá: Uniandes, 2010. JULIO, Alexei. *La eficacia de los Derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

²⁰⁷ BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

²⁰⁸ Los derechos fundamentales laborales gozan de tres características: son universales, indisponibles y se encuentran reconocidos en normas supraordenadas. VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*. RRLN Número 18, 2003, p.1.

²⁰⁹ CORTÉS, Juan. *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional*. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Academia de la Magistratura, 2004, p. 63.

Los derechos fundamentales laborales en sentido estricto son derechos fundamentales que están diseñados especialmente a favor del trabajador²¹⁰. Entre otras cosas por razones históricas. Los derechos fundamentales en sentido estricto como el de la huelga, el del mínimo vital y móvil, el de la estabilidad laboral, son derechos que se diseñaron para proteger al trabajador, parte débil del contrato, de las facultades de control y dirección que sobre él ejercía el empleador. Son derechos de defensa y de prestación del trabajador respecto del empleador.

Contrario a esto los derechos inespecíficos son derechos que pueden ser ejercidos no solo por el trabajador sino por el empleador y por personas indirectamente relacionados al contrato laboral. La impregnación de los derechos fundamentales generales al campo de las relaciones laborales, no condiciona su uso exclusivo a favor del trabajador. Su titularidad radica en los mismos sujetos del que pueden predicarse como derechos fundamentales.

Con el entendimiento de estos fenómenos no solo se modifica la concepción de los titulares de derechos fundamentales en la relación laboral, sino también el catálogo de derechos. Se amplían de forma importante las fuentes constitucionales de regulación jurídica de los empleadores y trabajadores. A las normas contractuales, legales y constitucionales propiamente laborales hay que sumarle las regulaciones de los derechos fundamentales en un sentido general. Lo cual hace más abundante y compleja la regulación jurídica al interior del contrato de trabajo.

Lo primero que podría pensarse es que se amplían los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral. No obstante esta tesis tiene que ser matizada. Los derechos

²¹⁰ Los derechos laborales inespecíficos “son derechos atribuidos con carácter personal a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores, y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y la naturaleza de la relación jurídica en la que se hacen valer”. VALDÉS DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: Revista de Derecho Laboral, Número 212, Montevideo, 2003, p. 650- 662.

fundamentales de cierta forma amplían los derechos que pueden exigirse al interior de la relación laboral en favor de los trabajadores, no obstante se encuentran limitados por que la consideración de derechos fundamentales no solo se aplica a los trabajadores sino también a los empleadores y demás trabajadores. Esto hace difícil su determinación, protección y cumplimiento.

La protección de los derechos inespecíficos se sustenta especialmente en procedimientos constitucionales. Como se consideran derechos fundamentales, que pese a su antigüedad, no fueron concebidos dentro del resorte de las relaciones obrero patronales, se entiende por que al interior de la legislación laboral, a diferencia de lo que ocurre con los derechos específicamente laborales, no existen procedimientos especialmente diseñados para su protección. Por esta razón, la vía constitucional, mediante acciones de amparo o tutela, ha sido el principal mecanismo de protección de los inespecíficos –al no estar instituidos directamente no se diseñaron acciones para ellos-. Luego no podría considerarse que estos derechos ostenten una protección reforzada, al no contar con mecanismos ordinarios y constitucionales para su protección, pues solo se encuentran protegidos, especialmente, por paciones constitucionales.

1.3.2. Estructura de los derechos fundamentales laborales

En este acápite se revisan tres temas generales relacionados con la estructura de los derechos fundamentales. En primer lugar, se efectúan algunas presiones conceptuales relacionadas con los derechos fundamentales y la concepción analítica de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se describen los principales elementos de la indeterminación normativa. Y por último, se revisan los problemas prácticos de los derechos fundamentales laborales.

1.3.2.1. Disposiciones jurídicas de derecho fundamental y normas de derecho fundamental laboral

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero²¹¹. La controversia radica especialmente en la importancia de su definición, los múltiples enfoques desde los cuales se ha revisado, el énfasis que se efectúa en alguno o algunos de sus elementos centrales, la importancia de su finalidad, sus causas o elementos de diferenciación específica. El poder establecer que es un derecho fundamental, su alcance, y protección, implica el punto más sensible dentro del ordenamiento jurídico.

Muchos de los debates que giran en torno a los derechos fundamentales, su estructura, contenido, alcance y efectos, se deben, además de los rasgos problemáticos de su definición, a que se habla de cosas distintas. Problemas de normas de derechos fundamentales se revisan desde aspectos de disposiciones jurídicas de derecho fundamental o de normas adscritas o individuales; pese a la relación que existe entre estas categorías, se está debatiendo teniendo como punta de lanza planos distintos. Ocurre, en un grado de abstracción menor, lo que sucede de forma general a cuando se discute acerca del Derecho.

Para zanjar en algo los problemas que de allí derivan, se hace necesario determinar, aunque sea de forma mínima, algunas nociones relacionadas con derechos fundamentales laborales que eviten discusiones infructuosas y que potencian la comprensión de los debates constitucionales. Las nociones acerca de disposición de derecho fundamental, norma de derecho fundamental, posición de derecho fundamental, norma de derecho fundamental directamente estatuida y norma de derecho fundamental laboral adscrita, ayudan a una mejor comprensión del asunto.

Se parte aquí de la siguiente definición: “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”²¹², en donde las disposiciones de derecho fundamental son “los enunciados

²¹¹ BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 75.

²¹² BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición, 2007, p. 76.

de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales”. Para el caso colombiano serían los establecidos en el artículo 11 al 41 y el 44, y en la Constitución Española serían, en principio y no de manera excluyente, las establecidas en el Capítulo II del Título I. Aunado al anterior criterio formal, estaría el caso de las disposiciones supraconstitucionales y constitucionales que no teniendo el carácter de fundamental según la Constitución, de ellas puedan derivarse derechos fundamentales.

De las disposiciones de derecho fundamental se derivan las normas de derecho fundamental. Estas son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. De la anterior definición se resaltan tres aspectos importantes. El primero, refiere a que las normas fundamentales de Derecho Laboral son un producto de la interpretación, son significados. Las disposiciones laborales son los enunciados mientras que las normas laborales son los resultados prescriptivos de interpretarlas. Se deja un espacio para la semántica encargada de hacer el paso de los signos a los significados mediante los diferentes métodos y técnicas de interpretación. Se hace importante la traducción lingüística: la utilización de los métodos literalista, originalista, sistemático, pragmático, axiológico, entre otros²¹³.

El significado, en segundo lugar, se traduce en proposiciones prescriptivas mediante las cuales se dice que algo está permitido, prohibido o resulta obligatorio²¹⁴; ello da pie a las normas de derecho fundamental laboral. Por lo general las disposiciones de derecho fundamental no están redactadas en términos deónticos, sino que se refieren a que “se garantiza”, “se respeta”, “se protege”, “es inviolable”. No obstante, que no se establecen en términos deónticos se puede extraer de allí un significado más o menos unívoco sobre el operador deóntico de manera más fácil que respecto al contenido. Al traducir las disposiciones de derecho fundamental laboral a normas de derecho fundamental laboral se

²¹³ Cfr. LOPEZ, Diego. Interpretación Constitucional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 27-62.

²¹⁴ Sobre la relación entre los sentidos prescriptivos de las normas: WRIGHT, Georg Henrik. Norma y Acción. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

configura una norma que dice que es lo jurídicamente permitido, obligatorio o prohibido por las disposiciones de derecho fundamental.

En tercer lugar, las normas de derecho fundamental laboral se derivan de las disposiciones de derecho fundamental. Bien sea que se deriven mediante normas directamente estatuidas, que son traducciones casi mecánicas de las disposiciones de derecho fundamental, o mediante una fundamentación argumentativa a través de la figura de las normas adscritas, como el caso de la estabilidad laboral reforzada. Lo importante, y pese a los caos y problemas que presenta cada una de estas dos figuras, es que su fundamentación mediata o inmediata se busca en lo establecido en la Constitución. Estas nociones se especifican más adelante. Por lo pronto, se retoma un punto central de la exposición; se había hablado acerca de las disposiciones de derecho fundamental y normas de derechos fundamentales, nociones que se hace necesario complementar con la concepción de derecho fundamental laboral en sentido estricto o de posiciones de derecho fundamental.

Los derechos fundamentales en sentido estricto o “las posiciones de derecho fundamental son el correlato de las normas de derecho fundamental”. Las posiciones de derecho fundamental hacen parte de la amplia gama de relaciones jurídicas que se establecen en el derecho. Son una especie de un género mayor, pero que presenta ciertas particularidades pese a su parecido de familia con las demás integrantes. De forma un poco más específica: son relaciones tríadicas entre un titular, un destinatario y un objeto²¹⁵.

Alexy los concibe como una relación tríadica que se da entre dos sujetos respecto de un objeto. Así pues, el

“primer miembro es el portador o titular del derecho (a), su segundo miembro, el destinatario (b) y su tercer miembro, el objeto del derecho (G). Esta relación

²¹⁵ Cfr. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 79.

tríadica será expresada con D. Por lo que la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede expresarse de la siguiente forma:

*DabG*²¹⁶

El destinatario puede ser un sujeto particular, un sujeto público o el Estado²¹⁷. El objeto es siempre una acción del destinatario. Si no fuese así, no tendría razón de ser que en la relación tríadica se instituyera al destinatario. El objeto determina si la acción es negativa o positiva. Ello permite clasificar los derechos fundamentales en acciones negativas o positivas.

En el ámbito de los derechos fundamentales laborales el titular no es solamente el trabajador. En un principio los derechos fundamentales laborales fueron otorgados en favor de los trabajadores, empero, en el estadio actual el titular de los derechos fundamentales puede ser también el empleador o un tercero vinculado a la relación laboral. En el primer caso, están derechos tales como la intimidad del empleador, el debido proceso o las potestades de sanción del empleador. Los cuales son derechos fundamentales que protegen posiciones del empleador en la relación laboral. En el segundo caso, estaría la situación de personas que no son ni el empleador ni el trabajador, sino sujetos vinculados a la relación laboral. Piénsese el caso de los miembros del núcleo familiar de éstos o entidades de protección y aseguramiento vinculadas a la relación laboral, las cuales ostentan la potestad de esgrimir sus derechos fundamentales en la relación laboral.

De la misma forma que cambian los titulares de los derechos fundamentales laborales cambian los destinatarios. Pues, el trabajador puede ser destinatario de los derechos

²¹⁶ *Ibíd.* p. 187.

²¹⁷ En materia laboral se da por presupuesto la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. JULIO, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado, 2000. BILBAO, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 852.

fundamentales, y terceros relacionados con el contrato de trabajo, como los compañeros de trabajo, también pueden ser destinatarios de derechos fundamentales de los trabajadores.

En el campo del objeto de los derechos fundamentales, si la acción es negativa se estará en el campo de los derechos de defensa, si es positiva en derechos prestacionales. En el primer caso, se estará en frente de una triple división según las características de la omisión, del objeto: el primero a que el destinatario no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho, como el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad; el segundo, por derechos a que el destinatario no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho, como por ejemplo que no cambie de forma unilateral el valor del salario; y el tercero, por derechos a que el destinatario no elimine determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho, verbigracia la eliminación de derechos como las vacaciones.²¹⁸

En el segundo caso, el derecho a acciones positivas puede ser de tres clases. Derechos de protección, cuando se tiene el derecho a que el Estado proteja a un particular de las afectaciones que puede causarle otro particular; derechos de organización y procedimiento, y derechos de prestación en sentido estricto.

Así pues, la Constitución Española establece en su artículo 7:

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

De dicha disposición de derecho fundamental laboral se extrae la norma según la cual:

²¹⁸ *Ibíd.* p. 189.

Los trabajadores tienen derecho a constituir sindicatos dentro del respeto a la Constitución y la ley.

De esta forma se traduce a términos deónticos lo establecido en la disposición. En el campo de las posiciones de derecho fundamental laboral, el titular o el sujeto activo pueden ser los trabajadores, el empleador, o terceros relacionados con la relación, el destinatario, puede ser el Estado, el empleador, o los trabajadores, y el objeto es una abstención o una acción, por parte del Estado, el empleador, o el trabajador.

Los derechos fundamentales laborales en sentido estricto tienen una implicación necesaria con las normas de derecho fundamental. Luego, si existe válidamente un derecho fundamental es por cuanto existe una norma de derecho fundamental que lo constituye. Luego, no puede existir un derecho fundamental laboral sin una norma, directa o adscrita, de derecho fundamental. Aunque puede darse el caso de normas de derecho fundamental que no generen directamente un derecho fundamental.

1.3.2.2. Problemas semánticos de las disposiciones de derecho fundamental laboral

Las disposiciones fundamentales de Derecho Laboral sufren de los mismos problemas de indeterminación normativa de las normas de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por su indeterminación. No obstante esta no es una indeterminación que afecte solo a las normas sino un problema general del lenguaje. Las normas se expresan mediante el lenguaje, las características y problemas de aquel, se ven reflejadas en estas. De forma más específica, las leyes, los actos administrativos, los contratos y las sentencias se caracterizan también por su indeterminación y ambigüedad; aunque no puede afirmarse que todas estas disposiciones jurídicas ostentan el mismo grado de indeterminación. La indeterminación de las disposiciones jurídicas constitucionales, por lo general, es la de más alto grado dentro de lo jurídico.

“La indeterminación se presenta cuando un enunciado no hace explícito el conjunto de significados y, por lo tanto, genera la incertidumbre de si uno o varios significados específicos puede serles atribuidos”²¹⁹. Difícilmente puede adscribirse a priori a las disposiciones jurídicas, y para el caso, a las disposiciones de derecho fundamental laboral todos los significados que constituyen normas de derecho fundamental. La indeterminación de las disposiciones jurídicas es un caso especial de la indeterminación semántica que puede ser llamada indeterminación normativa. La indeterminación de todo enunciado o disposición recibe el calificativo de indeterminación semántica porque se proyecta sobre el significado.

Entre las causas más comunes de indeterminación semántica de las disposiciones jurídicas de derecho fundamental laboral, como se mencionó, se encuentran la indeterminación semántica en sentido estricto, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural y la pragmática.

Dentro de la primera están la ambigüedad, la vaguedad y la apertura evaluativa. La ambigüedad sucede cuando a una disposición de derecho fundamental pueden adscribirse diferentes significados. A diferencia de ello, la vaguedad se presenta cuando no está claro el alcance de la disposición. Y la apertura evaluativa se presenta cuando en una disposición se establece términos evaluativos que dificultan fijar el sentido y el alcance de la disposición.

La indeterminación sintáctica refiere a los problemas de fijación del lenguaje derivados de los signos de puntuación, los numerales o relación de adverbios y adjetivos de la oración. Por la utilización de comas, o numerales y palabras como la “y” y la “o” no es fácilmente determinable cuál de los posibles significados de una palabra se hacen atribuibles.

Por su parte, la indeterminación estructural de las normas fundamentales de Derecho Laboral ocurre cuando se estatuyen normas que pueden ser cumplidas de distintas maneras.

²¹⁹ BERNAL, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 97

Un caso de esto puede hallarse en los artículos 53 de la CC y de la CE, los se presentan como enunciados indeterminados estructuralmente, porque dejan al Legislador la elección de la mejor estrategia política para cumplir el deber ser iusfundamental que ellos establecen.

Por último, la indeterminación pragmática se refiere a los problemas del lenguaje de los derechos fundamentales derivados de la función de los enunciados. De forma más específica, esta clase de indeterminación se da “cuando por sí mismo no hace explícito qué tipo de acto de habla representa, como por ejemplo, si se trata de una orden, una petición, una afirmación o un deseo”. Esto puede generar ambigüedad semántica por cuanto se proyecta sobre el significado del enunciado iusfundamental de Derecho Laboral.

1.3.2.3. Problemas pragmáticos de las disposiciones de derecho fundamental laboral

Los problemas pragmáticos de los derechos fundamentales, que en parte se derivan de su indeterminación semántica, aluden a la aplicación de los derechos fundamentales. La aplicación de los derechos fundamentales laborales bien se trate mediante las teorías materiales o estructurales de los derechos fundamentales presenta serias deficiencias. En un grado de abstracción mayor a estas teorías puede objetárseles su irracionalidad. De forma específica se les puede objetar la falta de puntos de referencia, falta de claridad conceptual, inconmensurabilidad, dificultad de identificar los objetos de ponderación y la jurisprudencia del caso en concreto²²⁰.

Para Carlos Bernal la correcta fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental tiene dos dimensiones: una material y una estructural. En cada una de estas dimensiones actúan diferentes criterios materiales y estructurales que cumplen una doble función. Estos criterios son la materia prima con la que los Tribunales Constitucionales

²²⁰ BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 87-95.

llevan a cabo la fundamentación de las normas adscritas y, por otra parte, son instrumentos para el control y la crítica social y política de las fundamentaciones ofrecidas.

Los criterios materiales permiten determinar cuáles son los mandatos, prohibiciones y permisiones que constituyen el objeto de las normas de derecho fundamental. “La labor de precisar qué criterios materiales son idóneos para este fin, es la tarea de las conocidas teorías materiales de los derechos fundamentales —la liberal, la democrática y la del Estado Social—, del análisis de las diversas funciones de los derechos fundamentales —como derechos de defensa, derechos a prestaciones en sentido amplio, derechos de organización y de procedimiento, derechos democráticos y derechos de igualdad— y del análisis dogmático”²²¹

Los criterios materiales presentan insuficiencia por dos razones principales. La primera, que esas teorías, pese a los importantes aportes que hacen, son incapaces de determinar con claridad lo que dicen las disposiciones jurídicas de derecho fundamental. Pensar que en un Estado Liberal la libertad otorga criterios para la concreción de los derechos fundamentales, ayuda en la interpretación pero no fija en sentido concreto el contenido de los derechos fundamentales. La segunda por cuanto dichos criterios entran en colisión, no puede establecerse cuál de ellos debe primar. En caso de que estén en conflicto la libertad y la igualdad, no es fácilmente concertarle cuál de ellos debe primar.

Ahora bien, por su parte, los criterios estructurales permiten determinar la forma en que deben fundamentarse las normas de derecho fundamental²²². O, en otras palabras, son los mecanismos que permiten resolver las colisiones que se presentan por parte de la aplicación de los derechos fundamentales. Sin embargo, los criterios estructurales no permiten en todo caso una fundamentación correcta, por cuanto dependen de los criterios de las teorías materiales, si estas traen premisas incorrectas, los resultados, no obstante la aplicación de

²²¹ *Ibíd.*, p.127.

²²² CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

criterios estructurales correctos, serán incorrectos; y, por cuanto, en sí mismos, presentan problemas de racionalidad.

Como criterios estructurales se han propuesto diversas teorías para efectuar la concreción de los derechos fundamentales. Entre estas teorías resaltan especialmente tres constructos conceptuales: el primero, las diversas concepciones del contenido esencial de los derechos fundamentales²²³, el segundo, los criterios de las teorías internas y, el tercero, el denominado principio de proporcionalidad. Estos criterios que se han diseñado para obtener la concreción de las normas de derecho fundamental, tiene en común diversas objeciones que pueden plantearse. La objeción más general que los recorre a los tres es la de la irracionalidad²²⁴, por la falta de criterios racionales, para fundamentar la concepción del núcleo esencial o la ponderación de derechos que efectúa el principio de proporcionalidad.

1.3.3. Fundamento de los derechos fundamentales laborales

Los derechos laborales fundamentales son un caso especial de los derechos fundamentales. Luego, en principio el fundamento de los derechos fundamentales los soporta, pues los derechos fundamentales laborales están constituidos, como se dijo, por derechos específicamente laborales y por derechos inespecíficos. Así las cosas, pueden fundamentarse utilizando las mismas estrategias que han sido utilizadas para fundamentar los fundamentales. Sin embargo, surgen unos asuntos importantes de dilucidar: ¿es la fundamentación un ejercicio simplemente filosófico? ¿Cuál es la importancia de fundamentar los derechos fundamentales laborales? ¿Qué rol cumple la dignidad humana en el proceso de fundamentación de los derechos fundamentales laborales?

²²³ MARTÍN-RETORTILLO, Luis, y DE OTTO, Ignacio. Derechos fundamentales y Constitución. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988. FERNÁNDEZ, Fernando. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Brasilia: Separata da Revista de Informação Legislativa, 1994, p. 99.

²²⁴ BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. Cap. 1-2.

1.3.3.1. Fundamentación tópica

La fundamentación de los derechos fundamentales alude a la justificación que soporta su existencia. Desde otra perspectiva: da respuesta a la pregunta de por qué deben existir los derechos fundamentales.

Si se desea efectuar una fundamentación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos se tiene que partir de que éstos protegen posiciones jurídicas individuales, como tales, su fundamento debe hallarse en ellas y no en situaciones colectivas o efectos indirectos. La idea central radica en la protección de posiciones jurídicas para que el ciudadano puede actuar de manera adecuada en la sociedad. Según Carlos Bernal:

“Un elemento común a cualquier teoría sobre la fundamentación de los derechos subjetivos consiste en que su punto de partida es siempre una posición del individuo.”

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados, de forma directa o indirecta, en las constituciones. Los derechos humanos, son, especialmente, conceptos devenidos de la filosofía política, mediante los cuales se deseaban proteger las posiciones más importantes de los sujetos en el ámbito social.

La fundamentación de los derechos fundamentales ostenta una cercana relación con el modelo de Estado en el cual se encuentren insertos. Puede decirse que en el Estado Liberal, se fundamentan en las facultades morales de Rawls²²⁵, en el Estado Democrático en las concepciones de Habermas²²⁶, y en el Estado Social en los desarrollos de Thugendat²²⁷, y en los modernos constitucionalismos democráticos en la concepción de dignidad humana.

²²⁵ RAWLS, John. El liberalismo político. Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 1996, p. 49-338.

²²⁶ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1987, p. 110.

²²⁷ TUGENDHAT, Ernst. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 344.

La fundamentación resulta importante porque condiciona el sentido y la estructura de las disposiciones y normas jurídicas que de ella se deriven.

Rawls afirma que en toda sociedad bien organizada deben protegerse dos facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo. La necesidad de protección de estas dos facultades es lo que justifica la existencia de los derechos humanos. La primera facultad moral consiste en la capacidad de ser “razonable” y la segunda en la capacidad de ser “racional”. La primera facultad protege los derechos democráticos y la segunda las libertades²²⁸.

De forma similar, Jürgen Habermas y Klaus Günther, fundamentan, desde un punto de vista filosófico político, los derechos humanos en la capacidad de discernimiento. Para ellos “toda Constitución que establezca un Estado Democrático, debe institucionalizar los derechos democráticos y las libertades, a fin de proteger las propiedades básicas implícitas en la capacidad de discernimiento del individuo, propiedades que definirían el perfil de la persona presupuesta por el principio de discurso”²²⁹.

Sin embargo, las circunstancias actuales parecen haber variado del modelo del hombre autónomo al hombre necesitado. Pues, gran parte de la sociedad no está en capacidad para satisfacer sus necesidades más básicas. Existen menos ciudadanos libres y autosuficientes que los presupuestos por el liberalismo. Ante este cambio de presupuesto ha de mutarse la forma de concebir los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales en el Estado Social, parten del hecho que la sociedad no está conformada por individuos, autosuficientes, capaces y autónomos para intervenir en el proyecto de vida cooperativo.

Luego, las necesidades, bajo estos supuestos son las ideas centrales para determinar qué derechos fundamentales deben tener las personas. El individuo tiene múltiples necesidades en sociedad. Es una situación evidente que ha tenido un importante desarrollo desde

²²⁸ RAWLS, John. El liberalismo político. Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 1996, p. 49-338.

²²⁹ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1987, p. 110.

distintas aristas. Por ejemplo, Hart dentro del contenido mínimo de derecho natural, sin el cual las normas jurídicas y morales no podrían cumplir su cometido, conceptúa lo que él denomina como vulnerabilidad humana y recursos limitados²³⁰. De estas dos situaciones se derivan la necesidad que tiene el hombre de protección, alimentos, vivienda, etc., y la consiguiente situación de indefensión en la que se encuentra.

Las necesidades del individuo son de distintas clases. Se encuentran las necesidades básicas relativas a los bienes indispensables para subsistir y el ejercicio adecuado de las libertades, puede, por tanto, hablarse de tres tipos de necesidades: 1) necesidades materiales, vitales, físicas, 2) necesidades que subyacen al ejercicio de la libertad; 3) necesidades de cooperación política con los demás individuos. Dichas necesidades fundamentan las distintas clases de derechos fundamentales: el primer grupo fundamenta los derechos sociales, el segundo los de libertad, y el tercero los políticos²³¹.

De lo anterior se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población da origen a los derechos fundamentales, los cuales son entendidos por Thugendat como “reglas de cooperación”. Reglas que tiene como principal finalidad satisfacer las distintas necesidades de los ciudadanos. Especialmente en el caso de los derechos sociales estas reglas desarrollan el principio de solidaridad, por cuanto exigen deberes de ayuda y socorro entre los individuos, en favor de los más necesitados. La vinculación de estos deberes recae, en primer lugar, sobre el afectado y su familia, y en segundo, sobre el Estado. Sobre el afectado por cuanto su status inicial como persona autónoma impone una obligación de autoayuda. Sobre sus familiares por cuanto entre ellos y el afectado el vínculo de solidaridad es más fuerte. No obstante, en el caso que las necesidades no puedan ser satisfechas por tales personas, el Estado, como representación de los demás miembros de la sociedad, será el garante de la satisfacción de esos derechos.

²³⁰ HART, Herbert. El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 240-245.

²³¹ TUGENDHAT, Ernst. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 344.

1.3.3.2. Dignidad humana y los derechos fundamentales

Además de la fundamentación independiente de los derechos fundamentales, está el caso de su fundamentación instrumental. Según la fundamentación instrumental los derechos pueden fundamentarse como un medio para satisfacer intereses de superior jerarquía²³². Sin embargo, esta fundamentación no se considera adecuada debido a que presupone divisiones entre los objetos de los derechos, que desvirtúan la concepción actual de los derechos fundamentales como un todo.

En el constitucionalismo contemporáneo la forma más adecuada de justificar los derechos fundamentales es la dignidad humana, como atributo inherente a todo ser humano. Para Francisco Fernández “[l]os derechos fundamentales son inherentes a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada”²³³.

La dignidad se encarga de ser la fuente de los derechos fundamentales y ser el centro del ordenamiento jurídico, alrededor de ella se articulan las relaciones complejas de los derechos fundamentales, de la ley y la jurisprudencia. “Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares”²³⁴. Los derechos fundamentales son, como estableció

²³² Bockenförde ha apuntado que los derechos fundamentales sociales encuentran su justificación “ciertamente no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad”. Según este autor se hacen indispensables los bienes materiales básicos para que la libertad jurídica se transforme en una libertad real, por cuanto, aquellos son un presupuesto de ésta.

²³³ FERNÁNDEZ, Francisco. Estudios Constitucionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 3.

²³⁴ FERNÁNDEZ, Francisco. Estudios Constitucionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 3.

Haberle, una forma de especificar la dignidad humana, así como la ley y la jurisprudencia son formas de especificar los derechos fundamentales. Luego, se hace importante determinar ¿Qué significa la dignidad humana? ¿Es necesario ostentar un concepto unívoco de la dignidad humana? ¿Qué funciones cumple la dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico?

La dignidad humana, en el constitucionalismo contemporáneo, se entiende como el fundamento de los derechos humanos. De Castro ha establecido que “la afirmación de la suprema dignidad de la persona y la convicción de que esa dignidad es raíz y fundamento de los derechos humanos ha llegado a ser ya un tópico de la época actual, con independencia de adscripciones y credos filosóficos o políticos”²³⁵. Por su parte, Pérez Luño, ha afirmado que “la dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad”²³⁶. Esta adscripción de fundamentación al concepto de dignidad humana se centra especialmente en el enfoque que han establecido los instrumentos internacionales y las constituciones contemporáneas; enfoque que ha repercutido en los desarrollos teóricos y en las prácticas jurisprudenciales.

En el preámbulo y en el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948²³⁷, se estableció, por primera vez en la historia, en un instrumento jurídico la alocución de “dignidad humana”. En el preámbulo se consideró que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”* En el artículo 1 se preceptuó que:

²³⁵ DE CASTRO, Benito. Los derechos económicos, sociales y culturales. León: Universidad de León, 1993, p. 123.

²³⁶ PÉREZ, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Madrid: Tecnos, 1984, p. 318-319.

²³⁷ Las referencias a la “dignidad de la persona humana” y a los “derechos fundamentales del hombre” aparecen claramente expresadas en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el artículo 1 de dicho texto, bajo el rótulo de “Dignidad humana”, sostiene: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

*“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”*²³⁸

Posterior a esta declaración, en otros instrumentos jurídicos internacionales se consagró la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos²³⁹.

El establecimiento de la noción de dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue una respuesta a las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial. Se convirtió, pues, en una de las estrategias mediante la cual se buscaba, principalmente, prevenir que se cometieran nuevamente las malaventuras del nazismo y sanear los males infringidos; lo cual, no previó todas las exigencias que conllevaría en la época contemporánea y las posiciones que garantizaría. La positivización de la dignidad humana a nivel constitucional se representa por ejemplo en el artículo 1 de la Constitución Alemana, la cual preceptúa:

1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.

²³⁸ Según Eulalia Pascual pese a las construcciones conceptuales de la baja edad media, en torno a la dignidad humana, “no fue hasta después de la II Guerra Mundial, y a partir de la Carta de Naciones Unidas, y más concretamente aún de la posterior Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 que se introdujo por primera vez en la historia del Derecho en un texto declarativo o programático la acepción «dignidad» como atributo humano en el que fundamentar un nuevo orden político”. PASCUAL, Eulalia. Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: BOSCH, 2009, p. 17.

²³⁹ De tales instrumentos, los más representativos son: Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. El conjunto de estos documentos forman lo que se conoce como “Carta de Derechos Humanos”. En los Preámbulos de ambos Pactos, concretamente en su segundo “Considerando”, se efectúa una remisión a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios en ella enunciados por los Estados parte en los mismos, señalando a tal efecto que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento a la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Se configuran pues los derechos humanos como expresión y concreción sustancial de la idea de dignidad de la persona.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.

Por su parte la Constitución española en su artículo 10 preceptúa:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Sin embargo, y pese a su positivización, ninguno de los textos jurídicos reseñados señala una dimensión, noción o definición de la dignidad humana. La Dignidad humana es una noción indeterminada debido a muchas situaciones. Ha sido abordada por distintas disciplinas tales como la religión, la filosofía, el Derecho y la ética²⁴⁰. Además de ello, al interior de cada una de estas disciplinas se ha entendido de distintas maneras²⁴¹. Así las cosas, la dignidad se considera en general como un concepto jurídico indeterminado que,

²⁴⁰ Parece ser que “la palabra dignidad tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz dec, que querría decir ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. Posteriormente, fue adoptada por la lengua latina, que le añadió el sufijo -mus, formando el vocablo decmus, que acabó derivando en dignus, que en castellano se convirtió en digno, de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad.” BERIAIN, Iñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. En: Anuario de Filosofía del Derecho, Número 21, 2004, p.187-212.

²⁴¹ PECES, Gregorio. La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2002, p. 21. GONZÁLEZ, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 417.

como tal, puede ser interpretado de forma variable de acuerdo con las circunstancias históricas y sociológicas²⁴². Y cada posible interpretación conlleva consecuencias distintas para el ordenamiento jurídico y la protección de los derechos.

Por ejemplo, Ruiz Giménez ha distinguido cuatro niveles o dimensiones de la dignidad²⁴³:

“1) La dimensión religiosa, en cuya virtud se concibe al hombre a imagen y semejanza de Dios. 2) La dimensión ontológica, en la que se considera al hombre como ser dotado de inteligencia racional, con conciencia de sí mismo y de su superioridad en el orden de la naturaleza, en el orden del mundo. 3) La dimensión ética en el sentido de la autonomía moral, como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y ante cualquier modelo de conducta (esta coincidiría con el planteamiento kantiano). 4) La dimensión social, como estima o fama dimanante de un comportamiento valioso.”

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Español ha entendido la Dignidad como:

*“un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.*²⁴⁴

Empero, pese a la indeterminación semántica de la dignidad humana, ello no es óbice para que no se intente exhibir así sea un concepto mínimo sobre la dignidad humana que pueda mostrarse como un candidato plausible para obtener la fundamentación de los derechos fundamentales en la dignidad humana. Además, la dignidad se ha hecho tan importante que se ha tenido como un argumento para la toma de posición en ciertos casos controvertidos.

²⁴² PASCUAL, Eulalia. Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: BOSCH, 2009, p. 17.

²⁴³ RUIZ, Jorge. Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona. En: Comentarios a la Constitución española de 1978, Madrid, 1996, p. 58.

²⁴⁴ STC 53/85.

Sumado a ello, está el hecho según el cual la dignidad humana se utiliza como una fuente de argumentos para casos controvertidos, como por ejemplo el de la eutanasia²⁴⁵. Y, resulta llamativo que la dignidad sea utilizada tanto como argumento en favor y en contra de determinada circunstancia. Para Habermas la dignidad humana es un sismógrafo respecto del respeto de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Por tal razón, se hace importante tratar de responder dos interrogantes fundamentales ¿cómo se entiende la dignidad humana? ¿Cómo se determina la dignidad humana?

No obstante esta positivización contemporánea de la noción de dignidad humana, su origen es más antiguo. La positivización de la noción no coincide con su nacimiento. Y, para lograr acercarse a las concepciones contemporáneas de la dignidad humana resulta una estrategia adecuada partir de como se ha entendido la dignidad humana.

Pueden establecerse, de forma general, dos enfoques en los que la noción se ha desarrollado para llegar a ostentar las características que actualmente percibe. Desde una perspectiva histórica, existen dos líneas generales en las que se entiende el término de dignidad²⁴⁶. En una primera corriente la dignidad se entiende en una concepción social y de reconocimiento público, en la segunda corriente, el acento principal se efectúa en el reconocimiento del ser. Un enfoque puede denominarse fenomenológico y el otro ontológico, dependiendo si el acento de la dignidad se encuentra en situaciones externas o internas a las personas.

En el primer caso, en relación con la concepción social y política de la dignidad humana, en Roma, se refería a la nobleza, a la función que se desempeñaba o a las tareas realizadas en favor de los asuntos públicos. Luego se trataba de un reconocimiento que la comunidad otorgaba a ciertas personas en razón a sus méritos, por lo cual, se les concedía una mayor

²⁴⁵ MARCOS, Antonio. La utilització de la dignitat humana en el debat sobre l'eutanasia. En: Casado, M., y Sarribe, La mort en les ciències socials, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1995, p. 150.

²⁴⁶ PECES, Gregorio. La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2002, p. 21. GONZÁLEZ, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 417. LOBATO, Abelardo. Dignidad y aventura humana. Salamanca: San Esteban-Edibesa, 1997, p. 56.

autoridad en la sociedad, y ello implicaba distinguir entre unas personas y otras. Esta forma de concebir la dignidad humana se mantuvo en la edad media, en relación a los nobles y al poder de los reyes y grandes señores. Se dice que la Iglesia también adoptó este sistema en relación con la máxima dignidad del Papa, a la que le seguían la de los cardenales y obispos. Modernamente este concepto se ha utilizado en relación con ciertos cargos públicos de alto rango. En estas situaciones subyace la idea de dignidad asociada a “algo externo a la esencia de la persona”. Por tanto se trata de una noción circunstancial, externa, y de carácter fáctico.

Por su parte, la segunda línea de la concepción de dignidad humana se refiere, desde la óptica estoica y cristiana²⁴⁷, al ser. La dignidad no se funda en situaciones externas a las personas sino en elementos internos. El hombre se considera el centro del cosmos, bien sea por su semejanza a Dios²⁴⁸ o por su rango superior en la naturaleza²⁴⁹. El hombre, en resumen, es digno por su naturaleza, con lo cual se viene a fusionar dos conceptos, el de persona y el de dignidad.

²⁴⁷ En esta etapa la concepción de dignidad humana se vio como parte de la dicotomía existente entre dignitas hominis y miseria hominis. En estas concepciones se intentó definir al ser humano, bien por su dignidad o por su miseria, es decir, por su imagen positiva o negativa. En relación con la primera, el ser humano es un ser divino y creado a semejanza de Dios; esta visión se basa en el Génesis 1:26-27: “Y dijo Dios: hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señor en los peces del mar, en las aves de los cielos y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra (...). Y Dios creó al ser humano a su imagen. Lo creó a imagen de Dios. Hombre y mujer los creó”. En relación con la imagen negativa, “se trata del hombre pecador, dispuesto siempre a sucumbir a la tentación y a renegar de su creador”; esta concepción se basa en Génesis (2.7): “Dios modeló al hombre de arcilla del suelo, sopló en su nariz aliento de vida, y el hombre se convirtió en ser vivo” (El hombre ha sido creado a partir del limo, lo que demuestra la bajeza y la fragilidad de su condición). PELE, Antonio. Modelos de la Dignidad del ser humano en la edad media. Madrid: Universidad Carlos III, 2010, p. 23.

²⁴⁸ San Agustín manifiesta en la Ciudad de Dios que la dignidad humana proviene de que el hombre ha sido creado por Dios y a su imagen. Cfr. TRUYOL, Antonio. El Derecho y el Estado en San Agustín. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 97.

²⁴⁹ Para Giovanni Pico della Mirandola, en su “Discurso sobre la dignidad del hombre”, la parte definitoria de la noción en glosa radica en las especiales características camaleónicas del hombre. Según las cuales el hombre se considera digno por ser el centro de la creación de Dios y por la libertad a él dada. A tenor literal subrayó: “¿Quién no admirará a este camaleón nuestro? O, más bien, ¿quién admirará más cualquier otra cosa?... Al hombre, desde su nacimiento, el padre le confirió gérmenes de toda especie y gérmenes de toda vida.” “Tú, en cambio, no constreñido por estrechez alguna, te la determinarás según el arbitrio a cuyo poder te he consignado. Te he puesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en él existe.”

Esta concepción de la dignidad, tendrá en el renacimiento humanista una renovada vigorosidad²⁵⁰. Empero, en este estadio, la dignidad tendrá una fuerte relación con el cristianismo²⁵¹. La Dignidad procede de Dios. Posteriormente, después de diversos vaivenes, en el siglo VXIII, la concepción de la dignidad humana volverá a ocupar un lugar importante en la filosofía, especialmente, en autores como Wolff y Thomasius. Empero, será Kant, quien dote a la dignidad humana de una importancia sin precedentes²⁵². A Kant se deben, entre otras, la idea de que lo digno es aquello que no tiene precio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad²⁵³. Posteriormente, la dignidad se hará importante en el pensamiento de Rousseau y Fichte. Luego, en el pensamiento del marxismo, se entendió la dignidad en torno a la alienación laboral como reverso de la dignidad humana.

En resumen, pueden verse dos líneas de la dignidad humana: la dignidad es “el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social”²⁵⁴. Desde otro punto de vista, no obstante, hay quienes hablan de la dignidad en un sentido relacional, esto es, de una cualidad que varía en función de los acontecimientos. De esta forma, la dignidad humana se convertiría en una cualidad variable, diferente en cada hombre.

²⁵⁰ Así, son frecuentes las alusiones a este concepto en autores tan diversos y de ideologías tan dispares como Buonaccorso de Montemagno, Gianozzo Mannetti, Pico della Mirandola, Angelo Poliziano, Giordano Bruno, Francisco Recio, Juan Luis Vives o Fernán Pérez de la Oliva. PÉREZ LUÑO, Antonio. Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos, 1997, p. 223.

²⁵¹ Por su parte, para Tomás de Aquino, en la Suma Teológica, la dignidad, pese a continuar con su cimiento teológico, se acentuaba en el elemento racional del hombre. En la Suma señaló: “Pues, porque en las comedias y tragedias se representaba a personajes famosos, se impuso el nombre de persona para indicar a alguien con dignidad. Por eso en las iglesias empezó la costumbre de llamar personas a los que tienen alguna dignidad. Por lo cual algunos definen la persona diciendo que es la hipóstasis distinguida por la propiedad relativa a la dignidad. Como quiera que subsistir en la naturaleza racional es de la máxima dignidad, todo individuo de naturaleza racional es llamado persona, como ya dijimos”.

²⁵² Cfr. KANT, Emanuel. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 82-83.

²⁵³ El tercero de los imperativos categóricos kantianos, en el que se postula uno de los principios básicos de la filosofía práctica kantiana así: “obra de tal forma que la máxima de tu actuación esté orientada a tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro como un fin y nunca como un medio”, del cual se deriva la idea que el “hombre es un fin en sí mismo”.

²⁵⁴ DE MIGUEL, Iñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. En: Anuario de Filosofía del Derecho, Número XXI, 2004, p. 198.

Sin tener en cuenta cuál de estas dos vertientes se prefiera, lo cierto es que la idea de la dignidad representa algo valioso. Bien sea valioso como una cualidad interna por lo que somos o una cualidad externa por lo que hacemos. La idea de dignidad es relacional con la de valor de la persona humana. Empero, ¿en qué sentido es valiosa una persona humana?

Ahora bien, uno de los elementos que tiene en común las dos concepciones anteriores es que se considera valiosa a una persona, bien sea en un sentido fenomenológico u ontológico. Una primera pista para responder a lo anterior es que lo valioso es sucedáneo a todo aquello que debe ser conservado y por ende no debe ser destruido. Si se destruye es porque no se “considera valiosa o porque destrozarla le proporciona un placer superior al de mantenerla íntegra”²⁵⁵

Lo valioso puede considerarse en circunstancias externas e internas. En el primer caso, las personas pueden ser consideradas valiosas en dos sentidos, en uno subjetivo y en otro objetivo. En el sentido subjetivo, la persona es valiosa porque se considera valiosa así misma. Sin importar que esa valoración pueda ser circunstancial y variable, como cuando una persona se considera importante por llevar a cabo una acción heroica o cuando siente que ha contribuido a causar un mal a los suyos. En un sentido objetivo, las personas se consideran valiosas no tanto por lo que ellas mismas piensen, sino por lo que consideren las demás personas del colectivo social. Sin embargo, esta forma de valoración tampoco ofrece criterios claros para la estimación. Cada una de estas formas de concebir la valoración puede llegar a conclusiones distintas, y ello conlleva a generar problemas de integración social.

Estas dos formas de valoración conllevan a una misma circunstancia, y es que ambas se fundamentan en los hechos. La valoración de las personas se hace de conformidad con las

²⁵⁵ En este punto, alguien podría objetar que hay ocasiones en las que un hombre puede destruir algo valioso, aun cuando esa acción no le produzca ninguna satisfacción. Es el caso, por ejemplo, de quienes en un estado de enajenación causan daño a las cosas que más quieren. Sin embargo, consideraremos que si lo hacen es, precisamente, porque su estado les impide apreciar el valor de aquello que devastan en el preciso momento en el que realizan su desmán, lo cual implica que nuestro argumento sigue en pie : nadie que ve algo como valioso desea destruirlo si no es para obtener una satisfacción mayor

circunstancias: lo que hace, dice o le sucede. Esta forma de valoración conlleva a estimaciones distintas. Sin embargo, puede buscarse una forma de estimación diferente que se base en circunstancias internas, y, que por ende sea más igualitaria.

Las personas poseen un valor por el hecho de pertenecer a la humanidad, se trata de un valor intrínseco que no depende de situaciones externas. Esta forma de otorgar la fundamentación se basa en lo que el hombre es y no en aspectos externos. Este valor es inmutable. Este valor es igualitario, nadie puede ser más o menos persona que otro.

Como se anticipó, existe una relación entre la forma de concebir el valor y las concepciones de dignidad humana. La dignidad fenomenológica se relaciona con el valor externo y la ontológica con el interno. Luego, la dignidad y el valor interno son nociones equivalentes. Por cuanto, se trata de la esfera del ser y no en la del obrar.

Lo anterior conlleva a cuestionarse el por qué el hombre es superior a los demás animales, es decir, acerca de su naturaleza especial dentro de los restantes seres. Bien se tome como respuesta la racionalidad del hombre, o su semejanza con Dios, el común denominador es el mismo. De forma más sofisticada se dice que “la mayor parte de los autores consideran que la dignidad esencial del hombre se basa en tres hechos: su capacidad de emitir juicios morales, su libertad para decidir acerca de sus acciones y su intelectualidad, esto es, la posibilidad que tiene de generar conceptos abstractos”²⁵⁶.

De conformidad con la primera característica, ostenta la facultad de determinar si unos actos son conformes o inconformes con determinados valores; de forma más simple, puede decirse que puede distinguir entre el bien y el mal. Según la segunda característica, puede

²⁵⁶ La mención de estos tres caracteres que parecen sustentar el valor intrínseco de las personas se corresponde con lo manifestado por algunos de los grandes filósofos de la historia. Kant, por ejemplo, citaba nociones como las de racionalidad, autonomía e igualdad. Al respecto: PÉREZ, Antonio. El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos. En PECES-BARBA, Gregorio. Historia de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2001, p. 462. PÉREZ, José. Kant y la dignidad humana. En: CASTRO, Alfonso. A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del Bicentenario de su muerte. Madrid: Colección Jurídica Lagares, 2003, p. 293.

elegir libremente como actuar, elige entre el bien y el mal. Puede actuar motivado en razones. Y, de conformidad con la tercera, puede dar razones acerca de sus elecciones o concebir ideas distintas a las que conoce. Puede darle a su existencia un sentido, es capaz de concebir algo superior a él, trazarse metas y actuar conforme a ellas. Por tanto, el hombre posee su dignidad ontológica, derivada de su capacidad para emitir juicios morales, actuar o no de conformidad con ello, y construir concepciones abstractas más hallar de lo que conoce²⁵⁷.

Si bien es cierto que este sentido ontológico de la dignidad humana conlleva a un reconocimiento especial a todas las personas, resulta importante destacar que en una concepción fenomenológica las personas, desde un punto de vista ético, pueden ostentar diferentes valores dependiendo de sus actuaciones. Por tanto, la idea central de la ética será la de buscar el aumento de la dignidad fenomenológica. Luego, la ética recobra sentido con base en la existencia de la dignidad. Además de ello, hay que partir de que la dignidad en un sentido ontológico es lo que le otorga el fundamento a la ética. La dignidad es, en consecuencia, tanto como el principio y el fin de la Ética, su alfa y su omega, lo que explica de dónde surge y a dónde va, cuáles son sus principios y sus fines²⁵⁸.

De esta forma una persona puede ser considerada más digna que otra teniendo en cuenta sus acciones morales. Ello deriva de, por ejemplo, la filosofía Kantiana²⁵⁹, pues, si su

²⁵⁷ Sin embargo, que sucede con ciertos seres que no parecen ostentar las mismas características anteriormente descritas, como el caso de los bebés, los ancianos o las personas gravemente enfermas. La respuesta ante ello puede ser la que apela a la potencialidad que ellos ostentan o que ostentaron les concede en sí mismo un valor intrínseco.

²⁵⁸ DE MIGUEL, Iñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. En Anuario de Filosofía del Derecho, Número XXI, 2004, p. 198.

²⁵⁹ “[U]na formulación del imperativo ético categórico kantiano postula que las cosas de la naturaleza física pueden ser utilizadas como un medio, pero que «únicamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo», pues la persona es «el sujeto de la ley moral», de tal forma que en el orden de los fines el hombre «es fin en sí mismo, es decir, no puede nunca ser utilizado sólo como medio para alguien (ni aun por Dios), sin, al mismo tiempo, ser fin» y esto conlleva que «la humanidad, en nuestra persona, tiene que ser sagrada». Luego la persona es «el único ser natural en el cual (...) podemos reconocer una facultad suprasensible (la libertad), y hasta la ley de la causalidad y el objeto que esa facultad puede proponerse como el más alto fin (el supremo bien en el mundo)». El hombre es ser moral, no se puede ya preguntar más por qué existe. Su existencia tiene en sí el más alto fin; a este fin puede el hombre, hasta donde alcancen sus fuerzas,

comportamiento moral es más elevado, es más digna por ser autónoma. Luego se debe diferenciar la dignidad del comportamiento con la dignidad de la persona en sí misma. Por esto puede hablarse de la dignidad por ser persona y de la dignidad derivada de sus actuaciones. Aquella resulta ser el presupuesto de esta. En principio, la dignidad que más importa al fundamento de los derechos fundamentales es la ontológica, en el sentido que es una cualidad intrínseca a todas las personas sin consideración a sus actos.

Ahora bien, estas nociones de la dignidad humana han trasegado por cuatro estadios para llegar a ostentar la concepción jurídica que actualmente conservan. En un primer momento, la idea de la dignidad humana se establece como ideal político, que obra en el campo de la filosofía. Estas construcciones, por ejemplo de Kant, no son prescripciones normativas como tal, en un sentido jurídico, sino simplemente ideales regulativos.

En un segundo momento con su positivización internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas, esto es, el más alto órgano representativo de la comunidad internacional, la dignidad humana se establece como pretensión jurídica reconocida y protegida contra eventuales violaciones, especialmente, provenientes de los Estados. Se le otorga una normatividad débil. En un tercer momento, es reconocida en el ámbito Estatal, en el cual se positiviza en las constituciones y se instituye como un elemento vinculante que debe respetarse por el Estado y los particulares.

En un cuarto momento, su normatividad aumenta. Se especifica al interior del ordenamiento jurídico, y se le otorga diferentes funciones; se pasa de su consideración relativa al hombre general a su consideración relativa al hombre específico, es así como se habla de la dignidad de los indígenas, los inmigrantes, los afrodescendientes, los niños, los ancianos, los presos. La especificación en el ordenamiento jurídico se realiza por medio de prácticas judiciales, de leyes, desarrollos doctrinales, y de comportamientos de agentes jurídicos.

someter la naturaleza entera". KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires, Colihue, 2007, p. 127.

La concepción de la dignidad humana en clave jurídica conlleva a mutar la forma y función del Estado. La Corte Constitucional Colombiana, ha extraído la idea según la cual el “hombre es un fin en sí mismo”, lo que ha significado prácticamente una concepción antropológica de la Constitución y del Estado, edificada alrededor de la valoración del ser humano como ser autónomo en cuanto se le reconoce su dignidad²⁶⁰.

Luego, se hace necesario cuestionarse acerca de la función que actualmente cumple en el ordenamiento jurídico (además de constituirse como el fundamento de los derechos fundamentales). Además de esta función de fundamentación, según la cual entre más cercana una posición jurídica este a la dignidad humana mayor grado de potencialidad para ser reconocida como derecho fundamental ostenta, pueden agregársele cuatro funciones relacionadas y adicionales: límite al poder del Estado, límite a las actuaciones de los particulares, derecho fundamental, argumento para la solución de los casos difíciles o criterio de interpretación.

En un primer escenario, la dignidad humana se establece como un límite al poder del Estado, en el entendido que la actuación de éste encuentre un límite infranqueable a la acción del poder público. Ejemplo de ello la decisión del Tribunal Constitucional Alemán en 2006 respecto de la ley de seguridad aérea, o la sentencia de la Corte Constitucional, en relación con el hacinamiento carcelario. En un segundo escenario, el caso en que los particulares deben respeto a la dignidad de las demás personas, se da por ejemplo en los asuntos de discriminación racial o de inmigrantes. En estos asuntos la idea medular es que se erradique todo trato humillante entre los particulares.

En tercer lugar, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha establecido la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, desde la perspectiva que defiende posiciones autónomas que pueden ser protegidos mediante las acciones constitucionales

²⁶⁰ Cfr. En este sentido las sentencias de la Corte Constitucional C-542 de 1993, T-090 de 1994, C-045 de 1998, C-521 de 1998, T-556 de 1998 y T-587 de 1998.

pertinentes. En cuarto lugar, se trata de que entre las diferentes posibilidades hermenéuticas de interpretación de los derechos fundamentales, una forma de resolver los conflictos entre las posiciones discordantes, es favorecer la que mejor empareje con la dignidad humana.

Segundo Capítulo: Noción y fundamento del respeto laboral

En el presente capítulo se desean plantear los rasgos básicos del respeto laboral, como una forma de superar las deficiencias del principio de subordinación laboral y como una estrategia que permite organizar las relaciones laborales y dotarlas de un sentido coherente con los derechos fundamentales y en especial con la igualdad constitucional²⁶¹. Especialmente, de lo que se trata es de proponer una forma de protección laboral, que no sea especialmente inductiva y formal, sino más bien, deductiva y material²⁶².

Esta propuesta parte de la respuesta constitucional a un problema presupuesto que no solo afecta la institución en estudio sino todas las estructuras en las que se cimienta el Derecho Laboral²⁶³. Este problema es el del principio de la subordinación a la luz del igualitarismo constitucional y se especifica en la siguiente pregunta ¿cómo ha de entender el igualitarismo constitucional el principio de subordinación laboral?²⁶⁴

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003, p. 49.

²⁶² Este principio busca, entre otras finalidades, plantear una forma de entender este tipo de relaciones desde una perspectiva que “tome en serio” los derechos fundamentales y que supere la concepción dogmática del trabajador como un instrumento de creación de capital que debe contentarse con el pago por las labores realizadas, o en otras palabras, dejar de “valorar a los individuos en términos de cuerpo-mercancía”. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1995. BAYLOS, Antonio, PEREZ, Joaquín. *El Despido o la violencia privada del empleador*. Madrid: Trotta, 1999, p. 199.

²⁶³ En principio podría pensarse que la regulación legal acerca del trabajo es el elemento más importante para establecer, esclarecer y encuadrar los derechos y relaciones que van a protegerse. Sin embargo, las exigencias constitucionales, y todo lo que ello apareja, vienen a condicionar las estructuras del Derecho Laboral. El Derecho Constitucional implica una nueva forma de entender e interpretar las relaciones laborales, donde la dignidad humana y los derechos fundamentales contribuyen a la búsqueda de relaciones más humanas. Sumado a ello el contexto social ejerce una gran influencia en cuanto a los alcances de las regulaciones laborales.

²⁶⁴ Los principales problemas que afectan la adecuada protección de los derechos de los trabajadores son dos: la sobrevaloración del aspecto económico y la existencia de figuras jurídicas que aumentan el riesgo de afectación a la dignidad humana. En el primer caso, existen dos escenarios: cuando se utiliza el aspecto económico para justificar límites o extinción de derechos o cuando se ven como el único bien a proteger en el extremo de los trabajadores²⁶⁴. Sumado a ello, la existencia de figuras como la subordinación laboral, sus oscuros alcances, la falta de límites coherentes, sus efectos perlocusionarios y su alejamiento de la concepción democrática, han permitido el abuso del empleador y atalayan las más grandes afrentas a la dignidad humana, al traslapar prácticas degradantes.

Así las cosas, en este capítulo se desean desarrollar tres puntos generales. El primero, refiere a la reconfiguración del principio de subordinación laboral, y en su lugar, se plantea “la cooperación laboral” como un mecanismo que responde de mejor forma a las exigencias iusconstitucionales ligadas a la dignidad y a la igualdad. El segundo, refiere a la presentación del respeto laboral como el elemento esencial dentro de la regulación laboral; resulta ser el núcleo central alrededor del cual giran de manera dinámica las regulaciones y las relaciones de trabajo. En el tercero, se pretende fundamentar el respeto laboral.

Por la naturaleza del presente escrito las alusiones a los derechos colectivos sindicales (consagrados en los artículos 28 y 37 de la CE, y en el artículo 39 de la CP), como derechos fundamentales, y como estrategias para limitar el poder empresarial, son escasas; pues, por la esencia y composición estructural del respeto laboral y lo que el implica (como se verá a continuación), se trata de sugerir posiciones básicas que no son negociables, son de la máxima importancia en el ordenamiento jurídico, por lo cual no se encuentran a la libre disposición de las partes sino que son irrenunciables. Además de ello, el ejercicio de los derechos colectivos, presupone la consolidación del poder sindical, por lo cual no se encuentran presentes en todas las relaciones laborales. Requiere un acuerdo que no siempre está presente. Sus costos de negociación, acuerdo y ejecución, son más elevados. Es más interesante analizar la implicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, cuando se revisan dimensiones en las cuales la diferencia de poder es elevado.

2.1. Subordinación, igualdad y cooperación laboral

Al principio de subordinación laboral subyace la existencia de un poder sobre una persona. Como todo poder implica la necesidad de su desconfianza²⁶⁵. Además, pueden presentársele tres objeciones generales que minan su configuración clásica. Estas

²⁶⁵ Ferrajoli manifestó que “el poder tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho”. Esta advertencia muestra un pensamiento de corte liberal, pues, parte del supuesto de lo aborrecible del poder y argumenta de manera subrepticia acerca de la necesidad de limitarlo de forma adecuada. FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 121.

objeciones son: la estructural, la perlocusionaria y la democrática. Estas objeciones conllevan a mostrar como un candidato plausible para su remplazo, lo que en este escrito se llama “el principio de cooperación laboral”.

2.1.1. Desconfianza respecto del empleador

Uno de los axiomas en los que se ha sustentado el Derecho Laboral es el de la subordinación del trabajador respecto del empleador²⁶⁶. El empleador, de conformidad con los poderes derivados de la dirección y coordinación de la empresa, se encuentra en la capacidad de determinar la conducta del trabajador²⁶⁷; estos poderes son “una pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional”²⁶⁸. Las facultades derivadas de la capacidad de dirección y mando en la empresa son una necesidad para el desarrollo adecuado de las funciones de la empresa²⁶⁹. Ésta no podría desarrollarse de forma plausible, cumplir sus funciones, crecer y ser fuente de riqueza social, sino existiera una estructura organizada que permitiera coordinar esfuerzos, tomar decisiones importantes, direccionar las metas y adaptarse al entorno²⁷⁰.

²⁶⁶ El Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece en su artículo 23: “1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.” En relación al principio de subordinación, su alcance y límites, pueden revisarse las sentencias de la Corte Constitucional C 397 de 2006 y C 386 de 2000.

²⁶⁷ El poder de dirección, para esta doctrina “constituye el denominador común del derecho que se reconoce al empresario para organizar la empresa, efectuar determinados cambios durante el desarrollo de los vínculos de trabajo y aplicar sanciones” ACKERMAN, Mario. Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 791

²⁶⁸ HERNANDEZ, Lupo. Poder de Dirección del empleador. En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 405.

²⁶⁹ BAYLOS, Antonio, PEREZ REY, Joaquín. El Despido o la violencia privada del empleador. Madrid: Trotta, 1999, p. 199.

²⁷⁰ Cfr. MARTÍNEZ FONS, Daniel. El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral. Madrid: CES, 1988, p. 376.

Sin embargo, a este principio, devenido de las exigencias constitucionales, se le presentan tres objeciones generales: la estructural, la perlocucionaria y la democrática. La objeción estructural refiere especialmente a asuntos relacionados con el alcance y el funcionamiento de la subordinación laboral. La objeción perlocucionaria alude al efecto que generan ciertas palabras, para el caso, al efecto negativo o peyorativo que pueden provocar en el destinatario²⁷¹. La objeción democrática, parte de una concepción amplia de democracia como forma de participación en toda clase de poder, la cual, por tanto, no se limita a la conformación y funcionamiento del poder público.

En cuanto a la primera objeción pueden revisarse tres situaciones: la falta de claridad en los alcances de las facultades. Las formulaciones jurídicas con las cuales se conceden dichas facultades dejan amplios espacios de indeterminación normativa. Desde esa perspectiva se da el caso que el trabajador pueda verse obligado a efectuar labores que están por fuera del contrato de trabajado, tenga que efectuar actividades más allá de las debidas, deba sobrepasar el horario de trabajo, los días laborables y se encuentre en una situación de indefensión respecto de su patrono²⁷². La mayoría de las situaciones abusivas se conjugan bajo el principio del *ius variandi* y las consecuencias tangenciales que implica²⁷³.

Estas situaciones conllevan a que se esté ante la sociedad del cansancio. Hace varios siglos estaba de moda hablar de Dios, posteriormente, en el siglo XVIII, el tema central era el contrato social, subsiguientemente, el hito lo marcaba el progreso, la lucha de clases, la vacunas, en el siglo XX, actualmente, está de moda hablar del cansancio. Situación que afecta los aspectos más profundos de las relaciones personales y laborales. Se viven en una sociedad del rendimiento donde la necesidad de poder es imperiosa, donde las empresas y

²⁷¹ AUSTIN, John. *Cómo hacer cosas con palabras*. Madrid: Paidós, 1971.

²⁷² ¿Cuáles son los límites de estas facultades de mando? ¿Cómo puede protegerse el trabajador de los abusos del empleador? ¿Los trabajadores se encuentran en igualdad de condición para resistir este poder? ¿Cómo interviene el estado para tratar de paliar estos abusos? De forma más específica, estos cuestionamientos se materializan en otras preguntas ¿Puede el empleador imponer al trabajador que desarrolle actividades personales para las cuales no fue contratado? ¿El empleador puede imponer a un trabajador que profesa la religión testigo de jehová la obligación de trabajar un sábado? ¿El empleador puede revisar el correo electrónico del trabajador cuando la cuenta es de la empresa?

²⁷³ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen I*. Buenos Aires: Bibliográfica Omega Editores – Libreros, 1963, p. 234.

los medios de comunicación saturan a las personas, donde el egoísmo reina. Los teléfonos inteligentes dominan a las personas a la vez que las aíslan. En las relaciones de trabajo lo importante es que el trabajador rinda, sea eficiente, aproveche el tiempo. Ya no existe la misma relación con los jefes o los colegas. Pueden pasarse semanas o meses sin ver al director de la empresa. Pareciera que cada vez existe un menor sometimiento, en el que el esclavo deseaba ser visto por cuestiones de reconocimiento. “Por eso uno es amo y esclavo de sí mismo. Uno se impone las tareas, las demandas excesivas, las metas inalcanzables. Entonces uno vive para el trabajo sin necesidad de que el amo lo recuerde”.²⁷⁴

Una de las formas que se han tomado para tratar de paliar esta situación es la de establecer por vía legal o jurisprudencial determinados límites a estas facultades, en aras a prevenir las consecuencias directas o indirectas que de ella se dependen. De forma legal se ha establecido, por ejemplo, en Colombia la Ley 1010 de 2006 sobre la protección al acoso laboral²⁷⁵. Mediante esta Ley se desea, entre otras cosas, que el trabajador ostente una órbita de protección de los abusos cometidos por el empleador; de forma específica el objeto es “definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública”. Esta Ley define diferentes modalidades de acoso laboral, describe las conductas constitutivas del mismo, y establece medidas preventivas, correctivas y sancionatorias. Esta herramienta es un ejemplo interesante de la preocupación estatal por la protección del trabajador de los abusos del empleador, sin embargo, continúa con la concepción clásica del trabajador subordinado que debe temor a su empleador y sempiterna efectuando un énfasis especial en las consecuencias más que en las causas.

Desde la perspectiva jurisprudencial se han trazado límites vagos derivados, principalmente, de la protección de derechos fundamentales al interior de la fábrica; por ejemplo, en la sentencia T 405 de 2007, la Corte Constitucional estableció la importancia

²⁷⁴ BYUNG-CHUL, Han. La sociedad del cansancio. Barcelona: Herder, 2012, p. 38.

²⁷⁵ Por medio de la cual “se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”.

de la obligación que tiene el empleador de respetar la intimidad y la honra de sus trabajadores, especialmente, lo que concierne al trato respetuoso. Las dos vías, la legal y la jurisprudencial, han sido importantes en cuanto al avance de la protección del trabajador, empero continúan siendo límites poco coherentes con perspectivas distintas y no articuladas. La legal, es una protección a posteriori y fijada en las consecuencias, y la jurisprudencial es individual y discrecional²⁷⁶.

