



Universidad  
Politécnica  
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

# CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

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

Publicación trimestral  
Managua, Nicaragua

## SUMARIO

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



ICEJP  
Instituto Centroamericano de  
Estudios Jurídicos y Políticos



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Mejor revista indexada  
Nicaragua 2017

ECJP  
UPOLI

Escuela de  
Ciencias  
Jurídicas y  
Políticas

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

---

Oscar Hernández Álvarez

Recibido: 08.11.2017/Aceptado: 11.12.2017

## RESUMEN

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

## PALABRAS CLAVES

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

## ABSTRACT

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

## KEYWORDS

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

## Introducción

### Unidad y diversidad de América Latina



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

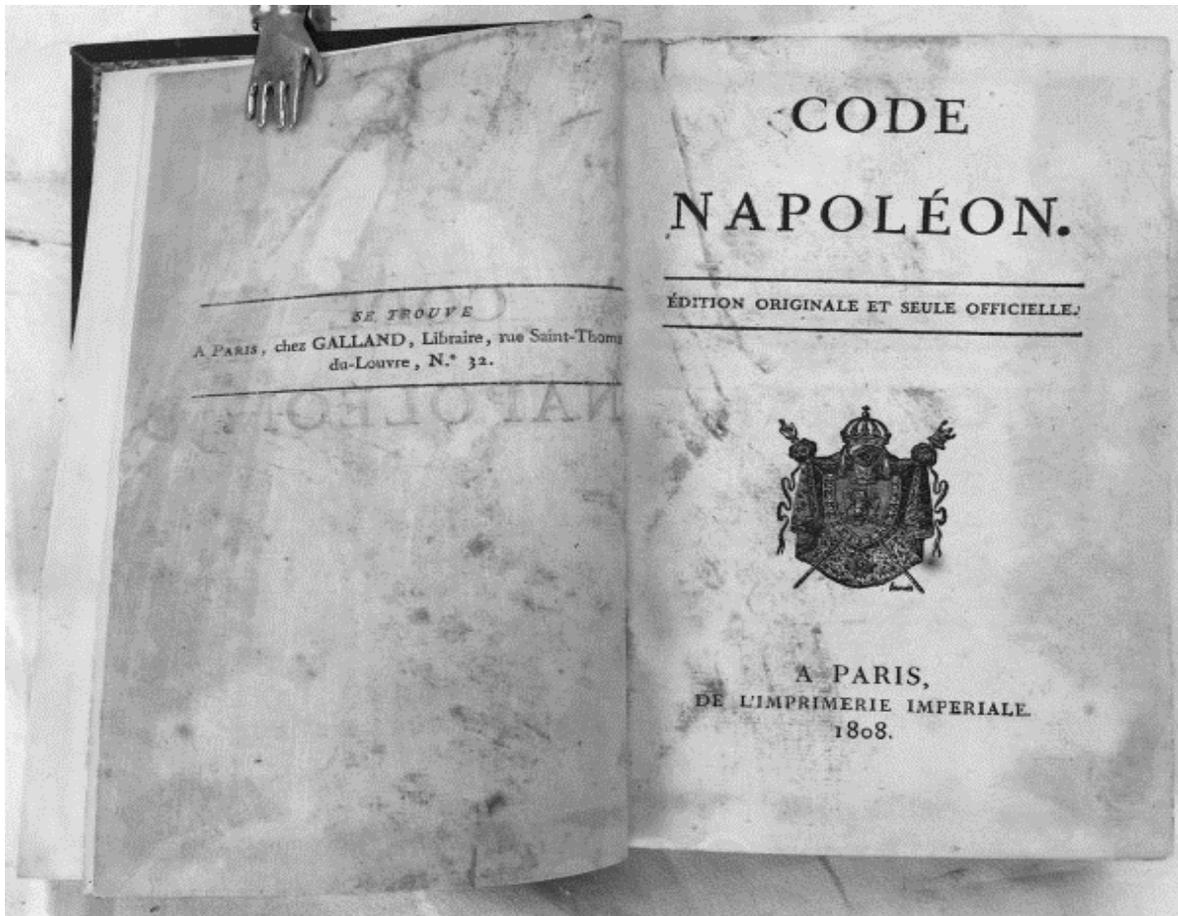
Antes de abordar el tema de fondo es necesario hacer una primera consideración. Entendemos por América Latina el conjunto de países que fueron conquistados y colonizados por naciones latinas europeas, concretamente España, Portugal y Francia. El concepto de América Latina está, por tanto, íntimamente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

