

El trabajo decente: perspectivas latinoamericanas

Oscar Hernández Álvarez (*)

RESUMEN

A partir del mensaje del Director General a la Conferencia Internacional del trabajo de 1999 la expresión “trabajo decente” pasó a ocupar un lugar protagónico en la literatura de la OIT. El concepto mismo de “trabajo decente” ha sido objeto de diversas formulaciones por parte de sus propios promotores. A criterio del autor, la noción de “trabajo decente” no es sustancialmente distinta de la noción de “trabajo realmente humano”, empleado por la Constitución de la OIT en 1919, o de trabajo “digno”, o “en condiciones dignas y equitativas” empleado por las constituciones latinoamericanas. No obstante, el autor reconoce que el empleo y difusión de esta expresión ha tenido una utilidad funcional para la O.I.T.

Palabras Claves: Trabajo Decente. Trabajo Digno. Tutela Laboral

1. EL CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE EN LA PERSPECTIVA DE LA OIT.

La Memoria que el Director General de la OIT presentó en 1999 a la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo comienza con estas palabras: “La presente Memoria propone una finalidad primordial para la OIT en estos momentos de transición mundial, a saber, la disponibilidad de un trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero. Es la necesidad más difundida que comparten los individuos, las familias y las comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo. El trabajo decente es una reivindicación

mundial con la que están confrontados los dirigentes políticos y de empresa de todo el mundo. Nuestro futuro común depende en gran parte de cómo hagamos frente a ese desafío.”¹ En dicha Memoria se describe el trabajo decente como “*trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social*”.

Pocos meses después, en la Memoria del Director Regional a la 14ª Reunión Regional de los Estados miembros de la OIT en las Américas, Lima 1999, se define el trabajo decente “*como un empleo de calidad que respete los derechos de los trabajadores y a cuyo respecto se desarrollen formas de protección social*”². Señala Oscar Ermida Uriarte que “llaman la atención algunas diferencias: se sustituye la idea de trabajo productivo por la de empleo de calidad; no aparece la referencia a los ingresos adecuados, que puede considerarse subsumida en la de calidad del empleo y tampoco figura la referencia al tripartismo y el diálogo social, aunque ésta también podría considerarse ínsita en el respeto a los derechos de los trabajadores”³

El mismo año, en un documento presentado a finales de 1999 ante Organización Mundial de Comercio, el propio Director General, ensayó otra definición diciendo que “*por trabajo decente se entiende el trabajo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana*”⁴. Posteriormente en su Informe General ante la Sexta Conferencia Regional Europea, el Director General presenta al trabajo decente como

(*) Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto. Venezuela. Presidente Honorario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 *Memoria del Director General a 87 Conferencia Internacional del Trabajo*. OIT, Ginebra, 1999.

2 Trabajo decente y protección para todos. Prioridad de las Américas, Memoria del Director Regional a la 14ª Reunión Regional de los Estados miembros de la OIT en las Américas, OIT, Lima 1999, pág. ii.

3 Ermida Uriarte, Oscar *Concepto y medición del trabajo decente*. Grupo Bologna-Castilla- La mancha, Montevideo, 2000.

4 Somavía, Juan *Un trabajo decente para todos en una economía globalizada: una perspectiva de la OIT*, documento presentado a la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC (30 nov.- 3 dic. 1999), Documento disponible en <http://www.ilo.org>.

*“el trabajo productivo en el cual los derechos son respetados, con seguridad y protección y con la posibilidad de participación en las decisiones que afectan a los trabajadores”.*⁵

La evidente generalidad de la expresión “trabajo decente” y la necesidad de darle un contenido más preciso, justificó que la OIT encomendara al Instituto Internacional de Estudios Sociales la elaboración del paradigma de trabajo decente y la constitución de un grupo de trabajo a tales efectos. En un trabajo editado por el Instituto en 2006 se dice: “El concepto de trabajo decente sintetiza las diferentes dimensiones del trabajo, tales como empleo y la calidad de éste, derechos en el trabajo, representación y voz en el trabajo, igualdad de género y protección social, a la vez que incluye la contribución del trabajo a la producción y los ingresos, por una parte, y a la integración social y realización personal, por otra. En cierto modo, esto es meramente un replanteamiento de los objetivos tradicionales del mundo del trabajo. Los elementos del programa de trabajo decente no son nuevos y la diferencia principal reside en la intención de integrar estos componentes en un todo coherente. Se necesita disponer de un marco integrado para comprender en su totalidad el papel del trabajo en la sociedad y en la economía, en la empresa y en la comunidad, así como su contribución a los objetivos individuales y colectivos.”⁶

