

Aplicación de conceptos de la Teoría Comunicacional Del Derecho (TCD) a la normatividad laboral colombiana¹

Applying concepts of Communicative Theory Of Law (CTL) to Colombian work regulations

Application de concepts de la theorie l'agir communicationnel du droit (ACD) a la reglementation Colombienne de travail

Aplicação dos conceitos da teoria comunicacional do direito (TCD) a normatividade de trabalho colombiano

Enrique López Camargo²

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2014

Fecha de aprobación: 27 de abril de 2014

Referencia para citación: López, E. (2015). Aplicación de conceptos de la Teoría Comunicacional Del Derecho (TCD) a la normatividad laboral colombiana. *Iter Ad Veritatem*, 13, 33-49.

1 El presente artículo de reflexión se desarrolla en el módulo "Teoría Comunicacional del Derecho" del Doctorado en Derecho IV cohorte de la Universidad Libre, Bogotá, Colombia, permitiendo con ello la adecuación pormenorizada de las diferentes categorías normativas plasmadas en la TCD a la normatividad del Derecho del Trabajo en Colombia en su parte sustantiva y procesal, respectivamente, tomando como referente fuentes primarias tales como el Código Sustantivo del Trabajo (Ley 789/02) y posturas de autores tales como Ronald Dworkin, Gerardo Pisarello, Robert Alexy; así mismo, pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional sobre aplicación de los principios jurídicos del Derecho laboral.

2 Abogado Universidad Libre, especialista en Derecho Comercial Universidad Libre, Especialista en Instituciones Jurídico-políticas de la UPTC, Magíster en Derecho Administrativo Universidad Libre, Doctorando en Derecho Universidad Libre, Docente del módulo de Derecho Laboral Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, catedrático Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Periodista y columnista de revistas especializadas, Abogado consultor y Asesor empresarial. enriquelopezc8@hotmail.com

Resumen

En el presente escrito se busca dar a conocer la aplicación de conceptos de la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) como fundamento al estudio y análisis normativo de todas las áreas del derecho y trata lo relacionado con la importancia sintáctica y semántica de las normas jurídicas. Un catálogo amplio de conceptos ha ilustrado el análisis jurídico del normativo laboral colombiano que se encuentra contenidas en la ley 789 de 2002 y demás normas complementarias. El descuido con la aplicación de la semántica y la sintaxis en la redacción de normas jurídicas, es frecuente por parte de legisladores y redactores de este país legalista por naturaleza.

Palabras Clave: Sintaxis, Semántica, Principios jurídicos, Normas Procedimentales potestativas, Normas Procedimentales Deónticas, Teoría Comunicacional del Derecho.

Abstract

In the present paper it aims at letting it know the application of concepts of the Communicational Theory of Law, as a basis to study and policy analysis of all areas of law and is related to the syntactic and semantic importance of legal standards.

A broad concept catalogue has been created with a legal analysis of Colombian work policy that is in the law of 789 of 2002 and other complementary rules. The carelessness of legislators and drafters with the application of semantics and syntax in the drafting of legal norms is often committed in this legalistic country by nature.

Key Words: Syntax, Semantics, Legal Principles, Procedural Standards facultative, Deontic Procedural Standards, Communicative Theory of Law.

Résumé

Dans le présent travail on cherche à faire connaître l'application de concepts de la Théorie de l'agir communicationnel de Droit (ACD) comme fondement à l'étude et à l'analyse normative de toutes les sujets du droit et il s'agit de l'importance syntactique et sémantique des normes juridiques. Un catalogue complet des concepts a instruit l'analyse juridique des travaux normatifs colombiens qui sont contenues dans la loi 789 de 2002 et d'autres normes

complémentaires. La négligence des législateurs et des rédacteurs avec l'application de la sémantique et la syntaxe dans l'élaboration de normes juridiques de ce pays des lois par nature.

Mots Clefs: Sémantique, Syntaxe, Principes juridiques, procédures potestatifs, Règles de Procédure Déontiques, Théorie de l'agir Communicationnel de Droit.