Los abusos parecen deberse a una especie de herencia socialmente aceptada de las servidumbres y los contratos de vasallaje de los cuales deriva de manera remota el contrato de trabajo²⁷⁷. En las servidumbres y los contratos de vasallaje existía una fuerte dependencia; el señor feudal ostentaba la potestad de disponer de la integridad y la vida de sus siervos, no obstante, se entendía que esa relación era beneficiosa para el siervo y este debía obedecer a su amo en los aspectos personales y laborales. La relación laboral actual parece acordarse y transmitir implícitamente estas formas de derivación de lo que se había dado en un periodo de la historia. La subordinación del trabajador, si bien se encuentra en un eslabón más débil de dependencia, continua siendo una situación que presta un espacio propicio para el abuso.

En cuanto a la segunda objeción, los tribunales constitucionales se han mostrado muy sensibles respecto de ciertos términos que pueden generar en su destinatario una sensación peyorativa, de cierta forma discriminatoria, que atenta contra la dignidad de las personas. Es así que la Corte Constitucional colombiana determinó que debían remplazarse las palabras negritudes en la Constitución Política Colombiana por la palabra afrodescendientes, en la medida que el primer término podría entenderse con una carga

²⁷⁶ En este sentido se hace importante la revisión de la sentencia de la Corte Constitucional T 386 de 2009.

²⁷⁷ “Las tesis comunitarias encuentran su germen en la cultura jurídica germánica para la cual la relación de trabajo tenía sus orígenes en la relación de vasallaje o contrato de servicio fiel (Treudienstvertrag) —en oposición a la cultura romanista en la que la relación de trabajo se construye a partir de la locatio operarum, por la cual un hombre libre se comprometía a prestar servicio a otro, teniendo como antecedente a su vez la locatio hominis, a través de la cual el dominus cedía a otro el disfrute de un esclavo a cambio de un precio” ALAIN, Supiot. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1994, p. 25.

semántica discriminatoria que afectaba la dignidad de este grupo de personas²⁷⁸. En un sentido similar, en el campo laboral, la Corte Constitucional en la sentencia C 037 de 1996 determinó que no debía hablarse de Departamentos de Recursos Humanos sino de Departamentos de Talento Humano, ya que el primer término instrumentalizaba a los trabajadores al tratarlos como medios. En la sentencia C 1088 de 2004 la Corte Constitucional determinó que los términos patrono o siervo, eran inadecuados para referirse a esta clase de relaciones; el argumento general seguía siendo el respeto a la dignidad humana. Luego, en el caso de la subordinación, si se desea ser coherentes, tal situación también debería examinarse. La subordinación refleja una dependencia, una inferioridad de una persona sobre la otra, una forma de presentar en el ámbito privado la concepción de súbdito, que instrumentaliza a los trabajadores. Luego, esta forma de significar la relación, puede verse como un trato instrumental del trabajador que riñe con los aspectos esenciales de la dignidad humana.

La tercera objeción parte de una concepción amplia y finalista de la democracia. La democracia es una forma de participación en la conformación y en el ejercicio del poder, cuya finalidad es su repartición o limitación²⁷⁹. Pese a que tradicionalmente la democracia se ha mostrado como un instrumento para la participación en la conformación del poder político, en un sentido amplio, y teniendo en cuenta la existencia de poderes privados,

²⁷⁸ En un principio la Corte Constitucional en la sentencia C 253 de 2013, estableció: “La Corte no puede juzgar una palabra aislada del contexto en el que se examina la inconstitucionalidad. Las normas que se acusan fueron luego de promulgada la Constitución de 1991 la cual pretendió reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación proclamando los derechos de los grupos étnicos entre los que se incluyen los pueblos indígenas y las comunidades negras. El legislador, por su parte, desarrolló el mandato constitucional en disposiciones que consagran acciones afirmativas para promover la integración de estas comunidades. La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los afrocolombianos, sino por el contrario, en un marco normativo que reconoce sus derechos sociales, políticos y económicos. En otras palabras, la utilización de la expresión “comunidades negras” en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, expande el principio de dignidad humana en el marco de la igualdad material otorgando mayores garantías a estos grupos por encima del resto de la población. Eliminar de las disposiciones acusadas la expresión “comunidades negras” sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscribe la discriminación.

²⁷⁹ Cfr. CONSTANT, Benjamín. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 28-35.

resulta adecuado que la democracia se entienda como un instrumento que también obra en el campo privado, y que de ella se derivan ciertos derechos en favor de las personas. No existe una razón adecuada y suficiente para realizar tal distinción. Lo perjudicial de los poderes públicos también se da en el campo privado, sumado a ello existe una tendencia respecto del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado²⁸⁰. Luego, en este sentido amplio de la democracia²⁸¹, los trabajadores tienen derecho a participar en la formación y en el ejercicio de los poderes al interior de la empresa (lo cual no solo se realiza mediante los sindicatos y las convenciones colectivas, si no por una forma de proteger derechos fundamentales como la igualdad y la participación en las decisiones que los afectan). Luego, la consideración de subordinados contradice esta concepción de democracia, al entenderlos únicamente como destinatarios de un poder externo²⁸².

Ahora bien, teniendo en cuenta las objeciones anteriores y aunque debe existir una dirección de parte de los empleadores de las funciones que desempeñan los trabajadores con miras a que puedan desarrollarse las actividades de forma organizada y enfocada al interior de la empresa, es claro que esta función pese a ser necesaria ha de ser limitada, y debe responder a las exigencias del igualitarismo constitucional. Una organización humana en la cual no exista una dirección que ayude a coordinar los esfuerzos mancomunados de las personas que en ella intervienen, no sería más que un desorden contraproducente que se guiaría por una especie de estado de naturaleza, pero que, al igual que como ocurre con el poder estatal, debe ser moderada.

Es decir, a la facultad de dirección, encajada mediante el principio de subordinación, debe establecerse ciertos límites más o menos claros, en aras a determinar una mejor forma de protección en favor del trabajador. Lo anterior partiendo de la premisa que las facultades no

²⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 452.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003, p. 325.

²⁸² Lo anterior sin olvidar la importancia de los sindicatos y las convenciones colectivas. Sin embargo, esta forma de negociación no implica el ideal democrático que se defiende de una forma plausible, debido a su déficit de legitimidad y representación y al hecho que instrumentaliza al trabajador.

sean apropiadas o defectuosas, puesto que una visión que argumente en favor del establecimiento del modelo actual, o que inclusive, defienda ideales según los cuales el poder del empleador debe ampliarse, no tendrían que revisar lo ya existente; sin embargo, la realidad social permite citar y tener como probadas las premisas referidas. Quien haya realizado un trabajo al interior de una empresa comprenderá fácilmente los argumentos que se exponen. La idea que se pretende exponer, en un grado de abstracción mayor, establece que el poder del empleador sobre el trabajador, que se tiene jurídicamente como algo benévolo, ha traído consecuencias negativas; consecuencias que pueden mejorarse con el establecimiento de estructuras que reconfiguren la forma clásica mediante la cual se ha entendido la subordinación en la relación laboral.

En lo que sigue trata de responderse a las siguientes preguntas ¿Se ha establecido una potestad demasiado alta en favor de los empleadores? ¿Se están dejando cosas muy importantes en manos de los particulares? ¿Podría plantearse una forma de entender la relación laboral de forma más proteccionista en favor del trabajador?

2.1.2. Principio de subordinación

La subordinación laboral es la contrapartida de una clase de poder, un fuerte poder privado. No ha sido objeto de grandes reflexiones filosóficas, por prioridad y por preocupaciones más inmediatas. Sin embargo, como todo poder implica desconfianza y bajo su manto se ha causado grandes daños sociales. Los cuales solo son relevantes en casos emblemáticos pero que afectan cotidianamente la forma como las personas viven sus vidas. Puede asemejarse al poder estatal, desde la perspectiva que en el ámbito laboral se tejen micro regulaciones jurídicas y relaciones sociales, en los que se parangona una autoridad y un destinatario²⁸³.

Desde los principios del Derecho Laboral moderno la potestad de mando que ostenta el empleador sobre los trabajadores se basó en la necesaria dirección y coordinación de la

²⁸³ Sobre la desconfianza al poder y la protección de los derechos fundamentales en una teoría garantista: FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005, p. 290. FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 47.

empresa. Sin esta facultad difícilmente podría establecerse un desarrollo empresarial adecuado, se hace necesario ostentar la preeminencia de una voluntad sobre las otras a efectos de direccionar esfuerzos. Visto desde la perspectiva del empleador hacia el trabajador se entendió que aquel ostentaba la facultad de dirección y mando, visto desde la perspectiva del trabajador, se entendió que el trabajador se encontraba subordinado al empleador. Estas dos situaciones son las dos caras de la misma moneda, mediante la cual se desea explicar que es en el sentido del empleador en el que deben desarrollarse las actividades empresariales. Derivado de esa facultad de mando el empleador puede modificar las actividades, el horario, el modo, y de forma general, la manera como se desarrolla la relación laboral. En síntesis: el empleador impone su voluntad al trabajador.

No obstante que existen ciertos límites constitucionales, trasnacionales, legales, jurisprudenciales, contractuales o convencionales que intentan restringir las facultades de mando del empleador, la posición estratégica de dominio que ostenta, le ha permitido buscar los espacios jurídicos o simbólicos para hacer prevalecer su voluntad (piénsese por ejemplo en la terminación sin justa causa mediante indemnización o la alusión a problemas económicos, o a lo indeterminado de las causales de despido).

Las nuevas tecnologías han incrementado el poder del empleador. Los avances tecnológicos y la globalización han realizado cambios importantes en las relaciones laborales y en la concepción de subordinación. En la empresa en red el poder del empleador o empleadores parece volverse más dúctil, lo que se traduce en mayores campos de autonomía, empero permite un control dirigido a objetivos que puede ser más intenso y agravado por aspectos tecnológicos. El derecho al trabajo se ve transformado, para Supoít, por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en el sentido que refiere un ser humano dispuesto en todo momento y lugar para trabajar. No importa dónde y no importa cuando. Luego se hace necesario establecer límites a este poder de ubicuidad; límites que concilien el avance de las tecnologías con la vida real de los trabajadores²⁸⁴.

²⁸⁴ SUPIOT, Alain. Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007, p. 46.

Sin embargo, las consecuencias de que no existiese una especie de principio de subordinación, o algo semejante dentro de la relación laboral, serían poco deseables. La finalidad de la empresa no podría cumplirse: ¿si el trabajador pudiese escoger entre desarrollar tales o cuales actividades, la empresa podría prosperar? ¿Si no existieran lineamientos a seguir dentro de la fábrica los trabajadores se organizarían para el desarrollo adecuado de sus actividades? ¿Los trabajadores desarrollarían de buena fe sus actividades sin necesidad de un control cercano? El individualismo y el egoísmo son elementos que atentarían contra el transcurso de la empresa. Según el principio de subordinación laboral las anteriores preguntas se responderían de forma negativa. Sin entrar al dilema del grado de subordinación que ostenta el empleador (teniendo en cuenta que la sujeción de una persona hacia otra puede ostentar los más variados niveles), parece plausible la necesidad que ésta exista.

El trabajador resulta ser, bajo esta dimensión, un súbito del empleador: debe obedecer sus órdenes²⁸⁵, acomodarse a sus indicaciones, pues mediante un contrato se ha obligado a ello²⁸⁶. Mediante el contrato de trabajo el trabajador cede al empleador parte de su libertad y capacidad intelectual y personal para situarla a su disposición. “La mayoría de los

²⁸⁵ Alonso Olea trata el esclarecimiento de dos granes contrarios, el estado de servidumbre y la libertad de contratación. Parte de la nulidad de los arrendamientos de servicios concertados de por vida. Utiliza el método de la historia de las ideas. Comienza con Vitoria y termina en Hegel. Para Vitoria la esclavitud es inadmisibles. Domingo Soto, por su parte, se encuentra en una zona de ambigüedad, debido a que la acepta con limitaciones; la esclavitud contractual es lícita. Bodino en los Siete libros de la república establece ciertas diferencias entre el esclavo y el contrato del jornalero; el contrato de un jornalero no puede o debe prolongarse de por vida o se violaría la libertad contractual. Suarez, pese a darle importancia a la libertad de los hombres, acepta la servidumbre contractual; además establece una diferencia entre la obediencia del siervo, sin límites, y la del fámulo delimitada por su oficio. Para Grocio es lícita la servidumbre y la esclavitud contractual. Por su parte Hobbes, trata de derribar el argumento según el cual el esclavo está sujeto al amo merced de la virtud de aquel; en el Leviatán declara nulo los pactos de alienación. Pufendorf acepta los contratos de esclavitud. Locke no admite que el hombre se esclavice voluntariamente. En Kant la esclavitud se concibe como una pena. Esclavitud, como sujeción forzada e ilimitada, y contrato, como sujeción voluntaria y limitada, aparecen en el pensamiento de Bentham. Hegel, en quien basa parte de sus principales ideas, reconstruye la diferenciación entre trabajo objeto de contrato y trabajo servil, niega la viabilidad del segundo término, pues no es posible “la enajenación total de mi tiempo”. ALONSO, Manuel. De la servidumbre al contrato de trabajo. Madrid: Tecnos, 1987, p. 124.

²⁸⁶ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. En APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Antonio. Autoridad y Democracia en la Empresa. Madrid: Trotta, 1992, p. 29.

contratos de servicio somete al jornalero al poder del patrono, no solo en un cierto respecto sino en todo²⁸⁷. La subordinación de la relación laboral, que tiene su fuente en el contrato de trabajo se funda en la idea general de la obediencia derivada de contratos feudales, vasallaje y de esclavitud. La diferencia entre estas tres figuras, lato sensu, y aunque deba matizarse la afirmación²⁸⁸, es cuestión de grado y de afectaciones generales. Para Antón Menger “puede asegurarse que ninguna otra parte de nuestro sistema de Derecho privado ha quedado tan atrás, recordando por tal modo la servidumbre de la gleba, y otras condiciones autoritarias del orden social feudal, como el derecho relativo a los criados.”²⁸⁹

Este principio, a su vez, se funda en una organización jerárquica de las empresas, en la cual los trabajadores (los trabajadores masa), por lo general, ocupan el eslabón de base de la pirámide²⁹⁰. Como se encuentran en el nivel más pobre de jerarquía su fuerte vocación de obediencia es una situación aceptada como norma social y jurídica -lo cual parece contrastar con el reconocimiento de los derechos constitucionales-. Además, son objeto de una constante regulación mediante diferentes estrategias de poder simbólico y real, que incluyen las más aceptadas e indirectas técnicas, las cuales, terminan por minar los espacios

²⁸⁷ MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y los pobres* (Trad. Adolfo Posada). Madrid: Librería General de victoriano Suarez, 1898, p. 318.

²⁸⁸ Esta afirmación puede también matizarse en el entendido que la fundamentación contractual de la relación de trabajo, la cual es patrimonialista con implicaciones personales, supera la fundamentación comunitarista o institucionalista del mismo, donde se exponía la idea de los intereses comunitarios de los extremos más que los contrapuestos. Gierke encuentra en el contrato de servicios fiel, que es el que configura las relaciones feudo-vasallísticas, las raíces del contrato de servicios alemán. Aquel introdujo un trabajo remunerado de base contractual y libre. Este contrato progresivamente fue abarcando trabajos de alta jerarquía junto con prestaciones menos honrosas. El contrato de servicio fiel sufre en la edad media un desgaste que concluye con su transformación en el contrato de servicios. Gierke, Otto von. *Las raíces del contrato de servicios* (trad. G. Barreiro). Madrid: Civitas, 1980. p.15 y ss. En contra de esta tesis Alonso olea manifiesta que considerar que el origen del contrato de trabajo es el contrato de servicio fiel, implicaría que en aquel falta la libertad como en éste. ALONSO, Manuel. *De la servidumbre al contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 124.

²⁸⁹ MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y los pobres* (Trad. Adolfo Posada). Madrid: Librería General de victoriano Suarez, 1898, p. 314.

²⁹⁰ “La empresa, se sostiene en un minúsculo ordenamiento auto-concluso, es una institución con un legislador propio (...), todo un conjunto coordinado de autoridades y engranajes administrativos”. ROMAGNOLI, Umberto. *Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas*. En: *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Número 1-2, 1975-1976, p. 197.

más íntimos de la vida personal del trabajador²⁹¹. Estos espacios incluyen temas tan íntimos que están relacionados con aspectos ideológicos y religiosos²⁹².

El poder disciplinario del empleador se deriva del principio de subordinación, y mediante esta facultad el trabajador puede ser vigilado y castigado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales²⁹³. De forma general el trabajador puede ser despedido si desobedece las órdenes del empleador. Si un trabajador falta reiteradamente al trabajo o asiste en estado de embriaguez, se podría pensar que ha incurrido en una causal que constituye justa causa para terminar el vínculo laboral. Empero, que ocurre si ¿se trató de una orden que no se relacionaba directamente con el objeto contractual? ¿Si el empleador deseaba que el trabajador incumpliera las ordenes emitidas? ¿Si las órdenes dadas sobrepasaban las capacidades del trabajador o deberían efectuarse fuera del horario de trabajo?²⁹⁴ Más adelante se tratarán de resolver las anteriores preguntas.

Ahora bien, un campo más general en el cual puede verse la aplicación del principio de subordinación de forma más explícita es el de la organización estatal paleolítica. En la organización estatal, para el desarrollo adecuado de la sociedad, los miembros deben cumplir y sujetarse a los mandatos del soberano. El soberano podía bajo estas premisas

²⁹¹ Según Baylos: “contradicción entre el reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales de la persona y su negación radical en el ámbito concreto de la empresa”. BAYLOS, Antonio. En torno al Estatuto de los Trabajadores: La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador. En: Lecciones de Derecho del Trabajo. En homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, p. 307.

²⁹² Sin embargo, hay que tener en cuenta que la forma de organización compleja de las empresas conlleva a que al interior de estas existan diferentes jerarquías y diferentes niveles de subordinación. Luego existen trabajadores respecto de los cuales el principio de subordinación se aplica con menor fuerza, piense en los gerentes o directores de las empresas, empero existe otra clase de trabajadores, que son la mayoría, respecto de los cuales el principio se aplica con mayor ímpetu.

²⁹³ Sobre estas nociones en el ámbito social: FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.

²⁹⁴ Morato García analiza el alcance “del deber de obediencia y sobre el significado real y proyección efectiva del concepto de regularidad al que se refieren los arts. 5, c) y 20.2 Estatuto de los Trabajadores. Todo ello a fin de poder identificar las posibilidades de valoración inmediata de la decisión empresarial por quien es receptor de la misma”. MORATO, María. Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección. Granada: Comares, 2011, p. 23.

dar cualquier tipo de órdenes a las cuales debían sujetarse los súbditos. Piénsese por ejemplo en la concepción del imperio de Bodino²⁹⁵.

Actualmente no puede creerse que algún tipo de sociedad se organice con base en estos criterios. Especialmente, por la protección a los derechos fundamentales y la necesidad de participación en las formas de poder, su configuración y ejercicio. Las concepciones de la democracia mayoritaria o deliberativa, otorgan un mayor grado de participación de las personas en la toma de las decisiones estatales, los ciudadanos ostentan la facultad de tomar decisiones sociales, participar en los debates y ser activos dentro de la formación de la voluntad social. Inclusive, una decisión que no se halla basado en estos principios resulta ilegítima e inválida. En el ámbito familiar, también puede notarse un proceso de democratización similar²⁹⁶, se elimina la concepción patriarcal y se les reconoce a los miembros familiares derechos de participación en las decisiones importantes que los afecten. Si esto es así, surge el cuestionamiento alrededor de por qué la estructura de la relación laboral parece no haber progresado en el mismo ambiente democrático o por qué debe creerse que en ese tipo de relaciones la mejor forma de desarrollarse es el establecimiento de un poder sobre los otros²⁹⁷.

Contrario a las sugerencias de las preguntas anteriores, los empleadores han aumentado el poder y buscan la forma de seguir acaparándolo²⁹⁸, mientras tanto los trabajadores, en el polo opuesto, derivado de la costumbre, el desempleo, la poca capacitación, los bajos

²⁹⁵ Para Bodino, la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república y ésta es un gobierno basado en las leyes de la naturaleza. Bajo esta óptica la ley es entendida como el producto de la voluntad del Soberano. BODINO, Jean. Los seis libros de la república. Madrid: Tecnos, 1997, p. 124.

²⁹⁶ Por ejemplo en el caso de la Sentencia de la Corte Constitucional C 372 de 1994.

²⁹⁷ La forma en la que los empleadores manejan la potestad de mando es insensible al principio de reciprocidad. Los empleadores no tomarían decisiones que a ellos les favorecería si fueran trabajadores. Las decisiones que el empleador toma respecto de sus trabajadores, por situar un ejemplo que puede ilustrar la idea que se defiende, no son decisiones que el empleador le gustaría que el estado tomara respecto de él. El aumento de la vigilancia que ejerce el empleador le resultaría odioso si eso implicara un aumento de la vigilancia por parte del Estado, el trato de “acomódese o vallase” no es el mismo que le gustaría sentir en materia tributaria respecto del Estado.

²⁹⁸ Así, la empresa y las facultades de dirección del empresario permanecen “inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático”. MOLINA, Cristóbal y OLARTE, Sofía. Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia. En Revista Crítica de Teoría y Práctica, Número 2, 1999, p. 366.

niveles de seguridad social, y de la falta de empleos bien remunerados, continúan sometidos a este yugo²⁹⁹. Los empleadores aumentan el poder entre otras cosas, por el correlato de las situaciones anteriores y por los adelantos tecnológicos, que permiten una mayor intromisión en la órbita del trabajador en la empresa, permiten mayor inspección, control en el desarrollo de las actividades, en la producción y en el manejo de la producción³⁰⁰.

Si bien se hace necesario el establecimiento de un poder de coordinación para el desarrollo adecuado de las funciones de la empresa y al mismo tiempo se teme de la forma en la que se ha desarrollado éste, cabe preguntarse ¿Cuál es la forma adecuada para coordinar el desarrollo de las actividades en la empresa? ¿Cómo puede desarrollarse una forma de protección al trabajador que al mismo tiempo reduzca la posibilidad de que se abuse de ella?

Para responder a las anteriores preguntas se hace necesario describir tres alternativas para el manejo de las relaciones laborales al interior de la empresa. Posteriormente, esas alternativas son valoradas y criticadas a efectos de establecer cuál de esas alternativas ofrece la concepción que mejor interprete el igualitarismo constitucional y proteja de forma más adecuada al trabajador. Antes de exponer las alternativas se han de tomar en cuenta cuatro factores que inciden en la valoración que se efectuará.

2.1.3. Factores a tener en cuenta

²⁹⁹ Podría pensarse que no existe la obligación de los trabajadores de mantener una relación laboral cuando las condiciones no son adecuadas, que la decisión que ellos deberían tomar es cambiar de actividad y buscar otra en la cual estén mejor remunerados y el trato que reciben del empleador sea más adecuado. Una respuesta de este tipo resulta atractiva pero es insensible a las circunstancias laborales de países como España y Colombia. Las causas principales para que no se proceda de esta forma son el alto nivel de desempleo, la baja velocidad de rotación del empleo y la necesidad del trabajador de los ingresos derivados del empleo.

³⁰⁰ Aparicio y Baylos afirmarán que “estamos asistiendo a una exaltación de la empresa como organización racional generadora de riqueza, con pretensiones de elevarla a organización modélica en todos los ámbitos de la vida social”. APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Antonio. Autoridad y Democracia en la Empresa. Madrid: Trotta, 1992, p. 9.

Para responder a las preguntas acerca de la subordinación del trabajador en el marco del contrato de trabajo, desde una perspectiva dogmática³⁰¹, y plantear alternativas plausibles se hace necesario tener en cuenta, por lo menos, cuatro asuntos importantes: la pertinencia jurídica de la figura, el grado en el cual debe ejercerse, los beneficios generales y los sujetos involucrados.

En primer lugar, la pertinencia de la figura de la subordinación refiere a la pregunta relativa a si se hace necesario el establecimiento de esta figura, es decir, si es una condición *sine quanon* para el adecuado desarrollo de las relaciones laborales. La respuesta a esta pregunta puede ostentar diferentes versiones, desde las concepciones conservadoras, según las cuales debe mantenerse de la forma en la que se ha desarrollado, y las respuestas liberales, que podrían plantear el cambio de la figura por una estrategia que permita de mejor forma la protección de los derechos de los trabajadores: la reducción del poder del empleador conlleva una mejor protección de los trabajadores. No obstante, que existan distintas versiones acerca de las respuestas a esa pregunta, se hace necesario tener en cuenta que en lo que sí coinciden es que difícilmente pueda plantearse la eliminación total de la figura; aún en los casos extremos se haría necesario plantear un principio de respaldo, como la buena fe, que permita, así sea en un grado mínimo, una meridiana organización empresarial y un desarrollo económico como fin constitucional.

³⁰¹ Pese a la importancia que ostenta el aspecto económico en general, y que condiciona las relaciones laborales en sus aristas más intrínsecas, el modelo de relación laboral que se toma en este trabajo se basa especialmente en el de la relación clásica entre empleador y trabajador. Por lo cual, no se realizará una especial revisión en aspectos relacionados con las empresas en red, las nuevas tecnologías y los trabajadores autónomos. Al respecto es importante el trabajo realizado por OJEDA, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La Ley, 2010, p.25-342. Los avances tecnológicos y la globalización han realizado cambios importantes en las relaciones laborales y en la concepción de subordinación. En la empresa en red el poder del empleador o empleadores parece volverse más dúctil, lo que se traduce en mayores campos de autonomía, empero permite un control dirigido a objetivos que puede ser más intenso y agravado por aspectos tecnológicos. El derecho al trabajo se ve transformado, para Supiot, por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en el sentido que refiere un ser humano dispuesto en todo momento y lugar para trabajar. No importa dónde y no importa cuando. Luego se hace necesario establecer límites a este poder de ubicuidad; límites que concilien el avance de las tecnologías con la vida real de los trabajadores. SUPLOT, Alain. Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007, p. 56.

En segundo lugar, en caso de aceptar que la figura debe seguir existiendo, bien sea de la misma forma o con modificaciones, es importante reflexionar acerca de la fuerza en la que debe ser ejercida, dentro de los diferentes grados de poder que puede ejercer una persona sobre otra ¿Cuál es la forma más adecuada en la que debe desenvolverse el poder de mando en la relación laboral?³⁰² En este sentido, podría pensarse que es posible establecer un nivel de categorías que permitan diferenciar el grado de poder con el que se dirige una empresa, por ejemplo, en el sentido de afirmar que en una empresa puede establecerse una fuerza: alta, media o baja. Esta escala puede enriquecerse de muchas formas, por ejemplo, estableciendo escalones entre los diferentes niveles o creando una tabla más completa con otras variables, o estableciendo situaciones de excepción.

En tercer lugar, ha de pensarse en las consecuencias que tienen el establecimiento de la figura o su modificación. Es decir, como se afecta la sociedad, la empresa, el trabajador, e inclusive, el Estado, cuando se opta por una u otra forma de coordinar las relaciones laborales dentro de la empresa; como se afectan los derechos de las personas y los grupos. Lo anterior parte de la hipótesis que dependiendo de la forma en la que se pretenda organizar las relaciones laborales ello traerá consecuencias benéficas para el empleador: como mayor grado de pertenencia, mayor flujo intelectual e iniciativa³⁰³; o consecuencias negativas: como falta de motivación de los trabajadores, altos costos de cooperación, mal ambiente laboral, entre otras.

En cuarto lugar, se hace importante revisar la forma en la que la figura se puede ejercer en relación con determinadas clases de trabajadores. Es decir, intuitivamente se parte de que la subordinación, o figura afín que se plantee, debe tratar con una especial consideración a determinados trabajadores, que son más vulnerables que otros. El grado de indefensión con que cuentan los trabajadores es distinto, pareciera que existen trabajadores que necesitan una especial consideración derivado ello de sus condiciones, sociales, culturales,

³⁰² Cfr. Sobre las distintas clases de subordinación HART, Herbert. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p.127.

³⁰³ Cfr. OJEDA, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La Ley, 2010, p. 238.

económicas o educativas. En algunos casos depende inclusive de la voluntad del empleador direccionar su conducta y decisiones en sentido de igualdad.

2.1.4. Tres alternativas

Las tres alternativas que se describen a continuación tienen en cuenta los factores anteriores y muestran fórmulas distintas para superar la clásica forma de entender la subordinación laboral. Con la finalidad de escoger cual puede ser la que mejor se acomode a las exigencias de los modernos constitucionalismos democráticos. La concepción clásica de la subordinación se encuentra inserta dentro del modelo del Estado Liberal³⁰⁴, y se identifica, especialmente con los principios de libertad, propiedad y libertad de empresa³⁰⁵, en la medida que acepta la voluntad de las partes como fuente de subordinación de una persona respecto de otra.

Las dos primeras alternativas siguen estrategias similares a las establecidas para limitar el poder estatal, en relación a disminuir el poder del empleador, bien sea respecto de reglar sus funciones o limitar su campo de acción. La primera alternativa es entender la subordinación como algo odioso dentro del contrato y, por tanto, modificar totalmente el concepto desde la perspectiva de establecer dentro del contrato una intromisión fuerte del Estado, en la medida en que se exija que las actividades y las obligaciones que debe cumplir el trabajador se describan de forma detallada dentro del acuerdo, luego, la relación laboral se desarrollaría por el cumplimiento específico de lo estipulado. Esta alternativa tiene una especial inspiración en el principio de legalidad estatal. La segunda alternativa consiste en permitir el desarrollo libre del trabajador al interior de la empresa, teniendo en cuenta el principio de buena fe del trabajador y que éste cumplirá las labores encomendadas de una forma adecuada. Esta concepción es similar, teniendo en cuenta las diferencias en el campo de aplicación, a la concepción del Estado Mínimo, y también, se encuentra inspirada

³⁰⁴ Sobre el concepto de Estado Liberal: SÁCHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 2000, p. 35.

³⁰⁵ Cfr. DUGUIT, León. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón Madrid: Librería española y extranjera, 1920, p. 39.

en la necesidad de concebir al trabajador un mayor poder de participación en las decisiones de la empresa, luego, se relaciona con la concepción del Estado Democrático³⁰⁶. La tercera alternativa consiste en modificar la noción de subordinación por la de cooperación laboral, según la cual los trabajadores ostentan una participación de socios activos dentro de la empresa lo cual permite democratizar la empresa y participar en la formación y toma de decisiones laborales. Esta noción se relaciona con el Estado Social y Democrático de Derecho.

La primera alternativa parece plausible y con beneficios deseables. El hecho de que se establezcan al interior del contrato de trabajo de forma detallada las obligaciones que deben cumplirse, y se especifiquen en cuanto al tiempo, modo y lugar, se presenta como una solución que parece atractiva. No es imposible, en la medida que sigue la senda del contrato de prestación de servicios³⁰⁷. Esta alternativa tiene la potestad de restringir de manera importante el poder de mando del empleador sobre el trabajador, es desconfiada de esta facultad y de la forma como se ha ejercido, y establece una vía para la reducción del abuso. Así pues, se desea cambiar la figura clásica de la subordinación, y, en lo posible reducir el poder del empleador.

Además, puede verse beneficiosa para el trabajador por cuanto de forma pretérita el sabría cuáles son las actividades que debe desarrollar dentro de la relación laboral y, por tanto, de antemano tendría conocimiento de cuáles son sus obligaciones. No correría el riesgo de verse sorprendido por las indicaciones y orientaciones que emita el empleador. El hecho que desde el principio de la relación laboral se delimiten las obligaciones del trabajador es una forma de respetar su autonomía³⁰⁸ y considerarlo en mejor grado de igualdad respecto de su empleador (nadie celebraría un contrato para edificar una casa si no supiera cuales son las dimensiones y la forma de la edificación). Esta hipótesis de trabajo, inclusive,

³⁰⁶ Sobre la importancia del Estado Democrático; HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 34-245.

³⁰⁷ Sobre el contrato de prestación de servicios: sentencia de la Corte Constitucional C 171 de 2012.

³⁰⁸ Sobre la autonomía en el derecho privado CALDERÓN, Juan. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Uniandes, 2011, p. 125.

traería beneficios a favor del empleador: eliminaría costos al empleador en la administración de las capacidades de los trabajadores, podría efectuar un mejor control de las actividades desarrolladas por sus empleados, y permitiría efectuar una planeación detallada de las actividades de la empresa. El Estado, podría pensarse, también se vería beneficiado, en la medida que se eliminarían las reclamaciones entre trabajadores y empleadores por el abuso de la facultad de coordinación, en especial, podrían eliminarse gran parte de los litigios derivados del alcance y el desarrollo del contrato de trabajo.

Sin embargo, esta forma de entender la relación ostenta inconvenientes insalvables: los costos del contrato completo³⁰⁹, la imposibilidad cognitiva³¹⁰, la rigidez y la ambigüedad normativa³¹¹. El establecimiento del contrato completo sería muy costoso, en la medida en que prever todas las eventualidades que se dan en la ejecución del contrato se hace muy difícil y conlleva la inversión de una cantidad considerable de tiempo, dinero y esfuerzo. Es mucho más económico para el empleador redactar contratos generales de trabajo en el cual se guardé para sí el direccionamiento de las funciones específicas. Tratar de establecer un contrato completo, además de los costos que acarrea, presenta un problema epistémico de imposibilidad de establecer las distintas variables y situaciones que pueden llevarse a cabo en la ejecución e interpelación del contrato. Es imposible, por el dinamismo y la cantidad de situaciones, hechos y procesos, que pueden presentarse en el desenvolvimiento del contrato, prever todos los pormenores importantes a la relación, para regularlos en los contratos. No obstante, si ello pudiera hacerse, en última instancia conllevaría a restarle flexibilidad a la empresa en su conjunto y capacidad de respuesta respecto de los estímulos y transformaciones sociales.

³⁰⁹ COOTER, Robert y ULEN Thomas. *Law & economics*. Nueva York: Addison Wesley Longman, 2000.

³¹⁰ Cfr. Sobre los problemas epistémicos del conocimiento del derecho ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Universidad Externado, 2007, 29.

³¹¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

La economía de mercado hace necesario para el desarrollo adecuado de la empresa que esta se pueda adaptar a su entorno³¹², lo cambiante de los negocios, lo líquida de la vida³¹³ empresarial; hacen necesario que exista flexibilidad en el desarrollo de las actividades empresariales³¹⁴. Además de estos inconvenientes, se encuentran los que llevaría la ambigüedad del lenguaje para el cumplimiento adecuado de las obligaciones estipuladas. A las estipulaciones contractuales le ocurren los mismos males que las disposiciones constitucionales y legales: adolecen de ambigüedad semántica. Por lo cual, no es resulta fácil adscribir el conjunto de significados a las disposiciones contractuales, por tanto, llevaría a interminables discusiones sobre las interpretaciones de las reglamentaciones contractuales.

Por su parte, la segunda alternativa, que sigue la misma vía relativa al Estado Mínimo, que tiene por finalidad salvaguardar la libertad estableciendo espacios infranqueables al poder, pese a que en principio parecería liberar al trabajador del yugo del empleador, tampoco parece ser del todo plausible como modelo para remplazar la concepción tradicional de la subordinación. En principio sigue la línea de limitar el poder del empleador, empero, obra no sobre la constitución del contrato sino sobre su ejecución.

Según esta visión, que se fundamenta en aspectos liberales extremos, la mejor forma de proteger al trabajador del empleador es lograr la eliminación de la figura tal como la conocemos, y confiar en el trabajador y en la buena fe para el desarrollo adecuado de sus labores. Esta concepción permite mayor libertad del trabajador en la empresa, mayor dinamismo, mejor flujo de ideas y es especialmente benéfica en cuanto al establecimiento de un espacio libre de intromisiones externas provenientes del empleador. También

³¹² Cfr. OJEDA, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La Ley, 2010, p. 237.

³¹³ “La modernidad sólida y sus múltiples características parecen tan lejanas a la actualidad donde lo característico es precisamente lo contrario: lo efímero, lo mutable y lo impredecible.” Para Bauman la liquidez de esta vida moderna consiste en una vida precaria y vivida en condiciones de incertidumbre constante. BAUMAN, Zygmunt. Vida Líquida. Barcelona: Editorial Paidós, 2006, p. 10.

³¹⁴ Las reformas legislativas laborales se dirigen a la flexibilización; a conceder mayores espacios de ejercicio al poder empresarial, de manera que cuente con un amplio margen de maniobra a la hora de encomendar diversas funciones al trabajador (polivalencia funcional). Cfr. MONTOYA, Antonio. Dirección de la actividad laboral. En: Comentarios a las Leyes Laborales: el E.T. Madrid: EDERSA, 1985.

resultaría benéfica al empleador en la medida en que se ahorra costos de construcción del contrato, costos administrativos para el desarrollo de las actividades y la vigilancia del trabajador³¹⁵, y puede verse beneficiado en el incremento del potencial creativo de sus trabajadores que repercute en beneficios empresariales³¹⁶.

No obstante, esta forma de ofrecer una alternativa a la concepción actual de la subordinación presupone un modelo de organización social y económica diferente, inclusive, presupone un trabajador distinto al existente en las sociedades españolas y colombianas. Los trabajadores como cualquier persona no son ni ángeles ni demonios³¹⁷. Tienen inclinaciones para obrar hacia el bien y hacia el mal, sería muy ingenuo, entonces, pensar que su comportamiento dentro de la empresa va a ser el mejor que pudiera esperarse. Los contextos culturales, educativos y de tono económico han formado un tipo de persona individualista, preocupado principalmente por la satisfacción de sus necesidades, y que difícilmente desea esforzarse, tener iniciativa o proponer actividades que le impliquen un mayor esfuerzo. Las consecuencias que podrían preverse bajo estas premisas son de caos en la empresa, los trabajadores no están preparados ni formados para afrontar esta manera de concebir la estructura laboral ni asumir las responsabilidades que de ella derivan.

Este modelo no pone tanto en peligro la libertad del empleador sino especialmente la existencia de la empresa. Asimismo, en últimas, iría en contra del propio trabajador, al situar en peligro la viabilidad de la empresa y por ende su posibilidad de derivar beneficios de ella. Luego, resta por analizar la tercera alternativa.

Como tercera alternativa se plantean las ideas básicas de la concepción de “cooperación laboral”. El planteamiento de la “cooperación laboral” sigue dos líneas argumentativas:

³¹⁵ El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, en sentencia 26 de septiembre de 2007, fijó su posición sobre la revisión empresarial del ordenador: “Se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario”.

³¹⁶ Cfr. OJEDA, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, p. 78.

³¹⁷ Hart hace la misma afirmación respecto de las personas, afirmación que implica a los trabajadores. HART, Herbert. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p.195.

supera las objeciones que se le presentan al principio de subordinación laboral, y se cimienta en la interpretación más plausible del constitucionalismo contemporáneo, especialmente del principio de igualdad, los derechos democráticos y de la dignidad humana³¹⁸. Una de las principales finalidades de esta noción es la de la transformación de la clásica concepción de subordinación en la relación laboral, propia de un modelo liberal del Estado, que permite reducir el abuso del poder y que, al igual que ha ocurrido en otros campos, debe reconfigurarse para ofrecer una perspectiva jurídica más coherente con el desarrollo constitucional contemporáneo.

Al principio de cooperación laboral no pueden realizársele en igual medida las objeciones que se le plantearon a la subordinación. En primera lugar, no puede considerarse que genere un efecto perlocucionario que atente contra la dignidad del trabajador³¹⁹. Pues, éste no se entiende como un subordinado, como alguien que dependa de la voluntad de otra persona, sino como un socio, un cooperado, una persona que merece consideración y respeto dentro de la relación laboral. Se ensalza su valor dentro de la empresa, se reconoce la importancia de su persona y el valor intrínseco de que es portador. En segundo lugar, es coherente con un rol más activo dentro de la Empresa, acorde con el reconocimiento de los derechos democráticos, y con una visión amplia de la democracia³²⁰, como un mecanismo en la consolidación y ejercicio en toda clase de poder, a la vez que limita el poder del empleador. Los problemas estructurales de la subordinación laboral, en tercer lugar, también se ven disminuidos, en la medida en que se limita y reparte el poder³²¹.

El principio en comento tiene especialmente dos premisas de partida: la desconfianza al poder y la necesidad de coordinación de las relaciones laborales. Presenta una seria

³¹⁸ Es decir que la cooperación dentro del contrato de trabajo descansa en una concepción democrática e igualitaria de la relación laboral en la cual los trabajadores participan de forma activa y libre en el desarrollo de las actividades de la empresa. Con esta figura se desea ofrecer una interpretación democrática de la dirección de la empresa, acorde con los postulados del constitucionalismo democrático y de la especial consideración y respeto de que son titulares los trabajadores.

³¹⁹ AUSTIN, John. *Cómo hacer cosas con palabras*. Madrid: Paidós, 1971. p. 5.

³²⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003, p. 230.

³²¹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Ética Privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993, p. 5-32.

desconfianza hacia la forma clásica como se ha entendido la subordinación y el control que ostenta actualmente el empleador, y no cree en la buena fe para el desarrollo de las actividades por parte de los trabajadores. Luego, trae, en principio, como consecuencia, la inconveniencia de considerar constitucional la forma tradicional de entender la subordinación laboral³²².

Los principales argumentos que cuestionan la forma clásica en la que se ha entendido la subordinación laboral, y que se derivan de las objeciones planteadas, son los siguientes: el establecimiento de una subordinación (fuerte) de una persona respecto de otra trasgrede el igualitarismo constitucional, el abuso de la posición de superioridad del empleador respecto del trabajador (en la medida que es permitida por el ordenamiento jurídico), la falta de límites claros entre las indicaciones de trabajo y el abuso de ellas, la carencia de un principio rector que articule la forma de entender la relación (tal como se expone en el próximo acápite), la poca capacidad de participación que esta forma de entender la relación conlleva, la herencia socialmente aceptada del vasallaje y la servidumbre³²³, los cambios que se han dado en estructuras análogas (que si bien presentan elementos diferenciadores importantes, no por ello puede negarse su aspecto normativo en relación a la modificación

³²² De esta forma la pregunta de si es constitucional el entendimiento de la subordinación laboral de la forma como lo ha entendido la doctrina laboral clásica, según el principio de cooperación laboral, tendría una respuesta negativa. El igualitarismo constitucional y los derechos democráticos se encuentran en tensión con la forma como se ha entendido la subordinación laboral, no desde la perspectiva de que no sea necesaria sino desde el punto que conlleva un sometimiento desproporcionado por la prestación de servicios personales que por lo común y antiguo no debe sostenerse, sino que debe evaluarse conformidad con las exigencia iusfundamentales, además que ha sido la causa de grandes afectaciones los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se han visto más afectados por las decisiones de los empleadores que directamente por la influencia de factores económicos. Asimismo, la subordinación es un poder con límites pocos claros que resulta lesivo para el reconocimiento y protección de los derechos al interior de la fábrica y que se presenta, pese a los avances jurídicos en ese sentido, como un espacio de oportunidad para el abuso que por lo general es aceptado y tolerado por el trabajador por el miedo a la pérdida del empleo, del que, se entiende, deriva su subsistencia.

³²³ Esta forma de concebir la relación en la cual se somete a una persona a los dictados de otra por una suma de dinero, en principio, parece ser sospechosa. Lo que pasa es que es una situación que se ha heredado socialmente y que parece tan natural que ello conlleva a que no se revisen los verdaderos alcances que puede presentar esta forma de vasallaje moderno. En este punto, parecería que ha faltado una reflexión jurídica en torno a los puntos clásicos en los que descansan la mayoría de las instituciones jurídicas; que una estructura se halla mantenido por mucho tiempo como pieza jurídica importante no es un argumento claro en torno a su validez o vigencia, antes bien, puede verse como un argumento en favor de su reforma y reconstrucción de conformidad con las exigencias constitucionales contemporáneas.

han ostentado las relaciones políticas o familiares) y la concepción activa en la formación, deliberación y toma de decisiones importantes.

La cooperación laboral se muestra como la mejor forma de interpretación de las disposiciones iusfundamentales. Lo que desea buscarse es el menor sometimiento a las decisiones del empleador y mayor participación en la toma de decisiones, estas dos finalidades se desarrollan de forma adecuada bajo el principio de cooperación laboral. El poder del empleador se ve mermado al reconocer en el trabajador una persona que merece una igual consideración y respeto, que no se trata de un subordinado que se encuentra obligado a conceder y cumplir sus caprichos, sino que es una persona portadora de derechos fundamentales y democráticos que deben hacerse valer al interior de la fábrica³²⁴.

El empleador debe reconocer en el trabajador un socio igual para el logro de los fines de la empresa, una persona, que merece una especial consideración y no un bien, una garantía, un medio. El principio de cooperación obra de la siguiente forma: tiene un núcleo, una órbita cercana y una órbita general.

El núcleo, que corresponde a las decisiones necesarias que regulan la relación laboral, está compuesto por las reglamentaciones exigidas por los derechos fundamentales y la dignidad humana. Este núcleo está vedado a las decisiones del empleador o de los trabajadores. Por fuera de este núcleo se encuentran las decisiones necesarias para el funcionamiento de la empresa, las cuales corresponden a la “órbita cercana”, que se inspira en el núcleo pero en la cual tiene influencia importante las medidas organizativas del empleador, decisiones importantes y necesarias para el desarrollo adecuado de la empresa³²⁵. Son una especie de

³²⁴ Para establecerlo en términos franceses “poner en relación los conceptos de «autoridad» y «democracia» en el marco de la empresa» es involucrarse en el tema de la «ciudadanía en la empresa»; o dicho en términos italianos, es «introducir la Constitución en la fábrica». APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Antonio. *Autoridad y Democracia en la Empresa*. Madrid: Trotta, 1992, p. 179.

³²⁵ En relación con la potestad del empleador de establecer cargas a los trabajadores se entiende que el principio de la cooperación respetuosa no deja por fuera la facultad de mando o coordinación que debe existir en sociedad, sino que simplemente la reduce a su expresión elemental en el entendido de que debe ejercerse con desconfianza pero sin perder de vista su necesidad para el desarrollo empresarial. Se trata del ejercicio de una facultad ejercida de forma responsable, entendiendo la exigencia de respeto que se debe al trabajador.

márgenes de acción del empleador³²⁶, que en forma general corresponden a la fijación de fines de la empresa, y medios para cumplirlos, en los cuales el contrato de trabajo ostenta un papel importante. (Como se expone más adelante, se prefiere que el contrato de trabajo sea lo más completo posible.)

La orbita general corresponde a la regulación de los aspectos en los cuales se hace necesaria una participación activa del trabajador en desarrollo especialmente de sus derechos fundamentales³²⁷; son unos márgenes de acción que garantizan mayor participación del trabajador dentro de la empresa, los cuales se desenvuelven en distintas etapas de la relación laboral. Por ejemplo, el caso de la regulación de la conciliación de la vida familiar³²⁸, La consolidación de los departamentos de Gestión del Talento Humano³²⁹,

Entre escoger por un modelo que de primacía a la obediencia y otro que de primacía a la libertad y la responsabilidad, el principio de cooperación respetuosa presenta una predilección por el segundo. Se busca una relación que sea más cooperativa para el desarrollo de las actividades de la empresa, entendiendo que las distintas actividades deben ejercerse desde la perspectiva de la igual consideración que merece el trabajador, lo cual no deja de lado que esta perspectiva imponga necesarias obligaciones a cargo del trabajador, pues el empleador también, pese a la situación que ocupa, merece consideración y respeto por sus derechos fundamentales. Así las cosas, el empleador no podría exigirle al trabajador que realizara tal o cual actividad que supere las labores generales para las que fue contratado. Tampoco, permitiría que se desarrollaran las actividades en consideraciones de horarios distintos a los acordados entre las partes, salvo en circunstancias excepcionales. La vigilancia y control que el empleador ejerce al interior de la empresa también debe reducirse en la mayor medida posible teniendo como principal finalidad, el respeto a unas situaciones mínimas.

³²⁶ Para Alexy la constitucionalización adecuada del derecho conlleva a que la Constitución regule aspectos importantes que debe reglamentar en la vida jurídica pero al mismo tiempo deje ciertos márgenes de acción al legislador. Principalmente, estos márgenes de acción pueden ser epistémicos o estructurales. Los márgenes de acción epistémicos refieren a la capacidad cognitiva para reconocer lo que la Constitución permite, ordena o prohíbe. “Si se quiere afinar el planteamiento, puede decirse que el margen de acción epistémico deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución”. Estos márgenes pueden ser normativos o empíricos. Por su parte, según los márgenes de acción estructurales el legislador es libre de obrar en aquellos casos en los cuales la Constitución no ha ordenado ni prohibido nada o en desarrollo de estas concepciones. Estos márgenes de acción pueden ser de tres clases: fijación de fines, fijación de medios y ponderación. ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 25.

³²⁷ Las personas racionales no elegirían una eliminación completa de las reglas de organización y cooperación al interior de la relación laboral por cuanto esto traería desorden y descontrol al interior de las relaciones laborales y en últimas se afectaría al trabajador. Pero tampoco elegirían una extrema situación de subordinación del trabajador de la forma como se ha desarrollado tradicionalmente. Se debe buscar establecer un punto que permita la coordinación de las actividades sin que ello implique correlativamente el sacrificio de los derechos de los trabajadores.

³²⁸ Mediante la Ley 3/2012 se toman medidas urgentes para el caso de la reforma del mercado laboral, especialmente, para el caso, se resalta la reglamentación incoada en cuanto a la formación y promoción profesional.

³²⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C 037 de 1996.

los derechos de estudio³³⁰, el ejercicio de los derechos religiosos³³¹, o la democratización de la empresa³³².

Por último, queda por señalar tres ideas generales: la sugerencia de la búsqueda de la completud del contrato laboral, la especial protección que deben ostentar los trabajadores más desprotegidos, y las consecuencias generales del principio en glosó. El contrato de trabajo debe ser lo más completo posible, sin que ello conlleve a la exigencia de plena completud, se debe tratar de reducir al máximo el poder del empleador, en la medida que la posibilidad de emitir ordenes e indicaciones de las que pueda abusar, se aminore.

Actualmente las legislaciones permiten la celebración de los contratos con pocos requisitos, entre los cuales no se establece la especificación de las funciones que debe cumplir el trabajador³³³. No sobra tener en cuenta que los costos de redacción del contrato pueden influir en la celebración del contrato, pueden conllevar a reducir el número de contratos que

³³⁰ El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia del 25 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10211), reconoce el derecho de los trabajadores que simultáneamente adelantan estudios y trabajan a elegir turno de servicio, si en su empresa existe esta modalidad de distribución del trabajo. Según el Tribunal tanto la Constitución como el Estatuto de los Trabajadores “hacen prevalecer, salvo prueba en contrario, el ejercicio de los trabajadores de su derecho a promoción profesional, y en tal sentido, no es aceptable limitar el alcance y el efecto de las normas que reconocen tal derecho más allá de lo razonable, mediante una interpretación restrictiva que no encuentra justificación alguna”.

³³¹ La Corte Constitucional en la sentencia T 237 de 2009, sostuvo, con base en el derecho a la libertad de conciencia y de cultos, y de su protección y ejercicio público, sostuvo que el derecho fundamental a la libertad religiosa “incluye la protección de guardar un día de descanso para la adoración de Dios cuando ésta constituya un elemento fundamental de la religión que se profesa y la creencia de la persona es seria y no acomodaticia”. Por tal razón la decisión del empleador de despedir a un empleado por no ir a trabajar los sábados, “desconoce el derecho a la libertad religiosa del trabajador” y por tanto “la limitación del derecho fundamental no se encuentra constitucionalmente justificada”. Según la Corte: “toda facultad legal debe ejercerse respetando los derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta. Por otro lado, la Corte ha precisado que las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en un principio de razón suficiente aplicable, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo”.

³³² La Corte Constitucional en la sentencia C 1260 de 2001, estableció: “La Constitución, al adoptar la fórmula política del Estado Social de Derecho, propugna por la democratización de la propiedad, que tiene como objeto generar condiciones propicias para permitir que ciertos grupos tengan acceso a ésta más fácilmente. Esta opción constitucional se materializa en diversas normas constitucionales, y en especial en el artículo 60, el cual, como esta Corte lo ha señalado, contiene dos mandatos diferenciados, pues simultáneamente establece un principio general y una regla.”

³³³ El art. 22 del Estatuto de los Trabajadores español, el establecimiento del sistema de clasificación profesional se encomienda a la negociación colectiva mediante grupos profesionales, si bien después el acuerdo entre empresario y trabajador asigna al trabajador a uno de esos grupos profesionales con las funciones correspondientes.

se celebran. Sin embargo, esta situación sucede especialmente cuando los costos son muy elevados, los costos moderados de un contrato no son de tal envergadura que conlleven a cambiar radicalmente la intención de contratar o a exigir una inversión desproporcionada, se trata de una situación que repercute en beneficio del empleador. Esta exigencia de completud moderada no implica de por sí la negación de la posibilidad de celebrar contratos con poca especificación, en este caso el responsable y quien debe asumir las consecuencias de ello es el empleador.

El mayor grado de subordinación de la relación laboral se hace en los trabajadores que se encuentran en sus extremos laborales (jóvenes o de la tercera edad) y en las actividades peor remuneradas³³⁴. En la mayoría de los casos ello se conjuga con la precariedad en el empleo y con la falta de una remuneración adecuada. Es decir, aunque suene paradójico los trabajadores en peores condiciones son los que deben tolerar más el trato desconsiderado de los empleadores. En contraste, los trabajadores más capacitados y mejor preparados ostentan un nivel más elevado de respeto³³⁵. Ello se debe especialmente al hecho que son personas que de manera relativa encontrarían más fácil un puesto de trabajo (lo común es encontrar trabajadores poco capacitados que pueden remplazarse fácilmente y que dependen más del puesto de trabajo, por lo que serían más tolerante a los maltratos).

Así pues, los más desprotegidos son los que ostentan menos mecanismos para la defensa de sus derechos y deben tolerar en mayor medida los abusos, por tanto, en esta clase de situaciones se hace importante que el Derecho Constitucional ofrezca una mayor protección a estas personas³³⁶. Por lo cual, el principio de cooperación laboral, en su aspecto nuclear debe irradiar con mayor fuerza, y, consecuentemente la órbita específica, debe ser reducida

³³⁴ MENGER, Antonio. El Derecho Civil y los pobres. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1898, p. 25-223.

³³⁵ Los trabajadores con mayor grado de formación, mayor especialidad, y que son reconocidos por las competencias que desarrollan, ostentan menor grado de subordinación respecto del empleador. Sin embargo, la mayoría de los trabajadores no están establecidos en esta categoría, sino que se encuentra en una dependencia fuerte del empleador, que se agrava como ya se mencionó, en las sociedades en las que existe un alto grado de desempleo y como mercados laborales precarios y de baja rotación, con niveles asistenciales del estado por debajo de las líneas de pobreza.

³³⁶ MENGER, Antonio. El Derecho Civil y los pobres. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1898, p. 244.

o, en otras palabras acercarse más a su núcleo, y en contraste la órbita de acción general, debe ostentar mayor protagonismo³³⁷.

Por último, las consecuencias del principio de cooperación laboral son de diferente tipo. Esta situación motiva a los trabajadores a desarrollar y situar al servicio de la empresa su capacidad de trabajo, el trabajador se sentiría más motivado para el desarrollo adecuado de sus funciones, existiría un desarrollo más armónico de la relación dentro de los marcos de la buena fe³³⁸, sería menos reivindicatorio, tendría la posibilidad de desarrollar sus ideas de la mejor forma posible, no se crearían rencores internos que minen el adecuado desempeño de la empresa, lo cual, en últimas, repercutiría en el bienestar de la empresa y de la sociedad en general. Se cumple una exigencia constitucional de respeto a los derechos fundamentales. De esta forma trabajador y empresa saldrían beneficiados al reconfigurar la relación bajo los anteriores supuestos.

2.2. Elementos constitutivos del Respeto Laboral

En el acápite anterior se trató de argumentar por la reconfiguración de una de las estructuras básicas del Derecho Laboral: el principio de subordinación. En su lugar, para

³³⁷ Es decir, que la dignidad humana se especifique y bifurque en un plexo de mecanismos que permitan su protección. Se ha de efectuar una intervención jurídica que nivele, así sea por lo mínimo, la protección de los trabajadores en el tema de las relaciones laborales. La Corte Constitucional en sentencia C 397 de 2006 preceptuó: “las normas legales deben siempre interpretarse y aplicarse a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales y, como se anotó en estas consideraciones, el ejercicio del poder subordinante por parte del empleador está sujeto a los límites impuestos por la dignidad del trabajador, sus derechos fundamentales y los principios mínimos fundamentales establecidos en el Art. 53 de la Constitución, a los cuales se agregan los principios y derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales en materia laboral ratificados por el Estado colombiano que forman parte integrante del bloque de constitucionalidad, conforme a lo dispuesto en los Art. 93 y 94 ibídem y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.”

³³⁸ Para Díez-Picazo la buena fe es “uno de los conceptos jurídicos que han dado lugar a una de las más largas y apasionantes polémicas”. DÍEZ-PICAZO, Luis. La doctrina de los actos propios. Barcelona: Bosch, 1963, p. 135. En el campo laboral se entiende que el empleador y el trabajador “tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta”. CONDE, Emilia. La buena fe en el contrato de trabajo. Madrid: La Ley, 2007, p. 108. Para Gil y Gil “la consecuencia más inmediata de la concepción comunitaria de la relación de trabajo es la transformación del deber de buena fe, como medida del cumplimiento de las obligaciones y del ejercicio de derechos por el trabajador, y el empresario, en un deber de fidelidad del trabajador y un correlativo deber de protección del empresario”. GIL Y GIL, José. Principio de la buena fe y poderes del empresario. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, p. 187.

intentar eliminar las causas y los efectos negativos que esta figura clásica ha traído, se propuso el principio de cooperación. Esta forma de comprender la principal dirección que ha de tomar la relación de los extremos laborales, y que se funda en las exigencias del constitucionalismo contemporáneo y el igualitarismo constitucional³³⁹, trae importantes consecuencias para el entendimiento de los modos en los que interactúan los empleadores y trabajadores. Ahora bien, partiendo de lo anterior, en los párrafos siguientes se muestra como necesario reconfigurar, con base en los imperativos del igualitarismo constitucional y la dignidad humana, la forma de entender el sistema jurídico laboral.

Esta línea argumentativa tiene como una de sus principales finalidades sacar a la luz el elemento esencial del Derecho Laboral, alrededor del cual se entroncan las relaciones laborales, esto es: el respeto laboral, de donde la cooperación laboral es una especificación. Se desean mostrar los rasgos básicos de lo que se denomina el respeto laboral como fundamento y núcleo del Derecho Laboral. Para ello se describen sus rasgos característicos: su naturaleza, alcance, aspecto subjetivo, cuantitativo y temporal.

2.2.1. Inestabilidad laboral

En la década de los ochenta y noventa se tomaron medidas jurídicas importantes sobre la flexibilización de la contratación laboral. Con estas decisiones se deseaba permitir mayor margen de discrecionalidad al empleador para que pudiera adaptarse a su entorno: celebrar contratos por cortos periodos de tiempo, contratar con empresas temporales o bajo modalidades no laborales, pasar por alto algunos aspectos de seguridad social, abaratar los costos de contratación y terminación de la relación laboral³⁴⁰. El marco general en el cual se desenvolvía esta idea era el del mercado global competitivo, el de las pequeñas empresas

³³⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003, p. 259.

³⁴⁰ Cfr. OJEDA, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, p. 32.

emergentes, la fluidez y recambio de la venta de servicios, las nuevas tecnologías, en última instancia, el de la sociedad comercial líquida³⁴¹.

Se creía en ese entonces que para que las empresas pudiesen existir se hacía necesario que fueran competitivas a nivel nacional y transnacional. Esta necesidad de mercado impulsó reformas legislativas, que de cierta forma, no puede negarse, ayudaron a impulsar la economía o en algunos casos permitieron la supervivencia de las empresas. El modelo rígido de estabilidad laboral, con altos costes de entrada y bajos de salida, permanencia y haberlo demolido seguramente hubiese tenido un impacto catastrófico en el desarrollo económico de los países y en los propios trabajadores.

La legislación de cierta forma ha servido para paliar los cambios y las exigencias globales que se han requerido desde ese entonces. Sin ella, la situación actual podría estar peor. Sin embargo, ha cambiado de forma muy significativa la concepción de estabilidad laboral. Algunos inclusive afirman que la estabilidad laboral ha muerto, mientras que otros afirman que se encuentra en una fase de expansión. Así pues, se hace importante preguntarse ¿en la actualidad cual es el estado actual de la estabilidad laboral? ¿Cuál es el nivel adecuado de protección que los trabajadores deben tener?³⁴²

Para entender el sentido de las anteriores preguntas, es necesario efectuar una precisión conceptual, que parte de lo indeterminado y ambiguo que puede ser el significado de la estabilidad laboral³⁴³. Es difícil efectuar un juicio acerca de la estabilidad laboral³⁴⁴ cuando

³⁴¹ Sobre la sociedad líquida, BAUMAN, Zygmunt. La cultura en el mundo de la modernidad líquida. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 26.

³⁴² ¿La concepción actual es permisiva de los abusos del empleador? ¿La flexibilidad y temporalidad ha permitido la pérdida de los derechos laborales? ¿Es preferible ostentar empleos con pocas garantías laborales que trabajadores informales o precarios?

³⁴³ La estabilidad laboral, al igual que la mayoría de términos importantes en el derecho, ostenta diversas versiones, se proyecta en diferentes sentidos y con límites pocos claros. Sin embargo, esta situación no debe ser óbice para dejar por fuera el intento de delinear, así sea de forma mínima, que se entiende por estabilidad laboral.

³⁴⁴ España la noción se funda en el artículo 35.1 de la Constitución Española; en relación con el derecho al trabajo y a no ser despedido sin justa causa. Y en la existencia de una reacción adecuada ante el despido (STC 119/2014). En el ámbito legislativo, “se limita la autonomía de la voluntad a través de la configuración de una

no se ha dado ni siquiera un concepto mínimo sobre ella³⁴⁵. De ordinario, la dogmática laboral, ha entendido que la estabilidad en el empleo puede subsumirse entre dos parámetros: “duración” y “seguridad” (lo cual no implica que con ello se agoten todos los significados posibles de la expresión). Es decir: principio de continuidad de la relación laboral (vinculado al tiempo) o principio de mantenimiento del vínculo (relativo a la seguridad)³⁴⁶. Según la primera concepción, la estabilidad laboral se encarga de establecer y buscar estrategias para que el vínculo laboral tenga la mayor durabilidad posible en el tiempo, bajo esta concepción se prefiere la celebración de contratos indefinidos sobre los de término fijo; según la segunda concepción, se busca que el contrato laboral se desarrolle de forma adecuada durante el término pactado, es decir, permite el desarrollo de estrategias para que no se conjuguen circunstancias que afecten la seguridad de la relación laboral, en este sentido no es importante la duración del contrato, sino que lo transcendental es que el contrato persista por el tiempo que acordaron las partes³⁴⁷.

Bajo las anteriores nociones, la forma como se transgrede la estabilidad laboral es diferente³⁴⁸. En el caso de la duración, se transgrede por las leyes que permiten la

contratación temporal causal (art. 15.1 Estatuto de los Trabajadores), a lo que se añade la fuerza atractiva de la contratación indefinida, mediante el juego de presunciones (arts. 15.3, 8.2, 15.2, 49.1 c) ET)”.
³⁴⁵ El término de estabilidad laboral es ambiguo en el sentido que puede significar cosas distintas, bien sea que se asemeje a la idea de durabilidad o seguridad; es decir, con la misma expresión se designan situaciones diferentes. Es, por su parte, indeterminado bajo el entendido que si bien se acepta que significa seguridad no se tiene claro en qué medida es que se entiende la seguridad, no se tiene claro si determinadas situaciones caen bajo el supuesto del término.

³⁴⁶ PÉREZ REY, Joaquín. Estabilidad en el empleo. Madrid: Trotta, 2004, p. 20-21.