2. TRABAJO DECENTE Y TRABAJO DIGNO

La mayoría de las constituciones latinoamericanas establecen el deber del Estado, correspondiente a un derecho del trabajador, de garantizar a éste un empleo o trabajo “digno” o ejecutado en condiciones dignas o que le permitan una existencia digna o decorosa.⁷ El análisis de las constituciones latinoamericanas nos lleva a concluir que los constituyentes latinoamericanos formularon la obligación tutelar del Estado en materia laboral, pensando en el desarrollo de políticas orientadas

por el concepto fundamental de que el trabajador merece una ocupación digna y equitativa, que le permita satisfacer decorosamente sus necesidades y las de su familia. Cabe preguntarse si esa noción de “trabajo digno”, de cara a la tradición constitucional latinoamericana a partir del siglo XX, es diferente a la noción de “trabajo decente” recientemente propugnada por la OIT. En este mismo sentido, cabe la interrogante de si la formulación del concepto de “trabajo decente” comporta o no un cambio significativo en la orientación teórica que ha orientado la acción que la OIT ha desarrollado en materia de promoción de la protección del trabajo, a partir de la declaración hecha en el Preámbulo de su Constitución, en 1919 cuando habla de la necesidad de “un trabajo realmente humano”⁸

Como hemos visto en el punto anterior, el concepto mismo de “trabajo decente” ha sido objeto de diversas formulaciones por parte de sus propios promotores. La descripción más técnica y aproximativa del “trabajo decente” es la que hace el IIES, la cual, como hemos visto, concluye que este vocablo sintetiza las diferentes dimensiones del trabajo y “en cierto modo, es meramente un replanteamiento de los objetivos tradicionales del mundo del trabajo.”

En mi particular punto de vista, la noción de “trabajo decente” acuñada y promovido por la OIT en las últimas dos décadas, no es sustancialmente distinta de la noción de “trabajo realmente humano”, empleado por la Constitución de la OIT en 1919, o de trabajo “digno”, o “en condiciones dignas y equitativas” empleado por las constituciones latinoamericanas. No obstante, que, a mi particular juicio, la noción de “trabajo decente”, más allá de sus peculiaridades terminológicas, no constituye un aporte teórico fundamental, debo reconocer que su empleo y difusión han tenido una utilidad funcional. Por una parte, el Director General, en su momento, fundamentó en el “trabajo decente”

5 Somavía, Juan *Introduction*, en *“Globalizing Europe. Decent work in the information economy. Report of the Director General”*, Sixth European Regional Meeting, ILO, Geneva 2000, vol. I, pág. X

6 Instituto Internacional de Estudios Sociales, *El trabajo decente en la economía globalizada: una estrategia de investigación*, OIT, Ginebra. Junio 2016.

7 Puede verse las constituciones de Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37), Honduras (art. 127), México (art. 123), Nicaragua (art. 82), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), República Dominicana (art. 62), Venezuela (art. 87).

8 Constitución de la OIT, Preámbulo, Ginebra, 1919.

una reforma estructural de la Oficina Internacional del trabajo, suplantando una estructura que comprendía treinta y nueve programas departamentales por otra concebida alrededor de cuatro objetivos estratégicos (la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social) que sustentan las nuevas estructuras organizativas concebidas alrededor de un objetivo único: el programa de “trabajo decente”. Por otra parte, el esfuerzo por llenar de contenido la expresión de trabajo decente y constituirlo en paradigma unificador de las actividades de la OIT, significó el refrescamiento de muchas de ellas, dejándose hacer sentir en el mundo político, académico y sindical.

