

# EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO

**CARLOS GARCÍA SALAS**

---



**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**  
**1827**

## EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO

CARLOS GARCÍA SALAS<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Sin entrar a tomar partido en la interesante polémica académica que sostienen los ilustres tratadista doctores Diego López Medina, y Javier Tamayo Jaramillo a cerca del *nuevo derecho*, el primero defendiendo una postura antiformalista acompañado de una teoría moralista y axiológica del nuevo derecho, y el segundo abogando por el respeto a la estructura legal vigente y en contra de la jurisprudencia militante<sup>2</sup>; me propongo desarrollar la idea de cómo se ha venido perfilando un nuevo concepto de derecho del trabajo a partir del fenómeno de la globalización y la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, construyéndose nuevos paradigmas sobre los cuales habrá de legislarse, interpretarse y aplicarse el derecho laboral. Algunos tratadistas denominan este fenómeno como la crisis de las fuentes tradicionales del derecho.

**ABSTRACT:** Without taking sides in the controversy interesting academic commentators who argue the illustrious doctors Diego Lopez Medina, Javier Tamayo, and Jaramillo about the new law, the first defending a position antiformalista accompanied by a moral theory and axiological new law, and the second advocating respect for the legal force and against the law militant, I propose the idea of how it has defined a new concept in labor law from the phenomenon of globalization and the entry into force of the Constitution 1991, built on new paradigms which will legislate, interpret and apply employment law. Some authors call this phenomenon as the crisis of traditional sources of law.

---

<sup>1</sup>Magistrado Tribunal Superior de Cartagena y docente de La Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena, Abogado, candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. cfigs55hotmail.com.

<sup>2</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho.

**PALABRAS CLAVES:** Derecho del Trabajo, Globalización, nuevo derecho, derecho blando, derecho duro.

**KEYWORD:** Labor Law, Globalization, the new law, soft, hard law.

*Fecha de recepción:* Febrero 05 de 2009

*Fecha de aceptación:* Junio 30 de 2009

## 1. EL DERECHO Y LA GLOBALIZACION.

El fenómeno de la globalización ha sido tan discutido y estudiado, que finalmente se hace muy difícil reducirlo a un solo concepto. En principio nos indica un proceso o mecanismo en el que algo se generaliza, teniendo aquí como referencia el globo terráqueo, lo que hace entendible que en Francia se le conozca a este proceso como mundialización.

Debe considerarse que muchas realidades sociales de carácter muy diverso son susceptibles de ser globalizadas, una religión, una ideología, un modelo económico, un sistema jurídico, etc.

El fenómeno de la globalización, sin embargo, opera bajo unos presupuestos que en algunos casos se contraponen e intentan desvirtuar las instituciones jurídicas que sostienen hasta hoy las relaciones internacionales entre los diferentes estados. La primera variable que juega un papel importante para las perspectivas de la relación globalización – derecho, debe afrontarse desde la relación entre éste y el Estado, entendido en el contexto del estado-nación que se consolidó con la teoría política liberal.

Es claro entonces que la comprensión del fenómeno de la globalización requiere de una ampliación del concepto del derecho desligándolo de los límites del estado

– nación, para identificarlo en los espacios locales, nacionales o internacionales en los que pueda desarrollarse<sup>3</sup>.

El derecho no es ajeno al proceso de globalización, porque la denominada mundialización o transnacionalización desborda las fronteras de los órdenes jurídicos nacionales. Todo ello convoca a la sociología jurídica a jugar papel protagónico y reubicar el derecho como fenómeno jurídico de cara a los cambios sociales.

La globalización del derecho es una realidad que va generando lo que se denomina *nuevo derecho*. El derecho internacional funciona de manera diferente a los modelos de derecho nacional, unas veces suplantándolos, otras complementando y otras veces regulando sectores diferentes dentro de los estados nacionales. Todo ello es posible por la capacidad de readecuación del derecho, al fenómeno de la globalización y porque la naturaleza del derecho es convencional, e histórica, siendo su objetivo primordial la regulación de las actividades humanas. Una vez consolidados los grandes centros financieros internacionales, la adecuación normativa ha ido construyendo el nuevo ordenamiento jurídico sin el cual la globalización económica no marcharía como lo esta haciendo, hasta tal punto que los procesos se retroalimentan volviéndose interdependiente.