³⁴⁷ Las definiciones con las que se inició este aparte, además de definir la estabilidad con concepciones igualmente ambiguas e indeterminadas, no establecen estructuralmente en que consiste la estabilidad laboral. No responden a preguntas centrales tales como ¿estabilidad laboral en qué sentido? ¿Estabilidad laboral en qué? ¿Estabilidad laboral de quién? ¿Cuánta estabilidad? ¿Estabilidad laboral desde la perspectiva de quién? ¿Estabilidad para qué?

³⁴⁸ Las anteriores descripciones de lo que se entiende por estabilidad laboral, distan mucho de ser una concepción plausible acerca de lo que debe entenderse por su concepto. Se parecen más a nociones vacías que establecen ideas generales que dibujan un cierto sentido de la estabilidad laboral, pero que no prestan una ayuda adecuada para acercarse al fenómeno. El problema no es definir un término con otros términos, por cuanto es una de las herramientas más importantes que se tiene para delimitar un concepto, sin embargo, el problema es que se trata de definir un término con otros igualmente ambiguos que no establecen con proximidad el conjunto de condiciones suficientes y necesarias que tiene que darse para constituir el fenómeno. Definir la estabilidad laboral con base en la duración y la seguridad, no otorga herramientas claras para clarificar el fenómeno, en el grado de abstracción que requieren los presupuestos de un estudio dogmático, empero, si señalan direcciones generales sobre el sentido de la noción. La primera situación que podría parecer paradójica, en este estadio del discurso, es que pese a que estas visiones generales que tratan de

contratación por cortos periodos de tiempo, como cuando se permite celebrar contratos laborales por meses, con empresas de servicios temporales o por tiempo determinado. En el caso de la seguridad, se transgrede cuando se dan circunstancias que no permiten que el vínculo laboral se desarrolle hasta el tiempo de su terminación, como cuando el trabajador es despedido o al contrato le acaece alguna circunstancia de ineficacia. En el capítulo tercero se desarrollan estos temas desde dos perspectivas distintas³⁴⁹.

2.2.2. Dimensión ciudadana del trabajador

Las instituciones laborales y sus figuras jurídicas más importantes se han diseñado, de manera directa o contingente, para proteger a un sujeto de determinados riesgos. Es decir, que los riesgos signados tienen como punto de partida una especial forma de entender el sujeto al cual desean proteger, lo entienden con unas características especiales que hacen cobrar sentido a las relaciones jurídicas que lo regulan. El trabajador al que le hablan estas situaciones es, en forma general, al obrero de las fábricas. El obrero de las fábricas de la forma que se entiende en este escrito es una noción que apunta literalmente no a calificar esta relación obrero-patronal como la única forma de relación laboral, sino que se utiliza en un sentido impropio y más general. Esta noción no es exhaustiva; mediante ella no se desea describir todo tipo de relaciones que se dieron en este periodo, sino más bien, unas características generales que pueden verse como las más recurrentes de las relaciones laborales. Este modelo de trabajador presupuesto se caracteriza por seis aspectos esenciales:

definir el concepto son perspectivas desde la dogmática, su grado de abstracción es alto y poco claro. Esta situación se debe a que en la mayoría de los casos los dogmáticos del Derecho Laboral, y de las demás ramas del derecho, se caracterizan, en su mayoría, por una formación no muy avanzada en temas del lenguaje, por cuanto el acento principal de su discurso es la recreación de los significados de las leyes y las distintas interpretaciones que de estas se derivan. Una visión o reconstrucción de la estabilidad laboral que tenga en cuenta un análisis estructural de la noción, que se preocupe por buscar sus aspectos centrales, teniendo en cuenta los aspectos constitutivos del concepto, como se explicará más adelante, ayudaría a solucionar los principales problemas que se derivan de la falta de entendimiento de la estabilidad laboral, además que permitiría plantear estrategias para su evaluación y protección.

³⁴⁹ ¿Cómo puede entenderse que un trabajo a largo plazo beneficie al trabajador? ¿Acaso la dinámica no permite mejorar sus potencialidades? ¿Es deseable permanecer largos periodos de tiempo en el puesto de trabajo? ¿Cómo puede protegerse al trabajador despedido? ¿Es justo readmitir en todos los casos a los trabajadores incluso en contra de la voluntad de estos? ¿Qué dicen estas nociones sobre la protección de los derechos fundamentales durante el vínculo laboral?

la finalidad monetaria de la relación laboral, obra de mano poco calificada, poca influencia normativa, alto grado de desigualdad, y la ausencia de los atributos derivados de los derechos fundamentales en la fábrica.

De forma clásica la fábrica se entendió como un lugar vedado para los derechos fundamentales³⁵⁰. Los derechos fundamentales se entendían como algo propio de lo público, de las relaciones de las personas con el Estado³⁵¹. Por lo cual, no parecía extraño entender que el trabajador al entrar a la fábrica se despojaba de sus derechos fundamentales a la par que se colocaba su overol.

Esta forma de entender el valor de los derechos fundamentales además de ser la más difundida no parece guardar relación con lo que en realidad sucedía. Si bien es cierto que derechos fundamentales como la intimidad o la igualdad, no eran del resorte común ello no conlleva a que otros derechos como la vida³⁵² no fueran relevantes dentro de la fábrica. Tampoco la afirmación contraria resulta cierta, es decir, no es acertado pensar que los derechos fundamentales jugaban un papel preponderante; es decir, existían ciertos derechos fundamentales inmanentes empero la mayoría eran ausentes.

Esto se debía especialmente a que, sin quitar la importancia de las regulaciones legales, la principal fuente de las obligaciones y derechos dentro de la relación laboral provenían del contrato de trabajo y de las decisiones del empleador derivadas de su función de dirección y control del puesto de trabajo. Así pues, las regulaciones principales a tener en cuenta en la relación laboral, eran directivas del empleador, donde las regulaciones constitucionales y legales ostentaban una importancia leve.

³⁵⁰ Cfr. SALVADOR, Guanter. Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general. Madrid: RL, 1995. p. 194

³⁵¹ Cfr. PALOMEQUE, Manuel. Los derechos laborales en la Constitución española. Madrid: CEC (Cuadernos y Debates), 1991, p. 31.

³⁵² Lo anterior, sin olvidar las precarias condiciones referidas a la seguridad e higiene en el trabajo durante los inicios de la industrialización laboral.

La falta de poder normativo para el establecimiento de disposiciones regulatorias en el contrato se agravaba, si se tiene en cuenta que el trabajador no contaba con un grado de cultura y educación que le permitiera buscar mecanismos para la defensa de sus intereses. El trabajador era un trabajador masa. Masa en un sentido no peyorativo sino descriptivo de una situación en la cual se encontraba. Una mejor instrucción educativa permite la solución de problemas desde perspectivas estratégicas y que se actúe teniendo en cuenta máximos globales y no tanto locales³⁵³.

La principal óptica que guiaba las actuaciones del trabajador era la del salario. Otros bienes derivados de la relación laboral, no tenían el acento que hoy han adquirido. La protección del trabajador se veía desde el punto de vista de que éste deseaba unos recursos para obtener su supervivencia. Bienes como el honor, la satisfacción personal, el libre desarrollo del plan de vida, no eran vistos como situaciones derivadas de la relación laboral o situaciones protegibles de ésta.

El trabajo visto desde la perspectiva que el principal beneficio que obtenía el trabajador era el salario, la falta de educación y el exceso de analfabetismo en los inicios del siglo XX, sumado a la fortaleza reglamentaria del empleador, y la escasa importancia de los derechos fundamentales en la fábrica, enmarcan las características más importantes que delimitaban el modelo de trabajador de aquella época³⁵⁴. Situación que parece contrastar con las características, que como se verá más adelante, ostenta el trabajador actual. En donde, los derechos fundamentales despliegan una importancia ulterior, el poder regulativo del trabajador ha aumentado de forma indirecta, y de la relación laboral se derivan importantes bienes que hacen que el dinero no sea el principal objetivo de la relación laboral. Si el primer caso de características conllevaba a lo que se llamó el trabajador masa, las características actuales conllevan al trabajador ciudadano³⁵⁵.

³⁵³ ELSTER, John. Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

³⁵⁴ MENGER, Antonio. El Derecho Civil y los pobres (Trad. Adolfo Posada). Madrid: Librería General de victoriano Suarez, 1898, p. 318.

³⁵⁵ ANTOINE, Jeammaud. Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa. En: Autoridad y Democracia. Madrid: Trotta, 1992, p. 179.

La ciudadanía del trabajador, o la máxima importancia de los derechos civiles, al interior de la fábrica, conlleva a que la protección del trabajador no se enfatice en los riesgos internos y externos descritos, sino en otro tipo de riesgos. Especialmente se pretende proteger a los trabajadores de la afectación a sus derechos fundamentales.

2.2.3. Categoría del respeto laboral

Gran parte de las soluciones a los problemas de derechos fundamentales se basan en que se desean paliar los efectos de continuar con el modelo de subordinación; es decir, se trata de remedios que no tienen en cuenta la causa de los males, una solución de este talante no puede ser más que contingente.

Con la finalidad de solventar en algo los problemas anteriores y actualizar la cuestión, de conformidad con el igualitarismo constitucional, se desea proponer una forma de protección denominada “el respeto laboral” como una estructura constitucional que se constituye en el núcleo fundamental de las relaciones laborales. El mérito de la concepción sustituta radica especialmente en su poder explicativo y prescriptivo desde la óptica constitucional, y en que responda a los cuestionamientos básicos que puedan efectuársele. Este candidato, para ser valorado como plausible, debe remediar los principales problemas que se le presenten y mostrarse como la mejor interpretación de las prescripciones constitucionales.

Reconstruir el concepto de respeto laboral se hace importante por cinco razones principales³⁵⁶. Permite, en primer lugar, otorgarle un papel más importante a los derechos fundamentales dentro de la relación laboral. Ayuda a superar las situaciones de la clásica dogmática laboral, que pese a los condicionamientos y determinaciones que le acaecen a las

³⁵⁶ ¿Cuál es la naturaleza del respeto laboral? ¿Qué repercusiones tiene el ser considerado como un interés jurídico fundamental? ¿Cómo solventa el problema de las ponderaciones? ¿Una sociedad puede ceder el respeto laboral de la misma forma como cede la estabilidad laboral? ¿Quién debe garantizar principalmente el respeto laboral? ¿De qué se trata el derecho de las causas y el derecho de las consecuencias? ¿Cómo se relaciona el respeto laboral y la temporalidad?

áreas del Derecho por la constitucionalización, siguen siendo reacias al cumplimiento de estos principios. Siguen siendo un desarrollo descriptivo de los cambios normativos con corta o indirecta influencia constitucional; la mayor influencia se da cuando existen leyes que impregnen los postulados constitucionales o sentencias que así lo exhiban. Ha sido un proceso irregular y poco coordinado. Es común encontrar en los manuales de Derecho Laboral la siguiente situación: se refiere sucintamente el Derecho Constitucional pero su desarrollo es inadecuado, en la mejor de las ocasiones se citan normas de Derecho Constitucional pero no se integran al estudio de las figuras jurídicas del Derecho Laboral³⁵⁷. Es decir, se traen a colación como si fuera un requisito indispensable establecerlas, pero no cumplen dentro de desarrollo del estudio la finalidad normativa, interpretativa o reconstructiva que tienen.

En segundo lugar, se establece, el respeto laboral, como un núcleo jurídico alrededor del cual orbitan las relaciones laborales. En los campos de indeterminación constitucional y legal, el respeto laboral se convierte en el núcleo que permite aglomerar y articular de manera adecuada las relaciones laborales, explicar, interpretar y construir una reglamentación laboral plausible, de conformidad con las exigencias constitucionales. De cierta forma, se constituye en una herramienta para determinar la construcción de derechos y la imposición de límites al poder del empleador.

La principal diferencia con la dignidad humana, radica en que el respeto laboral exige conductas especiales de los titulares de los derechos, el énfasis de la figura no radica tanto en la titularidad de los derechos sino en la responsabilidad por la ejecución y garantía de los mismos. El respeto, es, pues, una figura más prudente para regular las relaciones laborales.

³⁵⁷ El aspecto del Derecho Constitucional queda así rezagado a una parte separada por entero de lo desarrollado en el manual. Quizás la influencia más directa del Derecho Constitucional parece ser de forma indirecta en los estudios de constitucionalidad de las cortes o tribunales constitucionales. El Derecho Constitucional de forma sigilosa se cuela en estos manuales porque efectúa mediante la jurisdicción cambios en las leyes, declara inconstitucionales ciertas partes o por que limita su interpretación en determinados asuntos. La otra forma en la que el Derecho Constitucional aborda el Derecho Laboral es en las nuevas reglamentaciones laborales, en las cuales se desarrollan temas de interés constitucional. Así las cosas, por ejemplo en las leyes de protección de datos, de acoso laboral, de protección de la violencia de género, son disposiciones legales cargadas de un fuerte componente constitucional.

En tercer lugar, la reconstrucción del respeto laboral cumple una función calificatoria. En el entendido que permite calificar el grado de respeto laboral en el cual se encuentra un ordenamiento jurídico, y a partir de ello evaluarlo y modificarlo en busca de una mayor protección laboral. La existencia de la noción de respeto laboral no es un asunto de todo o nada, sino es un asunto de grado, que se da dependiendo del acomodamiento de las regulaciones legales y contractuales.

En cuarto lugar, ayuda a la protección de la figura al poder idear situaciones y estrategias jurídicas que protejan las posiciones en las cuales se encuentra; en ocasiones resulta infructuoso proteger situaciones jurídicas cuando no se tiene claro el aspecto al cual se refieren. Con lo cual, al fijar el objeto y los aspectos estructurales, se pueden efectuar cálculos racionales de los elementos más débiles y con menor garantía y fortalecerlos, teniendo en cuenta sus componentes y relaciones. Como la figura es compleja, no puede protegerse sus características centrales de forma unidireccional, sino que se hace necesario plantear un proyecto general teniendo en cuenta las relaciones de los componentes del concepto. Además de lo anterior los trabajadores pueden hacer cálculos acerca del grado de respeto en los cuales se encuentran. Les ayuda a buscar las figuras jurídicas que les permita conocer el alcance de sus derechos y buscar estrategias de protección³⁵⁸.

2.2.3. Núcleo jurídico fundamental y ponderación

En la teoría y filosofía del Derecho se han dado importantes y profundos debates acerca de las entidades del Derecho, especialmente, existen unos relativos a que es un principio, su alcance, las diferencias con los valores y la reglas, sus forma de aplicación, su campo de regulación; para solucionarlos han transitado múltiples puntos de vistas y cientos de escritos, bien sea apelando al grado de abstracción, la generalidad, la positivización, la

³⁵⁸ Además de lo anterior, contribuye en la claridad y racionalidad a la ciencia jurídica, desde un punto de vista de que las investigaciones permiten lograr este objetivo. Se trata de un objetivo general que contribuye la investigación jurídica, en el entendido de dotar de mayor grado de racionalidad a la ciencia jurídica; cual fuese la investigación que se desarrolle implícitamente, la mayoría de las veces conduce a este objetivo.

concreción, lo deontológico, lo axiológico, la aplicación todo o nada, el peso, la subsunción, la ponderación y la aplicación concreta.³⁵⁹ No obstante, estas perspectivas aún siguen existiendo múltiples diferencias y discusiones.

En este escrito no se espera resolver estas discusiones, que en la mayoría de los casos se presentan como desacuerdos razonables³⁶⁰. Sin embargo, para el desarrollo del objetivo planteado, se introduce una categoría que se denomina núcleo jurídico iusfundamental; a diferencia de las entidades que se ha entendido como un principio, el respeto laboral, por su trascendencia, debe ser entendido principalmente como un núcleo jurídico fundamental, alrededor del cual deben constituirse las relaciones laborales. No se trata de una categoría de sofisticada filosofía analítica³⁶¹ y de intachable precisión, mediante la cual se pretendan resolver los más minuciosos debates de la teoría jurídica acerca de los principios. En ocasiones existen muchas discusiones que no deberían ser resueltas sino disueltas. De lo que se trata es de buscar la forma como puede operar derivada de su importancia para el ordenamiento jurídico y de sus beneficios. No todas las categorías jurídicas necesitan para su funcionalidad una traza geométrica de sus límites y estructuras.

La idea de este acápite es que existen unas estructuras o piezas del ordenamiento jurídico que pueden denominarse intereses jurídicos iusfundamentales, que se fundan en la idea de que todos los intereses jurídicos no poseen el mismo valor, pues, existen algunos que poseen un valor independiente, absoluto, mientras que otros poseen un valor dependiente y relativo. Esta idea de los núcleos jurídicos fundamentales es similar a la idea de valores derivados y absolutos en filosofía política. Los valores derivados son aquellos que preguntan por los intereses de las personas. “Al considerar si una nueva técnica debe ser regulada o prohibida, debemos preguntarnos acerca de los posibles impactos de esa

³⁵⁹ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 128. DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel, 1995. DWORKIN, Ronald, El Imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa, 1992.

³⁶⁰ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004.

³⁶¹ Quizás uno de los textos más importantes en sentido sea HART, Herbert. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa, 2004. BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Editorial Distribuciones Fontamara, 2004.

decisión sobre los intereses individuales.³⁶² En cambio, existen otros valores que no se derivan de los intereses de personas particulares, sino que de alguna manera son intrínsecos a las cosas o acontecimientos. Por ejemplo, muchos creen que las grandes obras de arte tiene un valor independiente, o que las especies animales tiene un valor independiente, y que es extrínsecamente malo que alguna se extinga³⁶³.

Los núcleos o intereses jurídicos iusfundamentales son figuras del más alto grado de importancia para el ordenamiento jurídico y social, son intrínsecos a él. Son intrínsecos en la medida que sin ellos no podría pensarse que existe un ordenamiento jurídico contemporáneo. Se constituyen en condiciones necesarias para la existencia de los constitucionalismos actuales. Estos intereses se caracterizan por obrar de distintas formas y por convertirse en las razones de más alto valor dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual no siempre resulta posible su ponderación dentro del sistema. Por ejemplo, la estabilidad laboral muchas veces, o de forma generalizada, ha sido entendida como un principio y las consecuencias de ello es que ha sido ponderada y en múltiples ocasiones fue derrotada; como en el caso de las crisis económicas, o en el evento de la flexibilización laboral³⁶⁴. En cambio de esto, el respeto laboral es un núcleo jurídico fundamental del más alto valor dentro del ordenamiento jurídico. Difícilmente la sociedad pondría en duda su importancia y preferiría su negación, más aún cuando cualquier miembro es susceptible de ser beneficiario o afectado.

Los núcleos jurídicos fundamentales no solamente se caracterizan por su valor absoluto, sino también por la operación multinivel. Pueden obrar de diferentes formas y perspectivas, y en todos sus niveles de análisis se constituyen en razones para la actuación y la decisión en un determinado sentido, teniendo en cuenta que el poder de las razones que esgrime no se dirige solamente al juez o al legislador sino, en especial, a los ciudadanos. El Derecho

³⁶² DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003, p. 338.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ No importa si son principios, reglas o normas actualizadas, en fin, todas ellas se constituyen en razones para la toma de una decisión, la cual en cuenta con razones opuestas a las que puede competirle.

como inestabilidad y su concepción nuclear, es un derecho que tiene como sujeto principal al ciudadano.

La posibilidad que tiene, el respeto laboral, de comportarse de diferentes formas implica tres ideas generales: se trata de un indicador positivo, ostenta una protección especial y funciona de forma compleja. Es una buena señal que el núcleo jurídico fundamental ostente diferentes formas de funcionamiento por cuanto indica su importancia dentro del sistema jurídico; el hecho de que aparezca de formas operativas disimiles muestra el grado de preocupación que se tiene respecto de él, y que en diferentes grados de abstracción y enfoques conceptuales se hace necesario que opere en la mayor parte de relaciones jurídicas, desde su configuración adecuada, su materialización y la forma como se ejecuta e interpreta.

El hecho de que ostente diversas dimensiones conlleva a que pueda protegerse de diferentes formas. Podría decirse que el ordenamiento jurídico ha diseñado diversas estrategias que conllevan a una protección reforzada en diferentes grados de abstracción y mediante distintas técnicas, derivado de la concepción actual del ordenamiento jurídico como inestabilidad. En cuanto a los grados de abstracción: en un nivel elevado, como el de los valores o el de los principios, como en un nivel concreto como el de las reglas legales, el respeto laboral presenta formas o componentes normativos de protección. Además de las estrategias utilizadas en niveles de abstracción distintas están las tácticas que repercuten en la forma como operan y en el destinatario al que se dirigen. Así las cosas, puede operar como un ideal, canon normativo o pauta hermenéutica y de comportamiento. En el caso de ser un ideal se dirigen especialmente al legislador –lo cual no obsta para que se dirija igualmente al juez- en el caso de su concepción normativa se dirige especialmente a los jueces y en tanto canon hermenéutico se dirige a las partes y al juez; de forma general, como núcleo jurídicos fundamentales le habla a los involucrados.

El hecho de que pueda protegerse de forma reforzada, por su concepción abstracta, la forma como opera y los destinatarios a los que se dirigen, conlleva a que en ocasiones en una

misma situación pueden verse mezclados los diferentes mecanismos en los que opera. Ante un caso determinado no es fácil decir si se está tomando como principio, derecho fundamental, derecho subjetivo y pauta de comportamiento. El hecho de que sus contornos no sean fácilmente delimitables, implica su utilización compleja, no solo en el aspecto operativo, sino en su contenido material.

Para aclarar un poco lo anterior, pueden establecerse siete dimensiones diferentes en las que obra el respeto laboral: núcleo jurídico fundamental, valor, principio, derecho fundamental, regla legal y jurisprudencial, criterio hermenéutico y pauta de comportamiento. Hay que tener en cuenta que como núcleo no es negociable y es único.

Cómo núcleo fundamental el respeto laboral se encarga de servir de epicentro a la reglamentación de las relaciones laborales. Tiene una existencia implícita pero innegable. Se trata del elemento que condensa los derechos fundamentales y a su vez articula el sentido de las relaciones jurídicas de trabajo, por lo cual alrededor de él orbitan en diferentes hipérbolas las distintas reglamentaciones. El respeto laboral condensa los derechos fundamentales en el entendido que sirve de modo de magnetizar y atraer la dispersión normativa. Lo cual le permite ser la pieza central en el entramado laboral que se encarga de darle unidad normativa al sistema de trabajo. Sin perder de vista que algunas figuras podrán estar en un grado de proximidad (como el caso de la irrenunciabilidad de los derechos laborales³⁶⁵) mayor que otras (como el caso de la celebración de contratos a término³⁶⁶) pero ninguna puede alejarse lo suficiente, por cuanto perdería su pertenencia al campo de lo jurídicamente debido en el marco del contrato de trabajo.

³⁶⁵ Según la Corte Constitucional en la sentencia T 149 de 1995: “El artículo 53 de la Carta Política consagra el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales - entre ellos el salario-. El principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana.”

³⁶⁶ Cfr. La Corte Constitucional en la sentencia C 588 de 1995, dispuso: “El principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el

Sus principales características son su no negociabilidad y su existencia necesaria. No puede pensarse que como núcleo pueda, en ocasiones, tenerse en cuenta y en otras tantas no, es un elemento irrenunciable dentro del ordenamiento jurídico, que se encarga de emitir órdenes al poder legislativo, ejecutivo y judicial. Y, especialmente, a los empleadores y trabajadores. No puede ponerse en duda la necesaria materialidad que estos deben. Pues, se trata de un presupuesto lógico trascendental para el sistema jurídico, sin él no podría pensarse que en realidad existiera sistema laboral.

Como un valor el respeto laboral señala, en primer lugar, a los poderes públicos un ideal a seguir, un objetivo a buscar en la sociedad³⁶⁷. El respeto laboral pese a que su importancia no arranca desde una situación adecuada de protección sino, se vuelve una primicia a buscar de forma imperiosa en la sociedad mediante distintas estrategias jurídicas. No obstante, la importancia que ostenta el respeto laboral, este valor no está consagrado de forma expresa en las constituciones como un fin a buscar por las cartas políticas ni de España ni de Colombia.

Pese a su no consagración positiva directa como valor si puede considerarse como un valor primario al inspirar el cumplimiento de otros valores; se trata de un metavalor. Los valores primarios, de la forma como se entienden en este escrito, no están consagrados de forma expresa en las constituciones sino que son fines que se hacen necesarios alcanzar para lograr otras finalidades, como por ejemplo, el caso de la paz³⁶⁸, la convivencia³⁶⁹ y el

contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquella se torne en absoluta, sino que, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo. Por lo tanto, no es cierto que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización.”

³⁶⁷ Cfr. Para Alexy, la diferencia entre los valores y los principios, radica en que aquellos tienen que ver con el campo de lo axiológico. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.147.

³⁶⁸ LEMAITRE, Julieta. La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.

³⁶⁹ SACHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 2000, p. 32.

trabajo³⁷⁰. Una sociedad en la que no exista respeto laboral no podría pensarse que alcanzará la paz, la convivencia pacífica o la democracia; máxime cuando la mayoría de los conflictos sociales se generan por el difícil acceso al empleo, su desarrollo inadecuado y el trabajo en precariedad. En Colombia la pertenencia a los grupos armados “al margen de la ley” se ha visto como una forma de empleo que viene a sustituir las escasas oportunidades laborales que existen en la sociedad³⁷¹.

Adicional a estos valores de índole constitucional está el caso de los valores impuestos por reglamentaciones transnacionales, mediante las cuales se establecen objetivos a seguir por el estado, como las reglamentaciones de la OIT o la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En estos instrumentos internacionales los Estados adquieren la obligación de tomar medidas para cumplir determinadas finalidades. Dentro de estas finalidades se encuentra implícitamente el respeto laboral, como por ejemplo: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Las obligaciones allí consignadas, como se dijo, dan vida al valor del respeto laboral.

Es muy común que los valores del ordenamiento jurídico se intenten asociar con obligaciones estatales: el Estado como el principal “obligado” – si es que cabe la palabra en cumplirlas. Sin embargo, existen muy buenos argumentos para considerar que unos de los principales problemas para alcanzarlos están, no solo por las deficiencias del ente estatal, entiéndase inmersas las ramas ejecutivas y legislativas (bajo las exigencias del principio de convencionalidad³⁷², a modo de ejemplo), sino por la falta de responsabilidad de las personas y grupos que integran la colectividad social. Pensar que un status jurídico a gran escala se genera por una decisión jurídica del poder central es una quimera. Pese a que la orden directa parecería dirigirse al Estado sería impensable tratar de imponer esta

³⁷⁰ Cfr. OJEDA, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, p. 148.

³⁷¹ SUMMERS, Nicole. *Colombia's Victims. Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict?* Cambridge: Harvard Human Rights Journal, 2012, p. 219-235.

³⁷² QUINCHE, Manuel. *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis, 2014. QUINCHE, Manuel. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Doctrina y ley, 2015.

concepción. El Estado se ha mostrado incompetente para cumplirlas, luego se hace necesario establecer estrategias para llegar a ellas. La unión que debe existir entre el Estado y la sociedad civil conlleva a que el cumplimiento de los valores ostente corresponsabilidad en todas las personas. El modelo clásico que parecería contraponer al Estado con sus miembros y agrupaciones, parece no ser la forma más adecuada de cumplir las finalidades. El avance de la sociedad y el logro de sus metas contra intuitivamente no podrían conseguirse con una lucha de sus integrantes. Como objetivos supremos a lograr exige, en las democracias contemporáneas, de la cooperación de los ciudadanos³⁷³. En el caso del respeto laboral, los empleadores y trabajadores deben actuar cooperativamente en el logro de estas metas. Ellos deben conciencia a esta situación en el sentido de entender que pese a la responsabilidad del Estado, sus actuaciones deben estar encaminadas a la búsqueda y al trabajo cooperativo.

Ahora bien, como principio constitucional el respeto laboral, se proyecta como un mandato de optimización que ordena que lo que el conlleva, sea desarrollado en la medida adecuada posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas³⁷⁴. Se entiende que la medida adecuada posible es un plus que protege de mejor forma los principios que la noción de “mayor medida posible”, en el entendido que esta es una concepción relativa que permite fácilmente la contraposición de otros principios y especialmente la exigencia de posibilidad fácticas y jurídicas (sin embargo resulta ser un hecho que está abierto a debate). De esta forma ordena a los poderes públicos que se adopten medidas fácticas y jurídicas para el cumplimiento del respeto laboral. El hecho de que sea un mandato a los poderes públicos implica que no solo el legislador, sino también los jueces y el poder ejecutivo estén

³⁷³ Como objetivo al estado se le impone una búsqueda en sentido fuerte. Lo cual significa que está obligado a buscar las formas de lograr tales finalidades. Luego, el fracaso o la inactividad ante esta búsqueda le hacen derivar responsabilidad jurídica. En cambio, en el caso de las personas o los grupos sociales se le impone de forma débil: exige su colaboración y compromiso para el logro, no obstante que no se pueda derivar responsabilidad por su incumplimiento. Lo anterior, resalta un mayor compromiso cooperativo de las personas que integran el entramado social, lo cual conlleva a una exigencia de su comportamiento pese a la ausencia de responsabilidad directa.

³⁷⁴ La concepción de los derechos fundamentales como principios, y los principios como son mandatos de optimización, es decir, que su contenido debe ser cumplido en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, puede revisarse en ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 147.

orientados con este imperativo. Por lo cual ellos deben en sus actuaciones regirse por este principio en el momento de solventar los casos y en la aplicación y reglamentación de la ley.

No obstante, como se dijo, la obligación derivada de los principios es una de las caras de la moneda. En España y en Colombia, no cabe duda de que los principios también aplican en las relaciones entre los particulares. Por lo cual, también implica un mandato a los particulares para que se comporten de determinada forma. El empleador y el trabajador ostentan la obligación principal de proteger los intereses que se derivan del principio en glosos.

Además de ello, el respeto laboral ostenta la connotación de un derecho fundamental. Como tal otorga la posibilidad a los particulares que puedan acudir ante la jurisdicción constitucional u ordinaria para protegerlo. Bajo esta perspectiva, se trata de un derecho universal, indisponible, inalienable, no limitable en los estados de excepción, y que cuenta con una protección judicial reforzada³⁷⁵. Defiende de esta forma una posición esencial dentro del ordenamiento jurídico.

El carácter de derecho fundamental, no solo se aplica en relación con su titularidad por parte de los trabajadores, como sería el caso de la estabilidad en el empleo. Como derecho fundamental también está radicado en cabeza de los empleadores y de los miembros del grupo familiar del trabajador. Teniendo en cuenta las repercusiones del respeto laboral en el entorno familiar del trabajador, es un derecho fundamental que se proyecta en el ámbito familiar lo que otorga una especial protección a ese entorno, derivado del daño que estas personas pueden sufrir por la vulneración del derecho³⁷⁶.

³⁷⁵ Cfr. VILA, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo. Bogotá: Legis, 2012, p. 48.

³⁷⁶ La Corte Constitucional en la sentencia T 053 de 2014 estableció: “El mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, el cual se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento

Aunque la legislación laboral parece no sumergirse en ese sentido, máxime si se tiene en cuenta los cambios normativos, el respeto laboral se implica como un derecho fundamental que también está radicado en cabeza del empleador lo cual tiene por finalidad evitar los abusos que arropados en él los trabajadores pueden cometer. Como por ejemplo en el caso que el trabajador abusa de sus derechos en perjuicio irrestricto del empleador.³⁷⁷ Pese a que el imaginario colectivo parece mostrar que la parte débil del contrato de trabajo es el trabajador, en supuestos determinados, y visto su carácter de derecho fundamental, mal podría pensarse que sea un derecho únicamente en cabeza del trabajador.

La característica de derecho fundamental y de principio conlleva a que pueda ser actualizado por vía legislativa y por vía jurisprudencial³⁷⁸. La actualización del legislador se mueve entre lo jurídicamente permitido y establece reglas legales que ayudan a desarrollar de forma directa o indirecta la idea del respeto laboral. Como es el caso de las leyes de acoso laboral o de la conciliación de la vida familiar³⁷⁹. De igual forma, la jurisprudencia se ha encargado de apoyar y actualizar el respeto laboral, como en el caso de subreglas en favor de la intimidad y el honor del trabajador al interior de la empresa³⁸⁰.

Además de esta función normativa, existe una función hermenéutica en la interpretación de las regulaciones laborales en sentido amplio. Se trata del establecimiento de una metanorma jurídica que tiene por finalidad interpretar el contrato laboral (en el entendido de las regulaciones que lo soportan) de la forma más adecuada posible con la idea de respeto.

jurídico constitucional” y encuentra su materialización en las diferentes creencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral.”

³⁷⁷ VALVERDE, Antonio. Contrato de trabajo y derechos fundamentales, Derecho Social, Número 6, Bomarzo, Albacete, 1999. VALDÉS DAL-RE, Fernando. La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado. Madrid: Derecho Privado y Constitución, Número 17, 2003. VALDÉS DAL-RE, Fernando. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia. Madrid: Relaciones Laborales, Número 22, 2003.

³⁷⁸ Cfr. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 108-141.

³⁷⁹ SAGARDOY, Juan. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Madrid: Civitas, 2005.

³⁸⁰ VIGNEAU, Christophe. El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a internet en las empresas en Francia. Madrid: La Ley, 2009, p. 103.

Según esta metanorma en la interpretación de las regulaciones jurídicas y contractuales el intérprete debe velar por que se escoja, dentro de las posibles interpretaciones, aquella que mejor ayude a desarrollar el interés jurídico fundamental. Es una forma ampliada y una visión constitucional del principio de favorabilidad en la interpretación laboral.

Actualmente, la idea de la indeterminación normativa, no solo de las normas iusfundamentales sino también legales y contractuales se ha convertido en un supuesto trascendental a la hora de desarrollar la labor hermenéutica³⁸¹. Este problema interpretativo tan cierto como recurrente ofrece una posibilidad inmensa para la protección del respeto laboral. Aunque puede pensarse que la indeterminación semántica es neutral y que no da razones ni para proteger una posición u otra, en el campo del respeto laboral se valora positivamente por cuanto otorga un respaldo a los intereses jurídicos fundamentales que obran como razones fuertes para interpretar en un sentido especial. Si no existieran intereses jurídicos fundamentales esta situación no sería positiva sino más bien preocupante, sin embargo, como si existe es una situación que puede verse como beneficiosa³⁸².

Por último, el respeto laboral obra como una pauta de comportamiento general. Esta pauta de comportamiento general les dice a los ciudadanos, trabajadores y empleadores, que deben comportarse de tal forma que sus actuaciones promuevan el respeto laboral; esta situación incentiva el aspecto preventivo del Derecho como inestabilidad y se constituye en una de las principales funciones que ha de tener el interés jurídico fundamental dentro del ordenamiento jurídico. Es una determinación y especificación del principio de buena fe. La inestabilidad en el Derecho hace necesario que las soluciones no se otorguen por los jueces sino por los ciudadanos. Es más beneficioso, inclusive para el empleador, ostentar un trato

³⁸¹ Cfr. Sobre la indeterminación normativa. REDONDO, María. Teorías del Derecho e indeterminación normativa. Alicante: Doxa, Número 20, 1997, p. 177-196.

³⁸² Esta forma de partir de la indeterminación y darle preferencia a un sentido es tan importante que además de las reglamentaciones constitucionales cuenta con un desarrollo legal expreso. Es lo que se conoce en la doctrina como la interpretación más beneficiosa en favor del trabajador que opera en la interpretación de distintas normas legales y contractuales. Este principio tiene una principal obra en el campo contractual por motivos de que la parte que redactó el contrato se entiende que fue el empleador.

respetuoso en favor de sus trabajadores, mejora el ambiente laboral, los motiva, incrementa su productividad, permite el flujo de ideas y crece como persona.

Aunque podría pensarse que no tiene relevancia práctica esta forma de entender el respeto laboral, por cuanto las reglamentaciones al respecto son tan amplias y vagas que no se hacen necesarias, la realidad es distinta. Esta distinción parte de dos argumentos. El primero, de la complejidad del mundo posmoderno y de su fluctuación, que al establecer una pauta de comportamiento en este sentido, permite servir de apoyo de las disposiciones normativas en aquellos casos en los cuales no pueda obrar porque no son situaciones previstas, se salen de las regulaciones establecidas o son conductas que no son jurídicamente ordenadas pero que tiene repercusiones sobre el respeto laboral. El segundo, contribuye a cumplir por parte de los mismos trabajadores actuaciones que ayuden a proteger sus posiciones, no solo el empleador está encargado de velar por el respeto laboral del trabajador, el mismo tiene la obligación de comportarse de tal manera para que esta pueda desarrollarse.

2.2.4. Aspecto subjetivo del respeto laboral

Lo anterior conlleva a preguntarse ¿Quién debe garantizar el respeto laboral? ¿A favor de quien se debe garantizar? ¿Desde la perspectiva de quien se debe garantizar? Estas tres preguntas resumen el aspecto subjetivo del respeto laboral al determinar las cargas, derechos y perspectivas que deben tenerse en cuenta al momento de estudiar esta estructura.

En primer lugar, se pregunta por quien debe garantizar el respeto laboral. Actualmente por la importancia que ha tomado el Derecho judicial, parecería que el principal responsable de que se garantice el núcleo jurídico iusfundamental es el juez³⁸³. En las sentencias, en la resolución de los litigios, parece ser el lugar más propicio para materializar el respeto laboral. Sin embargo, parecería que esto es una protección tardía y que puede pensarse en

³⁸³ Cfr. LÓPEZ, Diego. El Derecho de los jueces. Bogotá: Uniandes-Legis, 2006, p. 25-82.

una protección más adecuada que no espere a que se configure un litigio sino que lo prevenga.

Estas afirmaciones ostentan diferentes niveles de análisis, dependiendo el grado de abstracción con que se quieran resolver y las obligaciones concretas que de ella se deriven. Para el caso del respeto se han de tener en cuenta tres niveles. La garantía del Estado, la del empleador y la del trabajador. De forma general, el Estado es el principal obligado; esta obligación de garantía se fundamenta en las obligaciones impuestas por la Constitución y los tratados internacionales³⁸⁴.

Esta obligación estatal de garantizar el respeto laboral implica la ejecución de acciones fácticas y jurídicas. Bien sea por la realización de acciones tendientes a satisfacer los requisitos que impone el respeto laboral (por ejemplo en los casos que actúa como empleador)³⁸⁵, o bien sea mediante medidas jurídicas que prohíban el trabajo forzado, establezcan jornadas máximas de trabajo o el trabajo infantil³⁸⁶. Además está la obligación de tomar medidas jurídicas para satisfacer los requisitos o buscar los ideales que reclama el respeto (por ejemplo en el caso de la Ley sobre licencias de maternidad o paternidad)³⁸⁷.

Esta obligación estatal se desarrolla a través del poder legislativo, ejecutivo y judicial. En el primer caso, mediante la expedición de normas a través de las cuales se actualizan las exigencias del respeto laboral, bien sea buscando una mayor protección de los derechos

³⁸⁴ En este sentido, puede verse que la Constitución Colombiana establece, por ejemplo, en el artículo 53 la obligación del Estado de expedir el estatuto del trabajo en el cual debe cumplir con unos principios mínimos establecidos por el constituyente. Igualmente, los tratados internacionales tienen como principal obligado al Estado.

³⁸⁵ Convenio de la OIT sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

³⁸⁶ Convenio de la OIT sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)

³⁸⁷ En Colombia con la Ley 1468 de 2011 o Ley María se modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal manera que el párrafo 1 quedó de la siguiente manera: "... Párrafo 1: La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo con la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad..." En España el tema es regulado por el Real Decreto 1/1995, art.48 bis del Estatuto de los trabajadores (Modificado por la Ley 9/2009). Además se encuentra el Texto Refundido de Estatuto de los Trabajadores, Relegislativo 2/2015, art. 48.7.

existentes, mayores derechos a los trabajadores, indemnizaciones, y demás estrategias jurídicas necesarias para materializar el interés jurídico fundamental³⁸⁸. En el caso del poder ejecutivo, mediante la reglamentación de las normas legales en el sentido de las exigencias del respeto laboral, o la aplicación uniforme de las exigencias antedichas. En el caso del poder judicial, mediante la actualización de los derechos fundamentales, su concretización, o la creación de este tipo de normas jurídicas³⁸⁹. Y de forma indirecta, cuando exista la discrecionalidad para la toma de decisiones judiciales, el sentido de estas deberá estar orientado hacia las exigencias iusfundamentales.

De manera más concreta, el respeto laboral debe ser garantizado por el empleador en el marco de la relación laboral, en cumplimiento de las obligaciones jurídicas impuestas y las políticas ulteriores que se plantee. Lo cual ha venido desarrollándose, además de las exigencias normativas directas de respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales, bajo el concepto de responsabilidad social empresarial o ética empresarial³⁹⁰. Con ello se ha pretendido “una implicación de los trabajadores como presupuesto y garantía de estas políticas empresariales, llevándose a cabo una gestión laboral respetuosa y suplementaria a la legalidad que puede redundar en el óptimo rendimiento empresarial”³⁹¹. En ocasiones estas políticas han tenido un cuestionamiento relativo a la instrumentalización y al marketing; se les enrostra que quieren parecer una empresa más humana y atractiva.

³⁸⁸ Principio de progresividad y no regresividad: BERTRANOU, Fabio. Sistema de jubilaciones y pensiones en América Latina: Reformas, paradigmas y temas emergentes. Buenos Aires: Prudentia Iuris, Número 59, Universidad Católica de Argentina, 2004.

³⁸⁹ La Corte Constitucional en la Sentencia C 386 de 2000, estableció: “Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.”

³⁹⁰ CORTINA, Adela. Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial. Madrid: Trotta, 1994, p. 34. MARTÍNEZ, Horacio. El marco ético de la responsabilidad social empresarial. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 42.

³⁹¹ BAZ, José. Responsabilidad social empresarial y participación de los trabajadores, en AA.VV, Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid: 2007, p. 93 y ss.

El hecho que exista una obligación estatal de garantía no excluye la corresponsabilidad de los ciudadanos. El igualitarismo constitucional, la concepción del Derecho como inestabilidad, el principio cooperativo, irradian las obligaciones de los ciudadanos, y para el caso, de los empleadores. Quien tiene la mayor posibilidad de trasgredir el núcleo jurídico fundamental es el empleador, por lo tanto, éste ha de jugar un rol protagónico en la garantía del interés jurídico fundamental. Puede desarrollar actividades preventivas que no hagan necesaria la exigencia judicial; se trata del Derecho de las personas más que el Derecho de los jueces. La garantía del Estado sería inocua si no existiese por parte del empleador un fuerte compromiso.

El empleador garantiza el respeto en dos sentidos: el primero, en la medida que sus actuaciones se ajusten a las regulaciones jurídicas que protegen al respeto laboral, es decir, que las reglamentaciones contractuales y las decisiones que tome en el desarrollo del contrato tenga entre sus finalidades la permanencia adecuada del vínculo jurídico. En este sentido, por ejemplo, no garantiza el respeto laboral el empleador que debiendo contratar indefinidamente a un trabajador decide contratarlo por término fijo. En el segundo sentido, el empleador garantiza el respeto cuando en los aspectos no eminentemente reglamentados, vía legal o contractual, actúa de forma recta, con buena fe, con igual consideración y respeto³⁹², exhibiendo las obligaciones que dentro de la relación laboral implica el principio de solidaridad.

Ahora bien, el interés jurídico iusfundamental también tiene que ser garantizado por el trabajador; no solo se hacen importantes las medidas adoptadas por el Estado, o el ajuste de la conducta del empleador, sino que además se hace necesaria la garantía que provenga del propio trabajador en favor del respeto laboral. Esta situación puede revisarse en dos sentidos: en el primero, el trabajador puede dar lugar a que no exista respeto laboral en la relación laboral, puede renunciar antes del término pactado, puede incurrir en faltas disciplinarias y en conductas que afecten la continuidad del vínculo laboral. Las

³⁹² Cfr. VALDÉS DAL-RE, Fernando. La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado. Madrid: Derecho Privado y Constitución, Número 17, 2003, p. 13.

obligaciones constitucionales le imparten también la garantía de respeto laboral. En segundo sentido, el trabajador también es encargado no solamente de velar por el respeto en su favor, como se muestra en la doctrina clásica, sino que también ostenta la obligación de actuar de forma que le permita garantizar el respeto en favor del empleador.

Así las cosas, el principal obligado a la garantía del respeto laboral es el trabajador, en segundo lugar, está la garantía del empleador, y en tercer lugar, está la garantía del Estado a través de sus órganos. Bajo la perspectiva planteada la protección no se disminuye sino que se incrementa, al enfocarse en aspectos preventivos y no exponerse a largos e ineficaces litigios judiciales. Esta visión es acorde con el igualitarismo constitucional y el principio de cooperación. El Estado no se exime por cuanto es la última garantía que debe desarrollar estrategias para resolver los litigios existentes e incentivar la prevención de los mismos.

¿Esta forma de entender el respeto laboral conlleva a que se cambie el principal beneficiado? ¿Resulta el empleador beneficiado de la aplicación del respeto laboral? Pese que en principio parecería que el principal beneficiado del respeto laboral era trabajador, la forma adecuada de entenderlo conlleva a que, pese a que siga ostentando como principal beneficiario al trabajador, y por extensión a sus familiares o las personas que de él dependan, se tenga en cuenta los beneficios en favor del empleador y del Estado. Es indudable que ante las formas de composición social actual el respeto laboral también se expide en favor del empleador³⁹³; se desea es cuestionar el viejo mito de proteger únicamente a una parte de la relación, una concepción comprensiva del Derecho implica la necesidad de proteger las distintas posiciones de las relaciones jurídicas, lo cual no es óbice para acentuar la protección de una parte sin que por ello implique el sacrificio de la otra.

Bajo esta perspectiva se hace necesario proteger también al empleador por tres tipos de razones. Primero: ello garantiza la igualdad consideración en el trato que exigen los derechos fundamentales, no implica una protección prevalente en favor del trabajador, sino

³⁹³ Los derechos fundamentales del empleador también son importantes dentro de la relación laboral, lo que resalta la trascendencia de los derechos fundamentales del trabajador es su prima facie debilidad. Lo que trata de igualar las relaciones de poder. Lo que no obsta para desconocer los de aquel.

como derecho fundamental ostenta como titulares a todos los miembros de la comunidad. No solamente en la perspectiva que sean trabajadores sino en la perspectiva que estén inmiscuidos dentro de una relación laboral, como ciudadanos iguales y cooperativos. Segundo: protege la importancia empresarial para el desarrollo del Estado. Por cuanto, el hecho de que el trabajador sea la parte débil de la relación laboral no implica de tajo que esta situación conlleve a la anulación de los derechos fundamentales de los empleadores, máxime cuando de la pervivencia de las empresas depende gran parte de la mejora del plan cooperativo del país. Tercero: el respeto laboral, impide el abuso de las posiciones jurídicas de los derechos fundamentales, especialmente, en el sentido que establece especiales cargas en favor de los miembros de la relación jurídica. En donde, los diferentes agentes deben comportarse de una especial manera teniendo en cuenta la solidaridad y el trabajo cooperativo. Se trata de líneas argumentativas que impiden que las cigarras se beneficien del trabajo de las hormigas.

Ahora bien, ¿desde qué perspectiva debe garantizarse el respeto laboral? ¿Cuál es la visión que debe primar sobre la protección de la estabilidad laboral? Las dos visiones acerca del respeto laboral, la del trabajador y la del empleador, pueden ser enriquecidas por las visiones del legislador o del juez; el juez puede tener una visión del respeto más garantista que la del legislador. Una de las razones de que los jueces tienden a ser más garantistas es debido a las repercusiones de su decisión; las decisiones judiciales por lo general tiene una menor afectación o repercusión social que las del legislador (salvo que sean sentencias de altas Cortes tomadas como precedentes), por cuanto, este, con sus disposiciones, regula un mayor número de relaciones jurídicas, así sea de forma más abstracta y potencial.

De lo anterior puede inferirse que existen distintas visiones acerca de la protección del respeto laboral, luego se hace importante cuestionarse cuál debe primar. Estas visiones tienen origen, estructura y alcance distinto. La respuesta más adecuada consulta el modelo del Estado Democrático y pluralista: la perspectiva que debe primar es la de los ciudadanos comunes. El gran número de leyes y regulaciones minan las bases del Estado Democrático y de la participación ciudadana, hasta el punto tal que no se puede exigir adecuadamente su

cumplimiento y se encuentran tantas razones para hacer algo como para abstenerse de hacerlo, por lo cual: la simplicidad es el valor a buscar en la posmodernidad³⁹⁴.

Las regulaciones acerca del respeto laboral no deben estar enmarcadas por el sentido que le den las élites aristocráticas, que se abrogan una capacidad intelectual superior, ni en el entendimiento de un grupo *prima facie* poderoso o superior³⁹⁵. Si bien el respeto laboral es una noción abstracta que puede presentar problemas de indeterminación normativa, el sentido más plausible de la noción se encuentra en el significado que han de darle los ciudadanos: el pueblo, los trabajadores. Esta visión es común con los desarrollos del constitucionalismo popular, es decir, la visión conforme a la cual “quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar expresarse independientemente”³⁹⁶.

El Derecho está dirigido al pueblo -su garantía primaria también-, al ciudadano común, por tanto el sentido predilecto de los preceptos que regulan el respeto laboral ha de ser el más conforme con el significado que puedan tener los ciudadanos. El trasfondo de este entendimiento, como se dijo, es el del constitucionalismo popular³⁹⁷. La anterior afirmación se justifica en tres razones. La primera, en los actuales constitucionalismos, y

³⁹⁴ Sobre la posmodernidad: LYOTARD, Francois. La Condición Postmoderna. Informe del Saber. Madrid: ED Catedra, 1987, p. 45.

³⁹⁵ Robert Unger resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” está dado por su “disconformidad con la democracia.” UNGER, Robert. What Should Legal Analysis Become? Londres: Verso Press, 1996, p. 72.

³⁹⁶ KRAMER, Larry. The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 942.

³⁹⁷ El “constitucionalismo popular” agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos, se destacan “autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial”. GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago de Chile, CEPAL, 2009, p. 22.

desde las concepciones del Estado de Derecho, la ley se presume conocida por todos³⁹⁸. Esta exigencia, impuesta en un principio desde la burguesía, conlleva una responsabilidad especial en el entendimiento del Derecho, al ciudadano común no se le puede exigir lo imposible. Un criterio de racionalidad para que pueda pensarse que la ley es conocida por todos es que el significado de esta debe ser lo más natural y común posible. Los significados demasiado técnicos y sofisticados o el sentido condicionado de forma arbitraria aleja al ciudadano de la posibilidad de conocer la ley. El conocimiento de la ley por parte del ciudadano se encuentra en una incesante crisis: además de la cantidad legislativa, el auge de las normas judiciales y de las reglamentaciones transnacionales complejizan esta labor; los juristas tienen la obligación de simplificar estas situaciones indeseables. Estas situaciones que se generan en el campo general del Derecho, han de ser tenidas en cuenta en el tema que se estudia. El significado de las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales acerca del respeto laboral han de preferir la perspectiva más común que pueda otorgársele³⁹⁹.

En segundo lugar, la prevalencia de esta clase de significado se da por cuanto resulta un presupuesto del conocimiento y ejercicio de los derechos laborales. Si el significado de las disposiciones laborales, y en especial del respeto laboral, no fuera el de los ciudadanos comunes, no se entendería como éstos podrían conocer y ejercer sus derechos, sería una entelequia jurídica pensar que ellos se van a comportar de la forma que las normas le indican.

Además de lo anterior, la publicación de las normas y el principio de moralidad Estatal, implican la concepción según la cual el significado de las disposiciones debe ser el más común posible. La moralidad administrativa actualmente se entiende como la actuación

³⁹⁸ Cfr. SACHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 2000, p. 45.

³⁹⁹ Así, por ejemplo, concepciones de este tipo en los trabajos de Bruce Ackerman, enfatizando el papel de "We the People" en la creación, desarrollo e interpretación de la Constitución; y Akhil Amar, subrayando el principio de la soberanía popular, el carácter "mayoritario" (y no "individualista") de los derechos constitucionales no enumerados, y el rol protagónico que, históricamente, se le reservara a la ciudadanía y los órganos políticos en la interpretación y aplicación de tales derechos. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

conforme a los postulados de la Constitución en donde se han de respetar los fines, principios y valores de la carta; implica esto una exigencia especial de claridad y simplicidad en la producción e interpretación de las normas.

Queda una situación importante por dilucidar en este espacio, y es la de determinar que sucede entonces con las impetraciones por autoridad que efectúan las Cortes o Tribunales constitucionales. Lo que se ha dicho en los anteriores párrafos no niega la importancia en la interpretación del legislativo o la rama judicial⁴⁰⁰. El hecho de que los significados de las normas sean los significados del ciudadano del común no presenta serios inconvenientes prácticos, aunque es muy difícil determinar que entiende el ciudadano común por determinada disposición. Lo que quiere decirse con ello no es que se consulten los promedios de las personas sobre que entienden por las normas derivadas del respeto laboral, lo cual sería casi un absurdo jurídico, sino que exige, como forma de entender la interpretación de las disposiciones jurídicas, que no deben dotársele a las normas de significados arbitrarios discordantes con el mayor entendimiento de la expresión. Es decir, exige una justificación especial cuando quiera dársele a la significación de un término o una disposición un sentido diferente al tenido por el común de las personas.

De esta forma se compagina el sentido del ciudadano común con el sentido de las interpretaciones acerca del respeto laboral de los jueces o el legislador. Cuando un órgano de cierre establece el significado del respeto lo que hace es solventar por vía de autoridad los desacuerdos razonables que se tengan al respecto⁴⁰¹. Además ostenta una carga

⁴⁰⁰ The People Themselves “es el texto que mejor se ocupa de la importante distinción entre las ideas de revisión judicial de las leyes –la capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas y, eventualmente, declararlas inválidas- y supremacía judicial –referida al carácter de los jueces como “últimos intérpretes” de la Constitución”. GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago de Chile, CEPAL, 2009, p. 22.

⁴⁰¹ Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible. WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 22-45.

argumentativa de justificar el sentido dado. Igual sucede con las definiciones y sentido de las figuras dadas por el legislador⁴⁰².

De ello se concluye que la respuesta sobre el sentido del que debe dotarse el respeto laboral, es el dado por el ciudadano común, de conformidad con algunas de las propuestas del constitucionalismo popular; ello no se entiende en una dimensión fuerte, sino en una dimensión débil, que haga compatible el significado del instituto que tienen los ciudadanos con los órganos encargados de dotar de significado y alcance a las disposiciones jurídicas.

2.2.5. Aspecto cuantitativo: la eliminación progresiva del irrespeto

Ahora bien, ¿en qué medida debe garantizarse el respeto laboral? Para determinar este aspecto cuantitativo pueden proponerse distintas vías: considerarla como valor, como principio o como un núcleo jurídico fundamental. Además de estas vías hay que tener en cuenta si se trata del respeto laboral general o de respeto laboral en situaciones específicas. Dependiendo la vía que se escoja ostenta repercusiones en la cantidad de protección que se le otorgue.

Si se considera el respeto laboral como un valor se le otorgaría una función primordial dentro del ordenamiento jurídico, la de servir como guía para la toma de decisiones legislativas y judiciales (sin que ello no implique las obligaciones generales para todos los ciudadanos). Los valores como aspectos centrales dentro del ordenamiento jurídico tienen más peso axiológico que deontológico⁴⁰³. Por lo cual, no exigen normativamente la adopción de medidas determinadas o un control de las acciones que se enfilen hacia él. Sí exigen determinadas conductas y decisiones pero no lo exigen normativamente, en el entendido que se haga obligatorio optar por tal o cual estado de cosas, o que se haga necesario un nivel determinado de protección. O por mejor decir, lo exigen desde un punto de vista leve (podría pensarse que repudian la inactividad legislativa o la falta de un nivel

⁴⁰² Sentencia de la Corte Constitucional C 820 de 2006.

⁴⁰³ Cfr. ALEXY, Robert. , Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 147.

mínimo de protección)⁴⁰⁴. Por lo tanto, el entender el respeto solamente como un valor conllevaría a que la protección cuantificada sea baja. El problema principal de esta forma de entender el respeto laboral es que no se tendría asegurado un grado adecuado de protección, ni los mecanismos para controlar la adopción de medidas que la favorezcan o restrinjan.

Bajo la concepción de principio que ostenta, como se mencionó, podría decirse que el respeto laboral debe ser garantizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁰⁵. Esta respuesta es quizás de las más autorizadas, especialmente, por el efecto perlocucionario y retórico que puede generar. Sin embargo, esta concepción de los principios tan difundida como aceptada no es adecuada para la protección del respeto laboral, por múltiples razones. Especialmente, para el caso se resaltan dos razones: la primera establece que como principios, pueden ser limitados de diferentes formas, y que el grado de la restricción que pueda imponérsele depende del peso o la importancia que pueda atribuírsele a principios contrarios, por tanto, unos principios contrarios con amplio peso, como es el caso de los relacionados con aspectos económicos de las empresas, pueden conllevar a una protección deficiente⁴⁰⁶. Esta situación no sería tan grave si pudiera controlarse racionalmente la forma como se ponderan esta clase de intereses.

La segunda razón, de tipo empírico, establece la debilidad “histórica” del respeto en relación a las cuestiones económicas. Desde un punto vista más abstracto una conocida frase de Burdeau manifiesta: “[d]e los dos elementos de todo orden jurídico, la seguridad y el progreso, la concepción actual de la ley sacrifica deliberadamente la primera a favor del segundo”. La idea general que se desea resaltar es que la concepción de progreso ha obtenido una importante valoración dentro de la política y la órbita jurídica, lo cual no es del todo reprochable; quizás lo reprochable es que la idea de progreso que se ha hecho

⁴⁰⁴ BERNAL, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ¿Existen derechos sociales? En: Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, Discusiones, 2004, p. 99-104.

⁴⁰⁵ Cfr. ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 130.

⁴⁰⁶ WILLMOTT, Hugh. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. En: Vigilar y Organizar. Madrid: Siglo XXI, 2007, p. 67.

preponderante es la relacionada con la economía de mercado. Lo cual, actualmente se nota en las múltiples limitaciones que se les han impuesto al respeto laboral, principalmente por el peso que se le ha atribuido a factores económicos y de mercado que ha conllevado a que se abra una gran ventana por donde se escapan los más nobles intentos de protección de los derechos humanos al interior de la empresa.

La mayor afectación al respeto laboral, o las brechas que se han abierto contra ella, se han dado por la importancia otorgada a principios con tintes económicos que han minado algunos de los aspectos centrales del respeto laboral. Por lo cual, una forma de proteger el respeto es resguardarle cierta parte de la aventura de los juicios de ponderación, sin que ello implique la predilección por la teoría de los núcleos esenciales⁴⁰⁷.

Ante esta situación, se vislumbra como necesario transformar la forma de entender el aspecto cuantitativo del respeto laboral. Especialmente desde la perspectiva de entenderlo como una entidad que no siempre puede ser ponderada y sacrificada por aspectos de progreso económico. Una de las alternativas para lograr una mejor forma de protección del respeto laboral, es entenderlo como núcleo jurídico fundamental del ordenamiento jurídico. Entenderlo de esta forma, como ya se mencionó, conlleva una protección normativa respecto de su concepción como valor y establece límites infranqueables respecto a su concepción como principio.

Como núcleo jurídico fundamental, el respeto laboral, exige una máxima protección dentro del ordenamiento jurídico, procedente de la idea de valor absoluto, la cual deriva de su vinculación con los derechos fundamentales y con sus fundamentos filosóficos. Que el respeto laboral exija la máxima protección dentro del ordenamiento jurídico ayuda a

⁴⁰⁷ VALDÉS, Fernando. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia. Madrid: Relaciones Laborales, Número 22, 2003, p. 46. TERRADILLOS, Ederne. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. SAGARDOY, Juan. Los derechos constitucionales del empresario. En: El modelo social en la Constitución española de 1978. Madrid: MTYAS, 2003, p. 224.

desarrollar tres ideas: deben eliminarse progresivamente las causas de irrespeto⁴⁰⁸, protegerse más que restringirse, y restringirse solo en favor del respeto.

Buscar la protección máxima del respeto laboral puede sugerir utilizar tres vías diferentes: construir idealmente un estado de pleno respeto, idealizar una situación que haya existido o exigir que se elimine progresivamente el irrespeto⁴⁰⁹. La primera vía es afín con la filosofía política cuando se ideaban Estados inexistentes y se buscaba el acoplamiento de la situación social a la idea creada; como por ejemplo en la Utopía de Moro o la Ciudad de Dios de San Agustín. En el tema del respeto laboral requeriría crear constructos teóricos donde se plasmaran con la mayor ambición posible que situaciones deberían protegerse mediante el respeto laboral; como por ejemplo las utopías laborales creadas por el comunismo, la filosofía política o la religión. El problema con este tipo de constructos teóricos es que en la teoría son realizables pero dejan por fuera muchas situaciones factuales que no pueden concretarse.

Cuando se trata de idealizar una situación que haya existido y se desea que las situaciones apunten hacia ella, como por ejemplo los pensamientos acerca de la republica romana, en el campo del respeto laboral, no se cree que en algún momento de la situación histórica se haya tenido una situación tan afortunada que desee tenerse como una situación que se quiera representar en el presente. Luego no se contaría con un insumo teórico que permitiera efectuar una construcción en este sentido.

Por tanto, la mejor forma de proteger el respeto resulta ser la de eliminar progresivamente las causas de irrespeto a través de la adopción de situaciones que contribuyan a fortalecer dicho núcleo jurídico fundamental. De esta forma no se busca construir una situación ideal ni echar mano de una situación ocurrida, sino de buscar el progreso del respeto laboral de

⁴⁰⁸ Esta idea es similar a la expuesta por Sen en relación a que su propuesta no va a consistir en la creación de un modelo ideal de justicia sino en buscar las estrategias para eliminar progresivamente la injusticia. SEN, Amartya. *La idea de la Justicia*. Madrid: Taurus, 2007, p. 25.

⁴⁰⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría de las formas de gobierno en el pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 14.

una forma realista, mediante la adopción de estrategias que ayuden a eliminar las situaciones que lo trasgreden.

Se trata de una estrategia progresiva que contribuye a una protección pragmática y realista. Pragmática por cuanto ayuda a superar las demás formas de proteger el respeto laboral, y realista por cuanto está más al contacto con el contexto en el cual se desenvuelve. De esta forma se exige eliminar progresivamente las causas de violación de derechos fundamentales, limitar las facultades de mando del empleador, la temporalidad de los contratos, buscar estrategias en contra de la discriminación laboral, y reparar adecuadamente las trasgresiones a los derechos fundamentales.

El entendimiento de este enfoque de protección conlleva a que: “el respeto laboral deba promoverse más que restringirse”⁴¹⁰. Exige que el respeto se desarrolle en la medida adecuada pero teniendo en cuenta que no puede retrotraerse injustificadamente en la protección otorgada. La forma de entender esta estrategia de protección no deja por fuera la posibilidad de que se puedan tomar medidas que prima facie afecten el respeto laboral. Esta idea subyace en un sentido similar al del principio de progresividad y no regresividad en materia de DESC⁴¹¹.

El respeto puede restringirse en múltiples situaciones, lo importante es que ostente como norte una mayor protección que restricción. El aspecto valorativo de la restricción está enfocada a la idea de que está solo puede restringirse en favor de sí misma. Para entender

⁴¹⁰ Esta concepción es similar a la idea del principio de progresividad y no regresividad. Por ejemplo, lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C 556 de 2009.

⁴¹¹ En relación a esto la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C 428 de 2009, lo siguiente: “La Corte Constitucional no desconoce la libertad de configuración del Legislador, como titular de una significativa discreción en materia pensional. Sin embargo, como esta reforma debe considerarse, prima facie, regresiva en la protección de un derecho social ya que puede implicar una afectación a personas en estado de debilidad manifiesta (discapacitados), su control constitucional ha de ser aún más estricto, y el que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica su inconstitucionalidad automática, por cuanto la Constitución faculta al Legislador para realizar cambios normativos, siempre que exista una posible justificación de las disminuciones en la protección de derechos sociales, pues si bien debe existir la protección constitucional a la estabilidad de los regímenes pensionales, resulta inadmisibles aceptar la “petrificación constitucional” de los mismos.”

esta concepción de que solo puede restringirse en favor de sí misma, se debe partir de que el respeto ostenta dos contenidos diferentes, uno general y otro específico.