No obstante, muchos puntos quedan pendientes dentro de la agenda de la OIT para el siglo XXI. Uno, de carácter estructural institucional, estriba en la reforma estatutaria, aprobada en 1986, pero pendiente de la ratificación requerida de dos tercios de los miembros. Esta reforma “democratiza”, por decirlo de algún modo, la constitución del Consejo de Administración, eliminando la presencia permanente en el mismo de los diez países con mayor desarrollo industrial. Otros tienen que ver con la necesaria adaptación de la actividad de la OIT, tanto la normativa, como la de investigación y asistencia técnica, a la dinámica de profundos cambios que viene experimentando el mundo del trabajo, hoy muy diferente al existente en 1919, cuando vio la luz la organización.

3. TRABAJO DECENTE Y LEGISLACIÓN LABORAL EN LATINOAMÉRICA

En relación al estudio de las legislaciones laborales en América Latina, se puede señalar que la recurrencia a un mismo sistema general de fuentes facilita que, más allá de las particularidades propias de cada uno de los veinte diferentes países que comprende la región, pueden determinarse tendencias y problemas comunes generalizados en los diferentes países cuyos ordenamientos jurídicos han experimentado frecuentemente influencias, no sólo comunes, sino, además, recíprocas. En efecto, en la formación y consolidación de las legislaciones laborales latinoamericanas, tuvieron gran influencia la Ley Federal del Trabajo de México y el Código del Trabajo de Chile, ambos de 1930, así como también los convenios y

recomendaciones de la OIT. A partir de los años treinta y hasta finales de los ochenta se registra el proceso de formación y consolidación del Derecho del Trabajo en América Latina, durante el cual se promulgaron Códigos y Leyes Generales de Trabajo, y surgieron y se estabilizaron una serie de tendencias generales, presentes en muchas de las legislaciones de la región y que permiten caracterizar lo que hoy día podríamos denominar el Derecho Latinoamericano del Trabajo tradicional, el cual se caracterizó por una evolución inspirada en la ampliación de la tutela legislativa prestada al trabajador. Esa legislación laboral tradicional, vigente en su mayor parte, pues con altos y bajos ha logrado sobrevivir a los choques de las tendencias flexibilizadoras, 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 O.I.T. 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.

Relacionando esta valoración con el tema que nos ocupa, nos atrevemos a concluir que, en general y salvo algunos aspectos que comentaré de seguidas, las legislaciones laborales de los países latinoamericanos pueden encuadrarse dentro del paradigma del “trabajo decente”. Así, pues, los problemas del trabajo decente en América Latina no se encuentran, salvo excepciones muy particulares, en la elaboración de una normativa tutelar, sino la existencia de vastos sectores laborales no sujetos a tutela.

4. TRABAJO DECENTE Y FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

La tendencia a la ampliación de la tutela legislativa al trabajador, que caracterizó, como hemos visto, al Derecho del Trabajo Latinoamericano tradicional, 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, sostienen 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 tal normativa debe ser flexibilizada. Este planteamiento llega a sus extremos en la voz de quienes, más que la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo, propugnan su desregulación.

El planteamiento anterior es formulado y desarrollado especialmente en Europa Occidental durante la década de los 80. Sus repercusiones en América Latina fueron tardías y se vinieron a hacer realidad en los años noventa, cuando, en algunas reformas legislativas efectuadas dentro del marco de las políticas de ajuste acordadas por los gobiernos con los organismos financieros internacionales, se recogieron algunos aspectos fundamentales de las tendencias flexibilizadoras que a partir de los años 80 inspiraron las reformas laborales europeas.

Así, en los años noventa en Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, Brasil se aprobaron reformas legislativas que, alegando la finalidad de aumentar el empleo y fortalecer la economía, rebajaron los niveles de protección garantista establecidos por la legislación tradicional. Estas reformas flexibilizaron diversas materias. Entre otras, favorecieron la contratación precaria del trabajo mediante el fomento de modalidades de contratación temporal, a tiempo parcial, programas precarios para jóvenes en formación; flexibilización de la jornada de trabajo y el salario; disminución de la protección a la permanencia en el empleo; eliminación del pago de compensaciones de tiempo de servicios calculadas al último salario; contratación por horas, en cuyo régimen el salario pactado por hora comprende todos los beneficios laborales tradicionales; limitaciones a la negociación colectiva y al ejercicio de la huelga. La orientación de estas reformas sustituye el paradigma del “trabajo decente” por el paradigma del “trabajo productivo”. Sus propulsores anteponen la productividad y los

resultados económicos a las condiciones de trabajo y empleo. Desde su óptica, los requerimientos de competitividad que comporta la economía globalizada justifican reformas que bajen costos y flexibilicen la operatividad de las empresas, aun cuando supongan una disminución de los niveles de protección laboral.