## 2. EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA GLOBALIZACION

Retomando la idea central a cerca de que la globalización no es solo financiera, sino también de los sistemas jurídicos, pensamos que el universo del derecho del trabajo ha sufrido su transformación con la aparición en escena de de campos jurídicos donde se superponen y colisionan las *legislaciones laborales nacionales*,

---

<sup>3</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, 2002.

*los convenios internacionales de la OIT, los códigos de conducta empresariales, las cláusulas sociales de los acuerdos bilaterales y regionales de comercio, las sanciones unilaterales, y que decir de las legislaciones supranacionales como ocurre en la unión europea donde los estados miembros ceden su soberanía legislativa a un órgano supranacional .*

Este campo jurídico variopinto es alimentado por los actores hegemónicos y contrahegemónicos que juegan un papel protagónico en el proceso globalizador identificándose a los primeros como a las Empresas Transnacionales (ET), y a los segundos como las Redes Transnacionales De Activistas (RTA), o pueden ser también los Sindicatos Internacionales De Trabajadores, todos ellos jugando papel activo en el mundo del trabajo. En términos de la teoría socio jurídica, la lucha por el predominio de este escenario tiene lugar en un contexto de *pluralismo legal*<sup>4</sup>. En términos de la teoría jurídico económica estamos presenciando *un proceso de desarrollo desigual y combinado*, donde merced al comercio mundial los sistemas jurídicos se enfrentan en planos de desigualdad como en los Tratados de Libre Comercio suscritos por los países Latinoamericanos con EE.UU., pero en estos acuerdos se “aboga” por el común cumplimiento por ejemplo de los derechos mínimos fundamentales del trabajo declarados por la OIT, a sabiendas de que la gran potencia no ha ratificado la mayoría de estos convenios emanados de este organismo.

Todo ello está dando lugar a un sincretismo jurídico que los autores han denominado: *derecho blando o gobernanza* que corresponde a los códigos de conducta y tratados alternativos, impulsado por actores privados como las Empresas Transnacionales y ONG; y el *derecho duro* que generalmente corresponde al derecho de los estados.

---

<sup>4</sup> Rodríguez, Cesar. La Ley de Niké. El movimiento antimaquilia, las empresas trasnacionales y la lucha por los derechos laborales en la Américas. (El derecho y la Globalización del Trabajo)

Lo que llama la atención en la aplicación del *derecho blando o gobernanza* y el *derecho duro*, es que su utilización es pragmática por parte de los actores de la globalización, pues, con frecuencia las Empresas Transnacionales invocan estratégicamente su respeto a las débiles normas laborales nacionales para evitar los intentos de regularización transfronteriza; mientras procuran por mantener el carácter no vinculante de los códigos de conducta y usan el chantaje como arma política que emana de la facultad de trasladar sus centros de producción lejos de entornos regulatorios menos hostiles. Por su parte los actores contrahegemónicos abogan porque se debiliten las regulaciones favorables a las Empresas Transnacionales (ej: límites al derecho de propiedad), y a la vez solicitan el endurecimiento de las normas que consagran derechos sociales, y en el campo laboral reclaman mejoras en la capacidad regulatoria del estado sobre todo para hacer cumplir forzosamente las normas internacionales de la OIT. De otra parte luchan para establecer y determinar las condiciones de los regímenes de *derecho blando*, es decir luchan por el control de los códigos de conducta<sup>5</sup>.

Sin desconocer la importancia de otras instituciones, no cabe dudas que la globalización adoptó una criatura ideada por la clase empresarial italiana en la década de los años setenta del siglo pasado, denominada *flexibilidad laboral* que se constituyó en paradigma y en cabeza de playa del contexto jurídico, lo que ha originado que la normatividad laboral internacional se vaya adecuando a este concepto. La flexibilización puede encerrar infinitos significados que de una u otra manera encuentran asiento en las legislaciones nacionales como: turnos rotativos, cambios en la jornada diurna y nocturna, salario integral cooperativas de trabajo asociado, etc.

En todo caso la flexibilidad laboral ya hace parte del *derecho duro*, porque el sector o tendencia hegemónica de la globalización logró imponerla.