El aspecto más problemático de la cuantificación del respeto laboral es el relativo a que en su concepción adecuada, integra un grupo de ideales multiformes que pueden desarrollarse y restringirse en distintas direcciones. Como no abarca solo un ideal uniforme sino también un complejo multiforme de ideales, pueden sugerir reconfiguraciones internas relativas a varios de sus aspectos. Puede por ejemplo darse el caso que se abaraten los costos de despido pero que se reduzcan las causas de la temporalidad⁴¹².

2.2.6. Proyección temporal

El aspecto de la temporalidad del respeto laboral presenta interrogantes que pueden responderse teniendo en cuenta el contexto de la complejidad donde se han instalado. Para tratar de ser más específicos en el análisis de esas situaciones pueden revisarse especialmente dos perspectivas: una general y otra específica. La perspectiva general está encargada de relacionar el respeto laboral con el pasado, el presente y el futuro. En cambio, la perspectiva específica está encargada de revisar el aspecto temporal dentro de los elementos integrantes del respeto laboral. Es decir, se efectúa un doble análisis teniendo en cuenta el grado de abstracción y el enfoque.

En el primer caso, la idea general, es que el respeto laboral permite relacionar el pasado, presente y futuro de la relación laboral. Esta relación entre unidades temporales se efectúa teniendo en cuenta principalmente una mirada retroactiva y prospectiva desde el presente. El pasado se constituye en un punto de referencia para contrastar el presente, mientras que en el futuro se pretende la continuidad la relación laboral de la forma como se ha desenvuelto⁴¹³.

⁴¹² Cfr. AVILA, Humberto. Teoría de la seguridad jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 157-210.

⁴¹³ En ocasiones permite predecir que la relación laboral está a punto de acabar, lo cual puede limitar el curso de acción de los trabajadores a efectos de tomar decisiones estratégicas.

La relación del presente con el pasado mediante el respeto se logra cuando se permite que las situaciones que se plantearon en el origen de la relación, permanezcan en el presente. Es decir, que se le dé continuidad, de forma descriptiva, y, de manera prescriptiva, no se empeoren las condiciones laborales sino que se mejoren. De cierta forma, lo que quiere decirse es que el estado actual de la relación laboral se desenvuelva dentro de las previsiones positivas que el trabajador ostentaba al inicio de la relación laboral, en otras palabras, si se mira en retrospectiva la manera en la que se ha desarrollado la relación laboral podría pensarse que esta no ha sufrido alteraciones graves en su desenvolvimiento y ha mejorado.

Dentro del respeto laboral pueden darse afectaciones positivas o negativas para el trabajador. Por ejemplo, el caso de un horario de trabajo más arduo o el encargo de funciones no acordadas, conlleva en principio una afectación del respeto dentro de la relación laboral. Sin embargo, pueden darse situaciones positivas alrededor de la relación laboral como cuando se mejoran las condiciones laborales en sueldo o prestaciones. Luego, podrían darse, desde diferentes aristas, situaciones positivas y negativas en el desenvolvimiento de la relación laboral.

El pasado y el presente sirven de unidades de análisis mediante las cuales es factible emitir juicios sobre la forma como se ha previsto y protegido la relación laboral. Desde esta perspectiva cumplen una función especialmente evaluativa, materializadora y prospectiva. Se cumple una función evaluativa en el entendido que se permite la determinación de un juicio de conformidad entre dos o más estados de cosas. El presente puede ser contrastado con el pasado para revisar la evolución de las situaciones relacionadas con las exigencias del respeto laboral. La función materializadora refiere a la forma en la que se está cumpliendo por parte del trabajador y el empleador el contrato de trabajo. Según una conocida teoría los empleos son bienes muy mal conocidos por las partes⁴¹⁴. El trabajador no sabe bien que esperar respecto de las exigencias de su trabajo, en relación a su contexto, funciones, expectativas y ambiente laboral. Por su parte, el empleador no sabe bien que

⁴¹⁴ Cfr. OJEDA, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, p. 158.

esperar de sus trabajadores, en relación con sus capacidades, compromiso, desempeño, liderazgo, responsabilidad y proactividad. Esta mirada hacia el pasado permite ostentar un mejor conocimiento sobre el valor de los bienes y lo que las partes están dispuestas a pagar por ellos. La función prospectiva refiere a que mirar el pasado otorga importantes elementos de juicio para poder proyectarse hacia el futuro. La disposición natural que ostentan las personas de mirar hacia adelante y plantearse objetivos se concreta también en los aspectos de la relación laboral⁴¹⁵. Prever las consecuencias permite que el trabajador pueda compasar esta situación con su plan o proyecto de vida, lo dota de esta forma de dignidad y de un trato de igual consideración y respeto. Así las cosas, el respeto laboral permite una relación entre el presente y el futuro.

Ahora bien, como se anticipó, el análisis general debe ser complementado con un análisis específico de los elementos que lo integran. Si se revisa la forma como se ha desenvuelto el empleo pueden notarse los siguientes rasgos: que se ha mantenido igual, que ha sufrido leves cambios, que ha sufrido modificaciones moderadas o que ha cambiado bruscamente⁴¹⁶. Estos cambios a su vez pueden ser positivos o negativos teniendo en cuenta el bienestar del trabajador – o el empleador-.

Cuando la relación de trabajo se ha mantenido igual, en principio parecería que el respeto laboral no ha sufrido modificaciones importantes. Lo cual, en principio es una situación favorable al trabajador. Aunque esta situación puede por cuestiones externas, y excepcionalmente, repercutir de forma desfavorable y afectar el interés en comentó. La concepción integral del respeto laboral, bajo la concepción de igual consideración y respeto exige modificar las condiciones laborales cuando el exterior las tensiona. Piénsese el caso de que las relaciones laborales de los demás compañeros de trabajo del empleado hayan mejorado. Pese a que la relación laboral se mantenga incólume no de ello puede derivarse que el respeto no se vea afectado⁴¹⁷.

⁴¹⁵ GOMETZ, Gianmarco. La certeza jurídica como previsibilidad. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 35-42.

⁴¹⁶ Además, puede pensarse que ha desaparecido, no obstante, esta situación no será revisada por ahora.

⁴¹⁷ La Corte Constitucional en sentencia T 018 de 1999, manifestó: “En reiterada jurisprudencia de ésta Corporación, se ha señalado que el derecho a la igualdad, no plantea una igualdad matemática, sino una

En el caso de que la relación laboral haya sufrido leves modificaciones la situación en principio es muy similar a la anterior. Sin embargo, la salvedad descrita en el hecho anterior también se aplica, en relación a que se hace necesario revisar el contexto de la modificación. Esta situación, de los cambios leves, es quizás la más común que se produce dentro del desarrollo del contrato. Pensar que las condiciones laborales no se afectan por el paso del tiempo es casi una quimera. Aunque el determinar si los cambios son leves o no han tenido lugar, está muy relacionado con el lapso de duración del contrato y la perspectiva desde la cual se revise. El respeto laboral exige que se modifiquen así sea sumariamente las causas que generan irrespeto laboral en búsqueda de una mayor protección de la figura.

Cuando la situación laboral ha cambiado de forma moderada o brusca respecto de situaciones anteriores en principio podría pensarse que se ha afectado el respeto laboral. Se ha de tener en cuenta la clase de cambios obtenidos, si son positivos, se estaría protegiendo, si son negativos estamos frente a una trasgresión. El respeto laboral ha ostentado cambios bruscos cuando alguno o algunos de los aspectos específicos de la relación laboral han mudado de forma ostensible. Si por ejemplo el sueldo se ha desmejorado, el contrato se ha transformado en definido, se ha reducido el salario.

Así las cosas, el respeto laboral es una estructura jurídica con un fuerte contenido temporal, permite desarrollar funciones retrospectivas y prospectivas. Además de ello, su desenvolvimiento a lo largo de la relación laboral puede estar sometido a leves o graves fluctuaciones, tanto positivas como negativas que se relacionan y tensionan de una forma compleja, pero que de todas formas, prestan la oportunidad para cultivar una visión crítica y

igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en éste derecho fundamental contenido en la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de "a trabajo igual, salario igual". No se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad.”

democrática que sea sensible a las necesidades de los más pobres. Y, especialmente, exigen una progresiva eliminación de las situaciones que atentan contra el respeto laboral.

2.3. Fundamentación del respeto laboral

Hasta el momento se ha hablado mucho acerca del respeto laboral. Se le han añadido atributos y características por medio de las cuales se ha pretendido mostrar sus bondades en cuanto a la protección de los derechos fundamentales y la aplicación del igualitarismo constitucional. En este momento del discurso se hace necesario argumentar la elección del candidato. Puede preguntarse, llevando a otro nivel de abstracción los argumentos establecidos en el capítulo anterior, ¿en que se fundamenta el respeto laboral? El respeto laboral puede fundamentarse en distintos grados dependiendo el nivel de análisis en el que se revise y el enfoque sobre el cual se tenga predilección⁴¹⁸.

El fundamento del respeto laboral se encuentra muy relacionado con los elementos integrantes de su concepto. Un concepto restringido tendría una fundamentación más simple y reducida que la que tendría un concepto amplio. Para efectuar la justificación del respeto laboral se toma el concepto moderado descrito en páginas anteriores⁴¹⁹. Por el enfoque de esta investigación, en los párrafos que siguen se desea efectuar una fundamentación desde un punto de vista constitucional y filosófico. Lo cual no es óbice para no reconocer la relación que existe entre las dos estrategias escogidas y la fundamentación teológica⁴²⁰, económica⁴²¹ o sociológica del respeto laboral, que influyen

⁴¹⁸ El hecho de que no sea una expresión muy común en los discursos jurídicos judiciales y legales no niega su existencia, por cuanto su utilización es más frecuente de lo que puede imaginarse. Se ha pretendido encasillar y sacar a la luz una situación que se ha venido desenvolviendo bajo otros nombres o con referentes distintos; ha estado disfrazado dentro de distintas reglas y principios, ha permeado las relaciones laborales durante algún tiempo, así sea de forma tímida; ha estado presente como una forma de estructuración de la relaciones laborales.

⁴¹⁹ Así las cosas, la fundamentación viene siendo la respuesta a las siguientes preguntas: ¿según la Constitución en que se sustenta el respeto laboral? ¿En qué elementos de la Constitución se justifica el respeto laboral? ¿Por qué, desde una perspectiva filosófico política, se considera que debe existir el respeto laboral? Los campos en los que se mueven estas preguntas son distintos.

⁴²⁰ En este sentido puede revisarse la Carta Encíclica *Laborem Exercens* Del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en la cual se establece: “Con su trabajo el hombre ha de procurarse el pan cotidiano, contribuir al continuo progreso de las ciencias y la técnica, y sobre todo a la incesante elevación cultural y moral de la sociedad en

en los dos enfoques escogidos y que se relacionan de una manera compleja: en ocasiones complementaria pero en otras en forma de condiciones y consecuencias que tensionan las estructuras básicas del núcleo jurídico.

Puede decirse que el campo constitucional es una concreción e institucionalización del campo filosófico político. Entre los dos planos parece existir la misma relación que existe entre los derechos humanos y los derechos fundamentales (o puede ser que la relación real sea la contraria, que el campo filosófico sea un reflejo del institucional, aunque se considera más plausible la tesis de la tensión recíproca y complementaria, son parte de un todo mediante el cual se interpretan y se complementan). Dentro de las preguntas relativas a la fundamentación del respeto laboral pueden cuestionarse diversas situaciones, por ejemplo, ¿una estructura jurídica (núcleo jurídico fundamental) que no aparece instituida de forma expresa en la Constitución puede entenderse justificada constitucionalmente? ¿En qué grado puede justificarse el respeto laboral?

2.3.1. Fundamento constitucional del respeto laboral

Lo que se denota con la expresión ámbito constitucional deriva de cómo se entienda, principalmente, la noción de constitución. La constitución puede ser entendida de diferentes formas, dependiendo el enfoque que se tome para su estudio y la dimensión que se busque analizar. Kelsen la entendía desde una perspectiva material y otra formal⁴²²; Carl Schmitt

la que vive en comunidad con sus hermanos. Y «trabajo» significa todo tipo de acción realizada por el hombre independientemente de sus características o circunstancias; significa toda actividad humana que se puede o se debe reconocer como trabajo entre las múltiples actividades de las que el hombre es capaz y a las que está predispuesto por la naturaleza misma en virtud de su humanidad. Hecho a imagen y semejanza de Dios² en el mundo visible y puesto en él para que dominase la tierra, el hombre está por ello, desde el principio, llamado al trabajo. El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad, relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar, solamente él puede llevarlo a cabo, llenando a la vez con el trabajo su existencia sobre la tierra.”

⁴²¹ Cfr. COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Law & economic. New York: Addison Wesley Longman, 2000.

⁴²² “El término Constitución es entendido aquí no en sentido formal, sino material. La Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido material y, especialmente, la creación de leyes. La Constitución en sentido formal, el documento solemne que lleva este nombre a menudo encierra también otras normas que

la comprendía a partir de cuatro significados distintos: el ideal, el relativo, el absoluto y el positivo⁴²³; para Guastini significa, por lo menos, cuatro ideas: todo ordenamiento político de tipo liberal, un conjunto de normas jurídicas fundamentales, un documento normativo, o un particular texto normativo dotado de características formales⁴²⁴. Esta heteronomía conlleva a tomar partida por enfoques estructurales y abstractos. El campo constitucional se constituye por un conjunto de ideas bastantes distintas y con finalidades poco claras, en cuanto a su origen, ideología, metodología y estructura⁴²⁵. Sin embargo, como de una situación algo borrosa, de él pueden extraerse diferentes niveles de análisis que guían las ideas así no se ilumine con una precisión geométrica. Partiendo de ello, en el campo constitucional el respeto laboral ostenta tres fundamentaciones distintas: una fundamentación abstracta en la súper estructura constitucional, una fundamentación concreta y una fundamentación relacional. Estas tres formas de fundamentar justifican la importancia de la estructura en el ordenamiento constitucional desde diferentes grados de abstracción, en donde se relacionan las ideas generales de la Constitución y sus concretizaciones inestables, y las difusas relaciones que existen entre las normas constitucionales.

2.3.1.1. Fundamentación abstracta

La fundamentación abstracta en la súper estructura constitucional refiere especialmente a que en las Constituciones de España y Colombia se reconoce derechos fundamentales (que se fundamentan en la dignidad humana), son de carácter democráticas y está referida la figura del Estado Social. Ello significa, en primer lugar, que si se reconocen derechos fundamentales existe una positivización de derechos humanos⁴²⁶, lo cual es un indicador de

no forman parte de la Constitución en sentido material". HANS, Kelsen. Teoría general del Derecho y del Estado. México: UNAM, 1988, p.135.

⁴²³ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. México: Editora Nacional, 1981, p. 8.

⁴²⁴ GUASTINI, Ricardo. Sobre el Concepto de Constitución, Cuestiones Constitucionales. México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 1999, p. 164.

⁴²⁵ Cfr. VALENCIA, Hernando. Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Cerec, 1997, p. 12.

⁴²⁶ Cfr. ALEXY, Robert. Teoría del Discurso y los Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1991, p. 34.

que son constituciones en las que la concepción actual de persona, es la de persona débil y necesitada, lo cual no niega sus capacidades, pero enfatiza en que requiere una especial protección. En una sociedad en la cual no exista preocupación por que se amenacen o vulneren los derechos humanos no tendría la necesidad de consagración de los derechos fundamentales. El hecho de reconocer derechos fundamentales indica una preocupación del cuerpo estatal por la protección de las posiciones jurídicas fundamentales de sus ciudadanos.

En estas constituciones no se establecen derechos fundamentales como una forma de sofisticación jurídica. El establecimiento de esta clase de derechos, de máxima importancia⁴²⁷, presupone un grado alto de vulnerabilidad humana⁴²⁸. Por tanto, los ordenamientos jurídicos en los cuales se reconocen más derechos fundamentales, antes de considerar que son los más sofisticados, son aquellos en los cuales existe más miedo y posibilidad de que estos sean transgredidos, luego las estrategias para su protección deben compasar estas dos ideas. Los derechos fundamentales tienen un objeto de máxima importancia para los ordenamientos jurídicos⁴²⁹.

Lo anterior, se complementa con la posibilidad que implican las constituciones española y colombiana, de hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares,

⁴²⁷ Para Alexy, los derechos fundamentales se caracterizan por lo siguiente: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo; segundo, con máxima fuerza jurídica; tercero, objetos de la máxima importancia; y cuarto, con máxima indeterminación. La característica de máximo rango, está referida al estatus que se otorga a los derechos fundamentales por estar regulados en la Constitución. En consecuencia, toda norma inferior que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia no ha de ser aplicada. Pues, la Constitución cuenta con la máxima validez formal. Máxima fuerza jurídica significa que en conjunción con el máximo rango vinculan directamente al poder legislativo, ejecutivo y al judicial. Es decir, se cambia la concepción de otrora en la cual los derechos fundamentales vinculaban, de forma débil, únicamente al legislador. La máxima importancia del objeto hace referencia a las materias que son reguladas por la Constitución, los derechos fundamentales son áreas de importancia trascendental para el derecho, la concurrencia necesaria del máximo rango y la máxima fuerza jurídica aplicados a cuestiones específicas. El máximo grado de indeterminación se relaciona con la redacción del postulado, el cual expone rasgos de bastante ambigüedad e indeterminación. Cfr. CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 34.

⁴²⁸ La vulnerabilidad humana es una de las características que Hart utilizó para determinar su noción del contenido mínimo de moral del derecho. Cfr. HART, Herbert. El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2004, p. 342.

⁴²⁹ Cfr. CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 25.

lo que ha sido denominado por la doctrina como eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴³⁰. Al ostentar fuerza normativa condicionan la clásica forma en la que se tejen y destejen las relaciones jurídicas, sus sujetos, contenido y función.

Así las cosas, que existan constituciones, como la española y la colombiana, en donde se encuentren reconocidos derechos fundamentales, significa, para el caso de este escrito, tres cuestiones principales: se presupone la vulnerabilidad de las personas, existe un compromiso por la protección de los derechos, y los derechos vinculan al Estado y los particulares.

El reconocimiento de la vulnerabilidad humana⁴³¹ se complementa con la importancia de la participación de los ciudadanos en los proyectos cooperativos de la sociedad, no solo a escala global, estatal o local, sino en la escala personal, familiar y empresarial. Estas formas de participación son la institucionalización de la democracia. Bien sea en sus concepciones populistas, mayoritarias, deliberativas o asociativas⁴³², las formas como se ha entendido la democracia, tienen en común la idea general de participación de los ciudadanos en la formación, el ejercicio y los límites al poder. El poder empresarial puede asimilarse fácilmente al poder estatal (lo cual no desconoce la importancia de sus diferenciaciones)⁴³³. La preocupación no es solo relativa a la esfera de protección sino también a la conformación de la voluntad social en sus diferentes niveles. Esta esfera de participación repercute en el planteamiento de las regulaciones, la legitimidad y los grados de protección que se le otorgan a los derechos y los intereses jurídicos. En este escrito, se hace referencia a una participación en un sentido amplísimo, que no solamente destaca la formación del poder político-social sino su control por vía de acción y de excepción, y la posibilidad de

⁴³⁰ JULIO, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 298.

⁴³¹ HART, Herbert. El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

⁴³² DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003, p. 381-418.

⁴³³ Pese a las diferencias de origen, fundamento, naturaleza y alcance, que puede existir entre estas clases de poderes, la analogía que se plantea radica en la capacidad que ostentan de afectar los derechos fundamentales. En esto radica la importancia del efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares. El empleador ostenta la capacidad de trasgredir los bienes jurídicos constitucionales de los trabajadores.

tomar decisiones importantes no solo a nivel grupal sino también individual. Bajo este sentido amplísimo de los derechos de participación subsumen las facultades de la autonomía, participación democrática, y del libre desarrollo de la personalidad, especialmente, desde la perspectiva de plantearse un plan de vida y actuar impulsado por acciones estratégicas que le permitan lograr sus objetivos.

El reconocimiento de los derechos fundamentales y los de participación personifican una fundamentación parcial del respeto laboral, por cuanto, en un alto grado de abstracción, representan preocupaciones del orden jurídico por la protección de los derechos humanos y de la autonomía, es decir, por la protección de las posiciones básicas de los individuos y la capacidad de obrar de forma activa y libre en sociedad. Es decir, la necesidad de proteger los iusfundamentales y la capacidad de participación de los individuos, en el campo del Derecho Laboral, se personifican y condensan en el respeto laboral, el cual se convierte en un punto de entronque para velar por la protección de los intereses jurídicos fundamentales en el campo laboral.

Esta actitud proactiva se ve ratificada por la concepción del Estado Social de Derecho y las especiales exigencias que este acarrea en la satisfacción de las necesidades básicas, la protección del individuo y la promoción social. La concepción de Estado Social de Derecho que tiene por objetivo primordial la procura existencial de los ciudadanos,⁴³⁴ parte de la existencia de un alto grupo de necesidades de los individuos las cuales no pueden satisfacerse por sus titulares o allegados, por lo que el Estado, en su conjunto, tiene por finalidad tratar de paliar estas insuficiencias.

Ello conlleva a que el Estado, desde su configuración intrínseca, resalte la importancia del hombre, lo trate con respeto, lo entienda desde su humanidad, y tenga por objeto el

⁴³⁴ El concepto de “procura existencial” está asociado al nombre del iuspublicista alemán Ernest Forsthoff, quien lo acuñó para designar el amplio espacio de necesidades que el individuo no está en capacidad de atender efectivamente, requiriendo por ello la asistencia del Estado. NURIA, Magaldi. Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social, Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 32.

desarrollo de acciones fácticas y jurídicas para que tales necesidades se procuren satisfacer, o, por lo menos, cumplir en un grado mínimo. Especialmente, de las personas en situación más desfavorable. El Estado Social de Derecho, significa, una especial actitud ante el reconocimiento de las necesidades humanas y su intrincada satisfacción⁴³⁵.

El respeto laboral como una necesidad iusfundamental debe ser promovida por el Estado, mediante la utilización de estrategias que busquen concretizarlo, desarrollarlo y eliminar los obstáculos que lo afecten. La concepción del Estado Social de Derecho no hace alusión solamente a relaciones dirigidas desde la figura del cuerpo estatal. Si se tiene en cuenta la justificación que la solidaridad⁴³⁶ entrega a esta figura se entiende que los particulares también deben hacerse cargo, dentro de sus proporciones, de esta clase de obligaciones. La concepción de Estado Social implica, pese a las contradicciones conceptuales que parecería inducir, el deber de los asociados de ayudarse y socorrerse ante las necesidades⁴³⁷.

⁴³⁵ Cfr. BERNAL, Carlos. El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción. Medellín: Revista Letras Jurídicas de Empresas Públicas de Medellín, 2012, p. 23-48.

⁴³⁶ El concepto de solidaridad en lo jurídico dista de ser una noción delimitada con precisión. Ello sucede por cuanto puede entenderse en diferentes formas y porque en ocasiones es vista desde diversas perspectivas. No obstante ello, se hace necesario, para tratar el tema referido ostentar, al menos, un concepto mínimo de la solidaridad. En el lenguaje común, por influencias de la religión, “la solidaridad surge ante la visión insoportable del sufrimiento y la humillación de otro u otros”. Es una especie de simpatía con las situaciones desfavorables del prójimo. Solidaridad es mutua ayuda, bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil. La solidaridad en lo jurídico puede entenderse como el obrar o abstenerse de obrar teniendo como finalidad asistir o efectuar una prestación a favor de otro, sin necesidad de recibir una contraprestación inmediata. Esta concepción de solidaridad puede verse en un nivel débil y en un nivel fuerte según el grado de exigencia de la prestación y la trascendencia dada al concepto. La noción antigua de la solidaridad es lo que puede denominarse como la solidaridad débil. En este estadio la solidaridad se materializaba, en la mayoría de las ocasiones, en unas prestaciones de carácter económico dadas por las clases más adineradas a favor de las más desventajadas. Tales prestaciones se traducían en últimas en subsidios en dinero de los que cuentan con los recursos económicos respecto de los que no cuentan. La noción fuerte de la solidaridad puede clasificarse según se trate del tipo de relaciones que regula y de la perspectiva en la cual se usa. Desde el tipo de relaciones que regula se habla de que esta puede regular relaciones verticales y horizontales. Regula relaciones verticales cuando se trata de relaciones entre el Estado y los particulares. Específicamente se trata de prestaciones asistenciales en las cuales el Estado interviene de forma directa a favor de un grupo de personas; tratando de garantizar unas condiciones de vida mínimas, especial protección a los que se encuentran en debilidad manifiesta. Por su parte, se trata de solidaridad vertical cuando se está en frente de relaciones entre particulares.

⁴³⁷ Cfr. En un sentido similar pueden interpretarse los planteamientos de TUGENDHAT, Ernest. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 344.

Un argumento que corre en el sentido similar al del esbozado en el párrafo anterior, consiste en sostener que la eliminación o la difusa frontera de lo público y lo privado, conlleva a que la finalidad social del Estado se implique en los particulares. Si existe una difusa frontera, en el mejor de los casos, entre lo público y lo privado, muchas de las funciones que antes solo se concebían en cabeza especialmente del Estado, ahora, en distintos grados, son también responsabilidad de los particulares, como el respeto a los derechos fundamentales y la solidaridad⁴³⁸. El cumplimiento, la protección y la garantía de los derechos fundamentales por parte del empleador, se encuentra expresamente establecido en los artículos 25, 53 y 86 de la CP, y en los artículos ‘de la CE.

A esta altura del discurso se hace importante especificar la relación de fundamentación que ha tratado de argumentarse entre el respeto laboral y la existencia de los derechos fundamentales, de participación, y el Estado Social de Derecho. El respeto laboral se fundamenta de forma abstracta en estas nociones debido al reconocimiento de la vulnerabilidad humana, su intrincada satisfacción, la importancia de la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y en su plan de vida, y la obligación del Estado y de los particulares en la satisfacción de las necesidades más básicas de la población. Sin estas concepciones no tendría sentido hablar del respeto laboral, es decir, si en el ordenamiento jurídico el modelo del hombre fuera un ser autosuficiente, capaz, dotado de plena autonomía, o si existiera total desprecio por los derechos humanos, o el Estado y la sociedad no ostentaran relaciones y deberes de ayuda, el respeto laboral sería un sinsentido.

2.3.1.2. Fundamentación específica

Esta forma de concebir la fundamentación abstracta del respeto laboral, conlleva a entender la fundamentación constitucional concreta. Ésta se constituye en una forma de especificación estratégica que trata de enfocar los esfuerzos de las ideas base de las cuales parte. La fundamentación abstracta encuentra en la fundamentación concreta una especificación de los ideales que la representan. Sin embargo, esta especificación es

⁴³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T 125 de 1994.

incompleta y aproximada. Es incompleta por cuanto las ideas generales que representan la fundamentación completa no se cumplen en su totalidad, al especificarlas se quedan parte de ellas sin fuerza, especialmente, por problemas conceptuales. Es aproximada, por dos motivos: no representa en sí todas las relaciones e hipótesis que pueden subsumirse bajo la figura, y debido a lo ambiguo e indeterminado de las disposiciones no se puede establecer de manera muy precisa su alcance, y al mismo tiempo, debido a la falta de claridad de las otras disposiciones, terminan mezclándose de manera indeterminada, compleja y hasta contradictoria.

La fundamentación específica, en este sentido, refiere a las disposiciones jurídicas que de forma directa concretizan los aspectos centrales del respeto laboral a nivel constitucional. Existe una diferencia importante en cuanto a la fundamentación del respeto laboral en las constituciones de España y Colombia. Esta diferencia se traduce, en última instancia, en una mayor fuerza jurídica y una menor carga argumentativa para la protección en Colombia. La Constitución colombiana, a diferencia de la española, consagra directamente una especial protección a las ideas derivadas del respeto laboral (se aclara que se trata de acento y no de elementos esenciales).

En la Constitución colombiana la fundamentación directa se encuentra establecida en el artículo 25⁴³⁹, donde se consagra al trabajo como derecho fundamental y como deber, el cual, “goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”. Además agrega el constituyente una cualificación interesante a la forma en la que se debe desarrollar este tipo de relaciones: “Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Por su parte, el artículo 53⁴⁴⁰, estipula la obligación a cargo del Congreso de

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el

expedir el estatuto del trabajo, el cual debe tener entre otros, como principios “Igualdad de oportunidades para los trabajadores”; “remuneración mínima vital y móvil”; “estabilidad en el empleo”; “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”; “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”; “garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario”.

El trabajo como derecho fundamental conlleva a conclusiones importantes para efectos de la presente investigación. Se reconoce su jerarquía para el orden social, artículo. 4 de la CP, es un derecho universal, artículo 86 de la CP, ostenta máxima indeterminación en su objeto, artículo 53 de la CP, puede ser protegido mediante las acciones constitucionales y ordinarias, artículos 53 y 86 de la CP, no puede limitarse en los estados de excepción, artículos 212 y 213 de la CP, es un asunto de máxima importancia y su modificación requiere ley estatutaria, artículo 152 de la CP.

Implícitamente el constituyente se encuentra preocupado por los trabajadores y reconoce la debilidad que ostentan respecto del empleador; al enfatizar que reciben una especial protección por parte del Estado reconoce su vulnerabilidad y lo necesario de su intervención; más adelante el mismo artículo reconoce las problemáticas y los abusos que al interior se pueden llevar a cabo, especialmente en contra del trabajador, al acentuar un calificativo al trabajo deseado por la Constitución: el trabajo en condiciones dignas y justas; situación que no se lleva a cabo en el reconocimiento de otros derechos, no se establece, por ejemplo, la libertad de información en condiciones dignas. La dignidad es algo implícito en el ejercicio de los todos los derechos, sin embargo, la Corte Constitucional establece ese adjetivo solamente en intereses de superior jerarquía, como el caso de la “vida en condiciones dignas”⁴⁴¹. La dignidad y la justicia son razones de máxima importancia para la configuración del respeto laboral, pues éste se constituye en una forma de materializar de forma adecuada los requerimientos de aquella.

adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

⁴⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional T 972 de 2011.

La anterior adscripción presenta un sinnúmero de problemas. La amplitud de la concepción del derecho al trabajo, su falta de claridad en la determinación de su sentido, los problemas normativos de la expresión “condiciones dignas y justas” puede ser un campo propicio para enfilarse agudas críticas a la relación planteada. Críticas que pueden perfilarse desde las múltiples concepciones de justicia y dignidad que es posible traer a colación. Pese a que resulte debatible el alcance que desea imprimírsele, sería aún más debatible tratar de sostener la posición contraria, es decir, que el respeto laboral no tiene nada que ver con la dignidad y el trabajo en condiciones justas. Se tratan de nociones generales a las que se le adscribe un sentido común compartido por un grupo social.

Por su parte, el artículo 53 de la Constitución Colombiana, cuando emite la orden al legislador para que expida el estatuto del trabajo, el cual debe tener en cuenta los principios glosados, se resaltan aquellos aspectos fundamentales que deben regir el cuerpo jurídico laboral que ostentan tal envergadura que no pueden dejarse en manos del legislador (lo cual no implica que existan ciertos márgenes de fijación de medios⁴⁴²). La Constitución establece, pues, algunos de los núcleos esenciales del estatuto con contenido material pero indeterminado, que el legislador debe buscar de conformidad con las relaciones de coherencia de las demás disposiciones constitucionales. Estos principios se constituyen, pese a su contenido no muy claro, en una condición necesaria para la existencia del Derecho Laboral (y a su vez se ven reflejados en el respeto laboral), sin ellos no podría pensarse que el sistema jurídico estuviera adecuadamente integrado y direccionado: es una preocupación principal del constituyente.

Ahora bien, se hace importante saber cuál es la relación de estos principios con el respeto laboral. Los principios del artículo 53 de la CP son una forma de materialización del respeto laboral, cada uno de ellos expresan ideas derivadas del respeto laboral, son formas de concretizarlos, que a su vez, lo implican y complementan. Empero, esos principios no

⁴⁴² Cfr. CALDERÓN, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Uniandes, 2011, p. 78.

agotan la idea del respeto laboral, los avances tecnológicos y el mercado global, hacen pensar en la necesaria protección de los trabajadores de situaciones distintas a las establecidas en los principios referidos (el mundo global, digital y acelerado muestran como necesaria una mejor y mayor protección). Así las cosas, el respeto laboral es, como se dijo, el núcleo que armoniza y trata de integrar los problemas normativos y conceptuales que se derivan de la aplicación de los principios legislativos y constitucionales en el ámbito laboral. Además de ello, no solo materialmente se encarga de servir de forma de ordenar los principios referidos sino que también los proyecta y amplía.

El respeto laboral sirve, entonces, para dotar de armonía a los principios establecidos, generalizarlos y dotarlos de coherencia, regular situaciones no explícitamente establecidas en ellos, ampliar el campo de los sujetos a los que se refiere, y dotar de un componente dinámico al ideal laboral que puede ser flexible a las presiones externas en el entendido de proteger de los peligros ocultos, teniendo como soporte la dignidad humana y una concepción atómica del Derecho.

Así las cosas, los principales argumentos para el establecimiento del respeto laboral estarían en el derecho fundamental al trabajo y las reglamentaciones del artículo 53 de la CP, estos argumentos, como se explicó, tendrían de trasfondo, el Estado Social de Derecho, el reconocimiento de derechos fundamentales y de prestación, y los derechos democráticos.

En la CE existen menos referencias directas al respeto laboral; además de compartir la fundamentación abstracta, existen referencias directas al respeto laboral, especialmente, según lo establecido en su artículo 35 CE⁴⁴³, sobre el derecho al trabajo, y en el artículo 40 CE⁴⁴⁴, sobre el pleno empleo (además de estas referencias directas, existe un conjunto de

⁴⁴³ Artículo 35.1. “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”

⁴⁴⁴ Artículo 40.1. “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.2. Asimismo,

derechos fundamentales laborales inespecíficos relacionados con el respeto laboral, como por ejemplo: la dignidad del artículo 10, la igualdad del 14, la vida y la integridad física del 15, la libertad ideológica y religiosa del 16, la libertad del 17, y el honor del 18). En el primer caso se trata especialmente de una concretización que tiene como principal punto arquimédico la garantía de justa causa en el despido; en el segundo caso, la política del pleno empleo, establece como principal acento las obligaciones de protección del Estado.

Puede notarse que pese a que existe, al igual que en Colombia, una preocupación por el trabajador y por su debilidad respecto del empleador, el acento de la pregunta a la que desea responder el artículo 35 CE es distinta a la del 25 y 53 de la CP. En el caso de la CE en su artículo 35 CE desea, además de reconocer el derecho y deber fundamental del trabajo, preocuparse explícitamente por la dependencia económica del trabajador y por la discriminación laboral por materia de sexo. Es decir, las principales finalidades eran combatir los bajos salarios que no permitieran la subsistencia del trabajador y su familia, y las políticas de discriminación contra las mujeres que apenas comenzaban a insertarse en el mercado laboral. Esta especial preocupación del constituyente por los aspectos centrales del Derecho Laboral, no quiere decir que no existieran otras preocupaciones⁴⁴⁵, si no que las que se consideraron de mayor relevancia constitucional en esos momentos fueron las anotadas. Sin perjuicio de estas diferencias específicas, estas finalidades concretizan y fundamentan el respeto laboral.

La derivación del respeto laboral del artículo 35 de la CE, se concretiza en una norma adscrita que se deriva de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español. En la STC 22/1985, el Tribunal estableció que el derecho al trabajo presenta una dimensión colectiva y otra individual. “En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo”. “En

los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.”

⁴⁴⁵ DE HEREDIA, Ignasi. Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho. Barcelona: ESADE, UNIVERSITAT RAMON LLULL, 2008, p. 166-202.

su dimensión individual, este derecho se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”, por un lado, y en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa, por otro”⁴⁴⁶.

En España la determinación del respeto laboral, se vislumbra desde la garantía ante el despido, o desde otra perspectiva, la justa causa en la terminación de la relación contractual⁴⁴⁷. Esta tendencia fue ratificada por el TC en la STC 103/1990. En esta sentencia se afirma que “[e]n el Derecho del Trabajo, la regla general es que el cese unilateral de la relación laboral tenga su origen en una causa justa o motivo justificado”. Posteriormente, la STC 27/1994 afirma que:

“la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”.

Del anterior pronunciamiento, para el caso del presente escrito, se resalta la finalidad tuitiva del Derecho Laboral, que se encuentra radicada especialmente en la concepción del Estado

⁴⁴⁶ En esta sentencia se resalta que la estabilidad laboral se deriva del aspecto subjetivo del derecho al trabajo, especialmente, de la continuidad en el empleo. Esta continuidad al empleo que puede verse desde múltiples vertientes, como la preferencia de los contratos indefinidos, la validez los contratos, los mecanismos de protección, las indemnizaciones por despido, el tribunal la enfoca especialmente desde la garantía de la justa causa para el despido. Lo cual, prima facie, muestra la tendencia antiquísima del TC.

⁴⁴⁷ El TC ha interpretado que la causalidad debe entenderse como la “exigencia de un motivo (más o menos tipificado y ‘justo’) para poder dar por extinguido el contrato de trabajo”²⁰. Para ser justa “ha de ser de considerable entidad o importancia; proporcionada, en suma, a la entidad o importancia del ‘sacrificio personal y económico’ que supone para el trabajador la pérdida del empleo”. GORELLI, Juan. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Madrid: Civitas, 1995, p. 37. SASTRE, Rafael. El derecho al trabajo. Madrid: Trotta, 1996, p. 246. Se trataría de una delimitación en negativo, debiéndose entender que no puede constituir un motivo de extinción del contrato de trabajo el fundado en motivos que atenten contra los derechos fundamentales.

Social de Derecho, y que desea afrontar el problema de la desigualdad entre los dos extremos del vínculo, para lo cual se utilizan distintas estrategias, pues, se reconoce la debilidad del trabajador y su necesaria protección dentro del marco del Estado Social de Derecho⁴⁴⁸. Finalmente, la STC 192/2003 completa estos planteamientos al afirmar que “tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma”.

Por vía jurisprudencial relativa al artículo 35 CE se ha radicado la justa causa de despido⁴⁴⁹, como una forma de especial protección al trabajador; como una manera de paliar la desmedrada escala de poder que existe entre los involucrados. En España el principal peligro al cual se ha visto expuesto el trabajador, y que ha sido revisado en sede del Tribunal Constitucional, es el del rompimiento del vínculo laboral por el empleador, y, de forma teórica, el ejercicio de la violencia privada que se concretiza en un irrespeto laboral⁴⁵⁰. Como la derivación del respeto del artículo 35 CE presenta discusiones, al enfatizar sus contenidos a aspectos relativos a la permanencia en el empleo y la no discriminación, se pueden reforzar esos argumentos, en la garantía del pleno empleo, referida en el artículo 40 CE.

Se ha dicho que “el núcleo del derecho al trabajo lo constituye la garantía del pleno empleo”⁴⁵¹. Sin embargo, no hay que perder de vista que la naturaleza del pleno empleo es especialmente programática. De forma similar a lo establecido en el artículo 53 de la CPC, en el artículo 40 de la CE, se señalan unos principios mínimos acerca de la estructuración

⁴⁴⁸ Al respecto resulta importante lo establecido en el Convenio número 158 de 1982 de la OIT, sobre la terminación del trabajo.

⁴⁴⁹ “Un despido sin causa es un despido no sólo contrario a lo que establece la norma legal, sino un acto que no se adecua a ‘los valores y principios constitucionalmente definidos’, aunque el TC no se pronuncie, en esta afirmación, sobre el alcance que este tema debe tener sobre la calificación de las consecuencias del despido realizado sin causa” BAYLOS, Antonio. Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual.

⁴⁵⁰ Cfr. BAYLOS, Antonio, y PEREZ REY, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid: Trotta, 2009, p. 199.

⁴⁵¹ BAYLOS, Antonio. Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual. En: Revista crítica de teoría y práctica, Número 1, 2004, p. 673-684. ALARCÓN, Manuel. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. En: Revista de política social, Número 121, 1979, p. 78.

de las relaciones laborales, como: “la formación y readaptación profesionales”, “la seguridad e higiene en el trabajo”, “el descanso necesario”, “la limitación de la jornada laboral”, “las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

Lo anterior no implica que se asimile el pleno empleo con el derecho al trabajo. Estructuralmente son dos entidades distintas. Según Gorelli, esta semejanza “supondría estigmatizar al Derecho del Trabajo con la naturaleza programática de la proclamación de la política orientada al pleno empleo”. Sin negar que exista una clara relación entre ambos conceptos, se trata de dos normas distintas reguladas en dos capítulos diferentes del título primero. Además, si se admitiera la asimilación, “supondría una repetición o reiteración totalmente innecesaria que provocaría la desactivación de una de las normas por otra”⁴⁵²

Por todo ello, “la satisfacción del derecho al trabajo, en el sentido de obtener un empleo, sólo puede conseguirse trascendiendo lo individual, en una perspectiva social que asume el Estado a través de sus órganos. Esta vertiente ‘colectiva’ del derecho al trabajo viene entonces a suplir las carencias del derecho individual al trabajo, que, no obstante, lejos de quedar huérfano de contenido se dirige a asegurar otros extremos de la relación de trabajo en vigor, entre ellos, la estabilidad en el empleo”⁴⁵³

El hecho de que la CE contenga de forma directa menos preceptos que la colombiana, respecto de las especificaciones del respeto laboral, antes de ser una situación que pueda considerarse de forma negativa, se constituye en una situación que puede valorarse positivamente. Con los preceptos existentes se infiere la preocupación sobre la debilidad del trabajador y las obligaciones generales del Estado y los particulares en torno a ella, el hecho que no exista la misma densidad normativa, es positiva desde la perspectiva que se constituye en un argumento de necesidad en favor de la Constitución del respeto laboral. Bajo esta perspectiva, el respeto laboral se convierte en un imperativo que ha de regir las

⁴⁵² Poniendo en duda la atribución de un carácter esencialmente programático del derecho al trabajo: REVUELTO, María. El derecho al trabajo en la Constitución. En: Estudios sobre la Constitución española de 1978. Zaragoza: Ramírez, Libros Pórtico, 1979. p. 157-159.

⁴⁵³ PÉREZ, Joaquín. Estabilidad en el empleo. Madrid: Trotta, 2005, p. 25.

relaciones entre los particulares. Además de ello, las regulaciones existentes apunten en la misma dirección anotada, en relación a la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, que permiten fundamentar el respeto laboral. Resulta más fácil fundamentar constitucionalmente el respeto laboral que obtener argumentos para desestimar su necesidad.

2.3.1.3. Fundamentación relacional

En el anterior apartado se ofreció una fundamentación directa del núcleo jurídico del respeto laboral de conformidad con las regulaciones de la CE y la CC, sin embargo, se considera que tales prescripciones pese a que son suficientes para fundamentar el principio no agotan el universo del discurso argumentativo que pueden ofrecerse en torno a él. ¿Qué relación tiene el respeto laboral y el principio de igualdad y el derecho al honor? ¿Los asuntos que pueden resolverse apelando al respeto laboral pueden solucionarse acudiendo solamente a un conflicto de derechos fundamentales?

Los argumentos de fundamentación directa del respeto laboral pueden complementarse con lo que se ha denominado en este escrito como fundamentación relacional⁴⁵⁴. Aunque debe aclararse que la noción de “fundamentación relacional” se utiliza de manera impropia. Párrafos atrás se explicaba por qué la fundamentación directa era incompleta e inexacta, la fundamentación relacional parte de estas deficiencias, especialmente, de la ambigüedad normativa de las posiciones y libertades que concede el derecho al trabajo, los problemas del Derecho como inestabilidad, la pretensión de sistematicidad del Derecho

⁴⁵⁴ Siguiendo esta línea garantista, la Corte Constitucional en la sentencia T-373 de 1998 expresó: “...En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43).[12] Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia (C.P. art. 42)...”

contemporáneo desde su visión nuclear, y de la posibilidad de proteger los mismos intereses desde otras perspectivas.

Pese a la reducción de la ambigüedad del principio de respeto laboral, siguen existiendo múltiples zonas en las cuales existe duda acerca de su aplicación, y además, se da el caso de que la misma situación o intereses pueden protegerse desde otros puntos de vista o con base en otros principios. Una situación de Derecho Laboral que prima facie podría resolverse por vía del respeto laboral, habitualmente está enriquecida por la incidencia y conflicto de otros principios en la relación jurídica que se estudia. Dejar de lado esta situación conlleva a que se falte a la veracidad de lo que ocurre en la teoría y la práctica jurídica.

Comúnmente se comete un error muy elemental a la hora de resolver problemas jurídicos; se trata de una situación que puede denominarse como el error unidireccional. El ordenamiento jurídico ostenta la pretensión de ser un sistema en el cual una misma situación puede ser vista desde la incidencia de múltiples intereses, principios y reglas en juego, la tendencia habitual en la teoría y en la práctica jurídica de tratar de solventar el problema estableciendo la tensión entre dos principios o reglas, es un vicio tan común como equivocado. Dentro del sistema jurídico como tal, se relacionan de forma compleja los derechos fundamentales de tal suerte que es imposible llevar a cabo una situación en la cual solamente dos principios se tensionen⁴⁵⁵. La concepción clásica de la ponderación, en la cual se encuentran en conflicto dos derechos fundamentales es una ilusión tan errada como difundida, que no da cuenta de la forma como se tejen las relaciones dentro de los ordenamientos jurídicos. Difícilmente se puede encontrar un caso en el cual exista una colisión de solamente dos principios, siempre la colisión de los principios va a estar no entre unidades separadas sino entre conjuntos con magnitudes y fuerzas disímiles.

⁴⁵⁵ SUAREZ, Wilson Yesid. El principio de Proporcionalidad Sistémico. Bucaramanga: Revista Iustitia, Número 10, Universidad Santo Tomas Bucaramanga, 2012, p. 25-42.

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia SU 070 de 2013⁴⁵⁶ resolvió un caso de estabilidad laboral de una mujer embarazada. En esa oportunidad el problema en revisión conllevaba al estudio no solo del principio de estabilidad y los derechos que de ella se derivan, sino también, la inmiscusión en ese evento del principio de la vida, los derechos de los niños, la igualdad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la solidaridad. La situación argumentativa sostenida en esa sentencia es un ejemplo de lo que se instituyó párrafos atrás, en el entendido, de que la indeterminación normativa de la estabilidad laboral, y la indeterminación normativa de los demás principios, que se lleva bajo el marco del Derecho como inestabilidad, conllevan a que una misma situación pueda ser abordada desde distintas perspectivas y múltiples intereses jurídicos. La indeterminación normativa de los principios no solo es la causa de esta situación. No obstante, si no existiera la indeterminación de todas maneras se presentaría la posibilidad de los puntos de intersección derivado de la imposibilidad de repartir el campo semántico entre tantos principios y sus complejas relaciones.

⁴⁵⁶ Específicamente en este proveído estableció: “La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”

En el caso del respeto laboral, y en concreto de su fundamentación, estas situaciones conllevan un evento que puede ser apreciado. Especialmente, en lo que refiere a que el respeto laboral encuentra su fundamento indirecto en la protección de otros intereses jurídicos. Cuando se protege el respeto laboral se están protegiendo relacionalmente otros principios constitucionales; y esta afirmación vale en sentido contrario, pues, cuando se protegen otros intereses jurídicos se salvaguarda el respeto laboral.

Lo anterior significa cosas muy importantes para el tema que se está tratando. El respeto laboral, desde un punto de vista constitucional no solo se fundamenta en los artículos precitados, sino que también se fundamenta en otra clase de derechos que hacen necesaria su existencia. Ahora bien, ante esto se hace importante dilucidar ¿Cuáles son los fundamentos relacionales del respeto laboral? ¿Cómo operan estos fundamentos? ¿Podría existir el respeto laboral sin una fundamentación directa?

Establecer un listado detallado de los principios que relacionalmente fundamentan el respeto laboral, desbordaría el objeto del presente escrito, a su vez que limitaría su importancia. El caso de la fundamentación relacional es demasiado amplio, gran parte de los principios constitucionales directamente estatuidos y adscritos ofrecerían una fundamentación relacional del respeto laboral. Sin embargo, resulta fructífera una referencia a los principios que con más recurrencia se encuentran relacionados como fundamento o apoyo del respeto laboral. Por cuanto, el respeto laboral no solo se fundamenta en una posición constitucional sino en un grupo de posiciones constitucionales, eso, entre otras cosas, ayuda a demostrar lo errado de la clásica tendencia a entender la concepción de sistema jurídico desde un punto de vista retórico.

La fundamentación relacional contiene un catálogo muy variado. Para determinar cuál es el fundamento relacional se podría seguir la siguiente vía: buscar cuáles son los derechos fundamentales que se verían afectados o vulnerados si no existiera el respeto laboral. Comúnmente los derechos fundamentales más básicos, como la vida, la libertad, la igualdad o los derechos democráticos se afectarían si no existiera el respeto laboral. No

existiría vida si no existieran los recursos para satisfacer sus exigencias, igual pasaría con la libertad al perder los presupuestos de la libertad jurídica, o con la igualdad al permitir un trato degradante, o con los derechos democráticos al interrumpir la posibilidad de participar adecuadamente en la toma de decisiones. Entonces, prima facie podría decirse que el respeto laboral también encuentra su fundamento en esta clase de derechos.

Sin embargo, otra forma de proceder resulta de la observación de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, en donde se revisan casos en los que puede debatirse el respeto laboral. De forma mayoritaria puede decirse que con esta metodología los principales fundamentos del respeto laboral son: el mínimo vital⁴⁵⁷, la vida⁴⁵⁸, la igualdad⁴⁵⁹, la libertad, la autonomía⁴⁶⁰, el buen nombre⁴⁶¹ y la dignidad.

El caso más emblemático se encuentra en la dignidad humana, la cual, en términos generales puede entenderse como un fundamento de segundo grado de todos los derechos y principios fundamentales. El campo de protección que ofrece la dignidad humana es amplio y obra de distintas formas. La Corte Constitucional Colombiana⁴⁶², determinó que puede resumirse en tres líneas diferentes, vivir bien, vivir como se quiere y vivir sin humillaciones. Este campo material en su desarrollo operativo obra de tres formas: como valor, fundamento y principio. Es indiscutible la relación que existe entre la dignidad humana y el respeto laboral, especialmente en lo que refiere a su contenido sustancial de vivir bien y vivir sin humillaciones. El vivir bien presupone unos ingresos mínimos sin los cuales no podría pensarse en el ejercicio de los derechos fundamentales; el vivir como se quiere, por su parte, refiere la posibilidad de desarrollar un plan de vida y comportarse de conformidad con él, lo cual tiene importantes implicaciones en cuanto a la libertad de oficio y el trabajo como medio del plan de vida; el vivir sin humillaciones, confiere derechos de defensa y de protección que garantizan cierto grado de intangibilidad de los derechos, en el

⁴⁵⁷ Sentencias de la Corte Constitucional T 664 de 2008, T210 de 2011, T 222 de 2004.

⁴⁵⁸ Sentencias de la Corte Constitucional T 728 de 2010, T926 de 1999, T 760 de 2008.

⁴⁵⁹ Sentencias de la Corte Constitucional T 590 de 1996, T 291 de 2009.

⁴⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T 423 de 2003.

⁴⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional T 129 de 2010.

⁴⁶² Sentencia de la Corte Constitucional T- 881 de 2002.

ámbito laboral se proyecta como abstenciones respecto al empleador y las personas relacionados con el contrato de trabajo. Es plausible afirmar que el respeto laboral es una estructura jurídica menos abstracta que la dignidad humana, por ello, con mayor grado de inteligibilidad y mayor operatividad, el cual se puede entender como un puente entre la dignidad humana y las estructuras normativas del Derecho Laboral.

Acorde con lo anterior se encuentra la fundamentación relacional en el derecho al mínimo vital. Pese a las concepciones clásicas que ligaron la relación laboral al hecho de conseguir estipendios para bastarse la subsistencia y la de su familia, lo cual actualmente no es del todo acertado, una de las relaciones más estrechas que fundamentan el respeto laboral, es la del mínimo vital. Se sigue manteniendo la concepción clásica que liga al trabajo con una compensación económica necesaria pero se incluyen aspectos como la seguridad social, la educación y la recreación (por ejemplo, en el caso de la sentencias T 222 de 2004). Lo importante bajo esta orbita es entender que el respeto laboral también se fundamenta en el derecho de las personas a recibir un salario adecuado acorde a sus necesidades, por lo cual, una afrenta contra el mínimo vital es un trato irrespetuoso hacia el trabajador⁴⁶³.

La fundamentación relacional encuentra en el mínimo vital una estrecha relación con el derecho a la vida en condiciones dignas⁴⁶⁴. La concepción actual de la vida no refiere únicamente a la supervivencia biológica del individuo. Sino que se materializa en una concreta gama de posiciones que garantizan una adecuada existencia acorde con unos mínimos sociales, educativos y culturales, lo cuales se ven garantizados por la concepción del respeto laboral. La vida en condiciones dignas muchas veces implica la necesaria pervivencia y protección de la relación laboral.

La igualdad, por su parte, obra como fundamento inspirador del respeto laboral, el cual fácilmente puede dilucidarse en aquellas situaciones en las cuales existe un trato

⁴⁶³ En este caso se trata especialmente de un tema pensional, en el cual los descuentos realizados por una Cooperativa a su mesada, afrentan los aspectos esenciales del mínimo vital.

⁴⁶⁴ Sentencias de la Corte Constitucional T 692 de 200 y T 495 de 2010.

discriminatorio en el ámbito laboral⁴⁶⁵. Este trato discriminatorio se ve materializado en aspectos como: recarga laboral, menores salarios, despido por cuestiones de sexo, ideología, religión y afiliación política. Cuando no existen criterios objetivos para dar por terminada una relación laboral se afecta el respeto laboral.⁴⁶⁶

El honor y la propia imagen también fundamenta el respeto laboral, una afectación a aquellos es una afectación a éste. El trato respetuoso exige una consideración en torno a la imagen que las personas tienen de ellas mismas y como son percibidas socialmente. El respeto laboral exige condiciones de trabajo adecuadas, por lo que puede fundamentarse en esta clase de principios. La intimidad, es también parte del fundamento, por cuanto a pesar de los poderes de vigilancia y control que ostenta el empleador, a él le está prohibido inmiscuirse en situaciones de la vida privada del trabajador. En concreto, le está vedado traspasar el límite infranqueable de los asuntos que solo le importan a la persona y que no pueden ser conocidos por los demás sin su autorización.

Ahora bien, en este estadio se hace necesario responder a la pregunta de cómo funciona la fundamentación relacional. Ello conlleva a tres preguntas interesantes: ¿Cuál es la diferencia entre la fundamentación directa y la relacional? ¿La fundamentación relacional obra de igual forma para todos los principios? ¿Cuál es la diferencia en cuanto a la trasgresión?

La principal diferencia entre la fundamentación relacional y la directa es que para el caso del respeto laboral, prima facie, esta tiene un mayor peso y exige una menor carga argumentativa que la relacional. Es decir, en principio, es más fácil de forma directa

⁴⁶⁵ ZARZALEJO, Mercedes. El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria: concepto y responsabilidad jurídica. Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo. Granada: Comares, 2007, p. 238.

⁴⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T 247 de 2010: “La accionante fue excluida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar la labor de vigilancia en el puesto de la Batería Santa Clara; esto es, precisamente, el carácter discriminatorio de la acción llevada a cabo por parte de SOS Ltda. y ECOPETROL S.A., quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro que exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia.”

fundamentar el respeto laboral en el derecho al trabajo o al pleno empleo que en la igualdad. Sin embargo, esta diferencia de grado en la argumentación no conlleva a situaciones insalvables.

Es difícil establecer un caso en el cual se alegue el respeto laboral, y no pueda fundamentarse también en otro principio, son argumentos con diferentes perspectivas pero con una misma finalidad. Ello por lo motivos que justifican la fundamentación relacional en el marco de la inestabilidad constitucional: no existe claridad en el contenido de los principios sus límites y funcionamiento.

Los fundamentos relacionales tienen diferentes grados de acercamiento con el respeto laboral. Por lo cual, existirán unos cuya fuerza de fundamentación sea más alta y en otros casos en los que sea baja. La vida y la salud podrían tener una fuerza mayor que la libertad de asociación. Ante esto puede efectuarse un agrupamiento en tres diferentes grupos de fundamentos relacionales del respeto laboral: fuerte, intermedio y leve. La pertenencia a los grupos se define por la cercanía de la fundamentación al respeto laboral. Por tanto, los del grupo leve son los que más difícil encontrarán la fundamentación. Así las cosas, la fundamentación del derecho a la vida, la igualdad, el mínimo vital, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad personal, la dignidad serían parte de los fundamentos relacionales más fuertes. Los derechos democráticos, el derecho del voto, de elegir y ser elegido, tendrían una fundamentación intermedia. Y derechos como el derecho de petición, el habeas corpus, ofrecerían una fundamentación muy limitada.

Es importante tener en cuenta que en principio la afectación al respeto laboral trasgrede con mayor fortaleza su fundamento directo que a los indirectos, por cuanto el ámbito de protección del uno es más cercano a la de los otros. Sin embargo, esta respuesta es provisional, pues puede ser precisada. Especialmente en el entendido que la afectación relacional implica un mayor grado de afectación que la afectación directa, o en otras palabras, se afecta con menor fuerza pero un mayor número de intereses.

Sí los campos de protección que desea suplir el respeto laboral se encuentran cubiertos con los demás derechos que los fundamentan, ¿se requerirá una fundamentación directa del respeto laboral, por cuanto la fundamentación relacional es suficiente para proteger la posición en cuestión? Pese a la coincidencia material de los intereses que se protegen, esta objeción hacia la fundamentación directa debe revisarse con base en tres argumentos. En primer lugar, el hecho de que se tenga un establecimiento directo en la Constitución ayuda a crear mayor conciencia de su necesidad, trata de impedir el repentino olvido en la conciencia de los juristas, y, en especial, de los ciudadanos. Si quisieran evitarse las repeticiones inútiles en las constituciones, estas contarían con un número demasiado reducido de normas y principios. En cambio, en el caso contrario, la práctica jurídica tendrá entre sus insumos una figura jurídica que coadyuva al ejercicio práctico, que no necesita una mayor fundamentación sino que puede pensarse es casi una norma directamente estatuida. Cumple con una función de facilitar la fundamentación de la figura. El hecho que tenga una fundamentación directa, contribuye, en segundo lugar, a que sea más fácil determinar si se ha trasgredido. Por cuanto, esta fundamentación directa permite una revisión textual mayor y se constituye en punto de intersección de los distintos derechos fundamentales. En tercer lugar, el establecimiento de la fundamentación directa junto a la relacional permite que las posiciones se protejan de forma reforzada, pues, se garantizarían diferentes posiciones mediante distintas estrategias. Además, que sirve para su aplicación a casos semejantes, una especie de metanorma, fruto de la aplicación de la analogía iuris⁴⁶⁷.

Así las cosas, desde un punto de vista constitucional, el respeto laboral puede fundamentarse de forma abstracta en el reconocimiento de los derechos fundamentales, los derechos democráticos, y el Estado Social de Derecho; de forma directa se fundamenta en el derecho al trabajo y el pleno empleo; y de forma relacional en otros principios constitucionales que protegen las mismas posiciones y otras posiciones relacionadas, como la igualdad, el mínimo vital y la vida.

⁴⁶⁷ KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 1998, p. 17.

Desde un punto de vista práctico estas clases de fundamentación ayudan al cumplimiento de tres objetivos. El primero: se constituyen en importantes piezas de argumentación para proteger las posiciones que respalda el respeto laboral, al demostrar diversos argumentos para la protección integral desde un punto de vista material. Segundo: demuestran la concepción del sistema jurídico desde una perspectiva realista de conformidad con la concepción del Derecho como inestabilidad; se exhibe una dimensión que traspasa la concepción clásica reduccionista de la relación entre los principios constitucionales de forma unidireccional. Tercero: tiene mayor poder explicativo de la forma como obra esta figura latente en su uso por parte de los juristas y la manera como es analizada y aplicada por la judicatura.

2.3.2. Fundamentación filosófica del respeto laboral y la igual consideración y respeto

Luego de referir el punto de vista constitucional, se hace importante la fundamentación filosófico-política. El tema de la fundamentación del respeto laboral desde una perspectiva filosófica es insuficiente y no ha sido objeto de profundos desarrollos. Los juristas que estudian los asuntos laborales son, por lo general, dogmáticos consagrados al estudio de la ley, sus cambios e interpretaciones, la mayoría de las veces, pasan por alto este tipo de estudios, o en el mejor de los casos, por ejemplo, establecen el fundamento de las instituciones laborales en la supervivencia biológica del trabajador. A esta insuficiencia en el estudio debe sumársele que la reflexión principal de la filosofía política ha recaído principalmente en la fundamentación de los derechos en general, como sería el caso de Rawls⁴⁶⁸, Hart, Dworkin⁴⁶⁹ o Raz, o en la fundamentación de los derechos sociales, como en el caso de Wiggins⁴⁷⁰, Michelman⁴⁷¹, Alexy⁴⁷², Tugendat⁴⁷³, o de forma más antigua, el caso de Hobbes y Locke.

⁴⁶⁸ RAWLS, John. El liberalismo político. Barcelona: Grijalbo - Mondadori, 1996, p. 49-338.

⁴⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003.

⁴⁷⁰ WIGGINS, David, Needs, value, truth. Massachusetts: Edition Oxford, 1991, p. 14.

⁴⁷¹ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2012, p. 354.

⁴⁷² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27-34.

⁴⁷³ TUGENDHAT, Ernest. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 344.

El respeto laboral es un interés jurídico fundamental que puede fundamentarse como un derecho humano y como un derecho social. Sin embargo, desde esta perspectiva filosófica se hace necesario establecer una fundamentación más concreta. Esta fundamentación más concreta parte de cómo se fundamenta y se diferencia del resto de los intereses fundamentales.

Así las cosas, se establecen tres tipos de fundamentación filosófica del respeto laboral: una fundamentación como parte de los derechos humanos, una fundamentación como derecho social y una fundamentación concreta. Estos tipos de fundamentación se constituyen en respuestas que discurren como argumentos filosóficos y políticos en favor de la existencia de la figura. La fundamentación concreta es posible realizarla en la igual consideración y respeto propuesta por Dworkin.

Dworkin presenta una de las fundamentaciones filosófico-políticas más importantes y conocidas sobre los derechos humanos, que se considera, por su enfoque y contenido, el candidato más plausible para fundamentar el respeto laboral. Pese a las críticas de Hart y Raz, el enfoque de la concepción de Dworkin se hace importante para fundamentar de forma abstracta el respeto laboral, desde la perspectiva de los derechos.

Hart presenta el derecho de todos los hombres a ser libres como el fundamento de los demás derechos morales, Dworkin, inspirado en Bernard Williams⁴⁷⁴, presenta el derecho a igual consideración y respeto como el fundamento de los demás derechos⁴⁷⁵. Para Dworkin

⁴⁷⁴ Según Bernard Williams es necesario justificar la idea de que la gente debe ser tratada igual por dos razones. “La primera: la igualdad en el lenguaje político es confusa y parece verse como enemiga de la igualdad. La segunda: es que la idea de igualdad parece ser muy débil o muy fuerte. El sentido fuerte cuando se dice que los hombres nacen y permanecen iguales; el sentido débil es cuando se dice que los hombres “somos iguales en tanto compartíamos una humanidad común”. GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Edimburgo: Edinburgh University Press, 1992, p. 227.