No obstante la trascendencia de estas reformas, las mismas no significan que las tendencias flexibilizadoras se hayan impuesto en América Latina al punto de establecer un panorama general del Derecho Laboral totalmente diferente al garantista tradicional. Por una parte, las referidas reformas 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. Se puede decir, más bien, que 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, aun haciendo las adaptaciones que fueren requeridas, debe mantenerse el carácter tutelar e imperativo que caracteriza desde su origen al Derecho del Trabajo y la neoliberal, 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. Los dos paradigmas, “trabajo decente” y “trabajo productivo” estén presentes en forma coetánea y contradictoria en América Latina. La prevalencia de uno u otro dependerá fundamentalmente de las orientaciones políticas e ideológicas predominantes en cada país.

5. TRABAJO DECENTE Y TUTELA LABORAL. LOS PROBLEMAS DEL TRABAJO SIN TUTELA EN AMÉRICA LATINA

El paradigma de “trabajo decente no puede lograrse sin una legislación tutelar del trabajo orientada según los principios propios del Derecho del Trabajo. Se ha visto que, salvo las grietas

caudas por el neoliberalismo flexibilizador, tal orientación tutelar está presente en la generalidad de las legislaciones laborales latinoamericanas. No obstante, ello, es necesario precisar que en América Latina existen vastos sectores laborales de trabajo sin tutela, en los cuales no puede decirse que predomine un “trabajo decente”.

Entre las manifestaciones más importantes del trabajo sin tutela podemos citar:

- A) Casos de ineficacia en la aplicación de la legislación laboral
- B) Casos de encubrimiento de las relaciones laborales
- C) Sectores excluidos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

A) La ineficacia 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 indicios la doctrina laboral latinoamericana señaló la existencia de una brecha entre la normatividad laboral y la realidad social de los países. Como se ha visto, las legislaciones laborales latinoamericanas establecen, en líneas generales, niveles de protección relativamente altos. El problema consiste en que no siempre estos niveles de protección establecidos en las normas son aplicados en la práctica. 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, no obstante 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 cumplimiento de la legislación del trabajo.

B) El encubrimiento de las relaciones laborales

Unas de las causas de ausencia de tutela laboral son las relaciones de trabajo encubiertas o fraude laboral, En estos casos, el empleador, prevalido de su situación de superioridad económica frente al trabajador, hace que éste convenga en dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación jurídica distinta o que declare haber recibido pagos o beneficios que no recibió.

La protección que la legislación laboral otorga al trabajador supone correlativamente una carga para el patrono, en cuanto limita su libertad de acción en la empresa y aumenta sus costos de producción. Buena parte de los patronos acepta pacíficamente tal carga, no sólo por respeto y obediencia a la ley laboral, sino también por la convicción de que ésta, al crear normas que coadyuvan al control de la fuerza de trabajo, contribuye al establecimiento de un marco institucional dentro del cual es más factible lograr un sistema adecuado de relaciones de trabajo, que canalice oposiciones de intereses que de otra manera podrían degenerar en conflictos agudos y negativos para los objetivos generales de la producción. Sin embargo, algunos patronos tratan de escapar de los costos y limitaciones que les acarrea la legislación del trabajo y la seguridad social, para lo cual ocultan las relaciones laborales que mantienen con sus trabajadores, bajo el disfraz de una vinculación jurídica de otra naturaleza, generalmente civil o mercantil. Se trata, entonces, de casos de fraude laboral o encubrimiento de las relaciones de trabajo muy extendidas en América Latina y que suponen un vasto sector laboral fuera del “trabajo decente”. El fraude laboral supone el empleo de artificios destinados bien sea a negar la relación de trabajo dándole la apariencia de una relación de distinta naturaleza, en cuyo caso nos encontraríamos frente a un encubrimiento, o a crear la apariencia formal de que el trabajador realizó ciertos actos que en la verdad nunca cumplió (por ejemplo, la firma en blanco de una hoja para ser utilizada posteriormente como carta de renuncia) o que ha disfrutado de beneficios que en la práctica nunca recibió (por ejemplo, la firma de formatos de recibo en los cuales aparece que un trabajador a comisión percibió, además de sus comisiones, el pago correspondiente a días de descanso y días feriados que nunca le fueron pagados). Los casos de fraude a la ley laboral no deben confundirse con los de mero incumplimiento de la misma. En estas últimas situaciones, el patrono no niega o encubre mediante artificios la relación de trabajo que mantiene, sino que, simplemente, no da cumplimiento a las obligaciones que la Ley le impone como consecuencia de dicha relación.