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

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

### Elementos comunes en el Derecho laboral latinoamericano

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**GACETA OFICIAL**  
DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

AÑO CXLII — MES III      Caracas, martes 30 de diciembre de 2014      Nº 6.168 Extraordinario

**SUMARIO**

**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**  
Decreto Nº 1.583, mediante el cual se establece la inamovilidad laboral a favor de los trabajadores y trabajadoras del sector privado y del sector público regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, entre el primero (1º) de enero de dos mil quince (2015) y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil quince (2015), ambas fechas inclusive.

**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**  
Decreto Nº 1.583      30 de diciembre de 2014

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

**CONSIDERANDO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

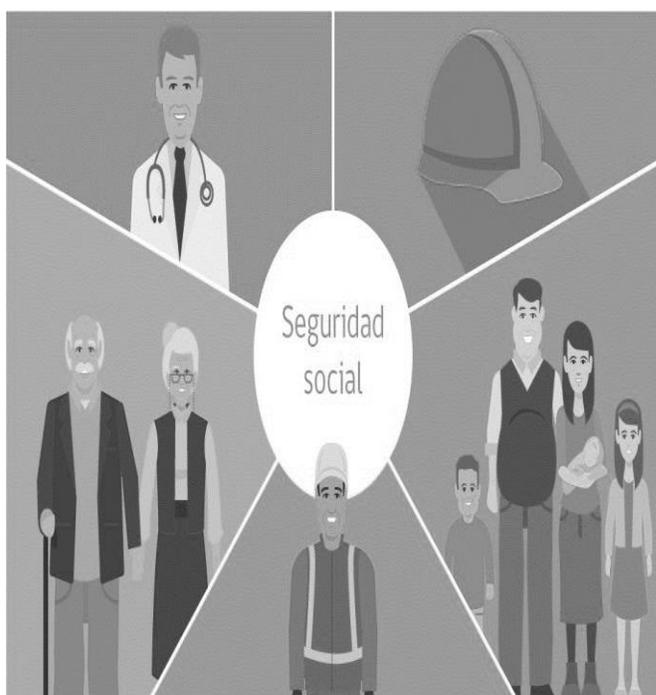
Estas consideraciones nos llevan a difíciles interrogantes ¿Quién debe tutelar el trabajo autónomo y mediante cuáles modalidades? ¿Será el Derecho del Trabajo el instrumento adecuado para proveerla? En nuestra opinión, el hecho de que las legislaciones del trabajo

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Algunas cifras de la Comisión Económica Para la América Latina (CEPAL) dependiente de las Naciones Unidas permiten evidenciar el carácter deficitario de la seguridad social en la región, así como los avances que se han logrado en este campo. Para el 2006 el porcentaje de trabajadores de la región que cotizaba a la seguridad social era apenas del 38,7%, mientras que para 2008 el índice pobreza alcanzaba al 33.5% de la población.

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

De acuerdo a cifras de la OIT para el 2015 el 62,8 % de la población laboral tenía cobertura en materia de salud. Esta cifra supone un promedio que comprende desde los países con cobertura más amplia (Uruguay con el 98.3% y Costa Rica, con el 87,33% hasta aquellos con cobertura más bajo (Paraguay con el 40.7% y El Salvador con el 44.7%).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



freepik.es

## **El debilitamiento de las organizaciones sindicales**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Conclusiones

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

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

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

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

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