⁴⁷⁵ En cuanto a la justificación política, en términos generales, existe una distinción entre teorías teleológicas y deontológicas. Los tres conceptos a que puede recurrir una teoría son el objetivo, el derecho o el deber. Tanto los objetivos, los derechos y deberes pueden a su vez fundamentarse acudiendo a otros objetivos, derechos o deberes fundamentales. Así las teorías políticas, dependiendo de la preferencia por uno de los

el problema de la igualdad es muy serio.⁴⁷⁶ No se trata de dar una definición ni de un análisis de como la palabra es usada por una comunidad, de lo que se trata es de distinguir distintas concepciones y ver cuáles de ellas son más atractivas como ideal político.

Dworkin parte de una distinción entre el derecho de toda persona a igual tratamiento y el derecho a ser tratada como igual. El primero es el derecho a una igual distribución de oportunidades, recursos o cargas. El segundo no refiere a una distribución de recursos o cargas, sino a ser tratado con igual consideración y respeto que cualquiera. El derecho a ser tratado como igual es fundamental y de él deriva el derecho a igual tratamiento.

Así, por ejemplo, si hay una persona gravemente enferma y otro que tiene leves dolencias, el derecho a igual tratamiento indica otorgarles los mismos medicamentos a las dos personas, en cambio, el derecho a la igual consideración y respeto exige que se trate de forma diferente a la persona más grave. En ocasiones el derecho a la igual consideración y respeto conlleva el igual tratamiento, empero no siempre ocurre de la misma forma. O, de forma similar, si existe una persona con capacidades para trabajar y otra que por cuestión de su edad, no ostenta las mismas capacidades laborales, el derecho a ser tratada con igualdad consideración, exige una mayor consideración con la persona con menores capacidades. Luego, de forma general la pregunta que se hace importante es la de establecer la igualdad en qué: en recursos o en bienestar. Según Dworkin:

“...los derechos individuales a diferentes libertades solo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual lo exige. Si esto es correcto, entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el

conceptos anteriores, darán lugar a tres tipos de teorías: basadas en objetivos, basadas en derechos, y basadas en deberes.

⁴⁷⁶ Dworkin se inclina por una teoría que tome los derechos como prioritarios. Dworkin toma tres ideas de Rawls: el equilibrio reflexivo, el contrato social y la posición original. La idea del contrato social hay que verla desde un punto de vista de teoría política más profunda. Las libertades básicas no parten del contrato sino que son el producto. En los contratos existe un derecho al veto: decir que no se acepta contratar. GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Edimburgo: Edinburgh University Press, 1992, p. 225.

contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental”⁴⁷⁷.

Los derechos a ciertas libertades políticas y civiles, como la libertad de expresión, la libertad de culto, el libre desarrollo de la personalidad, etc., se fundamentan por una razón basada en el derecho a igual consideración y respeto. Cuando no puede formularse una razón basada en la igual consideración y respeto entonces el pretendido derecho no existe.

Ahora bien: ¿qué derechos no pueden fundamentarse adecuadamente en la igual consideración y respeto? El autor relaciona dos ejemplos muy interesantes: el caso del libre uso de la propiedad y el de la libertad de contratación de los patronos. La libertad de contratación de los patronos no puede fundamentarse adecuadamente en el principio referido, debido a que es una libertad no fundamental sino es una libertad que encuentra múltiples restricciones esenciales, al igual como ocurre con la libertad de uso de la propiedad.

Dworkin distingue entre la libertad como licencia y como independencia⁴⁷⁸, la primera es similar al concepto de libertad negativa en Berlín⁴⁷⁹. La libertad como independencia, en estrecha relación con el trato igual, es “el status de una persona como independiente e igual,

⁴⁷⁷ CRUZ, Juan A. El concepto de derecho subjetivo. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, p. 378.

⁴⁷⁸ Para Dworkin no puede hablarse del sentido fuerte de la libertad general en su sentido antiutilitarista, esto no puede ser porque la mayoría de las leyes que restringen la libertad son utilitaristas, enfocadas en el interés o el bienestar general. Como dichas leyes disminuyen la libertad, en realidad no están privando de nada que es tenga. Esto supone la distinción entre libertad como licencia y libertad como independencia. Luego busca el candidato de si existe un sentido general de libertad referido a las libertades básicas, coloca los dos ejemplos de opinión y de manejar, y concluye que una teoría dice que es el mismo bien pero en el primer caso más del bien y la segunda teoría que ya no es de grado sino de carácter especial de la libertad, lo que tenemos derechos es a valores intereses o reputación que resultan lesionados por las restricciones particulares. Para Dworkin el candidato a ocupar el lugar de fundamento en la teoría de Rawls es el derecho abstracto a igual consideración y respeto: “este derecho, -escribe Dworkin citando a Rawls- es debido a los seres humanos en cuanto personas morales y se sigue de la personalidad moral que distingue a las personas de los animales. Lo poseen todos los hombres que pueden hacer justicia y solo esos hombres son capaces de contratar. Es, por consiguiente, un derecho único, que no emerge del contrato, sino que, tal como debe serlo el derecho fundamental, es el supuesto del diseño de este. PARCERO, Juan. El Concepto de derecho subjetivo en la teoría del Derecho contemporánea. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, p. 368-369. GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Edimburgo: Edinburgh University Press, 1992, p. 225.

⁴⁷⁹ BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. En Cuatro ensayos de libertad. Madrid: Alianza editorial, 1996, p. 48.

más que como subordinada”. De esta forma “la libertad no tiene un sentido indiscriminado, ya que con este concepto se pueden identificar leyes contra el homicidio o el monopolio que no amenazan la independencia política de los ciudadanos en general, sino que por el contrario la protegen”⁴⁸⁰.

Estas dos formas de entender las libertades le reconoce una evaluación crítica a la función judicial y evita las confusiones que afectan el principio de igual consideración. A manera de ejemplo, plantea lo siguiente:

“La Corte Suprema confundió estas dos, hace épocas, cuando decidió, temporalmente, que si la Constitución protege la libertad, debe proteger la libertad de un empleador para contratar obreros en las condiciones que desee.”

Lo cual le permite concluir:

“Si es así, entonces la igual consideración y respeto configura un derecho tan fundamental que no cabe dentro de la caracterización general de los derechos como valores superiores, sobre las metas colectivas, excepto como caso límite, porque es tanto la fuente de la autoridad general de los fines colectivos, como de las limitaciones especiales a tal autoridad que se justificaría en virtud de derechos más particulares”⁴⁸¹

Ahora bien, ¿cómo se relaciona el derecho a igual consideración y respeto con el respeto laboral? El respeto laboral es una especificación de su fundamento general, es una parte especial que obra en el discurso del Derecho Laboral. No se trata de una simple aplicación mecánica sino de una incorporación que conlleva a tomar matices diferentes y enriquecer el discurso jurídico, el cual se encarga de organizar a su alrededor. Como el agua, que varía sus características, su forma, de conformidad con las superficies o líquidos que se combine

⁴⁸⁰ CRUZ, Juan A. El concepto de derecho subjetivo. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, p. 369.

⁴⁸¹ Cfr. DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003, p. 309

sin abandonar sus elementos fundamentales, así obra el respeto laboral en relación con el derecho a igual consideración y respeto. En tanto más cerca se encuentre un Derecho Laboral del respeto laboral más fácil será su fundamentación y reconocimiento.

En corolario de lo anterior, puede partirse de la diferencia entre necesidades instrumentales y necesidades no instrumentales, absolutas o categóricas⁴⁸². Las necesidades, para Wiggins, son absolutas cuando una persona necesita x si y solo si va a sufrir un daño en caso de no tener x⁴⁸³. Por su parte, una necesidad es instrumental cuando no cumple con estos requisitos, como cuando alguien necesita ropa de determinadas características comerciales, en caso de no obtener ello no sufriría un daño, sino que se trata de un medio para un fin ulterior⁴⁸⁴.

El concepto de necesidades en sentido absoluto, de la forma descrita, se identifica con el concepto de intereses vitales del individuo. Por tanto, “para responder a la pregunta de qué necesidades vitales tiene una persona es indispensable relacionar el concepto de necesidades con el concepto de daño y que dicha necesidad solo pueda ser satisfechas en situaciones concretas.”⁴⁸⁵ El respeto laboral, tanto desde la órbita del trabajador como desde la órbita del empleador, es una necesidad absoluta, una razón evidente en el Derecho Laboral. Sería más difícil intentar argumentar en sentido contrario.

⁴⁸² WIGGINS, David. Needs, value, truth. Massachusetts: Oxford, 1991, p. 6. Manifiesta que se confunde la necesidad con los deseos, intereses o preferencias, ello es incorrecto porque el concepto de necesidad tiene mayor peso y fuerza adicional, y además tiene una diferencia semántica que radica en que los otros verbos son intencionales mientras el de necesitar no.

⁴⁸³ WIGGINS, David. Needs, value, truth. Massachusetts: Oxford, 1991, p. 14.

⁴⁸⁴ El concepto de necesidades es relativo en tres sentidos, una imagen humana al a que referimos los juicios, el concepto de daño personal, y la relatividad del daño. Para evitar esto el autor propone tres criterios para reducir la relatividad: la gravedad de la necesidad que hace alusión a la urgencia con la que debe ser satisfecha, el espacio de tiempo y la imposibilidad de remplazar las necesidades del individuo por otras necesidades.

⁴⁸⁵ Rodolfo Arango expresa al respecto que: “Las necesidades en sentido absoluto son buenos candidatos para los derechos abstractos. Los derechos abstractos presuponen una moral social. Que se basa en tres principios. Poner límite a los objetivos sociales agregativos, asegurar la prevalencia de estos intereses, debe garantizar la libertad de acción y la libertad contractual”. ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2012, p. 348.

Tercer Capítulo: Práctica del respeto laboral

En el capítulo anterior se analizaron algunos aspectos teóricos relativos al respeto laboral y cómo en su papel de núcleo jurídico ostenta como finalidad dotar de cierto orden a las relaciones laborales y servir de elemento de gravitación de las mismas. Para esto se reconstruyó su estructura básica y fundamentación.

Como complemento de lo anterior, en este capítulo se desea revisar la forma operativa como dicha estructura funciona en los problemas concretos de la “estabilidad laboral”. Se anhela transpolar “a la práctica” algunos de los elementos desarrollados en la sección anterior. Sin embargo, la conexión entre los dos títulos es muy cercana, los temas desarrollados en éste permiten ampliar algunas de las tesis desarrolladas en el segundo y en el primero. En este capítulo los argumentos se desarrollan de una forma más inductiva y específica que se basa en los anteriores pero por medio de los cuales se revisan problemas concretos de Derecho Laboral.

Así las cosas, la presente sección permite mostrar cómo obra el respeto laboral en casos específicos, sin perder de vista su reconstrucción teórica, el marco de inestabilidad y la concepción nuclear en la cual se desenvuelve. Por la amplitud de dicha estructura nuclear, esta obra en un sin número de situaciones jurídicas en las cuales despliega su componente analítico y normativo, sin embargo, para el objeto de la presente investigación se toman en cuenta dos casos que permiten mostrar características específicas de la estructura conceptual confrontada con la realidad jurídica. Esos casos son: el del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada en el ordenamiento jurídico colombiano (en el caso de los discapacitados), y el despido nulo por afectación a derechos fundamentales el ordenamiento jurídico español. Cada uno de esos asuntos se aborda en tres secciones.

3.1. Estabilidad laboral reforzada y trabajadores discapacitados

3.1.1. Aporías jurídicas introductorias

En la cardinal sentencia C 458 de 2015, la Corte Constitucional dispuso:

“mediante la utilización de signos lingüísticos con una alta carga emotiva, el legislador transmite de manera tácita o encubierta mensajes que descalifican a determinados grupos sociales”.

En muchas ocasiones las disposiciones normativas contribuyeron y permitieron algún tipo de trato degradante en contra de los “discapacitados”⁴⁸⁶, bien sea de forma directa mediante el trato discriminatorio, o de manera indirecta permitiendo el maltrato o tolerándolo. El legislador se les refirió con palabras inadecuadas. Mediante la sentencia C 478 de 2003, la Corte Constitucional resolvió demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra los artículos 140 numeral 3, 545, 554, 560 del Código Civil, por considerar que las expresiones “furiosos locos”, “mentecatos”, “imbecilidad”, “idiotismo y locura furiosa”, “locos” y “tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes” vulneran los principios de la dignidad humana e igualdad contenidos en los artículos 1º, 13 y 47 de la Constitución Política.⁴⁸⁷

La jurisprudencia también utilizó expresiones en un sentido que hoy pareciesen cuestionables. El Tribunal de Burdeos, en sentencia del 17 de mayo de 1893, habló de senilidad, y el Tribunal de Riom, en sentencia del 29 de junio de 1882, les implicó “la carencia de desarrollo mental”, entre otros ejemplos clásicos.

⁴⁸⁶ CLARO, LUIS. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1978, p. 180. Sin olvidar que en algunos casos tal denominación refería a los términos médicos de esa fecha.

⁴⁸⁷ En efecto la Corte resolvió Declarar INEXEQUIBLES las expresiones: “...los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a...” contenida en el numeral tercero del artículo 140 del Código Civil; las expresiones “...de imbecilidad o idiotismo...” y “...o de locura furiosa...” contenida en el artículo 545 del Código Civil; y la expresión “...de locos...” contenida en el artículo 554 del Código Civil.

Además de ello, fueron objeto de un trato desconsiderado que no tenía en cuenta las especiales condiciones en los que ellos se encontraban; la no exigencia de comportamientos en favor de ellos era una forma de maltrato⁴⁸⁸. Existe un trato irrespetuoso y desconsiderado cuando tienen que acomodarse al entorno social, cultural, educativo, laboral y arquitectónico que en sociedad se había creado para las personas “estándar”, y cuando no existen los mecanismos de protección necesarios para evitar los atropellos causados por otros particulares⁴⁸⁹.

Sin embargo, los nuevos movimientos internacionales, regionales y constitucionales han dado un avance importante en torno a la protección de estas personas. A nivel Internacional se destaca la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, y a nivel regional la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999.

En el ámbito constitucional se acentúa la interpretación extensiva dada por la Corte Constitucional al artículo 13, en relación al principio de igualdad y la discriminación positiva, y al artículo 47, en donde se preceptúa como deber del Estado adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Por su parte el artículo 54 de la Constitución Colombiana, preceptúa el deber del Estado de “garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de

⁴⁸⁸ Situación que ha venido cambiando con las reivindicaciones normativas de esta población, en las cuales existen tales exigencias, por ejemplo, en asuntos de educación y accesibilidad.

⁴⁸⁹ El Convenio número 159 de la OIT “Sobre la readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas”, definió a la persona inválida: “[t]oda persona cuyas posibilidades de obtener o conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

salud”. En el ámbito legal, la Ley 361 de 1997, establece “mecanismos de integración social de las personas con limitación”.

La Corte Constitucional en la sentencia C 066 de 2016, destacó que existe “una refrendación del interés de la comunidad internacional por la protección y efectiva realización de los derechos de las personas en situación de discapacidad a partir del pleno reconocimiento de su dignidad humana”.

En la sentencia C-293 de 2010, donde se revisó la Ley 1346 de 2009, mediante la cual se refrendó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte preceptuó:

“uno de los principios inspiradores que subyacen dentro del articulado de la Convención y los compromisos en él contenidos es el reconocimiento y exaltación de la autonomía del individuo, y el propósito de controlar, tanto como sea posible, el efecto de restricción de dicha autonomía que normalmente resulta de las distintas discapacidades que las personas pueden padecer. Así por ejemplo, la Convención plantea, entre otras garantías, que los individuos con discapacidad tienen derecho a tener un trabajo que les permita procurarse su propio sustento (art. 27)”.

Las exigencias de la igualdad material y de la discriminación inversa, han paulatinamente tratado de equilibrar la balanza sobre la consideración y las capacidades de estas personas en sociedad. Son innegables los avances en materia educativa, de seguridad social, laboral y de integración social que se han dado actualmente en favor de estos grupos. Sin embargo, establecer estrategias y exigencias adecuadas en favor de las personas con discapacidad, plantea múltiples dilemas⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Es muy difícil tratar de establecer la manera adecuada como la sociedad y el estado debe tratar y proteger a estas personas: ¿Qué tanta protección? ¿En qué sentido y bajo qué conceptos estructurales y políticos? ¿Cuáles son las diferencias y similitudes de trato entre los invidentes y las personas de talla pequeña? ¿Cuál es la finalidad general de esta protección? Unas exigencias débiles de consideración pueden no ser suficientes para la adecuada integración de las personas con discapacidad, por cuanto no se alcanza el nivel mínimo de protección, mostrando la falta de interés en estas personas, sus necesidades y dimensiones sociales. Una

El fundamento jurídico de la protección a estas personas, parece ser un punto poco conflictivo, a nivel internacional, regional, nacional e infra constitucional. El lugar principal de la polémica radica en el alcance y la estructura de esa protección, de donde derivan cuatro problemas principales: la aversión que las medidas pueden generar, los criterios formales para catalogar a estas personas, el cambio de modelo para el que se creó el Derecho y lo naciente de la jurisprudencia al respecto.

La Corte Constitucional en la sentencia C 293 de 2010, expresó:

“En el caso de la Convención objeto de revisión debe anotarse que su carácter de acción afirmativa es un factor altamente determinante de la exequibilidad de sus disposiciones. Sin embargo, esta circunstancia plantea también la necesidad de verificar la razonabilidad de sus medidas, pues no resultaría constitucionalmente admisible que a partir de ellas se diera lugar a situaciones esencialmente discriminatorias en contra de personas no discapacitadas, ni que en su implementación se generaran costos excesivos o desproporcionados. (...)”

Las fórmulas que buscan proteger a las personas con discapacidad, como se mencionó, en ocasiones contribuyen a causarles un mayor grado de discriminación, bien sea por los costos de la implementación de las medidas, las repercusiones en los demás grupos, o por el sentimiento de un trato excesivamente considerado. Pese a los incentivos de inclusión social, como los instituidos en la Ley 361 de 1997, en donde “se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, las cargas

situación similar ocurre cuando la protección de las personas con discapacidad es excesiva. Una protección de estas características al imponer cargas excesivas a “las demás personas” conlleva generar un mayor grado de aversión hacia ellos y sus exigencias; puede decirse que las personas que no sufren de estas carencias pueden sentirse tratadas de forma desconsiderada; además de ello, las personas en favor de las cuales se toma la medida pueden sentirse incómodas por un trato demasiado considerado. En otras palabras, los estadios en los cuales hay amplias exigencias en favor de éstas personas en vez de contribuir a su protección generan los comportamientos contrarios e inclusive afectan a las propias personas que sufren de la discapacidad al sentirse exageradamente protegidos.

a los destinatarios de los deberes, que en muchos casos no corresponden al Estado, generan aversión a la inclusión; por ejemplo, una institución educativa puede decidir buscar la forma de impedir el ingreso a una persona con discapacidad, pues, no obstante los incentivos de permitirlo, el costo que lleva el desarrollo adecuado del proceso es mayor, la inversión que debe hacer en infraestructura física, capacitación a los docentes, adecuaciones técnicas, campañas de seguimiento no compensan los beneficios que ello presenta⁴⁹¹. En igual sentido puede pasar con las empresas y los beneficios de incorporación de trabajadores discapacitados, pues los costos de implementación de las prácticas, sumados con la rigidez de la terminación de la relación laboral, pueden crear incentivos para la no contratación de este tipo de personas.

Otro de los problemas de la protección de las personas con discapacidad es el que refiere a que dentro de esta categoría se han embutido una multiplicidad de situaciones que presentan características muy heterodoxas, con limitaciones diferentes y con capacidades desarrolladas en diversos sentidos. El binomio clásico dentro del cual se ha planteado la cuestión es el de las personas estándar y los discapacitados⁴⁹². Las situaciones que se presentan son mucho más complejas y complicadas. Una protección general que los trate por igual, que no tenga en cuenta un enfoque diferenciado en vez de ayudar a las personas termina desprotegiéndolas y desorientando las políticas de integración social. Se han buscado estrategias si tener en cuenta la diversidad que dentro de estos grupos se presenta; se hace importante un análisis desde una perspectiva de mayor imaginación y con un enfoque más complejo.

Esta situación se agrava si se tiene en cuenta que las principales fuentes de la legislación fueron diseñadas para personas con una perspectiva estándar. Las regulaciones jurídicas presuponen cierto tipo de personas. El Derecho privado continental del siglo XIX, se creó para individuos poderosos; seres libres, autónomos, iguales: individuos capaces. Por

⁴⁹¹ Sobre el análisis económico del derecho: COOTER, Robert y ULEN Thomas. Law & economics. New York: Addison Wesley Longman, 2000.

⁴⁹² Sobre el significado emotivo y su uso como parte del lenguaje técnico jurídico. Sentencia de la Corte Constitucional C 458 de 2015.

tradición la legislación no ha tenido como foco de atención a las personas con discapacidad; luego, gran parte de los derechos se han conseguido por un proceso irregular de adaptación.

La protección jurisprudencial tampoco ha ido demasiado lejos. La principal tarea de las Cortes y Tribunales Constitucionales ha estado entroncado en elementos conceptuales y estructurales de derechos fundamentales estándares en personas “comunes”; situación no tanto criticable sino referenciable. Es más, ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T 1258 de 2008, al revisar una tutela interpuesta por personas de talla baja contra la propia Corte Constitucional y el Consejo Seccional de Judicatura, debido a la dificultad que presentaba el acceso a las ventanillas de atención de esa Corporación, importantes argumentos en cuanto a la protección de las personas con enanismo. A tenor literal estableció:

“Hasta donde pudo revisar esta Corporación, son muy pocos los precedentes jurisprudenciales que existen en el mundo sobre la exigencia de un trato especial diferenciado para las personas de talla pequeña, en materia de locomoción y adaptabilidad al entorno, en un contexto global tradicionalmente diseñado y pensado para los ciudadanos de talla antropomórfica estándar. Desde esta perspectiva, llama particularmente la atención que el demandante se describa a sí mismo como una persona con discapacidad y exija un ajuste a la infraestructura física de esta Corporación, aduciendo una limitación de accesibilidad, que es generalmente propia de las reivindicaciones y exigencias de las personas con discapacidad. En Colombia, éste el primer caso en el que una persona con enanismo propone estas reflexiones como expectativas de reivindicación de sus derechos fundamentales.”

Del anterior párrafo, se resaltan tres ideas generales. La primera, que existe poca jurisprudencia local e internacional acerca de la especial protección que merecen ciertos grupos de personas que se encuentran en zonas intermedias, es decir, que no son fácilmente catalogables como personas con capacidades y fisonomía estándar o como personas

abiertamente discapacitadas. La segunda, que no está claro si las personas con enanismo entran dentro de la categoría de discapacitados. La tercera, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa ocasión era la primera vez que desarrollaba de forma directa el tema. Al margen de la solución que la Corte le haya dado a estas materias, lo que se prepondera es el estado de incertidumbre⁴⁹³ acerca del uso de las categorías y las exigencias que ello conlleva. Como presupuesto para comprender de mejor manera lo anterior, se encuentran preguntas fundamentales acerca del Derecho, su naturaleza, función, finalidad y estructura.

3.1.2. Fundamentos de la estabilidad laboral reforzada

La protección de los trabajadores discapacitados en la Corte Constitucional ha sido un asunto que ha generado múltiples problemas y debates intrincados; sin embargo, de forma general en lo que sí parece existir un leve consenso es que derivado de los derechos fundamentales y la función judicial activa, se han dado pasos trascendentales respecto de la protección de estas personas. Las personas con discapacidad en estos momentos gozan de derechos ciertos y expectativas razonadas que mejoran la protección de sus posiciones en distintos niveles de la vida social y laboral. Sí la perspectiva de estos pasos se constituye en la interpretación constitucional más plausible o no, es un asunto que se discutirá más adelante.

Estos “nuevos derechos” o “derechos con enfoques especiales” de las personas con discapacidad se han extendido por distintos campos económicos, sociales y laborales. En el campo laboral, para efectos de este escrito, se hace importante resaltar su incidencia en cuanto a la estabilidad laboral reforzada⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Cfr. BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006, p. 45.

⁴⁹⁴ Ello no quiere decir que la estabilidad laboral sea un derecho fundamental reconocido a todos los trabajadores en cuanto que no existe inamovilidad en el puesto de trabajo, por ejemplo en los eventos en que el patrono quiere desvincular al empleado sin que medie una justa causa, le bastara cancelar la indemnización por el despido correspondiente. Sentencia de la Corte Constitucional T-025 de 2011.

La estabilidad es uno de los principios constitucionales del trabajo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 53 de la CP. En favor de las mujeres embarazadas, por virtud de lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 239, 240 y 241, se ha creado por la doctrina constitucional, la figura de la estabilidad laboral reforzada. Esta figura se ha expandido jurisprudencial y legalmente para ser aplicada al caso de los trabajadores discapacitados.

En la sentencia T 025 de 2011, la Corte Constitucional, ratificó la postura que había venido sosteniendo desde hace varios años. Según esta sentencia los discapacitados gozan de un derecho de estabilidad laboral reforzada, que exige que se deban suplir requerimientos especiales a efectos de que el empleador pueda desvincular al trabajador de su contrato de trabajo. De forma explícita ha manifestado que “esas personas gozan de un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, lo que implica que no pueden ser desvinculadas de su empleo sin autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente”⁴⁹⁵.

El fundamento de esta doctrina, la Corte lo ha radicado, por lo general, en argumentos de autoridad y de derecho comparado⁴⁹⁶. En cuanto a los argumentos de autoridad se ha basado en la concepción del Estado Social de Derecho, la igualdad material, la solidaridad, el artículo 47 del texto constitucional y el desarrollo legislativo. Según la concepción del Estado Social de Derecho, al Estado le corresponde adelantar acciones para lograr la procura existencial de las personas⁴⁹⁷. De conformidad con la interpretación del artículo 13 de la CP (especialmente en lo que refiere al inciso segundo), se ha entendido que los

⁴⁹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T 025 de 2011.

⁴⁹⁶ No obstante, la estabilidad laboral adquiere el carácter de reforzada y por tanto de derecho fundamental en las situaciones en que su titular es un sujeto de especial protección constitucional debido a su vulnerabilidad, o porque ha sido tradicionalmente discriminado o marginado (Art.13 Inciso 2º C. P.). En tal sentido, el texto constitucional señaló algunos casos de sujetos que merecen la especial protección del Estado, como sucede, con los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) y los disminuidos físicos, sensoriales además de psíquicos (Art. 47). La Sala resalta que esta clasificación no es un impedimento para que en desarrollo de los mandatos superiores se adopten medidas de protección en favor de otros grupos poblacionales o individuos que así lo requieren.

⁴⁹⁷ Cfr. Sobre el concepto de procura existencial: FORSTHOFF, Ersnt. Problemas constitucionales del Estado Social. El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 43.

discapacitados son personas que se encuentran en una especial condición de debilidad, por lo que se hace necesario tomar medidas fácticas y jurídicas para buscar una igualdad real. De forma más específica, la idea general es la de buscar medidas para el goce adecuado de los derechos. Según el artículo 47 de la CP, las personas con discapacidad gozan de una especial protección. En este entendido se trata de un argumento directamente estatuido en la Constitución.

En desarrollo del mandato anterior, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitaciones. El artículo 26 de la norma en comento regula la estabilidad laboral reforzada en personas discapacitadas. En esta disposición se establece la prohibición al empleador de despedir o terminar los contratos de trabajo en razón de la limitación que sufra el trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo. “Según la literalidad de la disposición, quienes procedan en forma contraria a ella, estarán obligados al pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.”⁴⁹⁸ De esta norma la Corte infiere un requisito especial para el despido de estos trabajadores, por una parte, y, por la otra, ratifica la especial protección que requieren.

Los argumentos de derecho comparado se basan en una referencia que efectúa la Corte a los instrumentos universales y latinoamericanos de protección a la discapacidad⁴⁹⁹. Mediante los cuales además de fundamentar la adscripción del derecho a la estabilidad laboral reforzada, le ha permitido fincar su alcance y orientar la protección.

⁴⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T 081 de 2013.

⁴⁹⁹ Entre ellos se resaltan: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Declaración de los Derechos de las personas con retardo mental, declaración de los Derechos de los Impedidos, Declaración de las personas sordo ciegas, Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad, Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad.

La Corte se ha pronunciado en varias sentencias al respecto, tratando de precisar el alcance de la interpretación de las normas legales que regulaban el despido de discapacitados y las orientaciones constitucionales que la guían. Bien sea precisando la naturaleza de su protección y la forma como obran las sanciones para el caso de despido, o con la finalidad de impedir las modificaciones que retrotrajeran la protección otorgada⁵⁰⁰.

Como ejemplo de la primera hipótesis, en la sentencia C-531 de 2000, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y estableció sobre el asunto tres criterios interpretativos importantes:

“(i) el despido de una persona por razón de discapacidad es absolutamente ineficaz; (ii) en consecuencia, si este se produce, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado. (iii) La indemnización correspondiente a 180 días de salario constituye una sanción por el desconocimiento de la prohibición de despido de personas con discapacidad, y de las normas constitucionales previamente citadas (artículo 1º, 13 y 54), pero no comporta la validación del despido.”

Como representación de la segunda hipótesis el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, modificó el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Aquella norma revocaba el permiso del Ministerio del Trabajo para despedir a las personas discapacitadas, cuando existiera justa causa para terminar el contrato laboral. No obstante, la Corte declaró esta norma inexecutable por medio de la sentencia C-744 de 2012. Pues “el Presidente de la República al regular los requisitos para el despido de los trabajadores discapacitados extralimitó las facultades otorgadas por la Ley 1471 de 2011”.

⁵⁰⁰ El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, fue modificado por el artículo 137 del Decreto ley 19 de 2012. Esta norma revocó el permiso del Ministerio del Trabajo que requería el empleador para despedir a las personas discapacitadas, en las hipótesis en que existiera justa causa para terminar el contrato laboral. No obstante, la Sala Plena de la Corte declaró esta norma inexecutable por medio de la sentencia C-744 de 2012 porque el Presidente de la República al regular los requisitos para el despido de los trabajadores discapacitados extralimitó las facultades otorgadas por la ley 1471 de 2011, que exclusivamente consistieron en suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios, existentes en las gestiones públicas, que antes que ser útiles, retardan las actuaciones y desgastan a los interesados y a las propias autoridades.

De forma general, de los anteriores argumentos ha concluido la Corte que los derechos de los discapacitados son “mandatos de optimización” que “establecen que el Estado tiene la obligación constitucional de adoptar medidas en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta”⁵⁰¹.

Surgen al menos dos problemas en torno a lo establecido en los párrafos anteriores: primero, la interpretación de la Corte y sus fundamentos, son una de las interpretaciones posibles de las exigencias constitucionales, y, al lado de los argumentos establecidos por la Corte, existen otros argumentos que orientan la decisión en una dirección distinta. En el primer caso, lo que desea decirse es que pueden dársele con los mismos fundamentos interpretaciones distintas a las exigencias iusfundamentales, la interpretación de la Corte es una elección dentro de distintas alternativas. En el segundo caso, lo que quiere decirse es que la fundamentación adecuada no debe solo tener en cuenta una visión parcial, sino comprensiva de los distintos cosmos constitucionales, la forma compleja de las relaciones jurídicas y la concepción preventiva del Derecho.

3.2. Trabajadores discapacitados y los contratos a término

En este apartado se revisan tres temas relacionados: en primer lugar, se establece una narrativa de los caminos que ha recorrido la Corte Constitucional para ampliar y enrutar los sujetos de protección de la estabilidad laboral reforzada. Lo anterior tiene como finalidad mostrar lo vacilante de esta construcción e introducir en los principales problemas que ello presenta. Posteriormente, se presenta una reconstrucción de las principales formas de protección que pueden presentarse en el caso de la estabilidad laboral reforzada. Esto permite un análisis más estructural de las estrategias utilizadas por la Corte. En tercer lugar, se reconstruyen los principales aportes de la Corte Constitucional en este asunto y se establecen sus principales objeciones.

⁵⁰¹ Sentencia de la Corte Constitucional T 081 de 2013.

3.2.1. De la discapacidad a la vulnerabilidad

De forma general la estabilidad laboral reforzada se ha entendido como “la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”⁵⁰². Esta situación de estabilidad se protege especialmente mediante dos estrategias: la exigencia de un permiso de una autoridad administrativa determinada para proceder al despido y la reubicación laboral. Se establece la necesidad de que un tercero intervenga para otorgar la autorización de la desvinculación, para que califique la pertinencia y legalidad del despido, y si el trabajador no puede continuar desarrollando las actividades normales para las que fue contratado “el empleador tiene la obligación de reubicar al trabajador discapacitado en un puesto de trabajo que le permita maximizar su productividad y alcanzar su realización profesional”⁵⁰³.

La noción de estabilidad laboral reforzada de los discapacitados en la jurisprudencia constitucional ha recibido desarrollo distinto en cuanto al régimen aplicable, al alcance de la protección y en cuanto a los diferentes tipos de contratos en los que puede materializarse. El tratamiento ha sido diferente si se mira en el aspecto de Derecho Laboral público, privado, en contratos indefinidos, de obra o contratos a término fijo. En el caso de la estabilidad laboral reforzada en el ámbito público, puede decirse que obra con más fuerza y que puede fundamentarse de manera más simple⁵⁰⁴. En el presente apartado se revisa especialmente el desarrollo que le ha dado la Corte en los contratos privados a término fijo; ello por tres razones principales. En los contratos laborales privados a término fijo se trata de relaciones entre particulares, con lo cual las cargas y las obligaciones jurídicas deben partir de un plano de mejor y mayor consideración por la vocación de igualdad prima facie

⁵⁰² Sentencia de la Corte Constitucional C-531 de 2000.

⁵⁰³ Sentencia de la Corte Constitucional T 111 de 2012.

⁵⁰⁴ La Ley 790 de 2002 en el artículo 12 dispuso que “no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

que ostentan los extremos de la relación laboral⁵⁰⁵. El tema en los contratos con el Estado o sus entidades descentralizadas no sería tan interesante por cuanto en ese aspecto sería más fácil imponer obligaciones a la entidad central, las cuales serían más susceptibles de ser fundamentadas desde el punto de vista constitucional⁵⁰⁶. Además, revisar los contratos indefinidos en las relaciones de los particulares es menos interesante que el de los contratos a término fijo por cuanto en aquellos contratos existe un mayor grado de estabilidad. Y, en los contratos a término fijo, especialmente, aquellos de corta duración es donde puede notarse con mayor vehemencia el conflicto que presenta la estabilidad laboral para el caso de los discapacitados, pues, en ellos puede verse que se tensionan de forma más interesante los bienes jurídicos reseñados.

Para entrar a analizar el desarrollo que la Corte le ha dado a este asunto se hace importante partir del entendimiento de la concepción de discapacidad o mejor dicho, de discapacitado, que es el elemento central sobre el cual gira la protección. Como se mencionó, el entendimiento del concepto de discapacitado está afectado de múltiples problemas de ambigüedad. La ambigüedad resulta, para el caso, del uso de concepciones distintas para el área de la medicina, la psicología y el Derecho⁵⁰⁷. Además de que se trata de un concepto claramente trasplantado al campo jurídico en épocas no tan remotas, dentro del ordenamiento jurídico presenta ambigüedad normativa. Ambigüedad que se ve agravada por el uso distinto y polifónico del que han hecho las leyes y la jurisprudencia al respecto.

⁵⁰⁵ En la sentencia de la Corte Constitucional C-1110 de 2001, se consideró: “En virtud del contrato de trabajo empleadores y trabajadores no se ubican en el mismo plano de igualdad, porque la situación de subordinación en que se encuentra quien ofrece su fuerza de trabajo no es únicamente de carácter económico sino también de naturaleza jurídica, dado que el legislador al configurar este instituto del Derecho Laboral ha investido al patrono de facultades que lo habilitan para que, con arreglo al principio de dignidad humana, imparta órdenes e instrucciones a sus subordinados en relación con las condiciones en las que debe desarrollarse la labor contratada.”

⁵⁰⁶ La Corte Constitucional en sentencia T 849 de 2010, estableció que “En caso de supresión y liquidación de la entidad, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los empleados públicos de carrera administrativa en situación de vulnerabilidad se traduce en el deber de la administración de garantizar, en primer lugar, su ubicación en otra entidad en un cargo igual o equivalente al cargo suprimido, mediante la respectiva comunicación a la Comisión Nacional del Servicio Civil de que trata las normas analizadas anteriormente; o en su defecto y como última alternativa, otorgar el reconocimiento y pago a su favor de la indemnización correspondiente.”

⁵⁰⁷ Sobre la evolución del Concepto de Discapacidad y los intentos de realizar su definición, véase la sentencia de la Corte Constitucional C 478 de 2003.

Y a los usos técnicos que la expresión puede tener. Pese a que existen casos fáciles en los cuales se crea que determinada persona es o no discapacitada, en muchas ocasiones existen múltiples eventos en los cuales no puede fácilmente establecerse la pertenencia a esta categoría.

No es el objeto del presente escrito establecer un concepto global e integrador que clarifique y cuente con fuerte potencial explicativo y analítico, en relación a los elementos suficientes y necesarios, del concepto de discapacidad o discapacitado. Sin embargo, para tratar de facilitar el análisis del tema, se parte de la concepción de discapacidad utilizada por la Corte Constitucional para el caso de la estabilidad laboral reforzada. No se trata de lo que en términos generales entiende la Corte por discapacidad o discapacitado, sino lo que ha entendido para el caso de la estabilidad laboral reforzada.

La forma como la Corte Constitucional ha entendido la noción es bastante llamativa y ha sido objeto de distintas etapas de construcción. La concepción de discapacidad en la Corte ha tenido distintos alcances: en un principio se partió de una noción limitada acerca de la discapacidad, y, esta posteriormente fue siendo ampliada hasta llegar a referir elementos muy generales y vagos. De dicha doctrina, pueden extraerse tres etapas generales de la noción de discapacidad: una reducida, referida a las personas con discapacidad severa, otra moderada y una última ampliada. La concepción ampliada de discapacidad es una noción: o bien impropia que refiere a los trabajadores que han sido afectados en sus aspectos centrales de desarrollo vital (se dice impropia en el sentido que no refiere a lo que comúnmente se entiende como discapacitado) o bien ha sido remplazada por la de debilidad manifiesta (en el entendido que la protección no se aplica solo a los discapacitados sino –se ha remplazado- a quienes hacen parte de la categoría “personas en debilidad manifiesta”). Para los efectos del presente escrito no se hace necesario determinar si se trata de un sentido impropio o si ha sido sustituida, lo importante es aclarar, por efectos expositivos, que se ha ampliado en el entendido que la protección que se otorga se aplica a un número amplísimo de trabajadores.

Así las cosas, la sentencia C-824 de 2011 señaló que no solo las personas con discapacidad severa son destinatarias de la protección de la estabilidad laboral reforzada y de las demás prestaciones establecidas en la Ley 361 de 1997. Incluyó como beneficiarios de dicha protección a las personas con una limitación leve y moderada, de modo que:

“la referencia específica que hace el artículo 1º de la Ley 361 de 1997, a las personas con limitaciones ‘severas y profundas’ no puede tomarse como expresiones excluyentes para todos los artículos que conforman la citada ley. En punto a este tema, es de aclarar que la clasificación del grado de severidad de una limitación (art. 7º, Ley 361 de 1997) no implica la negación y vulneración de un derecho...”

La ampliación de la noción de la Corte, la ha llevado a cambiar su objeto originario de proteger a los discapacitados severos para referir lo que ha llamado como personas en condiciones de debilidad manifiesta o en situación de vulnerabilidad, con lo cual, sin entrar al debate que ello genera, se igualan las dos nociones. En la sentencia glosada, sostuvo:

“Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada”.

El planteamiento que hace la Corte de personas en condiciones de debilidad manifiesta presenta exigencias epistemológicas y prácticas bastante fuertes. ¿Cómo puede determinarse que alguien está en debilidad manifiesta por sus condiciones de salud física o mental? El sentido de la regulación debería implicar criterios más específicos. Esta forma de entender la especial protección de los discapacitados ha implicado exigencias especiales

a los jueces. El concepto que ha dado la Corte ha sido muy dilatado, al fijar criterios generales exige a los jueces calificar con amplios costados de discreción las calidades de las personas. Por ello, según la Corte

“el juez... para identificar la titularidad del derecho a la estabilidad laboral en las personas discapacitadas y estudiar la procedencia del amparo, debe evaluar los factores de vulnerabilidad que se manifiestan en motivos de salud, o por cualquier circunstancia que afecte al actor en su bienestar físico, mental o fisiológico”⁵⁰⁸.

El cuestionamiento que se deja latente es qué significa “cualquier circunstancia”, o cómo podrían los jueces lograr la calificación sin tener los conocimientos de siquiatría, sicología o medicina.

Los motivos que ostenta la Corte para establecer esta especial protección son loables, empero los mecanismos para lograrlo resultan abiertamente contraproducentes. El elemento más plausible de las pautas de la Corte para otorgar la protección es la desformalización de los requisitos documentales (pues antes se requería un certificado de discapacidad). Sin embargo, los demás elementos otorgan unas herramientas objetables que constriñen, como se verá más adelante, la protección de los derechos que desea proteger⁵⁰⁹.

3.2.2. Estrategias de protección

Analizar la doctrina de la estabilidad laboral reforzada de la Corte presupone fijar criterios acerca de la estructura que se revisa. En este nivel del discurso se hace importante reflexionar sobre tres aspectos centrales de los que se ha hablado de forma indirecta: el titular del derecho, el destinatario y los deberes que se imponen, o, de forma más

⁵⁰⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T 018 de 2013.

⁵⁰⁹ Si se desea proteger a gran cantidad de trabajadores y de personas, se termina de cierta forma desprotegiendo a quienes en realidad lo necesitan.

específica, cuales son los mecanismos de protección⁵¹⁰. En el primer caso, relacionado con el asunto del acápite anterior, se trata de analizar la noción de discapacitados y su alcance, en el segundo, se busca comprender quien es el encargado de realizar la prestación (o prestaciones), es decir si en todo caso corresponde al empleador, y, en el tercero, se desea analizar las formas como puede protegerse al titular-destinatario.

El titular de la protección pueden ser todos los trabajadores o trabajadores específicos, según se califiquen las condiciones para asirse al derecho. Son dos las ideas que se desean agregar al debate: la del trabajador perfectible y la de la inconmensurabilidad de las limitaciones. Para dilucidar el tema de la titularidad del derecho se ha de partir de una figura hipotética: el trabajador perfectible (como sinónimo de trabajador imperfecto). El trabajador perfectible no es un trabajador perfecto con plena armonía de sus capacidades intelectuales, físicas, económicas, familiares, y culturales. Difícilmente una persona consigue el pleno de estas capacidades. Se trata pues de un trabajador con limitaciones intelectuales, físicas, económicas, familiares y culturales; todo trabajador es un cumulo de deficiencias físicas e intelectuales⁵¹¹. Es más razonable y acertado pensar que la mayoría de los trabajadores poseen algún grado de discapacidad a que la mayoría ostentan capacidades perfectas⁵¹². Puede pensarse que esta figura no aporta mucho a la discusión pero en realidad si lo hace.

No se debe partir, como lo han hecho en la mayoría de las ocasiones las legislaciones laborales, que los trabajadores son personas con el pleno desarrollo de sus capacidades sino, en cambio, que son personas con capacidades limitadas⁵¹³. Las implicaciones de esta

⁵¹⁰ Alexy concibe a los derechos fundamentales “como una relación triádica que se da entre dos sujetos respecto de un objeto. Así pues, el “primer miembro es el portador o titular del derecho (a), su segundo miembro, el destinatario (b) y su tercer miembro, el objeto del derecho (G). Esta relación triádica será expresada con D.” ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 186.

⁵¹¹ ÁLVAREZ, Juan. Capacidades, libertades y desarrollo: Amartya Kumar Sen. En: Teorías políticas contemporáneas. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 87.

⁵¹² El Derecho Laboral debe trasegar por el mismo camino que ha trasegado el derecho civil, desde la perspectiva de reconocer la vulnerabilidad humana en la que se entiende que el sujeto de sus reglamentaciones es una persona humana, demasiado humana.

⁵¹³ HERBERT, Simón. Las ciencias de lo artificial. Barcelona: ATE, El Ateneo Editorial, 1973.

diferenciación son de hondo calado: en el primer caso puede llevar a que cualquier afectación sea entendida como una discapacidad, en el segundo caso, las limitaciones que se estudien deben contextualizarse con las limitaciones generales de grupos de personas. Al cambiar con este leve giro las premisas, la forma de estudiar e interpretar el Derecho Laboral puede dar un cambio esclarecedor, que para el caso de análisis, presente una perspectiva interesante en la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados.

Resulta errado pensar que cualquier limitación deba ser tratada de la misma forma. El hecho que limitaciones de distinta índole se traten de igual forma contribuye exageradamente a un trato desigual. En este punto se hace importante reflexionar en torno al tema de la inconmensurabilidad de las limitaciones en sus diferentes aristas ¿Cómo puede compararse una limitación intelectual con una física o una social? ¿Cuál es la relación entre este tipo de limitaciones? Resolver las anteriores preguntas, pese a su relevancia no es el objeto del presente escrito. Por lo pronto, solo se dirá que hay que ser muy sigilosos en torno a la valoración de las limitaciones, teniendo en cuenta que el punto de referencia es el trabajador perfectible, asimismo, hay que estar finos a que las limitaciones pueden ser en distintos ámbitos y que puede o no existir una relación entre estas facetas y las actividades a desarrollar, y que cuanto mayor sea el grado de afectación de una persona mayor debe ser el grado de la protección que otorgue el ordenamiento jurídico y que entre más amplio sea el número de personas que sean beneficiadas por un derecho mayor será el incumplimiento de las promesas que traen consigo.

Ahora bien, en lo tocante al asunto del destinatario de la protección se ha creído de forma general que es el empleador. Sin embargo, en una situación hipotética, podría pensarse que pueden estar a cargo del empleador, el Estado o el mismo trabajador y su grupo familiar⁵¹⁴. Por lo general, se ha pensado que el destinatario de la protección en asuntos laborales es exclusivamente el empleador, pues además de ser la contraparte es quien se beneficia de la actividad laboral; las principales figuras jurídicas se han creado al atisbo de este ideal

⁵¹⁴ En este sentido, puede verse por analogía, el planteamiento que hace Tugendhat sobre la satisfacción de los derechos sociales. TUGENDHAT, Ernest. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 344.

(como si este fuera el principal responsable de la suerte de aquel). No obstante, esta creencia además de incorrecta e incompleta ha llevado a una sobrecarga y a una aversión respecto de las obligaciones impuestas, que generan el efecto contrario al que buscan. El Estado, en algunos casos, es destinatario de algunas obligaciones específicas, como en el caso de los seguros, de la aplicación de responsabilidad o solidaridad. El mismo trabajador es destinatario de diversos derechos laborales en relación con el empleador, sin embargo, el caso que se resalta acá es cuando el trabajador es destinatario de derechos que parecieran estar en su favor (como el caso del deber de autoayuda⁵¹⁵).

Ahora bien, la protección de los trabajadores discapacitados o en debilidad manifiesta puede realizarse de diversas formas, respondiendo a la pregunta ¿qué estrategias jurídicas podrían pensarse para proteger a los discapacitados en su empleo? La idea general para el diseño de estas estrategias es que existe una conducta que se desea impedir y se buscan soluciones directas e indirectas, anteriores o posteriores, respecto de los involucrados o terceros para intentar la satisfacción o protección de un derecho.

De manera general pueden establecerse “reglas de protección” anteriores o posteriores al despido. Existen tres estrategias anteriores: que se prohíba su despido, se establezcan requisitos más rigurosos para lograrlo o se busque evitar el suceso. En el primer caso se establece una regla de protección que prohíbe el despido. En el segundo caso, se derivan tres reglas de protección. Primera, una regla de protección que haga más rigurosos los requisitos para la desvinculación del trabajador; segunda, una regla de protección que solicite la autorización de una autoridad que califique y avale el despido; tercera, una regla de protección que sustituya el empleo. En el tercer caso, se debe buscar la manera de mitigar o evitar el suceso.

En el evento de las reglas de protección posteriores, existen tres reglas: una regla de protección que implique sanciones a cargo del empleador; una regla de protección que

⁵¹⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003, p. 21-75.

obligue a readmitir o reinstalar al trabajador, y una regla de protección que obligue al estado a responder directamente por estas situaciones.

En cuanto a las estrategias anteriores, la regla que prohíbe el despido en cualquier caso⁵¹⁶ puede considerarse como la protección más fuerte en favor de los trabajadores discapacitados. Sin embargo, no ha sido utilizada ni en España ni en Colombia⁵¹⁷. En los dos ordenamientos jurídicos se permite el despido de los trabajadores. El hecho de que existiera una protección de esta forma conllevaría una situación en la cual se trata de una especie de pensión sui generis. El trabajador ganaría su salario sin necesidad de prestar su servicio y acosta de cualquiera de sus comportamientos. Inclusive no podría ser despido si incurre en múltiples quebrantos a los reglamentos de la empresa. Los desarrollos jurisprudenciales presentan una protección más débil que la establecida en esta primera regla⁵¹⁸. Sin embargo, en el caso de las mujeres embarazadas esto parece ser más cercano. La Corte Constitucional en la sentencia T 145 de 2007, estableció:

“La jurisprudencia constitucional ha desarrollado entonces líneas jurisprudenciales cuyo fin ha sido asimilar las distintas alternativas laborales de las mujeres embarazadas a la categoría de relación laboral sin causales específicas de terminación, con el fin de extender su protección y cumplir con el carácter reforzado de la misma, ordenado por la Constitución”

La regla que establece que el trabajador si puede ser despedido pero que los requisitos para su despido deben ser más rigurosos que en el caso de los trabajadores ordinarios, resulta ser

⁵¹⁶ Se trata de una regla imaginaria que es utilizada como un recurso académico para signar una situación hipotética.

⁵¹⁷ En estos ordenamientos jurídicos es posible el despido cuando ocurran las causales consagradas para ello y se cumplan con las formalidades exigidas. En el Código Sustantivo del Trabajo, las justas causas están consagradas en el artículo 62 y 63. En el Estatuto de los Trabajadores están consagradas en el artículo 51 y 52.

⁵¹⁸ La Corte Constitucional en la sentencia T 225 de 2012 consideró tres grados distintos de estabilidad: “En este punto, la Corte ha admitido la existencia de ciertos grados de estabilidad en el empleo, entre otras: i) la absoluta, ii) la impropia y iii) la precaria. La primera está dada por la seguridad plena de conservar intacto el vínculo laboral; la segunda permite el pago de una indemnización a cambio de la efectividad del despido o desvinculación; y la última se presenta en el contexto de las relaciones donde el patrono goza de un amplio grado de discrecionalidad, como ocurre en los cargos de libre nombramiento y remoción”.

una protección menos fuerte que la anterior pero más realizable. Un ejemplo de esta situación puede notarse en el requisito según el cual el empleador debe probar que la desvinculación no se debe a una situación discriminatoria por la condición de discapacidad⁵¹⁹, establecida en la Ley 361 de 1997. Esta situación es un requisito adicional que debe tenerse en cuenta en aquellos casos de trabajadores discapacitados, escenario que no se aplica en el caso de los trabajadores ordinarios, lo cual parecería ser una forma de protección más fuerte que el caso estándar. La finalidad de esta situación es ofrecer un plus de protección mayor para una clase de personas que pueden ser discriminadas.

La regla que afirma que para que pueda proceder la desvinculación del trabajador se hace necesario solicitar una autorización a un tercero, una autoridad administrativa o judicial, que tenga la capacidad de determinar si se dan los presupuestos necesarios para proceder con el despido, ofrece un mayor grado de seguridad y protección que la regla anterior. Esta regla de protección ofrece mayores ventajas que las anteriores en el entendido que no solo queda a manos del empleador la valoración de las circunstancias que puedan aducirse como justa causa para el despido sino que se hace necesaria una validación externa, en principio imparcial, lo cual implica el debilitamiento del poder del empleador. Un ejemplo de esto puede notarse en la obligación del empleador de solicitar la autorización al Ministerio de Protección Social para obtener el despido del trabajador. El éxito de esta estrategia radicará en el juicio del tercero. En la sentencia de la Corte Constitucional T 447 de 2013 se recordó que “carece de todo efecto el despido o terminación de contrato sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo”

La regla de protección que sustituye el empleo significa que el empleador no puede despedir a un trabajador discapacitado sino que debe de buscar una actividad dentro de la empresa en la cual este puede desempeñarse adecuadamente. La idea es que el empleador

⁵¹⁹ La Corte Constitucional en la sentencia T 225 de 2012 consideró que “cuando un empleador despida sin justa causa y sin permiso del Ministerio de la Protección Social a un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta, el motivo del despido fue tal situación. Dicha presunción revierte la carga de la prueba y obliga al empleador a justificar la causa de la desvinculación en una razón objetiva diferente al vencimiento del plazo y la situación de debilidad.”

escudriñe la forma de que el trabajador siga prestando sus servicios acomodando las actividades que desarrolla, esta estrategia es muy interesante en la medida que trata de armonizar los intereses del empleador con los del trabajador.

La Corte Constitucional en la sentencia T 269 de 2010 preceptuó:

“Concatenado con la necesidad de protección del trabajador, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada del que gozan los trabajadores no puede ser entendida simplemente como un impedimento de retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino también la posibilidad de que el trabajador sea reubicado en un puesto o función de trabajo conforme a sus condiciones de salud.”

En cuanto a las tres reglas de protección posteriores, la idea general en ellas inmersas es que tratan de remediar el despido del trabajador, bien sea sancionando al empleador, con lo cual se desea evitar vuelva a realizar esta conducta, como sería el caso del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Readmitiendo al trabajador, con la finalidad de reparar el daño cometido, como en el evento de la sentencia de la Corte Constitucional T 098 de 2015. O elevando los costos de despido de estas personas, o, en última instancia, variando el destinatario y que sea el Estado quien responda por esta situación.

3.2.3. Narrativa Constitucional y objeciones

3.2.3.1. El camino de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha reconstruido algunas reglas de protección, anteriores y posteriores, en el marco de la estabilidad laboral reforzada, que tiene como principal titular al trabajador, y como destinatario al empleador. A esta construcción de la Corte se le objeta una visión reduccionista de la titularidad del derecho, una perspectiva compuesta de sus

destinatarios, y unos enfoques semánticos, ideológicos y pragmáticos, que hacen necesario, reinterpretar esta figura jurídica, desde la perspectiva del respeto laboral.

La Corte Constitucional ha tomado una posición bastante heterodoxa y clásica sobre la forma como debe protegerse la estabilidad laboral reforzada. Respecto de los titulares del derecho ha tomado una concepción muy general; como antes se señaló, ha ampliado el concepto de discapacidad y lo ha llevado al de personas en debilidad manifiesta o vulnerabilidad. Luego, los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, según la Corte, serían todas aquellas personas que presenten una afectación en sus capacidades intelectuales, físicas, mentales, sociales. De forma literal ha expresado que el estado de vulnerabilidad “se manifiesta a través de factores que afectan su salud, bienestar físico, mental o fisiológico”. La Corte les ha dado una amplia facultad a los jueces para que cataloguen la titularidad del derecho de conformidad con las directrices generales que ha emitido.

En relación con el destinatario del derecho, la Corte ha aplicado casi exclusivamente la concepción de que es el empleador quien debe responder por las exigencias derivadas de la estabilidad reforzada. Bien sea por cuanto, en algunos casos, debe costear los honorarios y cargas de seguridad social del trabajador, no puede despedirlo o debe reubicarlo en unas tareas que pueda desarrollar. Luego, ha pasado por alto la posibilidad de que el Estado, el propio trabajador o sus familiares deban asumir responsabilidad.

Con respecto a las reglas de protección de la Corte pueden señalarse unas pautas generales sobre la estabilidad laboral reforzada y unas pautas específicas sobre los contratos a término fijo. En el primer caso, ha utilizado “reglas de protección” anteriores y posteriores. Ha hecho especial énfasis en que todo despido de un trabajador discapacitado debe contar con la autorización previa de la autoridad de trabajo correspondiente. La consecuencia de que no se tenga este requisito en cuenta es que la terminación del contrato laboral será

ineficaz. Derivado de la ineficacia, el empleador deberá reintegrar al empleado y pagar indemnización de 180 días de salario⁵²⁰.

La intervención del Inspector de trabajo consiste en que éste tiene el deber de autorizar o no el despido del trabajador; se trata de una intervención externa a la relación laboral que debe analizar si se dan las justas causas alegadas por el empleador, o si se trata de una situación discriminatoria en razón a la discapacidad del trabajador. La Corte ha enfatizado en la seriedad de la función del inspector en el entendido de que no se trate del cumplimiento de un formalismo, sino en un verdadero análisis de fondo sobre la ocurrencia de la causal o las causales alegadas. “El permiso no es una mera formalidad puesto que se estableció con el fin de que la autoridad administrativa respectiva verifique que el empleador al despedir a un trabajador discapacitado no está vulnerando los derechos de una persona que cuenta con especial protección constitucional”⁵²¹.

El resultado de pasar por alto la intervención adecuada del inspector es, según la Corte, dejar sin sustancia el contenido de la estabilidad laboral. “Omitir dicho deber vacía el contenido del derecho a la estabilidad laboral reforzada y aumenta el estado de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores disminuidos”. Así las cosas:

“(i) no procede el despido de una persona en situación de discapacidad sin que exista autorización del Ministerio de Trabajo, (ii) cuando el empleador alega justa causa, el Ministerio debe verificar si la causal alegada es justa o no, esto con la finalidad de proteger al trabajador que se encuentra en situación de discapacidad, (iii) el Ministerio no puede evadir su responsabilidad refugiándose en una presunta

⁵²⁰ El precedente ha indicado que el pago de la compensación no otorga eficacia al despido en la medida que no protege el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas discapacitadas. De hecho las Salas de Revisión han subrayado que “ninguna actuación del empleador torna en eficaz el despido de un trabajador en situación de discapacidad si no existe autorización de la autoridad competente

⁵²¹ En la sentencia C 531 de 2000 la Corte Constitucional señaló que: “(...) la autorización de la oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador (...)”.

justa causa y (iv) aun existiendo indemnización, no procede el despido sin previa autorización”⁵²²

Como forma de acentuar la protección en estos casos la Corte Constitucional ha creado una presunción jurídica de discriminación. Según esta, el despido que recae sobre un trabajador en condiciones de vulnerabilidad implica la presunción de despido sin justa causa que invierte la carga de la prueba, por lo cual, el empleador debe probar los argumentos razonables de su decisión, es decir, que el despido no se debió a la condición de discapacidad. A tenor literal la Corte ha señalado que:

“La jurisprudencia constitucional ha presumido que cuando un empleador despidiera sin justa causa y sin permiso del Ministerio de la Protección Social a un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta, el motivo del despido fue tal situación. Dicha presunción revierte la carga de la prueba y obliga al empleador a justificar la causa de la desvinculación en una razón objetiva diferente al vencimiento del plazo y la situación de debilidad.”⁵²³

En cuanto a las reglas de protección posteriores, se ha enfocado especialmente en cuatro situaciones, mediante las cuales se protege reforzadamente al trabajador: la ineficacia del despido, la readmisión del trabajador, la capacitación y el pago de indemnizaciones. Se trata de situaciones jurídicas que tienen que darse para la efectiva protección, en el entendido de sacar de la vida jurídica los efectos del despido, restaurar la relación rota, buscar la forma de integrar al trabajador al mundo laboral, y castigar al empleador por su despido ilegal. Según la Corte:

“El juez que conozca del asunto tiene el deber prima facie de reconocer a favor del trabajador: en primer lugar, la ineficacia de la terminación o del despido laboral; en segundo lugar, el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca

⁵²² Sentencia de la Corte Constitucional T 447 de 2013.

⁵²³ Sentencia de la Corte Constitucional T 225 de 2012.

condiciones iguales o mejores que las del cargo desempeñado hasta su desvinculación; en tercer lugar, el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso (art. 54, C.P.); y en cuarto lugar, el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.”⁵²⁴

En el segundo caso, en cuanto a las reglas específicas de protección en los contratos a término fijo, la Corte ha seguido siendo muy garantista en su protección, y no ha variado de forma sustancial la forma de amparo en esta clase de contratos, se ha limitado especialmente a reforzar su justificación y establecer unas limitaciones no muy claras. La Corte ha recalcado la importancia que tiene el empleo para la subsistencia del trabajador y de su familia, y la necesaria protección que debe expedirse en favor de los trabajadores. Además de este argumento, la Corte invoca el hecho que el empleador debe soportar tal carga debido a que él es el beneficiado de la actividad económica que desarrolla el trabajador. A diferencia de cuando se pronuncia sobre los contratos indefinidos, en esta ocasión efectúa una carga argumentativa mayor con la finalidad de justificar su posición, que en el tema de los contratos a término fijo podría ser más criticable:

“el término pactado para la duración de la labor contratada pierde toda su relevancia cuando es utilizado como causa legítima por el empleador para ocultar su posición dominante y arbitraria en la relación laboral ejerciendo actos discriminatorios contra personas particularmente vulnerables y en condiciones de debilidad manifiesta”⁵²⁵.

De lo anterior, la Corte concluye que la autonomía empresarial se restringe y debe atenerse a las cargas solidarias que la Constitución le impone⁵²⁶. Esta carga es la de garantizar la

⁵²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T547 de 2013.

⁵²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T 225 de 2012.

⁵²⁶ De forma literal señala, la Corte Constitucional en la Sentencia T 226 de 2012, que: “si bien en el ejercicio de la voluntad de las partes y el desarrollo de la actividad empresarial los patronos pueden optar por la modalidad contractual de limitar por tiempo definido sus contratos y someterlos al cumplimiento de la labor u

permanencia del trabajador en el empleo. No obstante, la Corte no va tan lejos y asimila la carga con la inamovilidad del trabajador⁵²⁷. Es decir, establece unas limitaciones al deber de solidaridad que no son del todo claras. Estas cargas impuestas al empleador, según al Corte, deben limitarse teniendo en cuenta, como siempre, las circunstancias del caso en concreto, y especialmente, por circunstancias subjetivas que le impidan al empleador realizarlas y la inexistencia de derechos absolutos:

“este deber de solidaridad del empleador se puede ver afectado en la medida que no tenga la capacidad de hacerlo, le sea imposible o le afecte el desarrollo normal de la actividad, situación que también debe ser demostrada. En efecto, la protección constitucional frente a esta clase de personas no implica per se el ejercicio de derechos absolutos o a perpetuidad, ya que no existe el derecho fundamental a la conservación del trabajo. La especial protección constitucional de las personas en estado de debilidad manifiesta, exige del juez de tutela el análisis de cada uno de los requisitos y presupuestos al momento de determinar si procede o no el reintegro”⁵²⁸.

3.2.3.2. Las objeciones a la protección

Los diferentes argumentos desarrollados por la Corte, y reiterados en múltiples ocasiones, han constituido un avance importante en la protección de los discapacitados. Antes de los desarrollos legislativos y jurisprudenciales que se han dado en este sentido, los discapacitados se encontraban en una posición más desventajosa para la protección de sus

obra, esta facultad se ve delimitada por normas constitucionales que tutelan el Derecho Constitucional a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones”.

⁵²⁷ Según la Corte Constitucional en la sentencia T 225 de 2012 la estabilidad: “no supone que el trabajador sea inamovible, pues una vez se presenten causales objetivas (situaciones de indisciplina, ineficiencia y bajo rendimiento) que autorizan a la terminación unilateral del contrato de trabajo, deben ser observadas las reglas propias del debido proceso que son exigibles a los particulares, garantizándose concretamente el derecho a la defensa, que exige del empleador informar los motivos que originaron el despido y reconoce al trabajador la posibilidad de controvertir las razones aludidas. Pero en todo caso si el trabajador se encuentra en una situación de protección especial debe mediar autorización de la autoridad del trabajo so pena de la ineficacia de tal despido”.