En los casos de fraude a la Ley laboral, la desprotección que afecta a los trabajadores presenta las siguientes características específicas:

i. Ausencia de normas protectoras

Dado que los mecanismos de fraude tienden a darle a las relaciones laborales encubiertas una apariencia civil o mercantil, los trabajadores sujetos de las mismas están en la práctica excluidos de la legislación laboral, razón por la cual carecen de la tutela mínima que el Estado venezolano garantiza a los trabajadores subordinados. En consecuencia, a tales relaciones le son usualmente aplicables sólo las normas establecidas por la legislación civil y mercantil y por los contratos por ellos celebrados, los cuales en la práctica les son unilateralmente impuestos. Tal normativa es inadecuada para prestar una protección suficiente a dichos trabajadores, quienes se ven obligados a acudir a la administración de justicia si desean hacer valer sus derechos conforme a la legislación laboral. El recurso a los tribunales, con todo lo que ello implica en dificultades de acceso, costos y en la dilación causada por el retardo procesal, normalmente se produce luego del rompimiento de la relación, por lo cual la acción estatal de reparación ocurre, si es que se produce, al finalizar la relación encubierta y no durante su vigencia.

ii. Las condiciones de empleo y remuneración

El encubrimiento de la relación de trabajo no necesariamente conlleva a condiciones de empleo y remuneración precarias. En algunas actividades, trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude suelen recibir salarios muy por encima del mínimo legal y del promedio de trabajadores similares en condiciones regulares de contratación laboral, y disfrutan de una estabilidad superior a la usual en el mercado. Eso ocurre porque muchas de las empresas que utilizan las formas típicas de encubrimiento de la relación de trabajo están ubicadas en las áreas más competitivas del sector formal de la economía y por ende, son las que ofrecen mejores condiciones de trabajo a quienes les prestan servicios. De ahí, que el fraude tiene como finalidad, justamente, disminuir las incidencias secundarias que ese nivel de ingresos tuviese de ser considerado salario, pero no necesariamente precarizar las condiciones de trabajo. Esta circunstancia no puede llevar a desconocer que en la mayoría de los sectores en los cuales se hace uso frecuente de los mecanismos fraudulentos, la remuneración es muy baja y las condiciones de trabajo son deficientes.

iii. Las condiciones de higiene y seguridad

Por la misma razón de que muchos de los casos de encubrimiento se dan en empresas competitivas del sector formal, no es infrecuente que trabajadores sujetos a dichas relaciones se beneficien de condiciones de higiene y seguridad aceptables. Sin embargo, contra la vigencia de buenas condiciones de higiene y seguridad en las relaciones encubiertas conspira el hecho de no estar sujetas en la práctica a los procedimientos de inspección propios de las relaciones de trabajo subordinadas. En algunos casos las condiciones de trabajo son especialmente duras, caracterizándose por jornadas prolongadas y en condiciones desfavorables.

iv. La seguridad social

Los trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude, al tomar la apariencia de prestadores de servicios civiles o mercantiles suelen experimentar dificultades para obtener la protección de la seguridad social. Esta circunstancia perjudica notablemente la situación de los trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude, incluso en aquellos casos, anteriormente comentados, en los cuales obtienen altos ingresos.

v. La libertad sindical

La negación del carácter laboral de las relaciones encubiertas comporta el desconocimiento de los derechos sindicales y de negociación colectiva de los trabajadores sujetos a las mismas. Es de señalar que en aquellos sectores de trabajadores sujetos a relaciones encubiertas que tienen mayores ingresos, la motivación por los temas de organización profesional y de negociación de condiciones de trabajo es menor que en los sectores de ingresos bajos, así como también lo es su convicción de pertenencia a la clase trabajadora. En todo caso, la existencia de un gran contingente de trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude o encubrimiento de las relaciones de trabajo sumado a la informalización de la economía, son factores que han favorecido la disminución de la tasa de afiliación sindical.