---

<sup>5</sup> Ibidem

### 3. LA CONSTITUCION DE 1991 Y EL NUEVO ORDEN LABORAL.

La opción neoconstitucionalista que tomaron nuestros constituyentes para bien del país ha posibilitado que en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho laboral se tenga como referente no solo que el trabajo comporta las características de valor, principio, derecho y obligación; lo que ha posibilitado que se estén desarrollando categorías tales como el principio de primacía de la realidad, principio de la condición mas beneficiosa<sup>6</sup>, el bloque de constitucionalidad laboral respecto a los convenios 89 y 98 de la OIT<sup>7</sup>, la estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada<sup>8</sup>, la indexación de la primera mesada pensional<sup>9</sup>, inmunidad relativa de las embajadas extranjeras para la aplicación de la ley laboral<sup>10</sup>, el principio de progresividad<sup>11</sup>, la pensión compartida para cónyuge y compañera permanente etc.<sup>12</sup>

Sin desconocer la normativa laboral vigente nuestros máximos órganos jurisdiccionales: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia Sala Laboral , y Consejo de Estado, han ido desarrollando la preceptiva constitucional y legal, acudiendo a principios universales como el de la *razonabilidad*, para llenar de contenido sustancial normas que con el paso del tiempo, o la dinámica social iban desdibujándose. Con este mismo principio también se han ido llenando algunos vacíos legislativos que hacían evidente el desamparo de algunos derechos fundamentales.

Nuestro ordenamiento constitucional y legal no contempla de manera expresa el principio de la razonabilidad, a diferencia de la doctrina constitucional Argentina según la cual las leyes que regulan los derechos fundamentales deben ser

---

<sup>6</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencias de septiembre 12 y 21 del 2006; y Octubre del 2006

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-418/92; C-225/95; C-401/05.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 470 /97

<sup>9</sup> Corte Constitucional SU – 120/03 – Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral Sentencia 29470 de abril 20/07

<sup>10</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto de diciembre 13/07

<sup>11</sup> Corte Constitucional. sentencia C-35 Enero 2005

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sentencia 2410 – 04 septiembre 20/07

razonables y también debe ser razonable la interpretación que se hace de ellas. La Corte Suprema de este país considera que este principio está positivizado en el artículo 28 de la Constitución Nacional<sup>13</sup>.

Tratando de definir lo razonable se ha dicho que es lo proporcionado al efecto, lo exigido por la igualdad y la equidad, lo armónico dentro del todo, lo equilibrado entre los extremos. La razonabilidad hace a la sustancia o contenido normativo para lograr que el orden jurídico asegure un orden de convivencia más justo. Lo razonable “...es lo justo y equitativo, lo conforme con los principios y creencias de la Constitución, según las condiciones de personas, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que en un orden jerárquico integran el plexo axiológico del ordenamiento constitucional (vida, libertad, igualdad, solidaridad, paz, seguridad, orden, bienestar, trabajo etc...)”<sup>14</sup>.

La Corte constitucional en innumerables sentencias ha manifestado que la razonabilidad esta “fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”<sup>15</sup>. También ha dicho en materia laboral “que la terminación del contrato de trabajo en aplicación del numeral 3 literal A artículo 7 decreto 2351 de 1965 debe ser una resolución justa, razonable y proporcionada con la conducta asumida por el trabajador, previamente escuchándole sus descargos”<sup>16</sup>

La Sala Laboral de la Corte no ha sido ajena a las interpretaciones con criterios de razonabilidad, al manifestar que el rigor de la tipicidad no es aplicable ni en lo disciplinario ni en lo laboral. De ahí por qué en el análisis de las conductas legalmente prohibidas o que constituyan una justa causa de despido admite alguna amplitud, sin llegar a la laxitud<sup>17</sup>. Igualmente ha recurrido a este principio en auxilio del principio de la condición mas beneficiosa para reconocer la pensión de

<sup>13</sup> Cianciardo, Juan. Los Fundamentos de la Exigencia de razonabilidad. La Interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Ed. Ábaco.

<sup>14</sup> Ricardo Haro. La Razonabilidad y Las Funciones de Control

<sup>15</sup> Sentencia C-022 de enero 23 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 299 de junio de 1998/98

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de noviembre 29/01, exp. 16539



sobreviviente a los herederos del finado que no alcanzo los requisitos de ley 100/93.

En realidad es un nuevo panorama que se vislumbra para el Derecho del Trabajo donde la doctrina y la jurisprudencia jugaran un rol determinante dándole luces al legislador y al órgano jurisdiccional para adecuar esta disciplina jurídica a los cambios que demanda el nuevo orden económico que es una realidad, y así buscar la justicia social como objetivo, y de esta manera mantener el valor cualitativo de los derechos fundamentales de los trabajadores.