⁵²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T 226 de 2012.

derechos. La tarea desarrollada ha sido loable y fundamentada de forma compleja en derechos y principios constitucionales.

La reconstrucción efectuada por la Corte es muy amplia e imprecisa en diversos aspectos. Lo que imposibilita una cartografía precisa, pero no impide mostrar claramente sus ideas representativas. Esta amplitud le ha acarreado múltiples inconvenientes. Las construcciones elaboradas han sido presa de múltiples errores que han llevado a contradicciones. Los principales errores cometidos por la Corte pueden agruparse, siguiendo el esquema que se ha venido desarrollando, en tres categorías: los sujetos, el contenido de las reglas de protección y su funcionamiento (dentro de cada una de estas categorías, se encuentran objeciones jurídicas de distinto tipo, algunas semánticas, pragmáticas o de conveniencia). Se aclara que la relación entre los diferentes tipos de objeciones es muy cercana y compleja.

En el primer evento, el relativo a la categoría de los sujetos, cabe preguntarse: ¿existe claridad acerca de cuáles son las personas que reciben la protección? La Corte constitucional al haber ampliado la concepción de discapacitados y llevarla a un nivel tan general, el de personas en situación de vulnerabilidad, ha creado una situación que en principio puede valorarse positivamente. Pues, esta protección se ha extendido a un número significativo de trabajadores que pueden verse beneficiados por ella⁵²⁹. Lo cual, *prima facie*, se ha visto como una medida tangible al buscar una reivindicación y mejor protección social para esta clase de personas.

Sin embargo, esta situación resulta indeseable por la amplitud y la falta de claridad conceptual, lo cual, como se indica a continuación, conlleva a la presentación de múltiples problemas. Así las cosas, los criterios que ha utilizado la Corte para establecer la titularidad del derecho, antes de mejorar la protección la han debilitado. La estabilidad laboral

⁵²⁹ En principio los trabajadores con discapacidad severa eran los principales beneficiarios de esta protección. Sin embargo, la Corte entendió que existían otros grupos de personas que se hacía necesario proteger, como era el caso de personas que por su limitación física, intelectual o social, no podían seguir desarrollando sus actividades de manera adecuada.

reforzada ha sido utilizada como un cajón de sastre, como un comodín, que se usa por cualquier trabajador sin tener en cuenta sus especiales situaciones. ¿Qué trabajador no puede argumentar que la pérdida del empleo le genera una situación de vulnerabilidad o que se encuentra inmerso en ella? El modelo del trabajador actual, como se argumentó en párrafos anteriores, es el del trabajador perfectible, lo que implica necesariamente las deficiencias intelectuales, físicas o culturales referidas.

Como se ha basado, la Corte, en supuestos muy generales que pueden valorarse de manera muy subjetiva por los involucrados en el asunto, y la situación de vulnerabilidad es una circunstancia en muchos casos de gran contenido de subjetividad, los principales problemas referidos a la falta de claridad conceptual a los que no hace frente de manera adecuada la titularidad del derecho creado por la Corte son los siguientes: primero, no existen criterios más o menos claros para determinar el titular del derecho, máxime cuando la Corte ha abierto de forma tan amplia los potenciales beneficiarios y ha otorgado amplias facultades de discrecionalidad a los jueces. Segundo, los elementos de análisis para determinar la vulnerabilidad abarcan un sinnúmero de posibilidades sobre las cuales el juez no tiene un conocimiento adecuado. Existe una incompetencia epistemológica para determinar el grado de la vulnerabilidad de los trabajadores.

Tercero, entre más se amplía un derecho de defensa o prestacional, en cuanto a sus titulares, menor puede protegerse como una situación excepcional, al afectar a muchos trabajadores se conlleva a desmejorar la protección. Cuando son gran cantidad de derechos y los recursos son escasos ello conlleva a que no se puedan satisfacer todas las necesidades o que no se puedan satisfacer de manera adecuada teniendo en cuenta una perspectiva prioritaria. El hecho que sean muchos los titulares conlleva a que no pueda prestársele la misma vigilancia y control. El extender los criterios de forma tan amplia para identificar a los titulares del derecho ha conllevado inexorablemente a la desprotección del mismo. Lo más positivo de este “adelanto” de la Corte ha sido la desformalización de los requisitos⁵³⁰, sin

⁵³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T 447 de 2013.

embargo, en su afán de proteger ha terminado rezagando. No existe una estabilidad reforzada cuando el derecho resulta potencialmente igual para toda clase de trabajadores.

Ahora bien, en el segundo evento, relativo a los destinatarios de las obligaciones, se hace necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional ha tenido como principal obligado al empleador. Se ha establecido como el primordial obligado bajo el entendido del principio de solidaridad y de que es él quien se beneficia por la labor desarrollada por el trabajador. En principio parece lógico pensar que quien ha contratado al trabajador y se ha beneficiado de las labores personales por él prestadas es quien deba responder primeramente.

El hecho que la Corte establezca como principal obligado de la prestación al empleador, salvo en situaciones excepcionales donde puede eximirse de estas prestaciones, muestra un análisis sesgado de la forma como debe obrar la protección en el empleo. La estabilidad laboral reforzada no puede ser por entero una obligación a cargo del empleador, necesita complementarse con el compromiso del trabajador y del Estado. Los principales problemas que presenta la elaboración de la doctrina de la Corte sobre este punto, son tres: problemas de fundamentación, de enfoque y de proporcionalidad.

El fundamento de la obligación impuesta al empleador ha estado en el principio de solidaridad⁵³¹ y en el beneficio de la labor contratada, sin embargo, además de los problemas de esta fundamentación, a estos argumentos se le contraponen unos mejores argumentos que hacen pensar que el principal obligado podría ser, en ciertos casos, el mismo trabajador y el Estado. Los problemas de la fundamentación de los argumentos de la Corte se encuentran en que la solidaridad es un concepto general que cubre a todos los miembros de la sociedad, el cual, entra a obrar, especialmente, por vía de la representación

⁵³¹ La Corte Constitucional en la sentencia T 445 de 2014 estableció: “De acuerdo con la jurisprudencia anteriormente reseñada, el principio de solidaridad tiene tres (3) manifestaciones: “(i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios.” “En materia laboral, la Corte Constitucional ha acudido al principio de solidaridad para sustentar la existencia de una estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que, a raíz de una disminución en sus condiciones físicas, no pueden trabajar en igualdad de condiciones”.

del cuerpo social encarnada en el Estado, más que en una persona específica. El principio de solidaridad por lo general no vincula a personas determinadas, pues se establece como un principio general que cubre todos los miembros de la comunidad. No dice nada acerca de que sea el empleador quien debe asumir la carga, el hecho de que se situó en cabeza de una persona determinada, si esta no tuvo una responsabilidad directa en la situación, constituye un trato desproporcionado. La medida de mantener el vínculo laboral con un trabajador que no puede laborar adecuadamente es una obligación desproporcional a cargo del empleador en la mayoría de las ocasiones en las que no tuvo más responsabilidad que la de cualquier miembro de la sociedad.

Además, si se aceptara que el que se beneficia de la labor es quien debe asumir el riesgo se conllevaría a situaciones contradictorias. La Corte deriva de ello que el empleador debe asumir las cargas de la estabilidad laboral reforzada, lo cual resulta paradójico si se acepta que el empleador no es el único ni el principal beneficiado. Se beneficia también el mismo trabajador, su familia y la sociedad. Quién se beneficia más es una cuestión que no puede llevarse a un imperativo categórico para afirmar que siempre es el empleador.

De conformidad con el artículo 2 de la CP, el Estado es quien debe la garantía de los derechos. Pese a la importancia que tiene en Colombia el efecto horizontal de los derechos fundamentales⁵³², las principales obligaciones de los derechos sociales son a cargo del Estado. Si los particulares tuvieran que concretar los derechos sociales no existiría la concepción clásica del Estado Social.

El hecho de que se haya establecido en el empleador la obligación de mantener al trabajador, radica en que se parte del supuesto de que otro empleador no contrataría de nuevo al trabajador discapacitado. Por lo que la persona que antes lo tenía empleado es quien debe seguir manteniendo el vínculo. Esta forma de entender la situación excede las cargas proporcionales que tiene que tolerar los particulares en sociedad. Pues, sería mejor

⁵³² JULIO, Alexei. La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 5. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 45.

capacitar al trabajador para ser insertado nuevamente en el mundo laboral que exigir el mantenimiento de un vínculo laboral poco productivo.

En cuanto a las reglas de protección dictadas por la Corte, las principales objeciones pueden catalogarse en cuatro grupos: las semánticas⁵³³, las epistemológicas⁵³⁴, las ideológicas⁵³⁵, y las pragmáticas⁵³⁶. Estas categorías a su vez dan paso a algunas objeciones internas. Las objeciones semánticas están referidas a que el alcance de las reglas no tiene lineamientos claros. Esta objeción es una objeción que puede efectuársele a cualquier regulación normativa. Difícilmente va a encontrarse una regulación normativa que no esté afectada de este tipo de inconvenientes, sin embargo, en el caso bajo examen, dicha situación es sobresaliente en el entendido que no es claro el alcance de las regulaciones como justas causas, autorización del ministerio y las valoraciones que tiene que efectuar el juez en el caso concreto. Además de ello, no tienen en cuenta la necesidad de efectuar una relectura de las reglas de las justas causas de despido. El hecho que el trabajador, por ejemplo, se encuentre en estado de discapacidad moderada ha de tener como implicación que se fije un nuevo sentido y alcance a las justas causas de terminación de la relación laboral. Pues, las mismas limitaciones del trabajador impiden que se desarrollen las labores de la mejor forma, que se cumpla con las metas trazadas.

Las objeciones epistemológicas están referidas a que el juez no cuenta con los conocimientos suficientes para dotar de sentido y alcance las reglas, en cuanto a la calificación de la vulnerabilidad, las distintas clases de afectaciones o el conocimiento por el empleador de ciertas circunstancias. Las objeciones ideológicas, por su parte, aluden a las reglas reseñadas apuntan más a reglas de carácter sancionatorio que preventivas y que no buscan resultados eficientes. Pese a que éstas existen el principal elemento de reparación

⁵³³ BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 97.

⁵³⁴ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 34.

⁵³⁵ BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Fontamara, 2004, p. 52.

⁵³⁶ ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI Luigi. Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho, en el Derecho como argumentación. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 89.

de la conducta es la readmisión del trabajador o el mantenimiento del vínculo laboral. Las reglas pretenden obrar luego que se ha causado la “discapacidad” para evitar que el trabajador sea despedido, lo cual lleva a resultados ineficientes y paradójicos. Se busca mantener activa una relación ineficiente en vez de escudriñar la manera de solventarla. El hecho que se cambie el principal destinatario de la protección, de por sí conlleva a variar el contenido de las reglas de protección. El énfasis principal de las reglas de protección de la Corte ha estado enfocado a la no desvinculación del discapacitado de su contrato de trabajo actual o a que si se ha efectuado sin cumplir los requisitos para ello sea readmitido.

Las reglas de protección que se concedan no deben tener por finalidad prohibiciones ni el establecimiento a la fuerza de relaciones jurídicas perjudiciales sino que deben estar enfocadas, especialmente, a la protección de las mejores formas de regulación jurídica, en este entendido las reglas deben estar enfocadas a la prevención y superación de las situaciones indeseables más que a su mantenimiento. Las reglas de protección de la estabilidad reforzada en el empleo deben obrar de forma preventiva, desde la constitución del contrato, deben aminorar los riesgos y solucionar y potenciar la relación laboral.

Las objeciones pragmáticas apuntan especialmente en dos sentidos: se confía demasiado en los inspectores de trabajo y las reglas junto con sus excepciones tienden a anularse. El inspector de trabajo juega un papel demasiado importante que de cierta forma efectúa funciones jurisdiccionales, no es hora de entrar en este debate, sin embargo, la importancia y la poca preparación que este tiene para calificar las conductas y la falta de los poderes con lo que cuenta el inspector, hacen que su trabajo además de ser muy importante no cuente con las herramientas necesarias para desarrollarlo. Aunado a ello, se encuentra que es difícil de aplicar las reglas en la práctica, por cuanto la Corte en aras de moderar su doctrina ha emitido algunas reglas excepcionales en las cuales no se aplica la protección referida y estas situaciones excepcionales pueden ser aplicadas a una gran variedad de supuestos que harían perder eficacia práctica a la doctrina.

Por último, el enfoque que se le ha dado a las reglas de la estabilidad laboral reforzada ha estado direccionado a la protección en favor del trabajador, lo cual resulta plausible por las consideraciones y argumentos que se han dado para fundamentar dicha toma de posición. Empero, la estabilidad laboral reforzada no tiene una única finalidad ni la principal finalidad constitucional puede ser proteger al trabajador sino a la sociedad. El hecho de entender la protección de esta forma cambia radicalmente el alcance y la función de la doctrina de la Corte. Si fuera que la protección principal se otorgara en favor del trabajador a él mismo no podrían imponérsele especiales obligaciones, no podría exigirle ninguna conducta ni siquiera en su beneficio. Resulta injusto un régimen jurídico que proteja a una persona sin tener en cuenta la responsabilidad en sus acciones, lo cual, de ninguna manera quiere sugerir la desprotección del trabajador si no su protección desde una perspectiva social.

3.3. El respeto laboral y las estrategias jurídicas

La doctrina de la Corte Constitucional en relación con la estabilidad laboral reforzada, presenta situaciones conflictivas. En este apartado se desea exhibir la solución devenida del respeto laboral, como la interpretación constitucional más plausible, para el caso de los trabajadores discapacitados en cuanto a la permanencia en su empleo en los contratos a término fijo. En otras palabras, se pretende dar respuesta a las principales objeciones que se presentaron a la doctrina de la Corte Constitucional. Antes de entrar a plantear dicha solución, se hace necesario partir de tres aclaraciones previas.

La primera refiere a que la solución que se plantee, debe ser lo más simple posible. El Derecho, de conformidad con lo antes expuesto, está direccionado principalmente a los ciudadanos, debe poder exhibir directrices de comportamiento lo más claras posibles pero con la pretensión de ser lo más coherentes y correctas que puedan ser; deben ser igualmente beneficiosas para la sociedad. En un mundo de tantas leyes y reglamentaciones de diferente índole, que han proliferado de manera abrumadora y atosigante (donde puede notarse que ya comienzan los movimientos reduccionistas y de simplificación de la legislación), resulta

trascendental simplificar en la mayor medida posible las soluciones jurídicas. En un mundo de leyes desbocadas⁵³⁷ los hombres se vuelven esclavos; la simplicidad ayuda a la libertad y es muestra de trato respetuoso para con los ciudadanos.

La segunda aclaración refiere a que la protección a los trabajadores discapacitados debe otorgarse con extrema prudencia, de conformidad con las exigencias del respeto laboral y sus implicaciones cuantitativas y cualitativas. Una protección excesiva a estos trabajadores resulta contraproducente por diversos motivos⁵³⁸. Un trabajador que sienta que existe una excesiva consideración en su favor, puede sentirse discriminado al recibir un trato a todas luces desigualitario, puede llegar a sentirse incomodo; su dignidad se afrenta al ser subvalorado y al necesitar un trato demasiado considerado⁵³⁹. La ayuda debe ser lo más prudente posible dentro del campo de las capacidades del trabajador, en aras a garantizar la su autonomía.

La tercera aclaración refiere a que la propuesta que se plantee debe ser igualitarista, desde la perspectiva que trate con consideración y respeto a los involucrados en el caso. El trato considerado no solo se debe revisar desde la perspectiva del más desfavorecido. Pese a la importancia de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, y su función en favor de los más débiles hay que tener en cuenta que la concepción de debilidad es muy relativa y ha sido sobrevalorada, no siempre quien se encuentra en la peor situación económica es el más débil de la relación, pues resulta imperioso ver la afectación de los derechos fundamentales de los involucrados en el litigio y la forma como se afectan a terceras personas.

Ahora bien, cuestionada de forma general la solución planteada por la Corte Constitucional, con las objeciones recreadas en el acápite anterior, se hace necesario replantar un candidato

⁵³⁷ GARCIA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 1999, p. 108.

⁵³⁸ Cfr. Las tesis de Dworkin sobre el tema de las malformaciones en el embarazo pueden verse en este sentido. DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Paidós, Barcelona, 2003, p. 336.

⁵³⁹ *Ibíd.*

óptimo que guie la decisión de los litigios de conformidad con los marcos teóricos que se han esbozado hasta el momento. Para trazar la solución que se considera adecuada se analizarán tres temas generales, los sujetos, el contenido de las reglas y su función. Es decir, quienes son los beneficiarios-obligados, los contenidos y en favor de quienes se otorga la protección.

3.3.1. El trabajador perfectible y la protección reducida

Uno de los temas que en principio pudo entenderse de forma positiva de la doctrina de la Corte Constitucional fue la ampliación de la protección de personas discapacitadas a personas en estado de vulnerabilidad, se creyó que ampliar en alto grado ayudaba a que un mayor número de personas pudieran verse beneficiados por las especiales medidas de protección. Sin embargo, como ya se insinuó, tal solución debilita la medida de forma drástica. Entre mayor sea el número de personas beneficiadas menor será la posibilidad de la protección; cuando todo es fundamental nada termina siendo fundamental.

En este asunto, el respeto laboral exige dos situaciones particulares: que existan diferencia de trato de conformidad con el grado de afectación, que se trate de forma diferente a una persona con un alto grado de discapacidad que a las personas con algunas leves molestias, y que se delimite de la forma más precisa las personas titulares de esta protección (de conformidad con las objeciones ya relatadas). No se trata con igual consideración y respeto a las personas discapacitadas cuando su protección se iguala a las personas que ostenta quebrantos menores⁵⁴⁰. En este punto las preguntas centrales a responder son las siguientes: ¿Quiénes deben ser los beneficiados de la protección? ¿Qué criterios se utilizan para identificarlos?

Los protegidos con la estabilidad en el empleo deben ser la menor cantidad de trabajadores posibles. Si se tiene en cuenta esta restricción las consecuencias serían muy positivas. En

⁵⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003, p. 449.

primer lugar, será más eficiente en la protección al estar en pocas cabezas la titularidad de estos derechos. Al ser un derecho de titularidad más concreta podrá delimitarse y exigirse de mejor forma; lo cual hará más real y efectiva su protección. Al ser más limitado el número de titulares se potenciará y perfilará de mejor forma la protección que los trabajadores requieren. Se evita igualmente que personas con leves afectaciones deseen o puedan aprovecharse de esta circunstancia, en perjuicio de quienes en realidad lo necesitan. Esto forzará y hará compatible la protección de los trabajadores con su libertad y con las obligación que tienen de ayudarse a sí mismos, por hacer que su vida valga la pena⁵⁴¹. Con estas premisas también se resultará protegiendo a los empleadores y a las personas que deban asumir las prestaciones en favor de los trabajadores.

De lo que se ha dicho hasta el momento se ha sugerido que el número de titulares debe limitarse pero no se ha expresado nada concreto en cuanto a las personas beneficiarias. Los beneficiados no pueden ser las personas con una grave afectación o con una afectación leve. Las personas que por alguna circunstancia (accidente o enfermedad sin importar su origen) tengan una afectación grave y no puedan seguir desarrollando sus actividades laborales no son objeto de la estabilidad en el empleo. Pues, estas personas deben, de conformidad con la legislación existente, ser pensionadas⁵⁴². Las personas que se les vea mermada la capacidad laboral de forma muy leve tampoco deben ser objeto de esta protección, por cuanto, como se refirió en el anterior acápite, serían la gran mayoría de personas, inclusive con el solo paso del tiempo o por cualesquier problema de distinta índole que les afecte. Todos los trabajadores carecen de ciertas limitaciones intelectuales, sociales, culturales, que les impide desarrollar de forma adecuada sus labores. El modelo de trabajador no es el de la persona con capacidades idóneas, si no el del ser humano, demasiado humano, con las limitaciones diversas que todos ostentamos. Así las cosas, no se puede otorgar ni una híper protección ni una infra protección a los trabajadores.

⁵⁴¹ *Ibíd.* p. 333-348.

⁵⁴² Según el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la pensión de invalidez es para la persona que sea declarada inválida por enfermedad o por accidente, que haya cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

De esta forma se ha reducido el número de posibles involucrados, sin embargo el espectro que se ubica entre quienes han sufrido una grave afectación y quienes se han afectado de manera leve es amplio. La idea es que la protección adecuada debe estar reducida a ciertos trabajadores y que se debe establecer algún criterio más o menos claro que permita delimitarlos. La idea general de la protección laboral reforzada es que el trabajador no quede cesante en su actividad si no que pueda continuar trabajando. Esta idea otorga luces claras sobre la forma de establecer el criterio. El criterio de la Corte además de general sigue la idea trazada desde una perspectiva que puede catalogarse como interna y subjetiva. Es interna en el sentido que el acento recae sobre las circunstancias del trabajador, es decir, que se trata de revisar una situación particular, y es subjetiva por que los elementos para catalogar dicha situación son muy complejos y presentan un amplio margen de discrecional⁵⁴³. En su lugar, se propone un criterio externo que tiene por finalidad buscar mayor objetividad.

El criterio que se plantea como sustituto del “trabajador vulnerable” es el del “empleador hipotético” (pues se busca proteger al trabajador no de sí mismo sino de circunstancias externas). Entre este espectro se han de escoger las personas que no pueden desempeñar sus labores de forma tal, que serían contratadas para desarrollar el (su) empleo por un empleador hipotético. Si es posible que el trabajador continúe desarrollando sus labores, como el trabajador imperfecto que es, en esa empresa o en cualquier otra, no es objeto de protección. Luego, las personas objeto de protección son aquellas que no serían contratadas por un empleador hipotético, o si lo fueren serían en condiciones laborales menos ventajosas que las que ya tienen.

⁵⁴³ En la sentencia T 483 de 2014, la Corte Constitucional ratificó su posición respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez a los discapacitados. A tenor literal instituyó: “en aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad congénita, que tal padecimiento no le haya impedido ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en forma permanente y definitiva, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. Pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.”

Para proteger una situación de debilidad de un trabajador el parámetro para medir la protección que debe otorgársele no puede ser la situación del trabajador en cuanto tal sino su concepción externa por parte de un posible empleador. Si la situación se revisa desde la óptica del trabajador, de las afectaciones a sus cualidades intelectuales, físicas y sociales, es muy posible que la percepción que se tiene y la afectación que pueda pensarse sean ampliadas. Esta concepción del trabajador vulnerable enfoca el criterio de revisión desde una perspectiva individualista. No quiere decirse que como se siente un trabajador no sea importante o que su visión sea errada sobre las situaciones que lo afectan, sino que no es una perspectiva imparcial. Tampoco se trata que se le reste importancia a los dictámenes parciales que los expertos galenos realizan sobre la disminución de la capacidad laboral de los trabajadores, no es que se piense que los resultados por ellos exhibidos carezcan de sentido. Desea, especialmente, resaltarse la visión del empleador hipotético en estos eventos⁵⁴⁴.

Así las cosas, se debe proteger un número reducido de trabajadores, aquellos que no serían contratados por un trabajador hipotético. El cambio dado de revisión de aspectos externos y objetivos sobre aspectos internos y subjetivos, presenta igualmente ciertos problemas difíciles de dilucidar, empero, ello no implica que no se haya dado un adelanto en la revisión de estos temas. Pues es importante tener en cuenta que existen situaciones que deben ser resueltas más en favor de la certeza de su cumplimiento que en las expectativas irrealizables.

3.3.2. Un destinatario encubierto

Ahora bien, en cuanto al destinatario, se debe cambiar la visión de la Corte Constitucional, no debe ser exclusivamente el empleador el principal responsable de la protección del empleo bajo la figura de la estabilidad laboral reforzada en virtud del principio del respeto

⁵⁴⁴ Es decir, se ha de cambiar el criterio de vulnerabilidad del trabajador por el del empleador hipotético.

laboral. Debe verse una protección integral que repercuta en la corresponsabilidad social y la finalidad de la figura.

Existen, con base en una visión comprensiva y móvil de las relaciones jurídicas y los derechos, tres destinatarios de la protección en el empleo: el trabajador, el empleador y el Estado. El primer responsable, aunque parecería paradójico y antitécnico, en la búsqueda de soluciones para la protección al empleo, es el propio trabajador. Y no solo se trata de un deber moral sino jurídico, en la medida en que su no desarrollo implica consecuencias jurídicas. No debe tenerse tal situación como algo alarmante, el Derecho está lleno de estas situaciones, las cuales han pasado arropadas bajo figuras como el principio de buena fe⁵⁴⁵, la mala fe⁵⁴⁶, la solidaridad⁵⁴⁷ y la autoayuda. Desde un enfoque constitucional, jurisprudencial y legal, puede fundamentarse esta perspectiva en el principio de buena fe, las responsabilidades derivadas del ejercicio de los derechos, el deber de respetar los derechos ajenos, y la ejecución de buena fe del contrato.

Constitucionalmente la obligación de actuar de buena fe se establece como un presupuesto de todas las actuaciones. La CP establece en su artículo 83 que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Es una obligación que presupone el tráfico de las relaciones jurídicas, y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes.

⁵⁴⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C 527 de 2013, preceptuó: “La Corte ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí.”

⁵⁴⁶ La Corte Constitucional en la sentencia C 1194 de 2008, dispuso: “la Corte ha admitido que no se trata de un principio absoluto, también ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe y le atribuya los efectos que considere en cada caso. En el presente caso, no se trata de una presunción general de mala fe para el comprador, sino de una medida de carácter excepcional, que invierte la carga de la prueba, y que se configura cuando se presentan unas especiales circunstancias como son, no pagar el precio pactado en el contrato de compraventa, y no probar que ello ocurrió por causa de un menoscabo sufrido en su fortuna exento de culpa, evento en el cual se aplican los efectos previstos en la disposición.”

⁵⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T 125 de 1994.

La Corte Constitucional, sobre el contenido de la buena fe, en la sentencia C 1194 de 2008, preceptuó:

“La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta (vir bonus). Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”

Además del amplio contenido que ostenta esta institución jurídica, la forma estructural y operativa de la buena fe ha venido consolidando un papel más fuerte e importante en la regulación de las relaciones jurídicas. Lo cual ha llegado a que se le otorgue funciones integradoras y de irradiación en las relaciones entre los particulares. Sobre esta concepción la Corte Constitucional en la sentencia T 1194 de 2008 ha establecido que:

“la buena fe ha pasado de ser un principio general de Derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.”

Por su parte, en el artículo 95 de la CP, se establecen directamente responsabilidades y deberes constitucionales como presupuestos y límites para el ejercicio de los derechos. Se instituyen como presupuestos por cuanto resultan ser condiciones para el ejercicio adecuado de los derechos y límites en cuanto son puntos infranqueables para la realización de los mismos. “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución

implica responsabilidades.” El mismo precepto más adelante señala como deber de las personas “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. La Corte Constitucional en la sentencia C 033 de 1993, preceptuó:

“La libertad de información se constituye en un derecho fundamental cuyo ejercicio goza de protección jurídica y a la vez implica obligaciones y responsabilidades. Es pues un derecho-deber, esto es, un derecho no absoluto sino que tiene una carga que condiciona su realización.”

En la sentencia T 125 de 1994, la Corte preceptuó:

“Los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal.”

“Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable.”

El artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que “el contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.” El postulado constitucional de la buena fe, los deberes y responsabilidades constitucionales, se encuentran materializados en esta disposición legislativa, la cual debe ser interpretada, de conformidad con las pautas de la Carta. Por lo cual, su contenido, alcance, límites y análisis estructural se encuentra condicionada a la doctrina constitucional.

En la sentencia C 299 de 1998, la Corte instó:

“El contrato de trabajo presupone, a más del cumplimiento recíproco de las obligaciones correspondientes al respeto mutuo entre el empleador y el trabajador y entre éste y los demás compañeros de trabajo, al igual que con los representantes del empleador con el fin de lograr que el desarrollo y ejecución de la relación contractual se realicen en forma pacífica y armónica, y primen en ella la confianza, la lealtad y la solidaridad. Tanto los trabajadores como los patronos deben observar siempre, en sus relaciones laborales, comportamientos en los que prime el respeto mutuo. Igualmente, los trabajadores están obligados a respetar a sus superiores y sus compañeros, de manera que se desarrollen y ejecuten las labores contratadas en armonía y paz, de lo contrario, no sólo se verían afectados los intereses de la empresa sino todo el personal que allí labora.”

En la sentencia T 125 de 1994, la Corte expuso, un planteamiento que puede condensar los argumentos previos:

“Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe. En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios. El abuso de las posiciones dominantes rompe el equilibrio contractual.”

Así las cosas, los argumentos emitidos por la Corte en torno al destinatario de la estabilidad laboral reforzada parecen, de cierta forma, pasar por alto las responsabilidades y deberes constitucional y legalmente establecidos. Tales argumentos se sustentan en una visión unidireccional de las relaciones jurídicas, sin revisar de forma integrada la manera como se condicionan los derechos y deberes.

Además de ello, la visión planteada en el tema de la estabilidad por la Corte puede ostentar consecuencias adversas para la protección de los derechos. No hay un incentivo que persuada al trabajador para que cumpla de manera diligente sus funciones y mantenga sus capacidades de la mejor forma posible. Las reglas dadas por la Corte son un incentivo hacia la falta de responsabilidad en el cuidado de sus capacidades, desde la perspectiva que su disminución puede traerle beneficios jurídicos importantes, máxime en un sistema de trabajo tan cerrado como el latino⁵⁴⁸. La toma de decisiones del trabajador cuando puede verse más beneficiado con una disminución laboral no es racional (han existido múltiples casos en los cuales la protección de la estabilidad laboral reforzada conlleva al abuso de la figura y al desarrollo de actuaciones cuestionables en torno a la búsqueda de su protección, como cuando en una empresa en liquidación aumentan exponencialmente el número de mujeres embarazadas).

El trabajador ostenta una responsabilidad meridiana en la suerte de sus situaciones laborales; que sea responsable no quiere decir que siempre sea quien tiene que asumir las cargas. La máxima utilizada por la Corte en la protección de los trabajadores, que puede llamarse la máxima de la no-responsabilidad, se traduce en que los trabajadores no tienen ninguna responsabilidad en las situaciones desfavorables que les acaezcan por lo que es el empleador quien debe de asumir y hacerse cargo de las afectaciones que sufran.

La solución correcta, de conformidad con el respeto laboral, y en especial con los deberes y responsabilidades constitucionales y legales, establecidos en los artículos 83 y 95 de la CP, y 55 del CST, es la variación de la máxima de la no responsabilidad por la máxima de la responsabilidad, en la que la conducta de los trabajadores se debe ponderar adecuadamente. De esta máxima se derivan dos obligaciones generales: una preventiva y otra restaurativa. La obligación preventiva es una obligación general que tienen todas las personas por su condición de humanos y en el desarrollo de sus derechos fundamentales o legales, derivados de la dignidad humana, y del respeto, la cual en el campo bajo estudio se traduce

⁵⁴⁸ Cfr. OJEDA, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La ley, 2010, p. 225.

en la obligación que tiene el trabajador de obrar con responsabilidad y diligencia en el desarrollo de sus actividades laborales y personales.

La concepción preventiva del Derecho, expuesta en el capítulo anterior (la cual se deriva del respeto laboral), conlleva a que el trabajador deba minimizar en lo posible la ocurrencia de accidentes y situaciones que le puedan llevar a mermar su capacidad laboral. El artículo 58 del CST, en su numeral 8 estipula como obligación del trabajador: “Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales”. Este precepto especifica y fundamenta la obligación referida. El artículo 22 del decreto 1295 de 1994, establece como deberes de los trabajadores: “procurar el cuidado integral de su salud”; “cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de salud ocupacional de la empresa”, “participar en la prevención de los riesgos profesionales”.

No se hace necesaria el establecimiento de reglas ulteriores si se tratan de corregir las conductas que pueden llevar a situaciones desfavorables. Resulta ineficiente la solución dada por la Corte cuando su resultado es llegar a situaciones desventajosas para los involucrados, tanto como para el trabajador como para el empleador. Luego, una forma simple de prevenir las aporías de las reglas dadas por la Corte resulta ser la de buscar la reducción de los costos de las discapacidades ocasionadas.

La segunda obligación, de carácter restaurativo, consiste en buscar formas de contribuir en la superación de las situaciones que le han acaecido en búsqueda de una autorrealización y un ejercicio adecuado de su plan de vida, acorde con las exigencias de la libertad establecida en el artículo 16, y la igualdad artículo 13 de la CP. Así pues, como se dijo, la inestabilidad del Derecho, su visión atómica, permite que las obligaciones jurídicas sobre un mismo objeto se entrecrucen y se definan por criterios de prioridad. En este caso se trata de una obligación que tendría el trabajador para consigo mismo y la sociedad.

Esta obligación, de manera legal, puede fundarse en la Resolución 1016 de 1989, el Decreto 2177 de 1989, y los 4 y 8 de la Ley 776 de 2002, regulaciones que enmarcan los procesos de rehabilitación integral de los trabajadores. El trabajador cumple su deber prestando todo su esfuerzo, colaboración y autoayuda para tratar de incorporarse y recuperarse de las afrentas que ha sufrido o buscando la adaptación de sus capacidades para desarrollar sus labores de manera adecuada. Sería inocuo el proceso de rehabilitación si no se contara con la responsabilidad del trabajador. Éste la obligación de respeto hacia sí mismo y hacia la sociedad, de suministrar todas sus capacidades en su recuperación en aras a su reinserción adecuada⁵⁴⁹. Si el trabajador no cumple con sus obligaciones, y caso contrario, quiere hacer más gravosa su situación a efectos de forzar una mayor protección del ordenamiento jurídico y aprovecharse de las reglamentaciones legales y judiciales existentes no merece las prestaciones del ordenamiento jurídico. En muchos casos, se ha presentado el dolo y la mala fe de los trabajadores respecto del régimen legal existente, en la medida que no han querido atender sus obligaciones y se han deseado agravar de forma voluntaria a efectos de eximirse de la obligación de trabajar.

Posterior a que el trabajador cumpla la obligación jurídica de prevención y autoayuda y no se haya podido recuperar de sus afectaciones el deber jurídico de protección pasa a cargo del empleador, según lo reiterado en la sentencia T 225 de 2012. El empleador es quien debe asumir, en segundo lugar, como destinatario, la carga de la estabilidad laboral reforzada, según los lineamientos del empleador hipotético, para con aquellas personas que no puedan desarrollar sus actividades de manera adecuada. Para la Corte esto se basa en el beneficio que le representa al empleador el trabajo y el deber de solidaridad⁵⁵⁰. Mas haya de entrar a cuestionar tales ideas, lo que se resalta en este apartado, es que antes del entendimiento del empleador como él único destinatario de los derechos de la figura, se encuentra la necesaria revisión de la actitud y conducta del trabajador.

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003, p. 333-348.

⁵⁵⁰ La Corte Constitucional en la sentencia T 225 de 2012, estableció: “El propósito de lograr la reubicación del trabajador afectado de su salud por el desempeño de sus funciones no es más que lograr una justicia retributiva, partiendo del hecho que sobre éste recayó el riesgo por el desempeño de la labor, siendo en últimas el patrono beneficiario de la actividad económica lucrativa.”

En caso que el empleador no pueda cumplir adecuadamente las obligaciones impuestas por la estabilidad laboral reforzada, bien sea por que no es posible, no tiene capacidad para ello, o resulta excesivamente gravosa, dicha responsabilidad pasa a cargo del Estado⁵⁵¹. Además de la fórmula del Estado Social, la obligación de garantía de los derechos, estipulada en el artículo 2 de la CP, el deber de solidaridad el artículo 95, los principios de la seguridad social establecidos en la Ley 100 de 1993, se encuentran los compromisos internacionales para con las personas discapacitadas. En el convenio de la OIT 159 de 1983, se establece que:

“Todo Miembro, mediante la legislación nacional y por otros métodos conformes con las condiciones y práctica nacionales, deberá adoptar las medidas necesarias para aplicar los artículos 2, 3, 4 y 5 del presente Convenio”

El artículo 2 refiere a la obligación que ostentan los Estados de formular, aplicar y revisar “periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”. El 3 respecta a la obligación relativa a “asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas”. Y el 4 preceptúa “el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos”.

Así como el trabajador en principio tiene la obligación para con la sociedad de prestar todas sus capacidades para lograr su readaptación al mercado laboral, una vez cumplida esta obligación, y al no existir posibilidades del empleador para asumirla, pasa a cargo del

⁵⁵¹ En la sentencia T980 de 2003, la Corte preceptuó: “la asignación al Estado de la función de “garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, implica, desde el plano normativo, que el Estado está en la obligación de respetar, proteger y desarrollar o promover los derechos constitucionales. En este sentido, el Estado asume la posición de garante de los derechos constitucionales de los residentes en el territorio colombiano. El cumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante que ostenta el Estado colombiano, está sujeto, a su vez, a las condiciones normativas fijadas por la misma Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad, en punto a cada uno de los derechos constitucionales.”

Estado, quien es el principal garante de los derechos fundamentales del trabajador, en este entendido es quien debe garantizar la protección en el empleo. El Estado debe desarrollar este principio a través de diferentes estrategias: una función de capacitación y de prestar los insumos necesarios a efectos de lograr que el trabajador se logre incorporar de manera productiva al mercado laboral, y con una obligación de respaldo en la acomodación de los trabajadores. De esta forma el Estado debe capacitar en primer lugar, en oficios y actividades que sean estratégicamente diseñadas y que consulten las capacidades de los trabajadores y el entorno laboral, para que, en segundo lugar, asuman responsabilidad en la reinserción laboral que se hace necesaria para el desarrollo social adecuado, de conformidad con los principios de la Ley 361 de 1997.

Estos argumentos se enmarcan dentro de la obligación de garantía de derechos que ha asumido el Estado; función normativa y exigible, que se equipara a la posición de garante. En la Sentencia T 980 de 2003, la Corte Expresó:

“La asignación al Estado de la función de “garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, implica, desde el plano normativo, que el Estado está en la obligación de respetar, proteger y desarrollar o promover los derechos constitucionales. En este sentido, el Estado asume la posición de garante de los derechos constitucionales de los residentes en el territorio colombiano. El cumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante que ostenta el Estado colombiano, está sujeto, a su vez, a las condiciones normativas fijadas por la misma Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad, en punto a cada uno de los derechos constitucionales”.

La garantía de los derechos como deber del Estado ha sido interpretada y reconstruida por la Corte como parte de la concepción del Estado Social, al interior de la cual ha entendido que se delimitan y reconstruyen los conceptos y relaciones jurídicas básicas. En la capital Sentencia T 406 de 1992, la Corte planteo la máxima validez constitucional de la justicia

aún en contra de la importancia de la ley y de la seguridad jurídica. Como el máximo cambio producido por la Constitución de 1991, estableció la:

“pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del Derecho Constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política.”

3.3.3. Una visión comprensiva de las reglas de estabilidad laboral reforzada

En los párrafos anteriores se argumentaron dos ideas generales, en primer lugar, en cuanto a los titulares, se deseó mostrar la importancia por reducir el número de los mismos, estableciendo un criterio para ello, se argumentó por el paso del criterio de la vulnerabilidad del trabajador, por el del empleador hipotético; en segundo lugar, en cuanto a los destinatarios, se deseó precisar que los trabajadores son objeto de ciertas obligaciones en el marco del derecho a la estabilidad laboral reforzada, lo cual, se aclara, para nada riñe con la responsabilidad de los emperadores y del Estado.

Resulta imperioso partir de la siguiente precisión: los derechos, y para el caso el de la estabilidad laboral reforzada, más que una simple y lineal relación jurídica, es un conjunto de relaciones jurídicas, con titulares, objetos y destinatarios movibles, de conformidad con las capacidades y actuaciones desarrolladas. Una visión simplista, del Derecho que implique una sola relación reduce al extremo la realidad y no demuestra las reales exigencias del ordenamiento jurídico en los casos determinados⁵⁵².

⁵⁵² Ahora bien, tampoco puede argumentarse que lo que se estableció en el párrafo anterior, es una complejización retórica de la realidad jurídica. Pues, difícilmente los casos que llegan a los tribunales pueden resolverse con base en una sola regla, sin haber antes presupuesto o pasado en silencio, reglas jurídicas directas relacionadas con el caso.

Así las cosas, en complemento y precisión de lo expuesto en los párrafos anteriores, el contenido de las reglas de protección, derivadas del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, debe revisarse en tres momentos diferentes. En un primer momento, el destinatario de las reglas es el trabajador⁵⁵³. De allí se deriva en primer lugar una regla de responsabilidad y diligencia a cargo del trabajador. La primera, puede llamarse, la regla de responsabilidad, regla que refiere a la obligación del trabajador respecto de la sociedad y del empleador, de prevenir y prestar toda su ayuda para lograr su reincorporación o rehabilitación en el desarrollo de sus actividades laborales. Dentro de esta regla se incorporan obligaciones adscritas de tipo médico, intelectual, social y educativo; la idea general tras de ellas es que el principal responsable de la suerte laboral en sociedad es el propio trabajador, quien una vez sufrido una situación desfavorable debe situar todas sus capacidades para buscar lograr su reincorporación. Si no existiese una regla de este talante el trabajador, como se dijo, no tendría ninguna obligación para buscar su mantenimiento y recuperación y correspondería a otros agentes dentro de la sociedad la búsqueda de una solución en la cual ostenta un grado amplio de responsabilidad el trabajador. Además que presentaría incentivos en una dirección de consecuencias indeseables. Como se sugirió líneas atrás en la concepción del Derecho como inestabilidad se requiere un giro, matizado –no radical-, del Derecho basado en derechos a una concepción del Derecho basado en deberes y responsabilidades, con lo cual se busca una mejor protección de los derechos y evitar efectos indeseables.

Actualmente gran parte de los problemas del ordenamiento jurídico se deben a lo que podría llamarse derechos huérfanos⁵⁵⁴. Como ha sucedido en gran parte de las ocasiones en las cuales se ha otorgado derechos sin que de ello deriven obligaciones a cargo de trabajador, se ha conllevado al abuso de los mismos. El entendimiento del actual ordenamiento jurídico debe basarse, para evitar su colapso, en una simplificación del Derecho mediante la concepción de deberes básicos que permitan direccionar la gran

⁵⁵³ Como se ha insistido a lo largo de este trabajo, el Derecho debe estar enfocado a la prevención de las conductas que desean evitarse más que a las consecuencias que de ella derivan.

⁵⁵⁴ ALDUNATE, Eduardo. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En *La Constitucionalización del Derecho Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 148.

cantidad y proliferación de la legislación y pautas jurídicas existentes. No es optativo para el trabajador decidir si se esfuerza para lograr su reincorporación en el mercado laboral es una obligación de la cual deriva que si no existe su esfuerzo en esa tarea no puede lograr beneficios del ordenamiento jurídico. De esta forma se incorpora al trabajador de forma activa en la situación de sus inconvenientes y se le hace el principal responsable de las consecuencias que de él deriven.

Se quiere referir a algo que puede llamarse el Derecho de los compromisos⁵⁵⁵. Los compromisos a diferencia de los deberes aluden especialmente al cumplimiento de acuerdos consensuados dentro de la sociedad derivados de los principios constitucionales y de la dignidad humana, para el caso, del respeto laboral. A diferencia de las obligaciones, que pueden ser unilaterales derivadas de derechos de otras personas. Los compromisos aluden a relaciones jurídicas que se efectúan no teniendo en cuenta el acento en los deberes o en los derechos sino en situaciones jurídicas neutrales que benefician a la sociedad y a los titulares de los mismos.

El segundo momento refiere a la obligación que tiene el empleador de continuar adelante con la permanencia del trabajador en la empresa⁵⁵⁶, una vez se haya dado la titularidad de este derecho en cabeza del trabajador, de conformidad con la regla del empleador hipotético. Esta regla se da en dos eventos, en la continuidad de la relación o en la búsqueda de la incorporación de los trabajadores discapacitados a sus puestos de trabajo, desde la perspectiva de la garantía de no discriminación de los trabajadores por razón de su discapacidad. Esta regla se materializa, entre otras cosas, en las subreglas, anteriores y posteriores, dadas por la Corte Constitucional bajo el atisbo de la estabilidad laboral reforzada. El principal cambio de estas reglas doctrinarias, recae en dos situaciones, su ubicación secundaria y su enfoque especialmente preventivo.

⁵⁵⁵ Con este termino de compromisos constitucionales, se quiere referir una forma de ver el derecho no desde el acento en los derechos ni en los debates, si no en acuerdos implícitos o explícitos de los miembros de la colectividad social.

⁵⁵⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T 457 de 2013.

El tercer momento, por su parte, entra a operar cuando se hayan agotado de forma plena los anteriores, y en este caso el destinatario pasa a ser el Estado⁵⁵⁷. A esta regla se le denomina la regla de garantía⁵⁵⁸. Posterior a que el trabajador ha intentado dentro de un tiempo razonable incorporarse a sus labores, y el empleador no puede soportar el cumplimiento de las reglas de solidaridad, existe la obligación a cargo del Estado de facilitar y apoyar la rehabilitación del trabajador mediante programas de asistencia social y de educación estratégica para lograr la incorporación del trabajador en el mercado laboral. Mientras los trabajadores discapacitados estén cesantes el Estado tendrá la obligación de garantizarles y prestarles la asistencia adecuada, económica, educativa y social, para su incorporación laboral.

3.4. Despido y reparación integral y preventiva

En los siguientes tres apartados se intenta, de forma general, realizar un ejercicio similar al efectuado en los tres anteriores, desde la perspectiva de conjurar en situaciones prácticas los planteamientos teóricos desarrollados en el capítulo primero y segundo. La principal señal distintiva de este apartado (respecto del anterior) es que se revisa un caso de Derecho español; se pretende mostrar como el respeto laboral entra a criticar y replantear algunas de las figuras jurídicas tradicionales del Derecho Laboral ibérico. El respeto laboral es un núcleo jurídico que puede implicarse en una amplitud considerable de eventos en los que plantea alternativas críticas, igualitarias y novedosas, sin importar lo tradicional y tópica que pueda entenderse la figura en la cual se imbrica.

Luego, el respeto laboral, como elemento evaluativo, sirve para valorar figuras tan clásicas y tradicionales como el despido y ofrecer alternativas plausibles acordes con la protección a los derechos fundamentales. Así pues, ostenta la capacidad de dar respuesta a interrogantes tales como: ¿Cuáles son los límites que presenta la facultad de despido y cómo se protege al

⁵⁵⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T 850 de 2011.

⁵⁵⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T 406 de 1992.

trabajador? ¿Cuáles son los principales problemas que presenta el despido nulo en el Derecho ibérico?

El objeto de revisión dentro del presente título es la figura del despido nulo dentro del ordenamiento jurídico español, la cual será analizada y criticada a efectos de proponer una relectura razonable y complementaria que haga frente a los problemas que presenta, de conformidad con las exigencias del respeto laboral y los derechos fundamentales. Para cumplir con lo anterior el tema se divide en tres partes. En la primera se revisan los principales vectores y problemas del contexto del despido laboral. En la segunda, se analiza la figura del despido nulo y se plantean objeciones sobre su utilización. En la tercera, se presenta una propuesta acerca de cómo el respeto laboral puede llegar a ayudar a solucionar los problemas presentados, a la par que presenta una concepción alterna acerca de cómo funcionan y que exigen los derechos fundamentales dentro de la relación laboral en el ámbito de la protección por su trasgresión.

En la siguiente sección se desean revisar tres temas generales acerca del despido. El primero es el de la importancia de los derechos fundamentales y la sobrevaloración de los bienes económicos; el segundo, es el de los límites a la facultad de despido; y el tercero, es el de su funcionalidad y su relación ambigua con la estabilidad laboral.

3.4.1. Bienes no económicos en el contrato de trabajo

La Constitución Española de 1978, su normatividad, función materializadora, importancia superlativa de los derechos fundamentales, y sobre-interpretación constitucional, ha gestado cambios importantes en la forma como se piensa, diseña y solucionan los problemas de Derecho Laboral. Estas características que se impregnan y acomodan, de conformidad con el proceso particular de constitucionalización del Derecho Laboral, se han implicado en cambios legales y en prácticas jurisprudenciales que retan la clásica dogmática laboral.

Derechos fundamentales específicos e inespecíficos, como la dignidad humana del artículo 10, la libertad de expresión del artículo 20, la igualdad del artículo 14, la libertad ideológica, religiosa y de culto del artículo 16, la intimidad personal y familiar del artículo 18, la libertad sindical del artículo 28, el derecho al trabajo del artículo 35, y la tutela judicial efectiva del artículo 24, han venido a exigir la lectura constitucional más plausible de las figuras jurídicas laborales. Además que se trata de derechos que, según la STC 88/1985, pueden ser alegados por los trabajadores en las relaciones laborales.

En la capital STC del 23 noviembre de 1981, el Tribunal Constitucional, basándose en los artículos 14, 24 y 28 de la CE, dio vida al despido nulo radical, por la afectación a derechos fundamentales. La nulidad radical del despido, prohibía, el trato indiferenciado injustificado⁵⁵⁹. Si bien, esta figura ha mutado por las modificaciones introducidas legalmente al ET, muestra la necesidad de la reconstrucción legal en la protección de los derechos fundamentales.

La implicación de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, ha seguido avanzando de forma inexorable, no solo mediante su protección con figuras como la del despido nulo, si no también, a través del planteamiento de indemnizaciones que tienen por objeto resarcir los perjuicios sufridos por el trabajador y disuadir la conducta de los empleadores. Esta situación se potencia si se tiene en cuenta el aspecto probatorio que, pese a los diferentes cambios jurisprudenciales que ha presentado, continua exhibiendo una ventaja en favor del trabajador.

Si bien es cierto que en ocasiones el daño moral resulta de difícil cuantificación, como sería el evento de la afectación psicológica por el daño al honor, es importante resaltar que el resarcimiento de estos perjuicios simboliza una preocupación judicial y legal por los padecimientos o sufrimientos individuales de los trabajadores. En la STC 247/2006 el Tribunal Constitucional representa, en los siguientes términos, estas ideas:

⁵⁵⁹ PALOMEQUE, MANUEL. Despidos discriminatorios y libertad sindical. Madrid: Civitas, 1983, p. 52

“En efecto, la exigencia jurisprudencial a la que se refiere la Sentencia impugnada de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria, debe entenderse cumplida en el presente caso. El demandante expuso detalladamente en su demanda rectora de autos la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo por su activismo sindical en defensa de los derechos e intereses del colectivo de profesores de religión y moral católica al que pertenece, conducta que le ha ocasionado tanto perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción de jornada laboral con la consiguiente reducción salarial), como daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical, de más difícil cuantificación pero cuya realidad no puede negarse pues, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole.”

Los anteriores argumentos aluden la constante preocupación por la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Además de la importancia de los derechos fundamentales en tales situaciones, el proceso de reconstrucción de las instituciones jurídicas y su interpretación jurisdiccional, hay que tener en cuenta que se trata de un proceso que, como se mencionó, transita por diferentes etapas, en las cuales “la acomodación” y “la respuesta” son elementos constitutivos del alcance y la estructura de la figura. El cambio general que se ha venido alegando en otras áreas del Derecho, como por ejemplo en el Derecho privado, donde se habla del paso de un patrimonialismo, a un

personalismo⁵⁶⁰, puede exhibirse también en el Derecho Laboral. Se trata del cambio en el cual el centro del subsistema jurídico deja de ser el patrimonio y se traslada a la persona como eje fundacional de las relaciones jurídicas complejas. Por lo cual, los argumentos constitucionales, y relativos a los derechos fundamentales, independientemente del subsistema al que pertenecen, se constituyen en buenas razones para la toma de decisiones subsecuentes.

La dignidad humana se convierte tanto en un fundamento de los demás derechos fundamentales, como lo expresa el artículo 10 de la CE, como un límite a los mismos y una herramienta hermenéutica de interpretación del ordenamiento. El Tribunal Constitucional en la STC 186/2000, expresó:

“el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce”

Para el TC en la STC 53/85 “la dignidad es considerada como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. De forma ya más concreta, considera que guarda estrecha conexión con la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás.”

Y en la STC 98/2000, dijo:

“el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de

⁵⁶⁰ Cfr. LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 454-458. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Calificación, Integración e Interpretación del Contrato. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni Editores, 2006, p. 156.

sus obligaciones laborales (art. 20.3 LET). Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral (arts. 4.2.e y 20.3 LET).”

El respeto laboral, como sucedáneo del personalismo, al mostrar como valioso la importancia de la protección de los derechos fundamentales, presenta una mirada más compleja y profunda de las relaciones laborales, donde los aspectos económicos no son el principal centro de los beneficios laborales para el trabajador. Este es el punto de entronque para el cambio de obligaciones y derechos en la relación laboral.

El hecho de que el empleador deba respeto a los derechos fundamentales del trabajador sitúa en relieve que además de las contraprestaciones económicas que le debe al trabajador, que existen bienes jurídicos de naturaleza no pecuniaria que resulta importante respetar dentro de la relación. Derechos como la no discriminación y el respeto a la intimidad y dignidad. El artículo 4.2. del ET, establece como derechos en la relación de trabajo, entre otros los siguientes: “c) a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad...”, “e) al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”.

Estas obligaciones no patrimonialistas demuestran la valoración del respeto laboral en donde es trascendental la ponderación de normas iusfundamentales, lo cual, a su vez exhibe una tensión con el modelo constitucional y de Derecho que se instituya como paradigmático. Cuando se valora demasiado en una relación las contraprestaciones económicas se conlleva a centrar el patrimonio dentro del eje principal de las relaciones jurídicas, algo típico de las concepciones liberales y burguesas del Estado. Los modernos constitucionalismos democráticos, resaltan la importancia de la persona como elemento central de medida de las relaciones jurídicas, la persona con su complejidad y libertad y las diferentes dimensiones que necesitan ser satisfechas.

Así pues, de la relación laboral se desprenden distintas clases de bienes⁵⁶¹ que no son estrictamente económicos, como la satisfacción personal, la dignidad, el plan de vida, el honor, el status personal y profesional, la tranquilidad personal, entre otros. Cuando se considera o parte de la premisa que los ingresos monetarios son los únicos elementos importantes de retribución al trabajador se cae en un absurdo, una relación laboral adecuada no puede partir de estos supuestos, pues, el elemento trascendental para la retribución adecuada es el respeto laboral y los beneficios recíprocos que ello implica.

Se debe partir de una concepción compleja y multidimensional del trabajador. Creer que la persona en un trabajo solo espera recibir estipendios para su supervivencia es una visión tan antigua como equivocada. El trabajador racional entiende que no solo el dinero es lo que le permite cumplir su plan de vida y la valoración de esta situación le ayuda a tomar mejores decisiones laborales, el consumismo y la economía de mercado han incluido al hombre en una realidad que sesga los aspectos más importantes del desarrollo de su vida buena⁵⁶². Las racionalidades económicas han encerrado al hombre en una realidad distorsionada que lo aleja de su naturaleza humana y que lo incluye en un ámbito de avaricia, de amor por el dinero y los bienes, donde se trata de definir a la persona en función a sus ingresos y posesiones, olvidándose de la verdadera importancia de su dignidad⁵⁶³.

3.4.2. Límites y funcionalidad del despido

Ahora bien, con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la complejidad del trabajador, sus múltiples dimensiones, y las exigencias del respeto laboral, es importante reflexionar acerca de las clases de límites que ostenta la facultad de despido del empleador y sobre su relación con los derechos fundamentales. Según la STC 196/2004:

⁵⁶¹ Sobre la importancia de un análisis complejo y contextual de las personas, en sus diferentes facetas, y no en calve netamente económica, puede revisarse: NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997, 34.

⁵⁶² BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. Barcelona: Paidós, 2006, p. 25.

⁵⁶³ Cfr. NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997, p. 15.

“La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE.”

El artículo 33 de la CE, “reconoce el derecho a la propiedad privada” y el 38 “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Estos dos artículos, de clara inspiración liberal aunque con límites fuertes en clave constitucionalista, fundamentan las facultades de dirección y mando de los empleadores.

El artículo 20 del ET, consagra algunas de las piezas fundamentales de las potestades empresariales de dirección y control. En uno de sus apartes señala: “El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario”. Este precepto, más adelante rotula:

“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.”

Dentro de estas facultades de dirección de la empresa se encuentra la del despido. El despido es una pieza central de la regulación laboral. “Es indudable que el despido es una de las instituciones jurídico laborales esenciales dentro del Derecho del Trabajo; más aún, la regulación sobre despido es uno de los ejes fundamentales sobre los que gira el ordenamiento jurídico laboral”⁵⁶⁴. La importancia del despido se implica, entre otras cosas, en las consecuencias que la regulación del despido presenta en gran parte de los subsistemas jurídicos del Derecho Laboral, como el caso de la estabilidad,

⁵⁶⁴ GORELLI, Juan. El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 16.

indemnizaciones, pensiones, suspensiones y faltas. Y, en las consecuencias sociales de la regulación del despido, desde una perspectiva individual, familiar y colectiva⁵⁶⁵. Las regulaciones acerca del despido, la forma como se entienda, su sentido y funcionalidad, son ejes centrales del Derecho Laboral; y un punto de contacto de diferentes luchas que constituyen el principal elemento de protección y repercusión social del mundo laboral, en los sistemas culturales y sociales.

Así pues, el despido es una facultad concedida al empleador para que corrija las irregularidades que presenta la conducta del trabajador en el desarrollo de sus funciones laborales⁵⁶⁶. En la legislación española el despido puede presentarse bajo tres modalidades: el colectivo, objetivo y disciplinario, artículos 51, 52 y 54 del ET. En este trabajo se revisa especialmente el tema del despido disciplinario, con un especial énfasis en el despido nulo, debido a que se escruta analizar la facultad disciplinaria del empleador y la forma como puede ser ejercida en el ámbito de los derechos fundamentales.

⁵⁶⁵ El despido tiene unas repercusiones perlocucionarias negativas bastantes fuertes. Son dos las principales concepciones que pueden darse en este sentido. En primer lugar, es una palabra que en si misma connota circunstancias indeseables. Comúnmente se asemeja a un castigo privado (casi como lo efectos análogos a una condena penal por la comisión de un delito), en el cual la falta disciplinaria hace las veces de desencadenante, análogo al delito, de una acción violenta. La condena penal y el despido son actos de violencia de un poder legítimamente aceptado y comúnmente operante, el cual, luego del cumplimiento de los requisitos exigidos, impone su capacidad de dominación. Se tienen las dos figuras, el despido y la sentencia penal, como una pena por una conducta reprochable, un cuestionamiento, un castigo, algo indeseable que la persona o el trabajador debe evitar (luego si resulta abominable una pena sin delito, en un sentido similar, resulta reprochable un despido sin causa). En segundo lugar, los efectos del despido, sobre todo en los países latinos con poca rotación de trabajadores, tienen unos signos bastante amplificadas -no quiere decirse que no sean esos sino que en ocasiones son sobre valorados, debido a la dificultad de conseguir nuevos puestos más que por la reglamentación en sí. El despido priva al destinatario no solo de su estatus de empleo, sino también de su estatus de ciudadanía; para Baylos “El despido nace como un síndrome de la trasgresión del orden normativo, un orden dominado por el principio según el cual los contratos pueden disolverse mediante una sentencia referida al incumplimiento de las relaciones obligatorias. El despido es considerado un acto de violencia privada, una incultura jurídica.” Cfr. BAYLOS, Antonio y PEREZ, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid: Trotta, 2009, p. 199.

⁵⁶⁶ El despido puede entenderse como un “mecanismo de extinción” que “supone la atribución al empresario de una facultad esencial, que junto con las facultades de organización y dirección de la prestación de trabajo, le colocan en una posición de superioridad jurídica sobre el trabajador; no en vano, la relación laboral es una relación de carácter subordinado”. GORELLI, Juan. El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 16.

El despido, entendido jurídicamente como una decisión unilateral del empleador cuya finalidad es extinguir, con base en una causa justificada, la relación laboral, se funda en las facultades generales de coordinación y dirección dadas al empleador por parte del ordenamiento jurídico, artículo 20 del ET, a efectos de que piense y diseñe administrativa, técnica y económicamente la empresa. La empresa como estructura jurídica y personal necesita de una dirección y organización administrativa para su funcionamiento idóneo⁵⁶⁷. Requiere, pues, una ordenación para el desarrollo adecuado de las funciones técnicas, económicas y funcionales, y para esto el empleador ha sido dotada de distintas facultades directivas y de control⁵⁶⁸.

Las facultades del empleador, derivadas de los artículos 33 y 38 de la CE, y especificadas en el artículo 3, 5, 20, 39, 40, 41, 47, 51, 52 y 51, del ET, pueden ser categorizadas en cuatro grupos generales: en primer lugar, de dirección en sentido estricto, dentro de las facultades de dirección se encuentran las de mando, revisión y verificación; en segundo lugar, de reglamentación, mediante la cual puede emitir ordenes e instrucciones, de conformidad con el artículo 20.2 ET; en tercer lugar, de protección, por medio de las cuales puede y debe adoptar medidas para que se cumplan los requerimientos de seguridad industrial y ocupacional; y en cuarto lugar, disciplinarias, mediante las cuales el empleador puede vigilar y castigar las faltas cometidas por el trabajador, o mejor dicho, hacer uso de la fuerza sancionatoria conferida por el ordenamiento jurídico⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ El poder de dirección reconocido jurídicamente al empleador, implica unas facultades necesarias para el funcionamiento adecuado de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional. “Esto se traduce en la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de legislar en el seno de la empresa, en la facultad de imponer sanciones disciplinarias, y en diversas facultades o derechos.” HERNÁNDEZ, Lupo. Poder de dirección del empleador. En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 405.

⁵⁶⁸ El poder de dirección puede tener dos sentidos: en sentido lato, la totalidad de las facultades y poderes jerárquicos. “En sentido restringido, el poder de dirección se concreta a la facultad de impartir ordenes e instrucciones, de acuerdo con las necesidades de la empresa, para que pueda cumplir sus fines. Esto implica, necesariamente, la facultad de organizar, económica, estructural y técnicamente la empresa”. HERNÁNDEZ, Lupo. Poder de dirección del empleador. En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 405.

⁵⁶⁹ Ha existido un debate en la doctrina acerca de si esta facultad de despedir del empleador constituye el uso de una facultad disciplinaria o si se trata del ejercicio de una facultad tomada del derecho civil respecto de la

Sin embargo, partiendo de la existencia de dichas facultades se hace especialmente importante reflexionar acerca de sus límites. Como la mayoría de las facultades y poderes conferidos por el ordenamiento jurídico estas facultades del empleador, de forma general, encuentran múltiples límites de distinta validez y alcance jurídico⁵⁷⁰.

Para el asunto bajo revisión, los límites pueden ser trasnacionales, constitucionales, legales y jurisprudenciales (sin que por ello se niegue la relación de concurrencia y contradicciones que existen entre ellos). En el campo trasnacional se encuentran los tratados y convenios internacionales, aquellas fuentes de regulación jurídica que de cierta forma se constituyen en ordenaciones obligatorias para los Estados y los particulares, como el caso del convenio de la OIT, respecto del despido y no discriminación⁵⁷¹, o en el caso de la declaración de Bruselas⁵⁷². En el campo constitucional, los derechos fundamentales y los principios

resolución del contrato. Según esta última tesis el despido “en principio, no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción. En efecto, la terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador, como el trabajador, derivada del principio non adimpleti contractus, que consiste en la posibilidad que tiene una parte de extinguir unilateralmente una convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones. Ahora, si bien en Derecho Laboral, la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto del empleador, justifica la consagración de algunas prerrogativas a su favor, no por ello se desnaturaliza la institución de la terminación unilateral del contrato, ni se puede afirmar que adquiere el carácter de facultad disciplinaria, por cuanto la terminación del contrato y las facultades disciplinarias obedecen a propósitos diferentes”. Sentencia de la Corte Constitucional T 546 de 2000. Esta forma de entender la facultad de despido debe ser matizada teniendo en cuenta que, en ordenamientos jurídicos como el español, se encuentra consagrada la figura desde una concepción mixta. Bajo la perspectiva que está estipulada la posibilidad de despido disciplinario y la terminación de la relación contractual por causas objetivas, que el legislador ha llamado como formas de extinguir el contrato.