C) Sectores excluidos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo:

Uno de los primeros y principales problemas que tuvo que enfrentar el Derecho del Trabajo es el de la determinación de su ámbito de aplicación, esto es, el de delimitar las fronteras de la tutela que estaba llamado a proporcionar. En general, la doctrina y las legislaciones latinoamericanas aceptan la subordinación como un elemento clave para la existencia del contrato de trabajo y, en consecuencia, para la determinación del ámbito de su aplicación. Al lado de la subordinación, se establecen el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo como factores delineantes de ese ámbito; en consecuencia, aquellos sectores que se encuentran fuera de esa delimitación, se encuentran desprovistos de la tutela de la legislación laboral y, en consecuencia, con mayores dificultades de alcanzar el paradigma del trabajo decente.

Entre los sectores excluidos del ámbito de aplicación de la legislación laboral, podemos señalar los siguientes:

I) Trabajo autónomo

Dado que el Derecho del Trabajo ha centrado en el concepto de subordinación el elemento clave para la delimitación de su ámbito de aplicación, un importante sector de los trabajadores, los llamados trabajadores autónomos, quedan fuera de su protección, aun cuando, en muchos casos, tienen las mismas características (debilidad económica e imposibilidad práctica para proteger por sí solos sus propios intereses profesionales), que históricamente han justificado la tutela que el Derecho del Trabajo ofrece a los trabajadores dependientes.

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. 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.

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.

Un estudio comparativo de las prácticas legislativas de tutela del trabajo autónomo nos permite distinguir varias modalidades tutelares, diferentes a la legislación laboral propiamente dicha.

A) Tutela a través de la seguridad social

En general, la protección de los trabajadores autónomos en los países estudiados se deja en manos de la Seguridad Social. Buena parte de las legislaciones latinoamericanas, permiten la afiliación de trabajadores autónomos a la Seguridad Social, pero en la práctica el número de los autónomos afiliados a los sistemas de seguridad social no es significativo. Entre las causas de la baja afiliación de los autónomos, está el hecho de que ellos deben pagar la totalidad de las cotizaciones, ya que no existe un empleador que contribuya con el pago, ni el Estado se hace cargo del mismo.

B) La tutela a través de la protección social

En algunos países se ha venido desarrollando un sistema de protección social que comprende un conjunto de políticas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, en particular los que carecen más de protección, a fin de obtener como mínimo el derecho a la salud, a la pensión y al trabajo. Este sistema comprende los trabajadores autónomos.

C) La tutela mediante el reconocimiento de los derechos colectivos.

El derecho a la organización colectiva de los autónomos está reconocido expresamente en varias legislaciones.

D) Tutela a través de la jurisdicción social.

La tendencia a conferir competencia a la jurisdicción del trabajo para conocer las controversias de trabajadores no dependientes tiene sus más remotos antecedentes en Italia. En América Latina esta tendencia se ha manifestado recientemente en varios países.

E) Tutela de las condiciones de higiene y la seguridad en el trabajo.

En varios países la normativa referente a la higiene y seguridad en el trabajo, es aplicable a las actividades llevadas a cabo por los trabajadores no dependientes.

F) Tutela de las condiciones de empleo y la remuneración

En general, en América Latina la determinación de las condiciones de empleo y remuneración de los trabajadores autónomos se ha confiado a la libre voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía individual y colectiva. Algunas organizaciones colectivas de trabajadores autónomos, especialmente los profesionales y los transportistas.

ii) Trabajo cooperativo

Las cooperativas son una forma asociativa mediante la cual un grupo de personas constituyen una entidad destinada a obtener, mediante el esfuerzo participativo de sus miembros, ciertos fines comunes. Una de las modalidades de cooperativismo es la asociación para prestar determinados tipos de servicios.

Las cooperativas, al igual que los sindicatos, surgen como expresiones de la lucha del movimiento obrero gestado a raíz de la revolución industrial. Por eso, históricamente sindicatos y cooperativas han compartido espacios de colaboración. Sin embargo, en las últimas décadas se ha hecho uso del cooperativismo como un instrumento de desplazamiento del sindicalismo y de evasión de la legislación laboral.

En efecto, varias legislaciones latinoamericanas excluyen el trabajo cooperativo o asociativo del ámbito de aplicación de la legislación laboral. Ello, aunado a la inexistencia un régimen especial sobre el trabajo asociativo, crea un área de trabajo desregulado. Por ello se ha incrementado la práctica de convertir trabajadores subordinados que prestan servicios laborales a una determinada persona en trabajadores asociados en una cooperativa que contrata civilmente los mismos servicios con la misma persona, con lo cual se evade la aplicación de la legislación laboral. Por otra parte, la contratación de mano de obra con cooperativas de trabajo es una de las modalidades de relaciones triangulares que usan algunas empresas para realizar parte del proceso productivo evitando las cargas económicas que supone la protección laboral. En ambos casos se sustituye el paradigma de "trabajo decente" por el de "trabajo productivo".

La OIT en su 90ª Conferencia – junio del 2002- advirtió de este peligro para los trabajadores, aprobando un texto en donde indicaba que las políticas nacionales deberían “...velar porque no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo, ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas y luchar contra las seudocooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas”.

i. Trabajo voluntario

Trabajo voluntario es aquél en el cual la persona que presta servicios no lo hace con la finalidad de obtener una remuneración, sino por motivos religiosos, ideológicos, de solidaridad social o de entretenimiento. El trabajo voluntario se ha considerado al margen del Derecho del Trabajo y tradicionalmente no ocupó un sector considerable de la sociedad. No obstante, en las últimas décadas, el voluntariado social ha experimentado una notable expansión. Esta expansión se ha evidenciado, por una parte, en el voluntariado social que se ocupa especialmente en la atención de funciones que originariamente eran cumplidas totalmente por el estado y que éste ha venido dejando total o parcialmente en manos privadas. En este caso la motivación de los voluntarios obedece a razones de altruismo social. Por otra parte, la exigencia académica de realizar prácticas profesionales por parte de estudiantes que aspiran a una titulación, ha dado lugar a una compleja situación de estudiantes que realizan pasantías, que en muchos casos no son remuneradas. Allí la motivación no es el altruismo social, sino la necesidad de cumplir un requisito académico. Las pasantías gratuitas de estudiantes pueden dar lugar a abusos por parte de empresas que las utilizan para satisfacer sus necesidades de mano de obra sin pagar ninguna remuneración.

La atención que el Derecho del Trabajo ha prestado al trabajo voluntario tiene mucho que ver con la lucha por la abolición del trabajo forzoso. Esa atención se centra en determinar si bajo la apariencia de un voluntariado no se esconde un trabajo forzoso.

Hay verdaderos y falsos «voluntarios». Corresponde al sistema tutelar del trabajo verificar la autenticidad de la voluntariedad, pues de no

existir ésta, se estaría ante la presencia de un caso de fraude laboral y correspondería la aplicación plena de la legislación laboral.

Pero más allá del tema del “rescate” de los falsos voluntarios, se requiere la tutela del trabajo voluntario en materias como la limitación de la jornada de trabajo, las condiciones de higiene y seguridad laboral, la responsabilidad en casos de enfermedades o accidentes generados por el trabajo. La ausencia, en la mayoría de los países latinoamericanos, de normas tutelares del trabajo voluntario facilita que el mismo pueda alejarse del paradigma de “trabajo decente”

iv) Trabajo familiar

Se considera trabajo familiar a la prestación de servicios que los miembros de una familia realizan para un establecimiento común. Muchas legislaciones excluyen el trabajo familiar del ámbito de aplicación de la legislación del trabajo y lo consideran trabajo no remunerado. Se parte del concepto de que la familia no es solo una unidad de convivencia, sino que es una unidad patrimonial y de gestión. De allí, que el trabajo llevado a cabo por el miembro de una familia para un establecimiento de la misma, no pueda ser considerado como prestado por cuenta ajena sino en beneficio propio, de donde resulta que falta uno de los elementos propios del contrato de trabajo.