⁵⁷⁰ Para Vázquez Vialard “la facultad de dirección comprende el conjunto de atribuciones jurídicas que el ordenamiento estatal reconoce al empleador para que pueda organizar económica y técnicamente la empresa que se traduce fundamentalmente en la posibilidad de emitir ordenes, instrucciones y directivas de acatamiento obligatorio para el trabajador, sobre el modo de ejecutar el trabajo y demás aspectos concernientes a la marcha de aquella”. HERNÁNDEZ, Lupo. Poder de dirección del empleador. En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 406-407.

⁵⁷¹ El convenio 111 de 1958 de la OIT trata el tema de la Discriminación en el empleo. En 1982, la OIT adoptó el Convenio número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, que entró en vigor el 24 de noviembre de 1985.

⁵⁷² El Consejo Europeo de Colonia, en 1999, consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea (UE). La idea de los precursores de esta carta era recoger los principios generales establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, los DES enunciados en la Carta social europea del Consejo y los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Carta fue proclamada en Niza en el año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la

constitucionales consagrados, por ejemplo en los artículos 10, 25, 38, 40 y 41 de la CE. El Tribunal Constitucional, en la STC 20 de 2000, recordó que:

“La celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas.”

En el ET, se establecen límites como la no discriminación y el respeto de la intimidad y a la consideración debida a de la dignidad del trabajador, de conformidad con el artículo 4; las especificaciones de la no discriminación del artículo 17; la inviolabilidad de la persona del trabajador, artículo 18; los límites de las facultades de dirección preceptuados en el artículo 20; y los demás establecidos en los artículos 50, 54 y 55.

Aunado a lo anterior, y en el tema específico de la facultad disciplinaria del empleador, la dogmática, derivada de la reglamentación de la CE y del ET y de conformidad con la posición del Tribunal Constitucional, ha entendido tres límites generales a la facultad de despido del empleador: el de la causalidad, el cumplimiento de formalismos y el control judicial posterior. El Tribunal Constitucional en sentencia STC 22/1981 afirmó que el derecho al trabajo

“presenta dos aspectos bien diferenciados: de una parte un contenido público, consistente en que los poderes públicos deben realizar una política orientada hacia el pleno empleo; pero además, existe un contenido privado del derecho al trabajo, que hace referencia al papel del mismo frente al empresario.”

Comisión. En su artículo 30 estableció: “Artículo 30 Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

Dentro de este segundo aspecto se desarrolla el asunto de la causalidad en la terminación de la relación laboral, es decir, que el contrato de trabajo no puede ser extinguido sino existe justa causa. Según la sentencia STC 22/1981, el derecho al trabajo:

“En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe justa causa”.

Se plantea así una vinculación de carácter esencial entre el Derecho al Trabajo constitucionalmente consagrado y el despido⁵⁷³, o más exactamente, la limitación de las facultades empresariales en materia de despido, pues éstas tendrían su primera y más importante justificación en el reconocimiento constitucional de ese derecho⁵⁷⁴.

En principio, la principal consecuencia de lo anterior es la eliminación del libre despido dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, de forma general, se entiende que la voluntad del empleador carece de la facultad de extinguir el vínculo contractual⁵⁷⁵. En relación con lo anterior, el Convenio número 158 OIT, en su artículo 4 señala de manera expresa que:

*“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*⁵⁷⁶.

⁵⁷³ En este sentido BAYLOS Antonio y PÉREZ, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid: Trotta, 2009, p. 40.

⁵⁷⁴ GORELLI, Juan. El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 18.

⁵⁷⁵ En este sentido: GARCÍA-PERROTE, Ignacio. Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002. Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 88-89.

⁵⁷⁶ El artículo 5 del mismo convenio se señala: “Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

El segundo límite es el de la exigencia de formalidades. El requerimiento de estas exigencias “se justifica por la necesidad de que el trabajador conozca con precisión la causa que se utiliza por parte del empresario para justificar su decisión extintiva y así poder plantear una defensa judicial frente a esta decisión”⁵⁷⁷. Para el asunto del despido disciplinario, el artículo 54 del ET, preceptúa: “El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.”

El tercero, es el de la revisión judicial de los límites a la facultad de despido del empleador. El trabajador puede controlar *a posteriori* la decisión empresarial⁵⁷⁸. Así las cosas la decisión del empresario no es definitiva, sino que es transitoria mientras que en sentencia se decide sobre la licitud del despido. Por una parte se revisa si el despido se ajustó a los límites jurídicos establecidos, y además, se puede considerar el despido como ilícito derivado ello de los requisitos de causalidad y de las exigencias formales que regulan el asunto.

El despido, en el régimen jurídico español, artículo 55.3 del ET, una vez revisado judicialmente, puede dar lugar a tres calificaciones diferentes, según se hayan seguido los lineamientos legales y constitucionales al respecto. Puede ser declarado como procedente, improcedente o nulo. Resulta procedente cuando se cumplen a cabalidad los requisitos legales y formales. Es improcedente cuando no se cumplen tales límites. Resulta nulo cuando la decisión empresarial se ha basado en intenciones discriminatorias, se violen los derechos fundamentales, o no se respetan derechos relacionados “con la conciliación de la

(c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.”

⁵⁷⁷ GORELLI, Juan. El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 19.

⁵⁷⁸ Cfr. GARCÍA-PERROTE, Ignacio. Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002. Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 88-89.

vida familiar y laboral de los trabajadores”; de conformidad con el artículo 53.4 ET, es improcedente el despido objetivo que no cumpla los requisitos formales. En los supuestos de incumplimiento de los requisitos formales en el despido objetivo”. Cada una de las calificaciones anteriores conlleva consecuencias distintas. La calificación de procedente, le da efectos extintivos originarios al despido, la calificación de improcedente permite al empleador readmitir al trabajador o extinguir el vínculo mediante una indemnización, y la de nulidad del despido, conlleva la readmisión del trabajador junto con el pago de los salarios dejados de percibir.

En el despido por afectación de derechos fundamentales también es posible solicitar la indemnización por los perjuicios causados. En este caso resulta emblemático lo establecido en la STC 247 de 2006, en donde se resaltó:

“la denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido por parte de una Administración pública un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical de la índole, intensidad, reiteración y duración en el tiempo del analizado, limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido. Forzoso será, por tanto, apreciar igualmente la vulneración por la Sentencia recurrida del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) del demandante de amparo”.

Los adelantos jurisprudenciales dados en este tema, han sido consagrados y configurados en la Ley 36 de 2011, reguladora de la jurisdicción social, especialmente en los artículos 178.3⁵⁷⁹, 182, y 188. En este último se establece que en la sentencia que declare la

⁵⁷⁹ Se establece a tenor literal que “[l]a demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada,

existencia de vulneración, deberá decretarse a favor del trabajador la cuantía de la indemnización por la lesión de sus derechos fundamentales “en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”. Más adelante se especificarán estas ideas.

Como complemento de las calificaciones de procedencia, improcedencia y nulidad del despido, existen los denominados por la doctrina como despidos pluricausales. En esta clase de despidos concurren diversas causas. Pueden darse una causa que califique como procedente, lo cual no desliga que el despido pueda ser calificado como nulo por afectación a derechos fundamentales. En la STC 203/2015 el Tribunal manifestó que “la acreditación de la causa legal disciplinaria alegada no excluye por defecto o automáticamente la vulneración del derecho fundamental invocado cuando existen indicios de lesión.” En igual sentido la STC 14/2000, expresó que “la declaración de procedencia del despido no permite descartar por tanto —en todo caso y sin excepción— que éste sea lesivo de derechos fundamentales”.

3.4.3. Función del despido y estabilidad

La facultad del despido, además de los límites reseñados, debe ser ejercida de conformidad con determinadas metanormas jurídicas, o determinadas finalidades que subyacen a las construcciones legales y doctrinales, que a su vez, sirven de fundamento a las mismas. Así pues, la finalidad del despido colectivo, establecido en el artículo 51 del ET, que tiene por objeto conjurar “las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, es diferente a la del despido objetivo cuyo objeto se encuentra enmarcado en las causas señaladas en el artículo 52 del ET, que a su vez se distingue de la finalidad retributiva del despido disciplinario establecido en el artículo 54 del ET, que se basa en el “incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.”

El empleador posee un poder disciplinario respecto del trabajador para controlar la forma como ejecuta sus labores en relación a la cantidad, calidad del trabajo y comportamiento esperado dentro de la empresa. El acto del empleador debe estar de conformidad con el ejercicio adecuado de su finalidad. La finalidad del despido o de la función disciplinaria no es resarcir el daño causado por la falta que se castiga. Luego, se prescinde de una función restitutoria.

El despido puede ser entendido, funcionalmente, desde cuatro perspectivas distintas pero relacionadas entre sí. En primer lugar, “cumple una precisa función de autotutela, en el sentido de restablecer en lo inmediato el correcto y ordinario funcionamiento de la organización productiva y del trabajo”.

En segundo lugar cumple una función de prevención especial. Se trata de disuadir al trabajador infractor por el incumplimiento de las obligaciones y deberes contractuales. En tercer lugar, se encuentra la función de prevención general. La función colectiva del despido está destinada a buscar una especie de intimidación general en relación con los demás trabajadores. Es un acto que tiene por objetivo que los trabajadores se abstengan de ejecutar conductas lesivas similares a las del trabajador despido; esa técnica desea acentuar el poder del empleador y generar una especie de garantía de rectitud de las actividades desarrolladas por los empleados. Bajo estas concepciones se trata de un mecanismo de control y prevención general.⁵⁸⁰ La prevención especial tiende a intimidar al infractor, mientras que la general busca intimidar a los demás trabajadores.

La función objetiva del despido (distinto ello al despido por causas objetivas, consagrado en el artículo 52 del ET) se abstrae de cuestiones personales o grupales y ve en el despido

⁵⁸⁰ En este sentido, y en relación con la prevención general de la pena en materia penal: PIOREZ, Mercedes. Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma, 1986, p. 270. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo. El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991, p. 147-178.

un acto de respeto a las normas jurídicas, el despido tiene como finalidad la protección a las reglas jurídicas que gobiernan las relaciones laborales. Dentro de esta concepción no se trata de una venganza, ni de un ejemplo de control, sino de una garantía de las normas jurídicas que deben hacerse cumplir⁵⁸¹.

Las finalidades descritas tienen una propiedad acumulativa, con esto quiere decirse que el hecho de que se lleve a cabo una de ellas no impide que puedan desarrollarse las demás. Así las cosas, por ejemplo la finalidad objetiva es compatible con la de prevención general, por lo cual un despido ostenta por finalidad proteger el ordenamiento jurídico y al mismo tiempo puede servir como prevención especial.

El despido utilizado de forma adecuada es un remedio jurídico óptimo para la solución de los problemas derivados de la relación laboral. Si no existiera la potestad del empleador de dar por terminados los contratos, cuando se presenten, por ejemplo las hipótesis reguladas por el artículo 54 del ET, se conllevaría a una catástrofe contraproducente que afectaría nuclearmente las relaciones jurídicas laborales y sociales. Las relaciones jurídicas cuando no se desarrollan adecuadamente dentro de los parámetros justos no pueden pervivir indefinidamente. Sería un atentado contra los derechos fundamentales de los empleadores.

El despido ha sido visto como el principal enemigo de la estabilidad laboral, como algo aborrecible de lo que hay que cuidarse⁵⁸². La estabilidad laboral se ha intentado proteger reduciendo las causas y formas de despido⁵⁸³. Se ha pensado que existe unas magnitudes inversamente proporcionales: entre mayor sean las facultades de despido del empleador menor es la estabilidad del empleo. La facultad de despido es una potestad necesaria en las

⁵⁸¹ Los desarrollos “jurisprudenciales de los últimos años se desprende que en la actualidad la justicia laboral acepta un elenco bastante amplio de sanciones disciplinarias, que va desde las consideradas como más leves o menos gravosas para el trabajador, como serían la aplicación de observaciones verbales y de amonestaciones por escrito, pasando por un grado intermedio que estaría constituido por la aplicación de una suspensión del trabajo por tiempo determinado, hasta llegar a la sanción máxima que sería el despido por notoria mala conducta” CASTELLO, Alejandro. La potestad disciplinaria del empleador en la jurisprudencia uruguaya. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 2003, p. 3.

⁵⁸² Cfr. OJEDA, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La ley, 2010, p. 238.

⁵⁸³ OJEDA, Antonio. El final de un principio (La estabilidad en el empleo). En: Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid: Tecnos, 1980, p. 467.

relaciones laborales, el diseño inadecuado y el mal uso de la figura es lo que genera la aversión general⁵⁸⁴.

Una visión positiva del despido y de las normas que lo regulan, cuando se ejerce dentro de los causes de los derechos fundamentales y el respeto laboral, desde su perspectiva cuantitativa y temporal, protege la estabilidad de distintas maneras. La protege al menos en tres formas: genera cierta estabilidad jurídica, permite prever consecuencias y garantiza el respeto a los derechos fundamentales.

Cuando existen normas y directrices más o menos claras acerca de las conductas y causales que dan lugar al despido de un trabajador, y estas normas son fácilmente cognoscibles y comprensibles por él, y utilizadas de manera adecuada por el empleador, se genera un clima de estabilidad en la relación laboral. Permite una proyección temporal. En cambio, si el margen de indeterminación y ambigüedad es amplio, y esto se proyecta además en el marco de las potestades y conductas sancionables, y el empleador no es consciente de la humanidad del trabajador, y por consiguiente no puede usar la empatía para imaginar sus contextos de decisión, el despido es un atentado en contra del trabajador.

No es ni favorable o desfavorable a la estabilidad; empero, dentro del contexto de los derechos fundamentales y el respeto laboral, resulta ser una herramienta que genera estabilidad. Permite, de la misma forma, que el trabajador pueda usar su facultad calculatoria para prever las consecuencias de sus actos. La claridad e inteligibilidad de las normas sobre el despido, y su utilización conforme a las mismas, reforzada por su garantía jurisdiccional, ejercen una visión positiva cuando permiten analizar las consecuencias que son atribuibles a los actos del trabajador.

⁵⁸⁴ OJEDA, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La ley, 2010, p. 225.

3.5. El despido nulo y los derechos fundamentales

En esta sección se analiza el despido nulo en el régimen actual de Derecho Laboral español y se marcan algunos de los problemas que presenta su utilización. Más allá de las diferentes narraciones históricas que conllevaron al diseño y al establecimiento legal de la figura, está la importancia de su naturaleza jurídica, la forma como se ha entendido y ha sido utilizada por los trabajadores, empleadores y jueces, y las objeciones que pueden plantearse a su funcionamiento. Así las cosas, es necesario aclarar: en qué consiste el despido nulo y cómo se diferencia del despido improcedente, cuáles son los posibles significados que ostenta y en qué situaciones resulta incompatible con los derechos fundamentales.

3.5.1. Despido nulo

Según el artículo 49 del ET, el despido es una de las formas de extinguir el contrato de trabajo. El despido puede ser colectivo, objetivo o disciplinario, según los artículos 51, 52 y 54 del ET. El despido disciplinario puede ser calificado judicialmente, de conformidad con el artículo 55.3 del ET, de tres formas distintas: procedente, improcedente o nulo. En el primer caso se ratifica la licitud de la actuación del empleador, es decir quedó demostrado “el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación”. En el segundo, pueden presentarse dos hipótesis, no se acredita el incumplimiento alegado o se considera que existe una trasgresión a las formalidades establecidas para lograr el despido. En el tercero, es nulo cuando “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”⁵⁸⁵.

Son dos las principales consecuencias jurídicas de esta decisión, según el artículo 55.6 del ET: la orden de readmitir al trabajador y la obligación de cancelar los salarios dejados de

⁵⁸⁵ El artículo 55 del ET, establece en sus numerales 6 y 7, lo siguiente: “6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.7. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.”

percibir a partir del acto de despido. De cierta forma se entiende que el despido no tuvo lugar y el trabajador es acreedor a sus salarios no obstante no haya cumplido sus labores por una causa no imputable. El acto de despido no tiene eficacia jurídica ni original ni derivada. Además, de esta sanción legal, se encuentra la indemnización por la afectación de los derechos fundamentales, de conformidad con los artículos 179.3, 182 y 183 de la Ley 36 de 2011. Pues, de conformidad con al STC 176/1998 “no puede desconocerse que la Constitución protege los derechos fundamentales considerados, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos”.

El establecimiento del despido nulo es una de las situaciones que mejor marcan la relación actual que existe entre el Derecho Constitucional y el Derecho Laboral, y resalta la importancia del respeto a los derechos fundamentales. Se trata de un punto claro que marca la tendencia contemporánea del derecho legislado⁵⁸⁶ y la forma como es interpretado por los Tribunales Constitucionales. Sin embargo, como se verá más adelante, este proceso está afectado por los diferentes problemas que puede presentar en cuanto a su visión parcializada como cuerpo legislado y a su visión integrada en relación con la Constitución y la forma como se reparan.

La concepción del despido nulo muestra tres situaciones tangibles para la concepción constitucional del Derecho Laboral. La primera es la noción normativa de los derechos fundamentales⁵⁸⁷ en este campo, se hacen vinculantes para los involucrados en la relación, y se materializan de forma compleja en las reglamentaciones jurídicas infraconstitucionales, resaltando así la categoría de la dignidad de la persona. La segunda es el establecimiento de límites materiales más fuertes para el ejercicio de las potestades y facultades del empleador, quien se encuentra, prima facie, sometido al respeto material y procedimental derivado de los derechos iusfundamentales. La tercera es la tendencia de integración del derecho legislado con el constitucional, en donde se entrecruzan

⁵⁸⁶ MORELO, Carmen. El incidente de no readmisión. Estudios sobre el despido disciplinario. Madrid: ACARL, 1992, p. 885.

⁵⁸⁷ BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 48.

concepciones normativas que tienden, aunque sea en teoría, a ser unificadas, ya que en las reglamentaciones contractuales y legales se trae a colación expresamente la necesidad de compatibilizar contenidos de fuentes de distinta validez jerárquica.

Los tres elementos anteriores pueden conjugarse en una especial protección en favor del trabajador que parte de su concepción de humanidad y vulnerabilidad ante el empleador. Vienen siendo una concepción subversiva que busca, a veces con poco éxito, equiparar los poderes en tensión y fijar límites expesos a la voluntad empresarial. En los siguientes dos casos se puede notar que prima facie los límites generales de sus facultades se encuentran horadados por los derechos fundamentales de los empleados.

El primero es el de la STC 57/1999, en donde se trató el asunto de un trabajador de la Dirección General de Aviación, que tenía como labor “garantizar que el mantenimiento de las aeronaves cumpliera las condiciones de seguridad Reglamentarias”. Posterior al acaecimiento de un accidente que dejó un fallecido, el trabajador confirió una entrevista a un periódico en la que hablaba acerca del mal estado de los aviones. Por esta situación, la Dirección General de Aviaciones decidió despedirlo por la transgresión a la buena fe contractual. Ante ello, el Tribunal Constitucional decidió que el despido debía considerarse como nulo, por cuanto afectaba derechos fundamentales del trabajador, especialmente, el derecho a transmitir información veraz⁵⁸⁸.

El segundo caso es el de la STC 47/1985, en la cual se declara nulo el despido de una profesora de un colegio privado que, según éste, no seguía las normas de la Dirección del Centro y no se ajustaba al ideario que regía en el mismo. Sin embargo, el Tribunal consideró que para que el despido fuese lícito era necesario probar la existencia de “fricciones contra los criterios del Centro, consistentes en actos concretos de la profesora y

⁵⁸⁸ Respecto al requisito exigido constitucionalmente de que la información sea veraz, la doctrina expresada por la STC 6/1988, establece: “cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o, sencillamente, no probadas en juicio cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho”

en una actividad contraria al ideario”. No obstante, éstos no quedaron probados, por lo que declaró nulo el despido. Lo que puede inferirse de esta providencia es que los idearios políticos o religiosos, no resultan ser una causa adecuada y válida para dar por terminado un contrato de trabajo.

El tribunal en los dos asuntos procede de una manera semejante; estudia el caso, extrae un diagnóstico prima facie de los derechos presuntamente violados, luego los conceptualiza⁵⁸⁹, los retoma y los contrasta con las situaciones acaecidas, y llega a la conclusión que se violaron derechos fundamentales.

En principio, la suerte del mecánico o de la profesora hubiese sido otra si no existiera la protección que se deriva de la nulidad del despido⁵⁹⁰. Tal vez en un caso hipotético, en el que no existiera esta figura, el despido hubiese tenido eficacia. Por lo que la figura de la nulidad trae como consecuencia que las relaciones laborales parezcan más constitucionalizadas, con un mayor contenido material y una mejor relación con la moral⁵⁹¹. En el entendido que se resguardan derechos fundamentales, se establecen más límites y, al parecer, más rigurosos a la facultad de despido de los empleadores; prima facie, se reducen las libertades de despido y se protegen las del trabajador.

3.5.2. Normas de despido nulo

⁵⁸⁹ Dotándolos de alcance según su propia jurisprudencia, a efectos de subsumirlos en las reglas recreadas del despido nulo.

⁵⁹⁰ Sin embargo, también resulta plausible la siguiente hipótesis: si se revisa la situación con mayor detenimiento puede fácilmente entenderse que tal escenario no era el caso, es decir, que a la misma conclusión pudo haberse llegado sin la necesidad de pensar o depender de la figura del despido nulo. Pues, los dos casos señalados, y muchos otros desarrollados a la luz de la técnica del despido nulo, tienen en común denominador el hecho que se trató de despido sin justa causa; el asunto era principalmente relativo a que no se demostraron las causales que se alegaron para el despido que a la afectación directa y concreta entre las situaciones y los derechos fundamentales. Es decir, se trató de despido arbitrario en donde medio principalmente la facultad del empleador con respecto a la no continuidad de la relación laboral, de conformidad con la STC 22/1981.

⁵⁹¹ SUAREZ, Wilson. La constitucionalización del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Vniversitas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, 2014, p.317-351.

El artículo 53 del ET, en su numeral 4 señala que el despido será considerado nulo cuando: “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.”

De esta disposición pueden extraerse, de forma incompleta, por lo menos dos normas distintas: la primera (N1) que establece que “será nulo el despido cuando el empleador tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley”, la segunda (N2) preceptúa que “será nulo el despido cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. En adelante, y para efectos expositivos, estas normas serán referidas como N1 y N2.

La norma N1 establece como supuesto jurídico, tener como móvil para el despido las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, y como consecuencia jurídica la nulidad del despido. La CE establece en su artículo 14 la prohibición de discriminación⁵⁹². El ET dispone en su artículo 17 algunas reglamentaciones acerca de la no discriminación⁵⁹³. Instituye por ejemplo la no discriminación por razones de sexo origen, raza, e ideología. En la STC 39/2000, se reitera la necesidad de declarar la no conformidad constitucional:

“de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE”.

⁵⁹² En este artículo se preceptúa: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁵⁹³ El artículo 17 estipula: “No discriminación en las relaciones laborales.-- 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español...”

Las normas signadas establecen causales específicas de discriminación. Existe una diferenciación entre causal general a la no discriminación y causales particulares a la no discriminación, la primera es una situación general que engloba las causales particulares. Por razones de extensión y de importancia, interesa especialmente la revisión de la causal general a la no discriminación, más que la revisión de cada una de las causales del listado.

La relación entre la no discriminación y la igualdad es bastante cercana. Pese al parecido estructural que poseen, la no discriminación se encuentra cargada de un componente social e histórico que le ha dado fuerza y normatividad en los discursos jurídicos. Estas narraciones jurídicas se han dado, especialmente, en favor de grupos que históricamente han sufrido de privaciones injustificadas en sus derechos por lo cual se ha hecho necesario configurar medidas jurídicas que permitan su especial protección. Según la STC 62/2008:

“Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el art. 14 CE, dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE”.

Existe una relación lógica entre la no discriminación y la igualdad. Lo que comúnmente se pensaría es que el derecho general a la no discriminación refiere a que debe existir un trato igualitario entre los trabajadores. Decir que los trabajadores deben ser tratados como iguales es muy similar a decir que no deben ser discriminados. Lógicamente parece muy similar afirmar que dos elementos deben ser tratados iguales a decir que no deben ser tratados de forma discriminatoria.

Si se acepta la asimilación de estas dos entidades, parece plausible poder explicar la no discriminación con base en la igualdad. Decir que los trabajadores deben ser tratados de manera igual no significa que deban tener exactamente el mismo trato por parte del empleador, no puede entenderse que el empleador tenga que situar a todos los trabajadores en las mismas posiciones, ni tenga que velar por que todos se encuentren en las mismas propiedades fácticas o que tengan las mismas propiedades naturales. El empleador no puede situar a las personas que no son expertos en seguridad que cuiden sus bodegas o a los abogados que lleven sus cuentas. El entender la no discriminación desde este punto haría que el trato y las reglamentaciones laborales fueran disparatadas y no funcionales.

Ahora, el punto de vista contrario tampoco parece ser plausible. Pues, el derecho de la no discriminación no puede permitir cualquier trato o diferenciación si ha de tener algún contenido⁵⁹⁴. Se necesita indagar una solución intermedia entre estas dos posiciones. La clave hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, brinda pistas interesantes para el establecimiento del contenido⁵⁹⁵.

En primer lugar, puede interpretarse, desde la perspectiva de una práctica universalista. Esto significa que las decisiones del empleador “tienen que tener la forma de normas universales condicionadas, es decir, la forma: Para todo x vale que si x tiene las propiedades P1, P2, P3, entonces debe ser que para x valga la consecuencia jurídica C”⁵⁹⁶. No obstante, este tipo de enunciados permite que se realice cualquier tipo de discriminación, debido a que su único límite viene siendo que se presente la decisión bajo la estructura universalista, así las cosas, el trabajador que posea la propiedad P (ser mujer) puede recibir una bonificación salarial, sin violar esta estructura general pero trasgrediendo el principio de la no discriminación. Una reglamentación en contra de los discapacitados podría presentarse bajo la estructura universalista.

⁵⁹⁴ Cfr. ALEXY. Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 381.

⁵⁹⁵ *Ibíd.* 385.

⁵⁹⁶ *Ibíd.*

Otra de las alternativas puede ser la referida a la no discriminación desde la perspectiva de la igualdad fáctica parcial⁵⁹⁷. Para referir la aceptación o no de la discriminación, desde un punto de vista material, hay que encarar el problema desde la igualdad fáctica parcial. Sin embargo, el principal problema que presenta esta propuesta de solución es que nunca existen dos personas con las mismas propiedades y en las mismas situaciones. Los juicios sobre igualdad son juicios sobre relaciones tríadicas. Según Alexy *a* es igual a *b* en la propiedad *P*; estos son juicios de igualdad parcial referida a una o a unas propiedades, los cuales son verdaderos si *a* como *b* poseen la propiedad *P*. “Los juicios sobre igualdad fáctica parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un tratamiento igual o uno desigual. La igualdad fáctica parcial es conciliable con un tratamiento desigual y la desigualdad fáctica parcial, con un tratamiento igual”⁵⁹⁸. Por tanto, “como no existen dos personas entre las cuales no coincida tanto una igualdad fáctica parcial como una desigualdad fáctica parcial”, los trabajadores tendrían que ser tratados tanto igual como desigualmente⁵⁹⁹.

La forma como se superan las soluciones referidas a la práctica universalista y a la igualdad fáctica parcial, es la igualdad valorativa. Sin embargo, este tipo de igualdad debe ser relativizada de dos formas. La primera es que tiene que ser referida a una igualdad fáctica parcial. La segunda es que tiene que ser una igualdad “valorativa relativa a determinados tratamientos”, pues de esta forma se establecen los criterios que permiten o no el tratamiento desigual.⁶⁰⁰ Para lograr esto se necesita un criterio de valoración que sirva de

⁵⁹⁷ *Ibíd.*

⁵⁹⁸ “El hecho de que *a* sea un marinero al igual que *b* no excluye la posibilidad de que *a* sea castigado por hurto pero *h* no. Que *a* sea un marinero y *h* un empleado de banco no excluye la posibilidad de que ambos sean castigados por hurto. Por lo tanto. "igual" y "desigual" en la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" deben ser entendidos de una manera diferente a una igualdad o desigualdad fácticas en algún respecto.” *Ibidem.* 387.

⁵⁹⁹ *Ibíd.*

⁶⁰⁰ “Tiene que ser, además, igualdad valorativa relativa a determinados tratamientos, pues, si no lo fuera, no podría explicarse por qué dos personas que en un respecto tienen que ser tratadas igualmente no han de ser tratadas igualmente en todos los aspectos. A estas dos relativizaciones, que son las condiciones de la posibilidad de un tratamiento diferenciado, se agrega una tercera, la relativización con respecto a un criterio de valoración que permite decir qué es valorativamente igual y desigual. La frase "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no contiene un criterio tal sino que su aplicación lo presupone”. *Ibíd.*

punto de referencia para determinar cuándo es válido que un trabajador sea tratado de forma igualitaria o cuando es válido que sea discriminado. Las regulaciones laborales sobre la materia establecen algunas pistas sobre la forma de establecer los criterios de valoración. En la CE en su artículo 14 y el 17 del ET se estipula que las discriminaciones no son válidas cuando se deben a situaciones referidas al sexo, a la ideología y religión.

Así las cosas, la no discriminación en materia laboral puede explicarse de forma más adecuada si se revisa desde su relación triádica, entre dos sujetos, individuales o grupales, y un objeto de la discriminación. De esta forma *a* esta siendo discriminado si tiene un tratamiento diferente a *b* por la situación *P*. Y *P* está establecida como una causal que no es válida para discriminar. Esta forma de entender la discriminación que se da en materia laboral tiene la facultad de permitir el análisis en los casos de discriminación de los aspectos relevantes que el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir si se ha consumado o no una discriminación.

El objeto de la discriminación presenta serios problemas para ser concretado en múltiples casos. Lo anterior derivado de la ambigüedad semántica característica de los referentes que invalidan la discriminación, tales como la raza, religión, ideología, del artículo 14 de la CE. Esta ambigüedad que es característica de la mayoría de las disposiciones iusfundamentales, se ve agravada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pues, mediante distintos fallos⁶⁰¹ ha tenido la oportunidad de profundizar en el alcance de estas disposiciones y pese a que ha tratado de aclarar el alcance de estos elementos ha contribuido así mismo a su ambigüedad. Por lo cual, su utilización debe ser realizada teniendo en cuenta su fundamentación racional y su cercanía con el respeto laboral.

Más allá de que el análisis estructural de la igualdad permita entender la concepción estructural de la no discriminación, el hecho que en materia laboral se establezca el principio de no discriminación más que en la trasgresión del derecho a la igualdad, no es una situación simplemente superflua. Pues, ello obedece a distintos argumentos que

⁶⁰¹ Sentencias: STC 166/1986, SSTC 42/1990, SSTC 145/1991, STC 177/1993, STC 061/2013,

justifican la elección. Primero: la no discriminación presupone una forma de violación diferente a la de la igualdad. Tratar igual a los trabajadores significa una acción positiva, un acto o decisión que el empleador puede cumplir de diferente forma por lo que su control es más difuso y difícil que en el mandato de la no discriminación. La no discriminación es un acto negativo, por lo cual su incumplimiento solo puede ser realizado mediante una acción positiva. Luego, la forma como se incumplen los dos mandatos, el de igualdad y el de no discriminación es distinta, lo que conlleva a que la no discriminación pueda probarse de forma más fácil por el trabajador, puede implicar el traslado de la carga de la prueba.

Segundo: el trato igual implica un hecho favorable a quien lo alega; cuando un trabajador exige un trato igual es porque busca un beneficio que se le aplicó a otra persona pero que a él se le pasó por alto, por el contrario, cuando se alega la no discriminación se trata de un hecho indeseable, quien lo alega desea que no se le aplique una consecuencia desfavorable. Tercero: la no discriminación es una regla específica de la igualdad. En principio, la no discriminación era una regla o principio dirigida al juez y especialmente al legislador, sin embargo por su aplicación y aspecto normativo también se ha implicado en los sujetos privados, y para el caso, en el empleador. Cuarto: la no discriminación es una expresión que conlleva una fuerza perlocucionaria mayor que la de referir el tratamiento igual. Las expresiones tienen distintas fuerzas para generar efectos en las personas, que van más allá de sus componentes ilocucionarios y locucionarios⁶⁰². La no discriminación es una expresión que conlleva un mayor componente emotivo en los receptores, que muestra la trascendencia, la necesidad y la urgencia de lo que significa. La discriminación, en el campo social y político ha sido una constante en las sociedades occidentales, bien sea por motivos de raza, religión, estatus, por lo que referirla conlleva de cierta forma una mayor fuerza jurídica que la de otras expresiones similares.

Quinto: la discriminación no requiere referente jurídico. Pues, “no es necesario un término de comparación legal, ya que no existe en el artículo 14 CE una intención tipificadora cerrada”. Y el legislador, teniendo en cuenta el artículo 14 de la CE, ha plasmado la

⁶⁰² AUSTIN, John. *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*. Barcelona: Paidós, 1982, p. 236.

prohibición de discriminación entre los trabajadores en el Estatuto de los Trabajadores, en concreto, en los artículos 4.2.c y 17.

Por su parte, N2 establece la nulidad del despido derivado de la afectación de los derechos fundamentales, de forma literal estipula el artículo 53.4 que el despido debe ser declarado nulo cuando “se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas mediante esta norma es un hecho patente, que se constituye en un gran avance dentro de la protección que se otorga a los trabajadores al interior de la relación laboral. Sin embargo, esta disposición jurídica puede interpretarse de formas diferentes, luego resulta imperioso indagar cual es la interpretación más plausible. Por el momento es más fácil determinar qué es lo que no dice la norma en revisión. En primer lugar, la norma no dice que esté prohibido el despido cuando de él se desprenda la afectación a derechos fundamentales. No se trata de la afectación posterior de los derechos fundamentales a causa del despido. De manera general, todo acto de despido termina afectando de forma directa o indirecta los derechos fundamentales, piénsese en el caso del libre desarrollo de la personalidad, del mínimo vital y el honor. Sin embargo, no por el hecho que se afecten derechos fundamentales con el despido se conlleva la nulidad del despido, como si sería el caso de la protección dada a las mujeres embarazadas con la protección objetiva y autónoma que se le otorga⁶⁰³. Si se sostuviera esta tesis, no sería posible realizar ningún despido y las actuaciones particulares y públicas estarían demasiado restringidas. En segundo lugar, la norma tampoco establece, en principio y por sustracción de materia, que se trate de despidos en los cuales se realicen situaciones de discriminación, por cuanto, es el objeto de protección de N1 del artículo 53 del ET.

⁶⁰³ Cfr. ARAMENDI, José. El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la STS de la Sala IV del 19 de julio de 2006. *Aranzadi social*, Número 5, 2006, p. 905-914.

Ahora bien, hechas las dos aclaraciones anteriores, ha de determinarse el sentido de la norma; el cual, refiere especialmente a los actos preparatorios para la realización del despido, más que a la causa del despido. En este estadio del análisis, son posibles dos interpretaciones de N2. Una interpretación afirma que el despido debe ser declarado nulo cuando ha tenido por móvil o se ha basado en la violación de los derechos fundamentales; la cual puede ser llamada la interpretación ampliada⁶⁰⁴; la segunda interpretación, establece que el despido es nulo cuando para su producción se violaron derechos fundamentales o libertades públicas. La primera interpretación fija el quebranto de los derechos fundamentales como el móvil del despido, la segunda, de carácter más procedimental, liga la trasgresión en la producción del despido, es decir, que obedecen a momentos distintos. La interpretación segunda sería un complemento de N1 donde se establecen las causales sustanciales.

La primera tesis es insostenible por dos razones principales⁶⁰⁵. Es imposible que se produzca un despido que tenga con causa la violación a derechos fundamentales, por ser la prueba o la alegación de un hecho positivo negativo. En segundo lugar, se confundiría la causal con la causal primera, es decir, se trataría de una situación redundante que debe evitarse por el ordenamiento jurídico⁶⁰⁶.

Luego la interpretación más plausible de N2 es la que refiere a su concepción procedimental, según la cual el despido debe ser declarado nulo cuando se trasgredieron derechos fundamentales en la realización del despido, como sería el caso del despido que se fundamentó en la violación de la comunicación del trabajador, de su intimidad, honor, tutela judicial efectiva, entre otros.

⁶⁰⁴ Se le denomina concepción ampliada por cuanto trata de fijar el sentido de forma general, atendándose al mayor significado de la disposición jurídica de la que parte.

⁶⁰⁵ Se cree que no es la interpretación constitucional más plausible de las reglamentaciones del ET.

⁶⁰⁶ BULYGIN, Eugenio, y ALCHOURRÓN, Carlos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p. 18.

Así las cosas, la violación de cualquier derecho fundamental no conlleva *per se* la declaratoria de la nulidad del despido, sino que únicamente este caso se presenta cuando tal violación puede adscribirse a un móvil dentro de las causas de discriminación no permitidas por la ley o la Constitución, o cuando para la producción del despido, en sus actos preparativos, o de trámite, se violaron derechos fundamentales. Las regulaciones establecidas bajo el supuesto de N2 son más amplias que las instituidas bajo el supuesto de la norma N1, en el entendido que la N1 requiere para su aplicación del punto de referencia para la discriminación, es decir, que se trate de una discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico. Por lo que, el número de situaciones y normas que pueden adscribirse a esta regulación es mayor que la del caso de la discriminación.

Pese a los casos de redundancia que pueden darse entre la protección de N1 y N2, existen unos criterios generales que permiten determinar la prevalencia especial de una de las normas sobre la otra. Así las cosas, pueden establecerse tres elementos generales de diferenciación entre N1 y N2: la ocasión de la trasgresión, la explicitud, y la amplitud. En el caso de N1 la trasgresión a los derechos fundamentales por la discriminación existente es el móvil del despido, es una situación que a su vez se consuma con el despido. En cambio, en el caso de la norma N2, la trasgresión de los derechos fundamentales se efectúa en los momentos antes al despido, es decir, que durante el procedimiento preparativo para la toma de la decisión empresarial se trasgreden las posiciones iusfundamentales.

Las causas por las cuales puede alegarse el despido en el caso de N1 están establecidas de forma expresa. En cambio, no existe una explicitud clara de los derechos fundamentales que pueden alegarse en el caso de N2, por lo que, dependiendo del caso, se podrían alegar diversos derechos fundamentales según se halla concedido su trasgresión. En relación con lo anterior, puede pensarse que se protegen más posiciones en el caso de N2 que en el de N1, toda vez que la cantidad de derechos fundamentales es, en principio, más amplia que en el caso de N1. Sin embargo, la mayoría de los despidos que han sido declarados nulos, están

fundados en el móvil de despidos discriminatorios⁶⁰⁷. Luego, por posibilidad de trasgresión N2 es más amplia, pero por situaciones reales de ocurrencia es más trasgredida N1⁶⁰⁸.

3.5.3. Objeciones generales a las normas del despido nulo

El despido nulo puede presentar distintos problemas. Estos se clasifican en tres grupos: problemas de determinación, problemas de operatividad y problemas de ideología. Los primeros son semánticos⁶⁰⁹, los segundos de funcionalidad, y los terceros de enfoque valorativo de la institución.

Los problemas de determinación se refieren a las aporías que pueden presentarse, de forma general, para dotar de sentido y alcance los elementos de la reglamentación acerca del despido nulo, tales como las expresiones del artículo 14 de la CE: raza, religión, ideología política, o de forma general, los derechos fundamentales⁶¹⁰. Establecer que situaciones pueden entenderse bajo el atisbo de libertad de expresión, de libertad sindical, es una cuestión de normas adscritas y de fundamentación que difícilmente pueden solventarse y profundizarse en este escrito.

Las objeciones que se plantearon acerca de la ambigüedad semántica de las disposiciones de Derecho Constitucional, es decir, lo relativo a la ambigüedad semántica en sentido

⁶⁰⁸ El TC español ha estado reconociendo que ante un despido discriminatorio por el ejercicio de la libertad sindical, se está especialmente ante una afectación del artículo 28.1 CE, que subsume la del 14 CE. Por ejemplo, en la STC 183 de 2007, dispuso: “Por lo que atañe a la alegada vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) es necesario constatar, una vez más, que la queja relativa a su presunta lesión aparece en la argumentación de la demanda de amparo vinculada a la relativa al derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), sin que se invoque ninguna de las circunstancias explícitamente proscritas en el art. 14 CE como causas de discriminación, lo que determina, conforme a la conocida doctrina de este Tribunal, que resulte procedente subsumir la hipotética vulneración del principio de igualdad en el derecho reconocido en el art. 28.1 CE (por todas, SSTC 44/2004, de 23 de marzo, FJ 2; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 151/2006, de 22 de mayo, FJ 2; y 227/2006, de 17 de julio, FJ 1).”

⁶⁰⁹ Sobre los problemas de determinación del derecho: CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, y de inalienabilidad. Una vista de la catedral. Cambridge: Harvard Law Review, Número 6, 1972, p. 1089-1128.

⁶¹⁰ Cfr. En relación con los problemas de indeterminación normativa: BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 75.

estricto, la sintáctica y estructural, se aplican al caso de la regulación del despido nulo. Por lo que las formas de solucionar aquellas y los límites que tales mecanismos presentan, se implican en este asunto.

No obstante, la concreción de las disposiciones constitucionales puede presentar una singularidad característica que ostenta, desde una perspectiva crítica, una concepción ampliada y, desde otra, una concepción reducida del contenido de los derechos fundamentales: dependiendo del punto de vista del cual se observe y las sugerencias del respeto laboral. Lo cual conllevaría una forma de facilitar y fundamentar las normas adscritas a estas reglamentaciones. Pese a la supuesta igualdad alegada entre los sujetos contractuales de una relación laboral, implícitamente y como norma social, se entiende el grado de inferioridad con que cuenta el trabajador (o la mayoría de los trabajadores), lo que ha conllevado, entre otras cosas, a que los derechos fundamentales tengan como finalidad procurar una igualdad de poder dentro de la relación laboral⁶¹¹. Lo que lleva a que los derechos fundamentales sean dotados de una mayor fuerza expansiva y normativa: maximizar el número de posiciones que puede protegerse. Contrario a lo que ocurre con los derechos y facultades de los empleadores, que se han de interpretar de forma restringida y con un peso moderado.

Los problemas de indeterminación pueden valorarse positivamente. Estos problemas de indeterminación semántica, que en la mayoría de las veces son difíciles de eliminar, a menos que se por la reiteración de criterios de autoridad⁶¹² que en la mayoría de los casos escapan a la técnicas de generalización por la cantidad de datos fácticos que tiene en cuenta, son concepciones características del Derecho como inestabilidad. Permiten una mejor técnica de defensa para los intereses de los trabajadores, teniendo en cuenta la visión nuclear que reclama el respeto laboral y su aspecto emancipatorio.

⁶¹¹ Cfr. DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. Barcelona: Paidós, 2003, p, 497.

⁶¹² Cfr. BERNAL, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 13-45.

En cuanto a los problemas de operatividad, se tienen dos grupos de problemas que se relacionan indirectamente con los anteriores: los derivados de la temporalidad del control y los de la forma de reparación por la afectación a los derechos fundamentales. El primer caso implica el hecho que el control del despido sea posterior⁶¹³, de conformidad con el artículo 55 y 56 del ET; el segundo caso se refiere a que la forma de reparación de los derechos fundamentales no es suficiente para la protección y promoción de los mandatos constitucionales⁶¹⁴, y en especial con las exigencias de la dignidad humana, que proclama el artículo 10 de la CE.

El respeto laboral exige que exista una protección adecuada de los derechos fundamentales. Cuando las herramientas jurídicas no alcanzan a proteger los bienes jurídicos fundamentales, se produce una protección deficiente. Existe una protección deficiente cuando a pesar que se intentan proteger, es posible violar los elementos esenciales de los derechos fundamentales o no son reparados de manera adecuada.

En el caso de los despidos nulos regulados por el artículo 53 del ET, se presenta una protección deficiente de los derechos fundamentales, por cuanto el ordenamiento jurídico permite que cierta circunstancia, que en principio es indeseable por afrontar los derechos fundamentales, permanezca o produzca efectos hasta tanto no exista un pronunciamiento judicial que la censure. El despido que realiza un empleador produce efectos hasta tanto no exista una sentencia judicial que lo declare nulo⁶¹⁵; si se da una decisión judicial en tal sentido, el despido no produce efectos y el trabajador tiene derecho a los salarios dejados de percibir, junto con la indemnización de perjuicios por afectación a los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 55 del ET.

⁶¹³ Lo anterior en contra posición a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada en Colombia.

⁶¹⁴ Sobre la protección deficiente de los derechos fundamentales: BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007

⁶¹⁵ No obstante que los efectos del despido se retrotraigan y se considere, como una idea jurídica, que el despido no ha existido.

Esta situación de control posterior conlleva dos circunstancias importantes dignas de ser revisadas: la primera es que el acto de despido se presume lícito y la segunda que los trabajadores se encuentran en un acto de desprotección hasta tanto no exista pronunciamiento judicial. Si el acto produce efectos hasta la decisión de un juez, conlleva a que la decisión del empleador se presuma lícita y por lo tanto genere efectos jurídicos. Luego, esta forma de control posterior resulta insuficiente debido a que la decisión unilateral del empleador tiene vida jurídica y produce efectos, inclusive genera daños que la decisión posterior del juez no puede reparar adecuadamente mediante las herramientas legales (se recalca la idea subyacente acerca de la importancia de la concepción preventiva del derecho).⁶¹⁶

El segundo problema de operatividad refiere a los mecanismos adecuados para la indemnización por la afectación a los derechos fundamentales del trabajador. Las reglamentaciones establecidas en los artículos 179, 181 y 182 de la Ley 36 de 2011, pueden enfocarse de mejor forma a efectos de reparar adecuadamente el daño y desde la perspectiva de consolidarse como un disuasivo adecuado, o un costo alto⁶¹⁷, para el empleador. Las categorías utilizadas por la ley glosada para lograr la indemnización además de no ser equitativas para con los demás trabajadores no deja realmente claro que es lo que se repara ni como se repara.

Respecto de los problemas de ideología se considera importante señalar que el mecanismo de protección derivado del despido considerado como nulo es una estrategia más de carácter represivo que preventivo; como se ha insistido a lo largo de estas páginas se hace necesario brindarle un nuevo enfoque a la protección jurídica en donde se privilegien la

⁶¹⁶ Especialmente bajo dos perspectivas: de una parte, la afectación a ciertos derechos fundamentales no puede retrotraerse, por la naturaleza de ciertos derechos fundamentales la afectación que les es cometida no puede volver a su estado inicial; algo así como un principio de no restauración adecuada de dichos intereses jurídicos fundamentales. De otra parte, el legislador español no consagra un mecanismo adecuado para intentar paliar las afectaciones a los derechos fundamentales, pues, las sanciones por el despido nulo, son la readmisión y el pago de los salarios de tramitación, no existe ningún estipendio ulterior que pondere las demás afectaciones causadas.

⁶¹⁷ Sobre el análisis económico del derecho: COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law & economics*. New York: Addison Wesley Longman, 2000.

prevención de las conductas violatorias de los derechos fundamentales. El Derecho debe enfocarse en la prevención de la afectación más que en la sanción derivada de su incumplimiento. Además de ser una estrategia más barata resulta ser más efectiva. Esto implica una valoración positiva de situaciones en favor de las estrategias jurídicas, como la capacitación obligatoria en temas de derechos fundamentales y su control previo al despido. La prevención y el comportamiento respetuoso de los involucrados en los conflictos laborales conllevarían a que muchos de estos pudiesen ser evitados.

3.6. Protección plausible

El respeto laboral, la dignidad humana, la igualdad, exigen una protección adecuada de los derechos fundamentales de los trabajadores. Para que se protejan adecuadamente los derechos fundamentales se hace necesario que en caso de su trasgresión por parte de los empleadores se indemnice apropiadamente los perjuicios causados, especialmente bajo el principio de reparación integral (y las medidas que ello conlleva). Esta visión de reparación integral alumbró los problemas derivados del despido nulo (los cuales fueron retratados en los párrafos anteriores), especialmente desde su función preventiva, disuasoria y pedagógica. Se trata de hacer loable la constitucionalización del Derecho Laboral desde la interpretación constitucional más plausible inspirada en el respeto laboral.

No obstante que la Ley 36 de 2011, Ley procesal laboral, ha permitido, debido a la indeterminación lingüística de sus artículos 179, 182 y 183, un adelanto en la reparación de los perjuicios inmateriales, desde la perspectiva de facilitar su prueba, acorde con lo establecido en el artículo 181.2⁶¹⁸, y la posibilidad de obtener reparaciones de la lesión del derecho fundamental que no sean estrictamente económicas (como el caso devenido del artículo 9 de la LO 1/1982, reguladora del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen), la propuesta que se realiza, en los párrafos siguientes, está encaminada especialmente a la consolidación de que estas reparaciones económicas sean acentuadas,

⁶¹⁸ Este precepto decanta los matices que la STC 29/2002 y la STC 17/2003 realizaron, entre otras, a las pautas de la STC 38/1981 y la STC 114/1989.

desde la integralidad del Derecho, la vertiente de los adelantos en la responsabilidad administrativa y de sus potencialidades educativas y disuasorias. Existe un vacío plausible en la regulación legal y jurisprudencial del asunto. En este sentido Fernández López expuso “como punto de partida, en este apartado no se cuenta con doctrina constitucional firme acerca del papel de las indemnizaciones en el marco de la tutela de los derechos fundamentales, en buena parte por no ser propios del recurso de amparo los pronunciamientos indemnizatorios”⁶¹⁹.

3.6.1. Reparación integral

La indemnización por la afectación de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, regulada por los artículos 179, 182 y 183 de la Ley 36 de 2011, es una cuestión que implica temas de constitucionalidad, de Derecho Laboral, y del Derecho de Daños. El Derecho de Daños, actualmente, ha estado sobrellevando de un interesante proceso de constitucionalización, en el cual se ha establecido un diálogo fluido de las instituciones y conceptos centrales de esta disciplina desde una perspectiva constitucional, que ha resaltado la importancia de la persona, sus derechos, y el daño como principal referente de los procesos indemnizatorios.

La indemnización de perjuicios por la afectación de los derechos fundamentales como cuestión de constitucionalidad, diferente a los asuntos de estricta legalidad, ostenta su fundamento especial en el artículo 10.1 de la CE, en relación con la dignidad como cimiento del orden político⁶²⁰; en el artículo 14 respecto del principio de igualdad⁶²¹; y en el 24 y 53 en relación a con la tutela judicial efectiva.

⁶¹⁹ FERNÁNDEZ, María. Los procesos especiales en la jurisdicción social. Albacete: Bomarzo, 2012, p. 230.

⁶²⁰ La dignidad humana desde una perspectiva filosófica refiere a la necesidad de tratar a una persona como un fin en sí mismo y no como un medio. “El principio de la dignidad humana reformula el derecho de la responsabilidad para orientarlo no como un mecanismo sancionatorio o de represión sino, por el contrario, como instrumento de reparación a favor de la víctima con el objetivo de dejarla indemne, es decir, buscar la restitución integral de la lesión sufrida”.

⁶²¹ El principio de igualdad es uno de los elementos fundamentales de la reparación integral de los derechos fundamentales. La reparación integral, es especial en el caso de la reparación de los perjuicios compensatorios, exige que a igual daño corresponda una indemnización equivalente. La igualdad exige “la

El fundamento legal de la reparación de perjuicios por la afectación de los derechos fundamentales, para el caso que se estudia, se encuentra consagrado en los artículos 179.3, 182 y 183 de la Ley 36 de 2011. El primero de los artículos anotados refiere a que en la demanda se “deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida”; el segundo establece que el juez en la sentencia deberá disponer “el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental”, y el tercero preceptúa que en el evento en que en “la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”. Además establece que el juez establecerá la cuantía del daño “determinándolo prudencialmente” con la finalidad de “resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión”.

Existen nociones que subyacen la construcción estructural de los artículos citados. Conceptos extraídos de los preceptos glosados, como “restablecimiento en la integridad de su derecho” y “restablecer en la integridad”, son expresiones que aluden al principio de reparación íntegra como elemento trascendental regulatorio. Principio que de forma general permea las instituciones del Derecho de Daños español, y, para el caso, la indemnización de perjuicios por la afectación de derechos fundamentales en el ámbito laboral.

“Nadie alberga duda alguna, en torno a que el régimen de responsabilidad en nuestro Ordenamiento jurídico tenga su fundamento en el llamado principio de reparación

fijación de unos criterios que permitan valorar los perjuicios inmateriales de forma más objetiva que no genere discriminaciones injustificadas o enriquecimiento sin causa para las víctimas

íntegra.”⁶²² Este principio apunta en dos direcciones: la búsqueda de la reparación de la integridad de los perjuicios causados, desde su concepción de totalidad, y la búsqueda del acercamiento a la situación en la que se encontraba el derecho fundamental antes de su afectación. Se trata de dos nociones en momentos distintos pero interdependientes. “La reparación tiene que ser total, para poder así restablecer el equilibrio, y reponer los patrimonios en la situación más próxima posible a la anterior al incumplimiento o a la infracción. Se trata de dejar indemne al perjudicado”⁶²³.

En este mismo sentido la Resolución 75/7 de 1975 del Comité de Ministros de Europa, que pese a que no ostenta fuerza vinculante, representa adecuadamente el espíritu general de orientación legislativa española en cuanto a la reparación íntegra de perjuicios. En esta Resolución se estableció el principio de la indemnización íntegra en los siguientes términos: “La persona que es objeto de un perjuicio debe ser devuelta a una situación lo más cercana posible a aquella en la que presumiblemente se hallaría si el daño no se hubiese producido”. Además se instituyeron como principios que “la reparación económica debe ser calculada de acuerdo con el valor económico del daño en el momento en que se dicte sentencia” y que “la sentencia debe relacionar las indemnizaciones y los conceptos indemnizatorios a los que corresponden, de acuerdo con las distintas clases de perjuicios sufridos por la víctima”⁶²⁴.

De manera orientadora, para el caso, el RDL 8 de 2004, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, establece en su artículo 33, la reparación íntegra y la reparación vertebrada, como principios: “1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.” Y

⁶²² FONT LA SIERRA, Eduardo. La determinación del quantum indemnizatorio de la condena civil de la sentencia penal, en los supuestos de daños corporales. Barcelona: Ministerio de Justicia Español, p. 90.

⁶²³ GIL, Enrique. La constitucionalización del derecho de daño. Bogotá: Temis, 2014, p. 25.

⁶²⁴ FONT LA SIERRA, Eduardo. La determinación del quantum indemnizatorio de la condena civil de la sentencia penal, en los supuestos de daños corporales. Barcelona: Ministerio de justicia español, p. 90.

preceptúa como finalidad del primero “asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos”.

Lo que expresa el principio de reparación íntegra, ha sido denotado por la jurisprudencia y la doctrina con otros nombres, a los cuales, de todas formas, subyace la misma idea. Así pues, esta idea se ha expresado y expresa bajo notaciones como: el principio de total reparación del dañado referido en la STC 254/2005, la “total indemnidad de los daños y perjuicios causados” establecido en la STC 181/2000, o la “restitutio in íntegrum” o compensatio in íntegrum”. La convención América de Derechos Humanos establece en su artículo 63.1 el principio de reparación íntegra en los siguientes términos:

“Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”

Enrique Gil Botero afirma que en la Convención Americana a términos de lo establecido en el numeral 1 del artículo 63, preceptúa la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para, una vez determinada la violación a un derecho o libertad de los allí contenidos y desarrollados, ordenar su reparación o restituir íntegrum.⁶²⁵ A manera ilustrativa, la jurisprudencia Latinoamérica ha establecido sobre dicho principio que

“Debe colegirse, por tanto, que el principio de reparación íntegra, entendido como el precepto que orienta la satisfacción completa de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto igual o cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia, y debe ser interpretado y aplicado de conformidad con la naturaleza del daño producido, máxime si se refiere a la lesión de un bien o interés legítimo que se relaciona con el sistema de derechos humanos”⁶²⁶.

⁶²⁵ GIL, Enrique. La constitucionalización del derecho de daño. Bogotá: Temis, 2014, p. 50.

⁶²⁶ Sentencia del Consejo de Estado del 20 de febrero de 2008.

El principio de reparación integral, fundamentado en la dignidad humana, la igualdad, y la tutela judicial efectiva, devenido de la exigencia de especial protección que ostentan los derechos fundamentales, se contrapone a lo que la doctrina y jurisprudencia clásica denominaron el principio indemnizatorio. Este principio pretendía otorgar una suma de dinero, por concepto de daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, para compensar la afectación de los derechos legales y patrimoniales irrogados a la víctima. Sin embargo, este principio indemnizatorio presenta ciertas insuficiencias en la lectura del constitucionalismo contemporáneo, en especial en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales. Pues, es insuficiente “en lo que concierne al daño proveniente de la vulneración de los derechos humanos toda vez que este no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, como quiera que la lesión de una garantía de esa naturaleza conlleva a la afectación de multiplicidad de facetas de quien la padece.”⁶²⁷

3.6.2. Indemnización de perjuicios materiales e inmateriales

Uno de los temas que resultan importantes en torno a la indemnización integral es el que alude a las categorías que se utilizan para la reparación. Es decir, el tema de los perjuicios materiales e inmateriales y las subcategorías que dentro de ellos se encuentran establecidas. Estas categorías representan lo que se repara, lo que se considera jurídicamente importante de proteger, y cómo se repara; además que encarnan especificaciones de justicia correctiva, dignidad e igualdad.

El trabajador, en el ET, es reconocido en su complejidad intrínseca, y los derechos fundamentales son vistos como bienes importantes de ser protegidos, cuya afectación da lugar a su indemnización. Luego, es trascendente buscar la forma adecuada como deben ser reparados, teniendo en cuenta el principio de reparación integral, aunque ello implique una relectura o complemento de las categorías tradicionales del Derecho de Daños.

⁶²⁷ GIL, Enrique. La constitucionalización del derecho de daño. Bogotá: Temis, 2014, p. 50.

Según los artículos 1101⁶²⁸ y 1106⁶²⁹ del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. Comprende el valor de la pérdida sufrida, y de la ganancia que se haya dejado de obtener; “además de las pérdidas actuales, la pérdida de ganancias futuras”. “También deberán repararse los daños morales, ya que el fin perseguido por la norma de lograr que el perjudicado quede indemne, no se cumpliría si no se incluyeran todos los daños, incluso los morales, cual establecen los arts. 1106 y 1107 del Código Civil y ha reiterado la jurisprudencia”⁶³⁰.

Los artículos 179.3, 182 y 183 de la Ley 36 de 2011, son herederos de esta visión. Pese a exigir la reparación íntegra, y buscar el restablecimiento de los derechos fundamentales al momento antes de su agresión, son portadores de lo que se considera en este escrito dos problemas importantes. El primero es el de la sobrevaloración de los aspectos económicos en la reparación de los perjuicios, y el segundo es el de la falta de establecimientos de categorías que permitan una reparación adecuada.

Como se mencionó anteriormente, en la relación laboral se sobrevaloran los aspectos económicos, lo cual impide dotar de la importancia necesaria a los bienes derivados de la relación que no se cuantifican adecuadamente en dinero, y esta sobrevaloración está implicada en la reparación de perjuicios por la afectación de los derechos fundamentales en el marco laboral. Si bien es cierto que, en los artículos referidos, no se expresa directamente esta tendencia, de la forma de redacción de los preceptos se infiere. En el 179 se establece que en la demanda se fijará la cuantía de la indemnización, y en el 183 que “el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización” “en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

⁶²⁸ Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

⁶²⁹ Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

⁶³⁰ LOPEZ, José. La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. En: Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Número 22, 2007, p. 3.

Para el caso, el respeto laboral exige la valoración de las diversas facetas de la persona humana, su dignidad y derechos fundamentales, y la reducción del patrimonialismo en favor del personalismo. Luego, la forma de reparación integral debe estar de conformidad con el daño causado y no con la compensación económica. La idea que subyace estas proposiciones, es que no siempre la reparación económica cuantificada en dinero es la mejor forma de protección de los derechos fundamentales, pues, existen otras clases de reparación que de manera plausible pueden proteger los derechos fundamentales. Desde esta vista el respeto laboral promueve maneras de reparación no pecuniarias al considerarlas más acordes con el daño.

La capital STC 247/2006, expresa de manera transversal tres ideas generales que se desean resaltar en este punto del discurso. Primera: la indemnización económica como elemento cardinal de la reparación por la afectación de los derechos fundamentales. Al respecto señaló:

“En efecto, la exigencia jurisprudencial a la que se refiere la Sentencia impugnada de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria, debe entenderse cumplida en el presente caso”.

Más adelante, la sentencia recalcó:

“En tal sentido debe tenerse en cuenta que una conducta empresarial que pudiera estimarse constitutiva de discriminación antisindical constituye una infracción muy grave, de conformidad con el art. 8.12 del citado texto refundido, sancionable con multa que, en su grado máximo, puede rebasar con creces la cuantía reclamada por el demandante (art. 40.1 del texto refundido).”

Segunda, las situaciones modales que implican los perjuicios son importantes para la determinación de la indemnización. Pues, son ellas las que describen la intensidad de la conducta, su duración y el grado de afectación del derecho fundamental. Para determinar la reparación íntegra se debe, pues, conocer la situación en que se encontraba los derechos fundamentales antes de su afectación y la forma como estos fueron afectados, para tratar de determinar la manera de acercarlos, lo más posible, a la situación en que se encontraban antes de la afectación. Tercera, existe una dificultad considerable a la hora de cuantificar los daños ocasionados a los derechos fundamentales, en especial, para el caso de los daños inmateriales o morales. Pues, además que dependen en gran medida de la víctima, y las repercusiones psicológicas, su prueba es difícil. La sentencia consideró:

“El demandante expuso detalladamente en su demanda rectora de autos la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo por su activismo sindical en defensa de los derechos e intereses del colectivo de profesores de religión y moral católica al que pertenece, conducta que le ha ocasionado tanto perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción de jornada laboral con la consiguiente reducción salarial), como daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical, de más difícil cuantificación pero cuya realidad no puede negarse”.

La reglamentación legal de la figura, junto con la sentencia hito del asunto, parecen llevar inmersa la indemnización pecuniaria como la única y mejor forma de reparación, sin embargo, el hecho de que se exija la reparación íntegra y que el artículo 183 de la Ley glosada, requiera “la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental”, permite como alternativa la búsqueda de indemnizaciones no pecuniarias, teniendo en cuenta que las afectaciones a los derechos fundamentales no son solo pecuniarias. Por lo cual la indemnización pecuniaria no sería la vía más plausible.

La implementación de medidas no pecuniarias para la indemnización por la afectación de derechos fundamentales es más acorde con las exigencias del respeto laboral, y en especial,

con la dignidad humana, el principio de reparación íntegra, la coherencia entre la reparación y el daño, y las tendencias interamericanas sobre violación a derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, estableció, en el numeral 26:

“Toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, dicha reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”.

En el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, en la sentencia de 25 de noviembre de 2003, la Corte preceptuó que la finalidad de las reparaciones es “desaparecer los efectos de las violaciones cometidas”. De donde dedujo el principio de coherencia entre el daño y la reparación, en relación a que su “naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”.

Las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó, pueden ser pecuniarias y no pecuniarias, y se encuentran íntegradas especialmente por: la restitución íntegra, la indemnización por perjuicios materiales, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La restitución íntegra “es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación”. La indemnización por los perjuicios materiales refiere al daño material (daño emergente, lucro cesante) y al inmaterial. La rehabilitación implica “la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole”. La satisfacción refiere a las medidas morales de carácter simbólico y colectivo de naturaleza no patrimonial, como las excusas públicas, la petición de perdón, actos conmemorativos. La garantías de no

repetición, son aquellas medidas idóneas “tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad”.