Es de observar que el trabajo familiar no remunerado debe ser objeto de una precisa regulación legal que ponga límites que impidan que se someta a los miembros de la familia a una suerte de trabajo esclavo. Entre otras cosas, debe limitarse de manera reducida el número de personas que comprende el grupo familiar; debe exigirse el requisito de la convivencia entre quienes prestan el trabajo familiar; el trabajo debe ser prestado a personas individuales y no a sociedades civiles o mercantiles.

En todo caso, el trabajo familiar no remunerado requiere necesariamente de una tutela referida al menos a ciertas condiciones mínimas, como lo son la limitación de la jornada de trabajo, las condiciones de higiene y seguridad y la responsabilidad por enfermedades o accidentes generados por la prestación de servicios.

La ausencia de una regulación precisa del trabajo familiar en la mayoría de las legislaciones laborales latinoamericanas favorece la creación de condiciones laborales que se alejan del paradigma del “trabajo decente”.

A grandes rasgos he presentado los que, a mi juicio, son los principales problemas que “el trabajo decente” o “trabajo digno” enfrenta en América Latina en el siglo XXI. La adecuada atención de esos problemas 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.

CONCLUSIONES.

Primera: La noción de “trabajo decente” permite agrupar, en un solo vocablo las características que debe tener el trabajo humano según la Constitución, las Declaraciones, los Convenios y las Recomendaciones de la OIT. Desde el punto de vista de su contenido no es sustancialmente distinta de la noción de “trabajo realmente humano”, empleado por la Constitución de la OIT en 1919, o de trabajo “digno”, o “en condiciones dignas y equitativas” empleado por las constituciones latinoamericanas.

Segunda: El empleo y difusión de la noción de “trabajo decente” ha tenido una utilidad funcional, tanto desde el punto de vista de la reestructuración interna de la OIT, del refrescamiento de muchas de sus actividades, dejándose hacer sentir en el mundo político, académico y sindical.

Tercera: Las legislaciones laborales latinoamericanas, concebidas tradicionalmente en un sentido garantista, se orientan, en términos generales, por el paradigma del “trabajo decente”. Tal paradigma ha resultado afectado en algunas materias por las reformas flexibilizadoras aprobadas en algunos países.

Cuarta: La consecución de los objetivos del programa de “trabajo decente” va más allá de elaboración de normas legislativas propias del Derecho del trabajo. Se requiere el diseño no sólo de normas sino de políticas sociales destinadas a la tutela de los sectores vulnerables y que las mismas sean aplicadas con el firme compromiso del Estado y de los diversos factores de la sociedad. Sin ello, “el trabajo decente” no pasará de ser una afortunada expresión retórica”.

Barquisimeto, septiembre de 2019.

BIBLIOGRAFÍA

ERMIDA URIARTE, Oscar Concepto y medición del trabajo decente. Grupo Bologna-Castilla-La Mancha, Montevideo, 2000.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS SOCIALES, *El trabajo decente en la economía globalizada: una estrategia de investigación*, OIT, Ginebra. Junio 2016.

OIT. Memoria del Director General a 87 Conferencia Internacional del Trabajo. OIT, Ginebra, 1999.

OIT. *Trabajo decente y protección para todos. Prioridad de las Américas*, Memoria del Director Regional a la 14ª Reunión Regional de los Estados miembros de la OIT en las Américas, OIT, Lima 1999.

SOMAVIA, Juan *Un trabajo decente para todos en una economía globalizada: una perspectiva de la OIT*, documento presentado a la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC (30 nov.- 3 dic. 1999), <http://www.ilo.org>.

SOMAVIA, Juan. *Introduction*, en “Globalizing Europe. Decent work in the information economy. Report of the Director General”, Sixth European Regional Meeting, ILO, Geneva 2000, vol. I, pág. X