“En esta perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone no solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan naturalmente, de la violación de las garantías de la persona, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se debe adoptar medidas de diversa naturaleza (simbólicas, conmemorativas y garantías de otra índole), que propendan el restablecimiento del núcleo esencial del derecho o garantías infringidas”⁶³¹.

Si bien es cierto que las medidas retratadas están enfocadas principalmente en la responsabilidad estatal y la forma como el Estado debe reparar los derechos humanos, estas medidas constituyen un desarrollo del principio de reparación integral y de su finalidad; consisten en exigencias que pueden aplicarse al ámbito laboral como una interpretación constitucional plausible. Las texturas legales precitadas no impiden que dichas medidas no pecuniarias puedan aplicarse en el caso de la reparación integral de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Además de que no existe una prohibición legal para ello, los desarrollos de la tutela judicial efectiva, de la dignidad humana, el principio de coherencia, en el enfoque de reparación integral, exigen que se tomen medidas de este tipo a efectos de proteger adecuadamente las posiciones básicas iusfundamentales.

No puede alegarse, en contra del planteamiento de adoptar medidas no pecuniarias en los procesos de protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral, regulado por la Ley 36 de 2011, que se trata de medidas de Derecho Público o de Derecho Internacional Humanitario, pues se trata de medidas de derechos humanos, de protección a derechos fundamentales, de exigencias constitucionales. Son medidas de Derecho Constitucional que pueden aplicarse en los diversos subsistemas jurídicos: los derechos fundamentales deben protegerse de igual forma sin importar su ámbito. Son herramientas que buscan satisfacer en la medida adecuada las reivindicaciones de la dignidad humana y los derechos humanos.

⁶³¹ GIL, Enrique. La constitucionalización del derecho de daño. Bogotá: Temis, 2014, p. 25.

El hecho que su utilización más frecuente se haga en situaciones de responsabilidad administrativa, no muta su naturaleza de mecanismos que tiene por finalidad satisfacer de manera adecuada la afectación a los derechos fundamentales. No existe una argumentación sólida que justifique su no utilización.

Así las cosas, por ejemplo, resulta importante la garantía de no repetición al interior de la Empresa. El aspecto disuasivo del pago de la indemnización por afectación de derechos fundamentales puede potenciarse con la adopción de medidas en ese sentido, como por ejemplo la creación de comités de protección y promoción de los derechos fundamentales, mejores prácticas organizativas, mayores garantías a las libertades fundamentales; o, en el ámbito de las medidas de satisfacción, la posibilidad de que el empleador sea condenado a pedir excusas al trabajador, por prácticas que atentaron contra su dignidad, honor o intimidad; o que el empleador sea condenado a capacitar a sus empleados en derechos fundamentales a efectos de prevenir la afectación de los mismos; el aspecto educativo de algunas medidas puede ser un potenciador del enfoque preventivo del Derecho. De esta forma, “en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, rehabilitación, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo esencial de un derecho fundamental (ámbito subjetivo) o la dimensión objetiva de ese derecho que ha sido afectado”⁶³².

3.6.3. Tipología de perjuicios

Los artículos 179.3, 182 y 183 de la Ley 36 de 2011, herederos de la visión de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil, establecen la categoría clásica de indemnización de perjuicios: materiales e inmateriales o morales. Dentro de los primeros se encuentra el daño directo y el lucro cesante, el rubro de los perjuicios inmateriales está equiparado al de los perjuicios morales. Ostentan como factor común, las dos categorías, su estimación

⁶³² Sentencia del Consejo de Estado del 25 de abril de 2012.

económica. Sin embargo, la doctrina de la responsabilidad ha avanzado en el sentido de establecer otras categorías de daños inmateriales diferentes al moral.

Se parte del hecho que los perjuicios inmateriales no son solo los morales, sino que pueden existir daños inmateriales distintos al moral, que si se desean reparar íntegramente deben estar establecidos en otra categoría, so pena de no ser compensados. El daño moral, entendido como la aflicción psicológica que siente una persona a causa del daño, no representa afectaciones como: el mayor esfuerzo que debe realizar una persona para desarrollar determinadas actividades o la imposibilidad que ostenta una persona para gozar de las situaciones placenteras de la vida. Por ejemplo, “el denominado daño existencial que imperó en la doctrina italiana entre los años 2003 y 2009, consistía en otorgar, a las víctimas de las incomodidades producidas en todo orden de la persona, reconocimientos económicos orientados de manera específica al haber no reidual de la persona”⁶³³.

Esto ha llevado a que la tipológica clásica para el pago de los perjuicios inmateriales se halla reconfigurado con base en las nuevas tendencias, y en la búsqueda de la objetividad en el pago de los daños causados. Luego de haber trasegado, la doctrina y la jurisprudencia, por nociones como el daño fisiológico (relativo a las incidencias traumáticas en el campo afectivo), el daño a la vida de relación (que exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia), la alteración de las condiciones de existencia (indemnización relativa a cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida), se ha llegado a la noción contemporánea de daño a la salud (relativo a la afectación a la integridad psicofísica), y con ello a una nueva tipología de los daños resarcibles, teniendo como especial fundamento las afectaciones inmateriales causadas a los derechos fundamentales.

⁶³³ GIL, Enrique. La constitucionalización del derecho de daño. Bogotá: Temis, 2014, p. 60.

De esta forma se ha reconfigurado la tipología de la siguiente manera: daños materiales, están compuestos por el daño emergente y el lucro cesante; los perjuicios inmateriales, están compuestos por el daño moral, el daño a la salud y cualquier otra afectación a los bienes jurídicos fundamentales. A tenor literal, sobre este último punto, se ha propuesto lo siguiente:

En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento.⁶³⁴

Por tanto, la indemnización por afectación a los derechos fundamentales en el ámbito laboral, debe hacer uso de las tipologías contemporáneas para la reparación de los derechos fundamentales, en relación con la indemnización de aquellos espacios inmateriales distintos a los perjuicios morales, en aras a lograr la reparación íntegra. De no ser así, quedarían daños sin reparación, afectando el principio de integridad y el de coherencia. Al tratarse de asuntos de reparación de bienes constitucionales, puede plantearse la aplicación de los avances de las entidades jurisdiccionales, que por tradición han tratado asuntos de esta naturaleza, como sería el caso de las jurisdicciones sobre derechos humanos y Derecho Público. Así, la afectación al derecho fundamental al honor dentro de la empresa, puede ser resarcida, entre otras cosas, con una medida de satisfacción no pecuniaria, en la que se le ordene al empleador pedir excusas públicas al trabajador. Situación, que no está prohibida

⁶³⁴ Sentencia del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2011.

por los artículos 179 y 183 glosados, sino que parece, antes bien, ser exigida por el artículo 182 y la CE.

Las megacategorías de daños impiden una reparación adecuada de perjuicios, pues no discriminan adecuadamente lo que se está reparando, por lo que las decisiones judiciales terminan siendo abiertamente desiguales. El hecho de englobar, como lo hace el artículo 182 de la Ley 36 de 2011, todas las afectaciones inmateriales como daño moral implica la utilización de una megacategoría. La cual, es difícilmente controlable y desigual. Además que presenta criterios poco claros de reparación.

Existe cierta tendencia jurisprudencial de aplicar con carácter orientador el “Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación”, el cual se consagra en la Adicional Octava de la Ley 30 de 1.995, el cual actualmente es Anexo, en el Real Decreto Legislativo 8 de 2004 por el que se aprueba el “Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”. Este sistema de tasación, pese a que presenta ventajas como la seguridad jurídica, la igualdad⁶³⁵, reduce la discrecionalidad, y ofrece cuantificación de los daños morales, deja pendientes asuntos importantes por resolver en torno al tópico de la afectación de los derechos fundamentales, en especial, los daños inmateriales no eminentemente morales y las medidas de reparación no pecuniarias.

Ahora bien, existen dos problemas principales en relación con la tipología propuesta: la gran cantidad de garantías o derechos fundamentales que protegen los constitucionalismos modernos y la posibilidad que se generen una proliferación de categorías que impliquen un enriquecimiento injustificado de la víctima o la duplicidad de indemnizaciones respecto de los mismos daños. Por lo cual, se hace importante el establecimiento de criterios legales o jurisprudenciales que permitan la búsqueda de la igualdad y la objetividad en la reparación

⁶³⁵ En este sentido la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 17 julio 2007, refiere a la tasación estructurada o vertebrada del daño y a las ventajas de la aplicación del Baremo que se contiene en el RDL 8 de 2004.

de los derechos fundamentales. Como sería el caso del elemento estático y el dinámico en el daño a la salud. Criterios que, de todas formas, permiten un papel trascendental al juez.

3.6.4. Juez prudente

De los argumentos anteriores es plausible identificar características de fundamentación de la valoración de daños a los derechos fundamentales. Existen normas constitucionales que fundamentan la responsabilidad de los particulares por afectación a derechos fundamentales, como sería el caso de los artículos 10, 14, 24 y 51 de la CE. De lo establecido en la Ley 36 y la capital STC 247/2006 se puede inferir un sistema indemnizatorio abierto, que implica que el juez adquiere un papel importante y ostenta ciertos márgenes de acción para configurar esa materia. Por tanto, existe viabilidad jurídica para reconstruir categorías que permitan el resarcimiento de los perjuicios que no quedan cubiertos por el daño moral y utilizar mecanismos de reparación no pecuniarios.

La importancia del juez deriva de las imposibilidades del legislativo, no solo en el ámbito de las categorías sino en su aplicación a circunstancias singularísimas como la afectación particular de los derechos fundamentales. El legislador no puede prever la pluralidad de daños, facetas y alcances que puedan suceder en la afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores, y por ende no puede regular las medidas de reparación y resarcitorias, pecuniarias y no pecuniarias, para cada supuesto factico, por lo que deviene el imperativo del uso prudente del “arbitrum juris” para materializar el contenido de la reparación integra.

El juez adquiere márgenes de acción de amplitud considerable, en su función de valorar, cuantificar y ordenar la reparación de perjuicios. Esta amplitud ha sido controlada desde dos obligaciones generales, el ejercicio de recursos, y desde la noción de arbitrio judicial. La primera obligación se deriva del principio de coherencia, refiere a la valoración del daño de conformidad con las pruebas o indicios allegados al proceso, la segunda, al deber de fundamentar adecuadamente la sentencia. En otras palabras, la función del juez de

responsabilidad “comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada, como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad”⁶³⁶.

La arbitrariedad no es una consecuencia de la discrecionalidad, sino el resultado de su uso inadecuado. De conformidad con lo establecido en los artículos 24 y 120.3 de la CE, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, 182 de la Ley 36 de 2011, el juez “debe motivar suficientemente su decisión y resolver todas las cuestiones planteadas, lo que le obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados.”⁶³⁷

En la STC 78 de 1986, el Tribunal dispuso, la obligación de motivar adecuadamente la sentencia como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva:

“La tutela judicial efectiva supone que los recurrentes han de obtener una decisión fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa. Tal decisión fundada en derecho requiere, ante todo, que la resolución judicial se infiera de la Ley y explique adecuadamente de qué manera esta inferencia es aplicable al caso concreto respecto del cual se juzga”.

La motivación de las decisiones judiciales es un mecanismo que facilita su corrección mediante el ejercicio de los recursos legales y constitucionales. La STC 163/2000, preceptuó que:

“la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan

⁶³⁶ LOPEZ, José. La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. En: Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Número 22, 2007, p. 4.

⁶³⁷ *Ibíd.*

conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos”.

Alejandro Nieto presenta una noción de arbitrio desde una perspectiva esperanzadora y complementaria de los principios de legalidad, y para el caso, de constitucionalidad, la cual se aleja de manera prescriptiva de la arbitrariedad. De forma literal dispuso:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus decisiones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien –como es frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca para el conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Repito como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación”⁶³⁸.

Las exigencias del respeto laboral, inspirado en la dignidad humana, presentan una herramienta argumentativa y de interpretación que ayuda a guiar las decisiones del juez. Un juez prudente es aquel que cumple con su función dependiendo del escenario en el cual se encuentre, es garantista y respetuoso. En materia de protección de derechos fundamentales es un juez garantista en el sentido de que está atento a proteger las amenazas o violaciones que contra estos se cometan⁶³⁹. Es progresista en la forma de interpretar, corregir y otorgar la lectura constitucional más plausible en aras a la protección de los derechos fundamentales.

El ramillete de las fuentes, su sentido, su contexto de inestabilidad, le permite construir diferentes posibilidades de protección y reparación acordes con la dignidad humana. El juez

⁶³⁸ NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 219.

⁶³⁹ Sobre las normas adscritas: BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 108-141.

no crea derechos fundamentales, ellos son inherentes a la persona, lo que hace es declarar en sentencia su existencia y velar por su protección, y mejor forma de reparación, para el caso, en el ámbito laboral.

El juez de protección de derechos fundamentales de los trabajadores es un agente que articula el Derecho Constitucional, el Derecho Laboral y el Derecho de Daños, en busca de la promoción, protección y reparación más plausible, teniendo en cuenta la finalidad preventiva y educativa que ostentan sus decisiones. Se involucran en la concreción y reparación de los daños a los bienes derivados del respeto laboral. Busca escenarios de prevención, promoción y protección como estrategia constante. Un panorama en este sentido resulta esperanzador.

Conclusiones

En la presente investigación se propone la figura jurídica del respeto laboral como una respuesta constitucionalmente plausible, desde el punto de vista de la igualdad, y de la importancia de los derechos fundamentales, a los problemas de inestabilidad constitucional y a la tensión que presenta la acomodación y la asimilación de los derechos fundamentales, en el contrato de trabajo.

El respeto laboral se encuentra inserto dentro de una visión nuclear del Derecho. La visión nuclear formulada, se muestra como una alternativa loable a las visiones clásicas y refundidas del Derecho como pirámide, embudo o red. La visión nuclear del Derecho refiere a que este y sus subsistemas están integrados por núcleos jurídicos fundamentales alrededor de los cuales gravitan en orbitas cercanas y orbitas lejanas, las distintas piezas del Derecho. El respeto laboral, de la forma como se plantea, es el núcleo principal alrededor del cual orbitan de manera movable, dinámica, cercana y lejana, e imprevisible, las relaciones laborales.

La reconstrucción del respeto laboral que se formula, ostenta dos dimensiones generales: una estructural, y, otra, crítica o prescriptiva. En la primera dimensión se plantean los elementos estructuralmente importantes del respeto laboral, entre ellos se destaca su naturaleza, funcionalidad, aspecto subjetivo, cuantitativo y temporal.

Desde la perspectiva de su naturaleza, el respeto laboral, por su trascendencia, se propone como un núcleo jurídico fundamental, alrededor del cual gravitan las relaciones laborales (es una forma de simplificar la diáspora jurídica laboral). Este núcleo se caracteriza por obrar de distintas formas y por convertirse en las razones de más alto valor dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual, no siempre resulta posible su ponderación. El respeto laboral no solamente se caracteriza por su valor absoluto, sino también por la operación multinivel.

En relación al aspecto subjetivo del respeto laboral se plantean tres ideas. En primer lugar, la importancia de la responsabilidad del mismo trabajador en la garantía del respeto laboral, y, especialmente, en la protección de sus propios derechos y los del empleador. En segundo lugar, el respeto laboral exhibe la importancia de la protección de los derechos fundamentales del empleador en las tensiones laborales que se presenten. En tercer lugar, en relación a la notación del respeto laboral, se propone que el sentido del término debe ser el más común y obvio posible, con lo cual se exhibe una crítica al tecnicismo y a las elites jurídicas.

En el enfoque cuantitativo del respeto laboral, donde se exige la máxima protección dentro del ordenamiento jurídico, se formulan tres ideas: deben eliminarse progresivamente las causas de irrespeto, protegerse más que restringirse, y restringirse solo en favor del respeto. En el aspecto temporal, se presenta el respeto laboral teniendo en cuenta, principalmente, una mirada retroactiva y prospectiva desde el presente.

Desde la dimensión prescriptiva o crítica el respeto laboral se exhibe como una figura que permite la constante reformulación de las instituciones jurídicas. Es un referente para la presentación de objeciones y una inspiración para la formulación de soluciones alternas. Aplicado el respeto laboral a figuras jurídicas del Derecho Laboral colombiano y español, presenta interesantes planteamientos.

En el ámbito de la doctrina de la estabilidad laboral reforzada, implementada por la Corte Constitucional colombiana, fundamenta y presenta una propuesta en tres momentos: el de los titulares, los destinatarios y las reglas de protección. Para determinar la titularidad del derecho a la estabilidad laboral se plantea como sustituto del “trabajador vulnerable” el del “empleador hipotético”. En el ámbito de los destinatarios se propone, con base en una visión comprensiva y móvil de las relaciones jurídicas y los derechos, tres destinatarios de la protección en el empleo: el trabajador, el empleador y el Estado. El contenido de las reglas de protección debe revisarse en tres períodos, teniendo en cuenta la formulación de

reglas de responsabilidad y diligencia a cargo del trabajador, la regla del empleador hipotético y la garantía del Estado.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Laboral español, en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales bajo las reglas del despido nulo, se plantean alternativas que promuevan, protejan y reparen la integridad de los derechos fundamentales, desde perspectivas no estrictamente pecuniarias o económicas, las cuales cuentan con un considerable potencial preventivo, disuasorio y educativo. Se trata de reconsiderar el paso del patrimonialismo al personalismo, como una implicación del paso del Estado Liberal al Estado Constitucional contemporáneo, en el ámbito del Derecho Laboral.

La reparación integra, multidimensional, y suficiente en el ámbito laboral se presenta como variante a lo que la doctrina y jurisprudencia clásica denominaron el principio indemnizatorio. La implementación de medidas no pecuniarias para la indemnización por la afectación de derechos fundamentales es más acorde con las exigencias del respeto laboral, y en especial, con la dignidad humana, el principio de reparación integra, la coherencia entre la reparación y el daño, y las tendencias interamericanas sobre protección a derechos fundamentales. Las modalidades de reparación propuestas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias, y se encuentran integradas especialmente por: la restitución integral, la indemnización por perjuicios materiales, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

Además se formula, para el ámbito laboral, que los perjuicios inmateriales no sean solo los morales, sino que pueden existir daños inmateriales causados al trabajador, distintos al moral, que si se desean reparar íntegramente, deben estar establecidos en otra categoría, so pena de no ser compensados. De esta forma se plantea que se aplique la tipología de los perjuicios inmateriales de la siguiente manera: daño moral, daño a la salud y cualquier otra afectación a los bienes jurídicos fundamentales.

1. El Derecho Constitucional se caracteriza estructuralmente, pese la pretensión de estabilidad que se enfila a nivel constitucional, sistémico y de determinación, por su inestabilidad moderada, lo que exhorta a la búsqueda de estrategias para su acomodación y presenta alternativas para la protección plausible de los derechos fundamentales laborales, desde una perspectiva preventiva, dinámica y móvil.

2. El trasfondo del análisis jurídico, se bosqueja, en el de una moderada pero constante incertidumbre. La inestabilidad constitucional se muestra como consecuencia de dos tendencias generales. La primera, se conforma por tres factores: la crisis general que le está acaeciendo hace varias décadas al derecho, los cambios más específicos que han minado los elementos estructurales de la estabilidad jurídica y la materialización del derecho producto de la importancia que han adquirido los derechos fundamentales. La segunda, refiere a que los principales factores que afectan la estabilidad jurídica, especialmente en el campo del Derecho Constitucional, son los siguientes: la falta de organización (cuantitativa o cualitativa) en el sistema de fuentes, la indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales, la tecnicidad jurídica, la imprevisibilidad jurídica, la jurisprudencia del caso concreto, y la mutabilidad de las decisiones jurídicas por jueces constitucionales o supranacionales.

3. Ante la diáspora jurídica existente, y la forma como se entrecruzan las relaciones jurídicas, se propone entender el Derecho desde una perspectiva nuclear. Esta perspectiva se inspira en la concepción clásica de la composición de un átomo, y de los sistemas celestes. La concepción nuclear ostenta un poder explicativo, analítico y predictivo más fuerte que las concepciones tradicionales del formalismo, el realismo o el neoconstitucionalismo. La pirámide era una fórmula interesante para el positivismo, de igual forma que el embudo lo era para el realismo, o la red para el neoconstitucionalismo, sin embargo, no explican adecuadamente la concepción actual del Derecho, sus relaciones e implicaciones. La visión nuclear el Derecho significa, a grandes trazos, que éste está formado, por diversos subsistemas, móviles y cambiantes, integrados por tres componentes generales: un núcleo, una órbita cercana y una órbita general. El núcleo es la parte más

importante y esencial del sistema o el subsistema, alrededor del cual gravitan los demás elementos del sistema o el subsistema. De forma general, en el Derecho Constitucional ese núcleo central está formado por la noción de dignidad humana, y en el campo subsistema laboral, se propone al respeto laboral. Alrededor del núcleo gravitan los elementos de la órbita cercana, es decir, los derechos fundamentales o los derechos fundamentales laborales. La órbita general está compuesta por regulaciones o decisiones que pese a que giran alrededor del núcleo ostentan una influencia más débil, por lo cual, ostenta un potencial de independencia sin dejar de estar enmarcado en dicha gravitación.

4. La protección multinivel propuesta, que es complemento de la visión nuclear del Derecho, trata de entender cuatro niveles de protección de los derechos fundamentales. La idea que subyace a estos planteamientos se encuentra fincada en el cambio de acento respecto de la importancia que ostentan las personas en la protección de sus propios derechos. Se trata de acentuar un Derecho no tanto de los derechos sino de los compromisos y las responsabilidades. El cuarto nivel de protección, o el menos importante, lo constituye el nivel judicial; el tercero, deriva de la protección de las instituciones gubernamentales; el segundo nivel lo constituye la protección social; y el primero el entendimiento personal de la responsabilidad en la protección de los propios derechos.

5. Se plantea un proceso de adaptación dinámico y multidimensional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, conformado por cuatro etapas. Los derechos fundamentales se exhiben en un interesante “proceso de adaptación” en el Derecho Laboral, lo cual vislumbra perspectivas atrayentes que muestran desde ángulos diversos los principales puntos actuales del debate. El proceso de adaptación formulado muestra cuatro etapas de análisis: el impacto, la acomodación, la reestructuración, y la devolución. El impacto alude a la inserción de los derechos en el campo laboral, lo cual representa una primera fricción entre dos unidades en principio distintas. La acomodación refiere a cuando los derechos fundamentales son delimitados o actualizados. En un tercer momento, se da la etapa de la reconfiguración indirecta: se ve como los derechos fundamentales no solo se acompañan al orden laboral, si no que de manera indirecta modifican los elementos

estructurales. En un cuarto momento, viene la reacción. Las exigencias de los derechos fundamentales chocan entre ellas mismas, se hacen, en algunos casos, irrealizables, y se tensionan con los derechos fundamentales del empleador. Lo que hace que se obtenga una especie de equilibrio dinámico, en el cual los derechos fundamentales se instauran en la relación laboral.

6. El respeto laboral se presenta como el núcleo jurídico fundamental del Derecho Laboral, permite organizar las relaciones laborales y dotarlas de un sentido coherente con los derechos fundamentales y, en especial, con la igualdad constitucional. Desde una concepción estructural se plantean sus rasgos definitorios, los cuales, se presentan como los componentes esenciales encargados de bosquejar los puntos importantes que alumbran la figura propuesta. Estos elementos necesarios son su naturaleza, alcance, aspecto subjetivo, cuantitativo y temporal. La principal diferencia del respeto laboral con la dignidad, es el énfasis que aquel sitúa en los deberes o compromisos derivados de la relación laboral. Con lo cual fundamenta especiales exigencias para sí mismo y el respeto por los derechos fundamentales de los demás. La dignidad presta un especial acento en los derechos, el respeto en las exigencias para consigo mismo y para con los demás.

7. El respeto laboral se exhibe como una consecuencia posiblemente directa del diseño institucional del constitucionalismo contemporáneo. Y, especialmente, está inspirado en la dignidad humana y en el cambio del concepto de trabajador masa, por el del trabajador ciudadano. Aquel modelo de trabajador se caracterizaba por seis aspectos esenciales: la finalidad monetaria de la relación laboral, obra de mano poco cualificada, poca influencia normativa, alto grado de desigualdad, y la ausencia de facultades importantes derivadas de los derechos fundamentales en la fábrica. En el campo del trabajador ciudadano los derechos fundamentales ostentan una importancia ulterior, el poder regulativo del trabajador ha aumentado de forma indirecta, y de la relación laboral se derivan importantes bienes que hacen que el dinero no sea el principal objetivo del contrato.

8. El mérito de la concepción de respeto laboral radica especialmente en su poder explicativo y prescriptivo desde la óptica constitucional, y en que responda a los cuestionamientos básicos que puedan efectuársele desde una perspectiva constitucional contemporánea. El respeto laboral presenta seis ventajas estratégicas. Permite, en primer lugar, otorgarle un papel más importante a los derechos y deberes fundamentales dentro de la relación laboral. En segundo lugar, se establece como un núcleo jurídico alrededor del cual orbitan las relaciones laborales. En los campos de indeterminación constitucional y legal, el respeto laboral se convierte en el núcleo que permite aglomerar y articular de manera adecuada las relaciones laborales, explicar, interpretar y construir una reglamentación laboral plausible, de conformidad con las exigencias constitucionales. En tercer lugar, cumple una función clasificatoria. Cuarto: ayuda a la protección de la figura; al sugerir idear situaciones y estrategias jurídicas que protejan las posiciones en las cuales se encuentra. Además de lo anterior, los trabajadores pueden hacer cálculos acerca del grado de respeto en los cuales se encuentran y conocer el alcance de sus derechos, buscar estrategias de protección y prever las posibles consecuencias de la contratación en la cual se encuentran adscritos.

9. El respeto laboral, por su trascendencia, en su naturaleza, se plantea como un núcleo jurídico fundamental. Esta concepción se basa en la filosofía política y se funda en la idea de que todos los intereses jurídicos no poseen el mismo valor, pues, existen algunos que poseen un valor independiente, absoluto, mientras que otros poseen un valor dependiente y relativo. Los valores absolutos son presupuestos e independientes. Los núcleos o intereses jurídicos *iusfundamentales* son figuras del más alto grado de importancia para el ordenamiento jurídico y social, son intrínsecos a él. Los núcleos jurídicos fundamentales no solamente se caracterizan por su valor absoluto, sino también por la operación multinivel. Pueden obrar de diferentes formas y perspectivas, y en todos sus niveles de análisis se constituyen en razones para la actuación y la decisión en un determinado sentido, teniendo en cuenta que el poder de las razones que esgrime no se dirige solamente al juez o al legislador sino, en especial, a los ciudadanos.

10. El aspecto subjetivo del respeto laboral está integrado por asuntos relativos a quién debe garantizarlo, a favor de quién y desde cuál perspectiva. La formulación que se presenta en estos tres asuntos está enfilada a que no solo el empleador es el encargado de garantizar las obligaciones o derechos derivados en favor del trabajador; el empleador y el Estado también se benefician de la inserción del respeto laboral; y el sentido más común del término es el que debe prevalecer. En cuanto al primer asunto se compone de tres niveles de análisis, que se traducen en reglas de garantía del Estado, del empleador y del trabajador. El hecho que exista una obligación estatal de garantía no excluye la corresponsabilidad de los ciudadanos. El igualitarismo constitucional, la concepción nuclear del Derecho, su inestabilidad, el principio cooperativo, irradian las obligaciones de los trabajadores y empleadores. Pese a la importancia que ostenta el Estado, y sus actuaciones de garantía, desde un punto de vista más concreto, quien tiene la mayor posibilidad de trasgredir el núcleo jurídico fundamental es el empleador, por lo tanto, éste ha de jugar un rol protagónico en la garantía del interés jurídico fundamental.

11. En principio se entendía que el principal beneficiado del respeto laboral era el trabajador; la forma adecuada de entenderlo conlleva a que, pese a que siga ostentando como principal beneficiario al trabajador, y por extensión a sus familiares o las personas que de él dependan, se tenga en cuenta los beneficios en favor del empleador, y del Estado como garante de fines trascendentes como la convivencia social y el respeto a los derechos fundamentales.

12. El sentido de la noción de respeto laboral está inspirado en la simplicidad y en el constitucionalismo popular, por lo cual, se propone una vulgarización de las notaciones y especificaciones del término. Pese a la inspiración filosófica y constitucional de su fundamentación, el alcance de los derechos y deberes que se derivan, la forma como se condicionan y relacionan las estructuras del subsistema laboral, deben estar tendencialmente orientados a que su comprensión sea traslúcida. Las notaciones han de preferir los significados más populares que puedan otorgársele; pues, la prevalencia de esta clase de sentidos es un presupuesto del conocimiento y ejercicio de los derechos laborales

13. En el aspecto cuantitativo del respeto laboral, el cual está alumbrado por la pregunta sobre la medida en la cual debe protegerse, se propone una vía acorde con su naturaleza de núcleo. Al ser la parte más importante del subsistema, debe protegerse en la medida más adecuada posible. Como núcleo jurídico fundamental exige máxima protección dentro del ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en tres ideas: deben eliminarse progresivamente las causas de irrespeto, protegerse más que restringirse, y restringirse solo en favor del respeto. Como es difícil proponer un tipo utópico de situaciones en las cuales se cumpla plenamente el respeto laboral, la vía más adecuada para su protección está compuesta por la eliminación progresiva de los hechos causantes de irrespeto, esto basado en cuestiones epistemológicas, de determinación y protección. Que deba protegerse más que restringirse, significa que existe un mandato de progresividad en la eliminación de las causas de irrespeto, una vez eliminadas éstas existe un mandato de no regresividad en cuanto al retorno de situaciones indeseadas que presentan causas u oportunidades para la afectación de los derechos fundamentales. Sin embargo, en ocasiones pueden restringirse los beneficios del respeto laboral, cuando su restricción se haga para proteger un componente más valioso de éste.

14. El respeto laboral se plantea con un fuerte componente temporal. La propuesta en el aspecto temporal ostenta dos perspectivas: una general y otra específica. La perspectiva general muestra al respeto laboral como un instrumento que exhibe la capacidad de establecer relaciones del pasado, presente y futuro de la relación laboral. En cambio, la perspectiva específica está encargada de revisar el aspecto temporal dentro de los elementos integrantes del contrato de trabajo. En el primer caso, la relación entre unidades temporales se realiza teniendo en cuenta principalmente una mirada retroactiva y prospectiva desde el presente. Desde esta perspectiva cumplen una función especialmente evaluativa, materializadora y prospectiva. Desde una visión específica pueden notarse los siguientes rasgos: que la relación laboral se ha mantenido igual, que ha sufrido leves cambios, que ha sufrido modificaciones moderadas o que ha cambiado bruscamente.

15. En relación con la justificación, del respeto laboral se ha propuesto una fundamentación tendencialmente constitucional y otra tendencialmente filosófica. La fundamentación de la figura es importante, por cuanto, además de soportar y justificar la figura, se encarga de dotarla de sentido, alcance, y finalidad. En el campo constitucional se formulan tres formas de fundamentación: en la súper estructura constitucional, en la estructura concreta y en las disposiciones constitucionales relacionadas, estas formas de fundamentación se inspiran en grados de abstracción y concreción constitucional.

16. La fundamentación abstracta en la súper estructura constitucional, que se formula, refiere especialmente a que en las Constituciones de España y Colombia se reconoce derechos fundamentales, son de carácter democráticas y está referida la figura del Estado Social. La fundamentación concreta se formula con base en las disposiciones jurídicas que de forma directa concretizan los aspectos centrales del respeto laboral a nivel constitucional. No se trata de que en las cartas constitucionales de Colombia y España existan alusiones directas al respeto laboral, sino que en estos textos las alusiones a la dignidad y a las garantías del derecho al trabajo son consustanciales a la propuesta del respeto laboral. En la Constitución colombiana la fundamentación directa se perfila en el artículo 25 y en el 53, en la Constitución española su fundamentación está radicada especialmente en los artículos 10.1, 35 y 53.

17. La fundamentación relacional tiene por finalidad mostrar los cercanos ámbitos compartidos normativa y factualmente por los derechos constitucionales. En el “sistema” jurídico, se relacionan de forma compleja los derechos fundamentales de tal suerte que es imposible llevar a cabo una traza geométrica de los sentidos y alcances de cada uno de ellos. Lo cual genera una multiplicidad de puntos nodales. Así pues, el respeto laboral encuentra su fundamento indirecto en la protección de otros intereses jurídicos. Cuando se protege el respeto laboral se están protegiendo relacionalmente otros principios constitucionales; y esta afirmación vale en sentido contrario, pues, cuando se protegen otros intereses jurídicos se salvaguarda el respeto laboral. Los principales fundamentos

relacionales del respeto laboral son: el mínimo vital, la vida, la igualdad, la libertad, la autonomía y la honra.

18. La fundamentación del respeto laboral desde una perspectiva filosófica es insuficiente y no ha sido objeto de profundos desarrollos. Sin embargo, se propone una fundamentación de tres maneras: como parte de los derechos humanos, como derecho social y de manera concreta. La forma concreta de fundamentación filosófica se encuentra representada principalmente por la formulación de Dworkin, en donde se presenta el derecho a igual consideración y respeto como el fundamento de los demás derechos. De esta noción se abduce que los derechos laborales solo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el respeto lo exige; luego, cuando no puede formularse una razón basada en él, entonces el pretendido derecho no existe.

19. La dimensión crítica del respeto laboral al ser utilizada en casos específicos, como se dijo, permite el planteamiento de objeciones y sugerencias para la reconstrucción de las figuras. A la doctrina de la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados, construida por la Corte Constitucional colombiana, le objeta: una visión reduccionista de la titularidad del derecho, una perspectiva simplificada de sus destinatarios, fallas de enfoques semánticos, ideológicos y pragmáticos.

20. Para reconstruir la figura, desde el respeto laboral, se propone, especialmente: una visión reducida de los titulares del derecho, con base en la variación del criterio del trabajador vulnerable por el del empleador hipotético; especiales exigencias a cargo del trabajador, como garante de su bienestar, bajo la sugerencias de diversas reglas de garantía, donde se enfatiza el Derecho de los compromisos; y una visión móvil de la forma como operan las reglas de protección, desde una perspectiva especialmente preventiva y educativa.

21. En el caso de los titulares se formulan dos presupuestos orientadores: que existan diferencia de trato de conformidad con el grado de afectación, y que se delimite de la forma

más precisa las personas titulares de esta protección. Es importante determinar y reducir los titulares de la protección del derecho, a efectos de hacerla más eficiente. Al ser un derecho de titularidad concreta podrá delimitarse y exigirse de mejor forma; lo cual hará más real y efectiva su protección. El criterio de la Corte Colombiana, del trabajador vulnerable, además de general, se desenvuelve desde una perspectiva que puede catalogarse como interna y subjetiva; es inadecuado. En su lugar, se propone el criterio del empleador hipotético, desde una perspectiva externa y que tiene por finalidad buscar mayor objetividad. Bajo este espectro, se han de escoger las personas que no pueden desempeñar sus labores de forma tal, que no serían contratadas para desarrollar el (su) empleo por un empleador hipotético.

22. En cuanto a los destinatarios de la protección del derecho, se formula una noción compleja y comprensiva de exigencias multidireccionales. Basado en los compromisos y deberes constitucionales, se sugiere un cambio de visión, en la cual el trabajador es obligado mediante ciertas reglas de garantía a presentar un grado moderado de precaución. El primer responsable es el trabajador, desde el principio de buena fe, las responsabilidades derivadas del ejercicio de los derechos, el deber de respetar los derechos ajenos, y la ejecución de buena fe del contrato del artículo, de donde derivan dos obligaciones legales y reglamentarias: una de cuidado y diligencia, y otra de carácter restaurativo.

23. Luego que el trabajador cumpla la obligación jurídica de prevención y autoayuda y no se haya recuperado de sus afectaciones, se formula que el deber jurídico de protección pasa a cargo del empleador, según lo reiterado en la doctrina constitucional. En caso que el empleador no pueda cumplir adecuadamente las obligaciones impuestas por la estabilidad laboral reforzada, bien sea por que no es posible, no tiene capacidad para ello, o resulta excesivamente gravosa, dicha responsabilidad, bajo reglas de garantía y promoción, pasa a cargo del Estado, de conformidad con la fórmula del Estado Social, la obligación de garantía de los derechos, el deber de solidaridad, los principios de la seguridad social, y los compromisos del convenio de la OIT 159 de 1983.

24. Por su parte, el contenido de las reglas de protección, teniendo en cuenta lo anterior, debe ser revisado en tres momentos temporalmente sucesivos, en donde se establecen especiales compromisos del trabajador, en relación a la prevención y recuperación, del empleador, en cuanto a la permanencia del trabajador en el empleo, y del Estado, como garante de derechos fundamentales. En el primero, el destinatario de las reglas es el trabajador. De allí se deriva una regla de responsabilidad y diligencia a su cargo. El segundo momento refiere a la obligación que tiene el empleador de continuar adelante con la permanencia del trabajador en la empresa, una vez se haya dado la titularidad de este derecho en cabeza del trabajador, de conformidad con la regla del empleador hipotético. Esta regla se materializa, entre otras cosas, en las subreglas, anteriores y posteriores, dadas por la Corte Constitucional bajo el atisbo de la estabilidad laboral reforzada. El principal cambio de estas reglas doctrinarias, recae en dos situaciones: su ubicación secundaria y su enfoque especialmente preventivo. El tercer momento entra a operar cuando se haya agotado de forma plena las anteriores, y en los eventos reseñados, el destinatario pasa a ser el Estado, bajo la regla de garantía descrita.

25. Ahora bien, la figura del despido nulo dentro del ordenamiento jurídico español, al ser analizada y criticada, muestra determinadas inconsistencias, las cuales pueden ser solventadas mediante una relectura constitucional, razonable y complementaria que haga frente a los problemas que presenta, de conformidad con las exigencias del respeto laboral y los derechos fundamentales. Las propuestas que se realizan, bajo tales premisas, se catalogan como: enteramente no económicas, preventivas, integrales y potencialmente educativas.

26. Se plantea un especial cambio de énfasis, en el cual el patrimonio, como parte importante del Derecho Laboral, se sustituya por la persona y sus derechos. En ningún momento se desean eliminar las pretensiones económicas del contrato, esto sería absurdo. Las concepciones liberales y burguesas del Estado sobredimensionan el patrimonio y las contraprestaciones económicas en los contratos. Los modernos constitucionalismos democráticos, resaltan la importancia de la persona como elemento central de las relaciones

jurídicas, la persona con su complejidad y libertad, y las diferentes dimensiones que necesitan ser satisfechas, como: el honor, el honor, la intimidad, el plan de vida, la familia, el honor, el status personal y profesional, la tranquilidad personal, entre otros.

27. Los bienes de naturaleza no estrictamente pecuniaria se dan en diferentes facetas y perspectivas dentro del contrato. El trabajador no solo obtiene beneficios pecuniarios de su trabajo, de la misma forma que el empleador no solo cumple sus obligaciones patrimonialmente, sino que bienes jurídicos ligados a los derechos fundamentales horadan las etapas de desenvolvimiento de los derechos fundamentales en la empresa. Por lo cual, deben ser promovidos, protegidos y reparados de forma íntegra.

28. Al centrar al respeto laboral como núcleo de las relaciones laborales se formula un dialogo fluido con las cuestiones de constitucionalidad que se han venido desembocando y desarrollando con mayor riqueza y firmeza en otros subsistemas jurídicos, cuestiones que muestran perspectivas interesantes para enriquecer la doctrina laboral. Los adelantos doctrinarios en temas de Derecho de daños y responsabilidad estatal enriquecen, con perspectivas decantadas, la protección adecuada y preventiva de derechos fundamentales en el Derecho laboral, pues, se tratan de campos en los cuales subyace la tradición de protección (o violación) de derechos fundamentales. Para que se protejan adecuadamente los derechos fundamentales se hace necesario que en caso de su trasgresión por parte de los empleadores se indemnice apropiadamente los perjuicios causados, especialmente bajo los postulados de coherencia y reparación integral, y desde su función preventiva, disuasoria y educativa.

29. Se formula la pretensión de equivalencia entre el daño y los perjuicios causados, y la conmensurabilidad de la reparación. La reparación integral se nutre y condiciona con la coherencia entre el daño y la indemnización, pues, la búsqueda de la reparación de la integridad de los perjuicios causados y la búsqueda del acercamiento a la situación en la que se encontraba el derecho fundamental antes de su afectación, conllevan a que se

analicen distintas dimensiones y facetas del daño, que se trate de reparar el perjuicio con entidades pecuniarias y no pecuniarias, y que se busque su evitación en un futuro.

30. Ampliar el espectro jurídico de posibilidades a efectos de que se incluyan medidas no pecuniarias de reparación es una estrategia de coherencia y protección adecuada. Es coherente con las exigencias constitucionales, los adelantos en la justicia contenciosa, las tendencias interamericanas sobre violación a derechos fundamentales, la commensurabilidad entre el daño y la reparación, y especialmente con la protección esperada del respeto laboral. Las modalidades de reparación propuestas, para el caso de afectación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, pueden ser pecuniarias y no pecuniarias, y se encuentran integradas especialmente por: la restitución integral, la indemnización por perjuicios materiales, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Estas medidas permiten desmoronar y mostrar la discordancia e ineficacia de las medidas enteramente patrimoniales en la reparación del daño causado por la afectación de derechos fundamentales en el despido, desde la perspectiva que pueden repararse simbólicamente dimensiones de los derechos fundamentales que de otra forma quedarían insatisfechas, a la vez que exhiben un fuerte potencial educativo y preventivo.

31. Teniendo en cuenta la anterior línea argumentativa, se propone una categorización más compleja y comprensiva de los perjuicios inmateriales. La división establecida en los 179.3, 182 y 183 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, en perjuicios materiales e inmateriales o morales, debe ser complementada, pues, los perjuicios inmateriales no son solo los morales; si se desea reparar íntegramente deben establecerse otras categorías, so pena que existan perjuicios no compensados. El daño moral no representa ni repara adecuadamente afectaciones inmateriales al honor, o a la posibilidad que ostenta un trabajador para gozar de las situaciones placenteras de la vida o al desenvolvimiento armónico del núcleo familiar. Por esto, se plantea la tipología de los perjuicios inmateriales de la siguiente manera: el daño moral, el daño a la salud y otras afectaciones a los bienes jurídicos o derechos fundamentales. La afectación al derecho a la intimidad del trabajador, causado por el empleador, puede ser compensado con medidas

simbólicas y conmemorativas, que sean acordes con la dimensión del daño y la revaloración de bienes no pecuniarios. La finalidad subyacente es la de reparar íntegramente, prevenir, educar, y buscar las alternativas más armónicas en los contextos laborales, acorde con las exigencias del respeto laboral y los compromisos que la sociedad espera que se promuevan desde la academia.

Bibliografía

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ACKERMAN, Bruce. We the People: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ACKERMAN, Mario. Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005.

AGUILÓ, Joseph. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico). Barcelona: Editorial Ariel, 2000.

ALAIN, Supiot. Crítica del Derecho del Trabajo. Madrid: MTSS, 1994.

ALARCÓN, Manuel. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. En: Revista de política social, Número 121, 1979.

ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN. Sistemas Jurídicos. Medellín: Universidad de Medellín, 2012.

ALDUNATE, Eduardo. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En La Constitucionalización del Derecho Chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

JULIO, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert, Teoría del Discurso y los Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. En: Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 2000.

ALEXY, Robert. La pretensión de corrección del derecho: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En: Neoconstitucionalismo(s), Madrid: 2003.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. Teoría del Discurso y los Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

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

ALONSO, Manuel. De la servidumbre al contrato de trabajo. Madrid: Tecnos, 1987.

ÁLVAREZ, Juan. Capacidades, libertades y desarrollo: Amartya Kumar Sen. En: Teorías políticas contemporáneas. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

ÁLVAREZ, Luis. Derecho Internacional Privado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

ANÓN, Mario. Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ANTOINE, Jeammaud. Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa. En: Autoridad y Democracia. Madrid: Trotta, 1992.

APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Antonio. Autoridad y Democracia en la Empresa. Madrid: Trotta, 1992.

ARAMENDI, José. El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la STS de la Sala IV del 19 de julio de 2006. Aranzadi social, Número 5, 2006.

ARANGO, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2005.

ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI Luigi, Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho, en el Derecho como argumentación. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ATIENZA, Manuel. El Futuro de la Dogmática Jurídica, Crítica de Libros. Madrid: El Basilisco, 1980.

ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y Estado constitucional. En: revista anales de jurisprudencia, estudios jurídicos. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1997.

AUSTIN, John. Cómo hacer cosas con palabras. Madrid: Paidós, 1971.

AVILA, Humberto. Teoría de la seguridad jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BALAGUER, Francisco. Un jurista europeo nacido en Alemania: Conversación con el Prof. Peter Häberle. En: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario. Madrid: 1997.

BAUMAN, Zygmunt. La cultura en el mundo de la modernidad líquida. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. Vida Líquida. Barcelona: Editorial Paidós, 2006.

BAYLOS Antonio y PÉREZ, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid: Trotta, 2009.

BAYLOS, Antonio. Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual.

BAYLOS, Antonio. Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual. En: Revista crítica de teoría y práctica, Número 1, 2004.

BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: modelo para armar. Madrid: Trotta, 1991.

BAYLOS, Antonio. En torno al Estatuto de los Trabajadores: La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador. En: Lecciones de Derecho del Trabajo. En homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980.

BAYÓN, Juan. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En: Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

BAZ, José. Responsabilidad social empresarial y participación de los trabajadores, en AA.VV, Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid: 2007, p. 93 y ss.

BERIAIN, Iñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. En: Anuario de Filosofía del Derecho, Número 21, 2004.

BERLÍN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. En Cuatro ensayos de libertad. Madrid: Alianza editorial, 1996.

BERMAN, Harold, La formación de la tradición jurídica de occidente. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAL, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BERNAL, Carlos. El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción. Medellín: Revista Letras Jurídicas de Empresas Públicas de Medellín, 2012.

BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo a Debate. Bogotá: Universidad Externado, 2006.

BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAL, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ¿Existen derechos sociales? En: Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, Discusiones, 2004.

BERTRANOU, Fabio. Sistema de jubilaciones y pensiones en América Latina: Reformas, paradigmas y temas emergentes. Buenos Aires: Prudentia Iuris, Número 59, Universidad Católica de Argentina, 2004.

BILBAO, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto, Teoría de las formas de gobierno en el pensamiento político. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: Fontamara, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernest. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos: Baden-Baden, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden Baden: Nomos, 1993.

BODINO, Jean. Los seis libros de la república. Madrid: Tecnos, 1997, p. 124.

BULYGIN, Eugenio, y ALCHOURRÓN, Carlos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales. México: Porrúa, 1954.

BUSTOS GISBERT, Rafael. La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución. Vitoria: IVAP, 2005.

BYUNG-CHUL, Han. La sociedad del cansancio. Barcelona: Herder, 2012.

CABANELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen I. Buenos Aires: Bibliográfica Omega Editores – Libreros, 1963.

CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: un Vistazo a la Catedral. Lima: Themis, 1992.

CALDERÓN, Juan Jacobo. La Constitucionalización del Derecho Privado. Bogotá: Uniandes, 2010.

CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2004.

CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CASCAJO, José. Derechos Sociales. Madrid: Cuadernos de Derecho Público, 2009.

CASTELLO, Alejandro. La potestad disciplinaria del empleador en la jurisprudencia uruguaya. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 2003.

CLARO, LUIS. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1978.

CONDE, Emilia. La buena fe en el contrato de trabajo. Madrid: La Ley, 2007.

CONSTANT, Benjamín. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COOTER, Robert y ULEN Thomas. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CORTÉS, Juan Carlos. Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura, 2004.

CORTINA, Adela. Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial. Madrid: Trotta, 1994.

CRUZ, Juan A. El concepto de derecho subjetivo. Alicante: Universidad de Alicante, 1998.

DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

DE CASTRO, Benito. Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos. León: Universidad de León, 1993.

DE MIGUEL, Iñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. En: Anuario de Filosofía del Derecho, Número XXI, 2004.

DE OTTO, Ignacio. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En: Derechos fundamentales y Constitución. Madrid: Civitas, 1988.

DIAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis. La doctrina de los actos propios. Barcelona: Bosch, 1963.

DUGUIT, León. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón Madrid: Librería española y extranjera, 1920.

DWORKIN, Ronald, El Imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa, 1992.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel, 1995.

DWORKIN, Ronald. Ética Privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. Virtud soberana. La Teoría y La Práctica de la Igualdad. Barcelona: Paidós, 2003.

EHMKE, Horst. Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL. Berlín: Walter de Gruyter & Co., 1963.

ELSTER, John. Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

ELSTER, Jon. Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica; Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 2001.

ESTADELLA, Olga. La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales. Madrid: Tecnos, 1995.

JULIO, Alexei. La eficacia de los Derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

ESTRADA, Sergio. Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: Universidad de Medellín, 2011.

FERNÁNDEZ, Fernando. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Brasilia: Separata da Revista de Informação Legislativa, 1994.

FERNÁNDEZ, Francisco. Estudios Constitucionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

FERNÁNDEZ, María. Los procesos especiales en la jurisdicción social. Albacete: Bomarzo, 2012, p. 230.

FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Garantías. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Epistemología Jurídica y Garantismo Jurídico. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Magistratura Democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial. Política y justicia en el Estado capitalista. Barcelona: Fontanella, 1978.

FETERIS, Eveline. Fundamentos de la argumentación Jurídica: revisión de las teorías. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

FONT LA SIERRA, Eduardo. La determinación del quantum indemnizatorio de la condena civil de la sentencia penal, en los supuestos de daños corporales. Barcelona: Ministerio de Justicia Español.

FORSTHOFF, Ernt. Problemas constitucionales del Estado Social. El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.

GARCIA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 1999.

GARCÍA, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial. 1987.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 1977.

GARCÍA-PERROTE, Ignacio. Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002. Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Valladolid: Lex Nova, 2002.

GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.

GAVARA, Juan. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn). Madrid: CEC, 1994.

GIL Y GIL, José. Principio de la buena fe y poderes del empresario. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003.

GIL, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Bogotá: Temis, 2014.

GLENDON, Mary. La soportable levedad de la dignidad. En: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Navarra: Universidad de Navarra, 2012.

GOMETZ, Gianmarco. La certeza jurídica como previsibilidad. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GONZÁLEZ, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GORELLI, Juan. El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.

GORELLI, Juan. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Madrid: Civitas, 1995.

GOZAÍNI, Oswaldo. El impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en el derecho interno. En: El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008.

GRONDIN, Jean ¿Qué es la hermenéutica? Barcelona: HERDER, 2008.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Edimburgo: Edinburgh University Press, 1992.

HÄBERLE, Peter. La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho. Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela. Volumen 5, Número 2. 1996.

HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. En Revista de Estudios Políticos, Número 79, 1993.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En: Problemas actuales de los derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III, 1994.

HÄBERLE, Peter. La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho. En Dereito, vol. 5, núm. 2, Santiago de Compostela, 1996.

HÄBERLE, Peter. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales (en la Ley Fundamental de Bonn). Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático en términos de Teoría del Discurso. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. ¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional? En: El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X. Madrid: Trotta, 2006, p. 125.

HABERMAS, Jürgen. Entre Naturalismo y Religión. España: Paidós, 2006.

HABERMAS, Jürgen. La Constitución de Europa. Madrid: Trotta, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1987.

HANS, Kelsen. Teoría pura del derecho. México: Porrúa, 2000, p. 15.

HART, Herbert. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

HAURIOU, Maurice. La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HELLER, Herman. ¿Estado de Derecho o dictadura? en ÍD., Escritos políticos. Madrid: Alianza Universidad, 1985.

HELLER, Herman. Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1968.

HERBERT, Simón. Las ciencias de lo artificial. Barcelona: ATE, El Ateneo Editorial, 1973.

HERNANDEZ, Lupo. Poder de Dirección del empleador. En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

HIERRO, Luis. ¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto. En: Sistema, 1982.

KALINOWSKI, George. Lógica del discurso normativo. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

KANT, Emanuel. Crítica de la razón práctica. Madrid: Librerías de F. Iruveda y A. Novo, 1876.

KANT, Emanuel. Crítica de la razón pura. Barcelona: Orbis, 1984.

KANT, Emanuel. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

KANT, Emanuel. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

KAUFFMANN Arthur, Hermenéutica y derecho, en sentido actual de la filosofía el derecho. Granada: Editorial Comares, 2007.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, México: Porrúa, 2000.

KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción Judicial. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999.

KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 1998.

KONRAD, Hesse. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuaderno Civitas, 1995.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEMAITRE, Julieta. *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.

LOBATO, Abelardo. *Dignidad y aventura humana*. Salamanca: San Esteban-Edibesa, 1997.

LOCKE, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa Calpe, 1991.

LOPERA, Gloria. *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2010.

LÓPEZ, Diego. *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Uniandes-Legis, 2006.

LOPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 27-62.

LOPEZ, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

LOPEZ, José. *La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. En: *Revista de la Asociación*

Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Número 22, 2007.

LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LYOTARD, Francois. La Condición Postmoderna. Informe del Saber. Madrid: ED Catedra, 1987.

MARCOS, Antonio. La utilització de la dignitata humana en el debat sobre l'eutanasia. En: Casado, M., y Sarribe, La mort en les ciènces socials, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1995.

MARTIN, Antonio, RODRIGUEZ, Fermín, SAÑUDO, y GARCÍA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 1997.

MARTÍNEZ FONS, Daniel. El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral. Madrid: CES, 1988.

MARTÍNEZ, Antonio. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MARTÍNEZ, Horacio. El marco ético de la responsabilidad social empresarial. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

MARTÍN-RETORTILLO, Luis, y DE OTTO, Ignacio. Derechos fundamentales y Constitución. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988.

MEJÍA QUINTANA, Óscar. La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

MEJÍA, Óscar. Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.

MELERO, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento desde el derecho público. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 2002.

MENGER, Antonio. El Derecho Civil y los pobres (Trad. Adolfo Posada). Madrid: Librería General de victoriano Suarez, 1898.

MOLINA, Cristóbal y OLARTE, Sofía. Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia. En Revista Crítica de Teoría y Práctica, Número 2, 1999.

MONTOYA, Antonio. Dirección de la actividad laboral. En: Comentarios a las Leyes Laborales: el E.T. Madrid: EDERSA, 1985.

MONTOYA, Alfredo. Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978). Madrid: Civitas. 1992.

MORATO, María. Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección. Granada: Comares, 2011.

MORELO, Carmen. El incidente de no readmisión. Estudios sobre el despido disciplinario. Madrid: ACARL, 1992.

MORESO, José. Jeremy Bentham: Luces y sombras, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Número 47. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2013.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Calificación, Integración e Interpretación del Contrato. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni Editores, 2006.

NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000.

NINO, Carlos. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. México: Universidad Autónoma de México, 1974.

NORBERT, Elías. El proceso de la civilización. Investigaciones socio genéticas y psicogenéticas. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997.

OJEDA, Antonio, La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La Ley, 2010.

OJEDA, Antonio. El final de un principio (La estabilidad en el empleo). En: Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid: Tecnos, 1980.

OST, François, Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Alicante: DOXA, Número 14, 1993.

PAINE, Thomas. Los derechos del hombre. Madrid: Alianza, 1984.

PALOMEQUE, Manuel Carlos y ÁLVAREZ, Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.

PALOMEQUE, Manuel y ALVAREZ Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.

PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.

PALOMEQUE, Manuel. Despidos discriminatorios y libertad sindical. Madrid: Civitas, 1983.

PALOMEQUE, Manuel. Los derechos laborales en la Constitución española. Madrid: CEC (Cuadernos y Debates), 1991.

PASCUAL, Eulalia. Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: BOSCH, 2009.

PECES BARBA, Gregorio, La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho, Anuario de derechos Humanos, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1990.

PECES, Gregorio. La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. La Constitución y la seguridad jurídica. En: claves de razón práctica. Número 138, 2003.

PELE, Antonio. Modelos de la Dignidad del ser humano en la edad media. Madrid: Universidad Carlos III, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio, La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos, 1997.

PÉREZ REY, Joaquín. Estabilidad en el empleo. Madrid: Trotta, 2004.

PÉREZ, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Madrid: Tecnos, 1984.

PÉREZ, Antonio. El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos. En

PECES-BARBA, Gregorio. Historia de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2001.

PÉREZ, Joaquín. Estabilidad en el empleo. Madrid: Trotta, 2005.

PÉREZ, José. Kant y la dignidad humana. En: CASTRO, Alfonso. A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del Bicentenario de su muerte. Madrid: Colección Jurídica Lagares, 2003, p. 293.

PÉREZ, José. La Codificación del trabajo. En: Estudios dedicados al Profesor García Oviedo. Sevilla: 1954.

PETEV, Valentín. Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral Del Siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

PIOREZ, Mercedes. Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma, 1986.

- POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad, Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad.
- QUINCHE, Manuel. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2015.
- QUINCHE, Manuel. *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis, 2014.
- RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 1992.
- RAMELLI, Alejandro. *La Constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- RAWLS, John. *El liberalismo político*. Barcelona: Grijalbo - Mondadori, 1996.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura de México, 2006.
- REDONDO, María Cristina. *Teorías del Derecho e indeterminación normativa*. Alicante: Revista Doxa, Número 6, 1997.
- REVUELTO, María. *El derecho al trabajo en la Constitución*. En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Zaragoza: Ramírez, Libros Pórtico, 1979.
- RODRÍGUEZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.
- ROMAGNOLI, Umberto. *Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas*. En: *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Número 1-2, 1975-1976.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. El contrato social. Valladolid: Maxtor, 2008.

RUIZ, Jorge. Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona. En: Comentarios a la Constitución española de 1978, Madrid, 1996.

SACHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 2000.

SAGARDOY, Juan. Los derechos constitucionales del empresario. En: El modelo social en la Constitución española de 1978. Madrid: MTYAS, 2003.

SAGARDOY, Juan. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Madrid: Civitas, 2005.

SALVADOR, Guanter. Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general. Madrid: RL, 1995.

SANCHIS, Prieto. Constitucionalismo y Positivismo. México: Fontamara, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.

SASTRE, Rafael. Derechos Fundamentales de carácter individual y relación de trabajo en la jurisprudencia constitucional española. En: Vniversitas, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

SASTRE, Rafael. El derecho al trabajo. Madrid: Trotta, 1996.

SASTRE, Rafael. Derechos Fundamentales de carácter individual y relación de trabajo en la jurisprudencia constitucional española. En: Vniversitas, Numero 101. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza editorial, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo. El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.

SEN, Amartya, La idea de la Justicia. Madrid: Taurus, 2007.

SUAREZ, Wilson Yesid. El principio de Proporcionalidad Sistémico. Bucaramanga: Revista Iustitia, Número 10, Universidad Santo Tomas Bucaramanga, 2012.

SUAREZ, Wilson. La constitucionalización del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Vniversitas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, 2014.

SUMMERS, Nicole. Colombia's Victims. Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict? Cambridge: Harvard Human Rights Journal, 2012.

SUPIOT, Alain. Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007.

TERRADILLOS, Edurne. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

TRUYOL, Antonio. El Derecho y el Estado en San Agustín. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

TUGENDHAT, Ernest. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997.

UBILLOS, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

UGARTE, José. Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, 2011.

UNGER, Robert. What Should Legal Analysis Become? Londres: Verso Press, 1996.

VALADÉS, Diego. Peter Härberle: un jurista para el siglo XXI, Estudio introductorio. En: PETER HÄBERLE: El Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

VALDÉS DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: Revista de Derecho Laboral, Número 212, Montevideo, 2003.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia. Madrid: Relaciones Laborales, Número 22, 2003.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado. Madrid: Derecho Privado y Constitución, Número 17, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. En: Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Número 2, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. En

VALDÉS, Fernando. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia. Madrid: Relaciones Laborales, Número 22, 2003.

VALDES, Fernando. Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En: Libro de Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 2003.

VALENCIA, Hernando. Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Cerec, 1997.

VALVERDE, Antonio. Contrato de trabajo y derechos fundamentales, Derecho Social, Número 6, Bomarzo, Albacete, 1999.

VALVERDE, Martín. La formación del Derecho del Trabajo en España. En: La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal al 1936. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. 1987.

VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus, 1964.

VIGNEAU, Christophe. El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a internet en las empresas en Francia. Madrid: La Ley, 2009.

VIGO, Rodolfo Luis. El Iusnaturalismo actual. México: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2003.

VILA, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo. Bogotá: Legis, 2012.

WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement, Oxford: Oxford University Press, 1999.

WIGGINS, David. Needs, value, truth. Massachusetts: Oxford, 1991.

WILLMOTT, Hugh. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. En: Vigilar y Organizar. Madrid: Siglo XXI, 2007.

WRIGHT, Georg Henrik. Norma y Acción. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

ZARZALEJO, Mercedes. El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria: concepto y responsabilidad jurídica. Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo. Granada: Comares, 2007.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional Colombiana:

Sentencia T 406 de 1992.

Sentencia C 543 de 1992:

Sentencia C 542 de 1993.

Sentencia T 90 de 1994.

Sentencia C 372 de 1994.

Sentencia T 125 de 1994.

Sentencia T 149 de 1995.

Sentencia C 588 de 1995.

Sentencia C 037 de 1996.

Sentencia T 590 de 1996.
Sentencia C 45 de 1998.
Sentencia C 521 de 1998.
Sentencia T 556 de 1998.
Sentencia T 587 de 1998.
Sentencia T 373 de 1998.
Sentencia T 018 de 1999.
Sentencia T 926 de 1999.
Sentencia C 386 de 2000.
Sentencias T 692 de 2000.
Sentencia C 531 de 2000.
Sentencia C 836 de 2001.
Sentencia C1110 de 2001.
Sentencia C 1260 de 2001.
Sentencia T 881 de 2002.
Sentencia T 980 de 2003.
Sentencia T 423 de 2003.
Sentencia C 478 de 2003.
Sentencia T 222 de 2004.
Sentencia C 397 de 2006.
Sentencia C 820 de 2006.
Sentencia C 1194 de 2008.
Sentencia T 760 de 2008.
Sentencia T 664 de 2008.
Sentencia T 291 de 2009.
Sentencia T 237 de 2009.
Sentencia C 556 de 2009.
Sentencia C 428 de 2009.
Sentencia T 247 de 2010.
Sentencia T 129 de 2010.

Sentencia T 849 de 2010.
Sentencia T 495 de 2010.
Sentencia T 728 de 2010.
Sentencia T 210 de 2011.
Sentencia T 850 de 2011.
Sentencia T 972 de 2011.
Sentencia T 025 de 2011.
Sentencia T 225 de 2012.
Sentencia T 226 de 2012.
Sentencia C 744 de 2012.
Sentencia C 171 de 2012.
Sentencia T 111 de 2012.
Sentencia T 547 de 2013.
Sentencia T 018 de 2013.
Sentencia T 081 de 2013.
Sentencia C 527 de 2013.
Sentencia T 447 de 2013.
Sentencia T 457 de 2013.
Sentencia T 445 de 2014.
Sentencia T 483 de 2014.
Sentencia T 053 de 2014.
Sentencia C 458 de 2015.

Tribunal Constitucional Español:

STC 22/1981.
STC 22/1985.
STC 88/1985.
STC 53/1985.
STC 47/1985.

STC 166/1986.

STC 78/1986.

STC 6/1988.

STC 42/1990.

STC 103/1990.

STC 145/1991.

STC 177/1993.

STC 27/1994.

STC 176/1998.

STC 57/1999.

STC 163/2000.

STC 186/2000.

STC 20/2000.

STC 98/2000.

STC 14/2000.

STC 39/2000.

STC 181/2000.

STC 192/2003 .

STC 196/2004.

STC 254/2005.

STC 247/2006.

STC 62/2008.

STC 061/2013.

STC 119/2014.

STC 203/2015.