Resumo

No presente trabalho visa divulgar a aplicação dos conceitos da Teoria Comunicacional do Direito (TCD) como base para o estudo e análise das políticas de todas as áreas do direito e está relacionada com a importância sintática e semântica dos padrões legais. Uma vasta gama de conceitos ilustrada a análise jurídica da política de trabalho colombiano, que está contido na Lei 789 de 2002 e outros regulamentos complementares. O descuido com a aplicação de semântica e sintaxe na elaboração de normas legais, é muitas vezes pelos legisladores e os redactores deste país legalista por natureza.

Palavras-Chave: sintaxe, semântica, os princípios legais, as normas facultativas, normas de procedimento deonticas processuais, Teoria Comunicacional do Direito (TCD)

Metodología

El presente escrito se enmarca dentro de una metodología analítica descriptiva, pues conduce a la observación detallada de la Teoría Comunicacional del Derecho y comprender su naturaleza e identificar con claridad las características y su aplicación al objeto de estudio que no es otro que el Derecho Laboral Colombiano

Introduccion

La Teoría Comunicacional del Derecho o Teoría de los textos jurídicos o Análisis del lenguaje de juristas, que tiene como un notable exponente al tratadista español Gregorio Robles Morchon, busca precisar conceptos y hacer aplicación técnica de muchos otros que en ocasiones el positivismo jurídico desconoce o emplea incorrectamente y que le prestan un invaluable servicio a las diferentes áreas del derecho como el penal, civil, administrativo,

disciplinario y, desde luego, el derecho laboral al que le hemos dedicado su aplicación en el presente escrito.

El jurista colombiano, muchas veces ligero e impreciso en sus conceptos, está llamado a estudiar la interesante obra de Robles Morchon en razón de la importancia conceptual y jurídica que ella contiene y por la claridad y sencillez de su tratamiento. Al legislador de Colombia, muy bien le vendría conocer lo planteado por la TCD para la presentación de proyectos de ley o cuando menos para sustentar y defender en debida forma y decoro una ponencia. La deficiencia semántica es la resultante de la falta de cuidado y conocimiento de técnica jurídica de muchos legisladores y redactores de normas ordinarias y estatutarias que esporádicamente aparecen interviniendo en el recinto donde se hacen las leyes de éste país legalista por naturaleza. La incorrecta aplicación de la sintaxis jurídica obedece también al precario conocimiento de la Teoría formal del Derecho.

De lo aquí afirmado dan cuenta la desafortunada mala redacción del artículo 12 del Código Procesal del trabajo, al igual que el artículo 64 del Estatuto de Seguridad Social y Pensiones y la escasa claridad en la redacción del artículo 11 de la ley 1010 de 2006, también conocida como ley de acoso laboral.

En el presente escrito se encuentra soportada la aplicación de la TCD a la disciplina del derecho del trabajo; así pues, se ha abordado -en primer lugar- referente a la Teoría de las normas jurídicas como aquellas indirectas de la acción que comprenden normas deónticas, procedimentales (tener que) y potestativas (poder); las normas deónticas son aquellas que contemplan implícitamente deberes jurídicos y de las que se derivan conductas como decisión y ejecución.

En el Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo se encuentran consignadas todas estas clases de normas que, de alguna manera más diáfana, deberían contribuir a enriquecer la dogmática jurídica y fortalecer la oralidad para el desarrollo de las audiencias que actualmente permite la materia laboral. El jurista debe estar preparado en TCD para afrontar lo fáctico y jurídico de un proceso, que actualmente se caracteriza por su celeridad debido al fortalecimiento de competencias comunicativas y argumentativas.

En la segunda parte del escrito se encuentra plasmado lo referente a los principios jurídicos que han sido tratados por diferentes doctrinantes como Ronald Dworkin, Herbert Hart, Robert Alexy, y los doctrinantes españoles Federico de Castro Bravo y Gregorio Robles Morchon, que a partir de sus diferentes puntos de vista dan luces para que los juristas y jueces no los

desconozcan en sus alegatos y sentencias, respectivamente. Entre los más importantes principios a destacar se encuentran: remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; principio de Irrenunciabilidad; principio de estabilidad laboral y principio de progresividad entre otros.

Para la realización del presente escrito, se tuvo como referencia el texto de Gregorio Robles Morchon titulado “*La teoría comunicacional del derecho*”: *ensayo de síntesis de algunos de sus rasgos fundamentales*, de la cual se hizo un estudio descriptivo y adaptación de las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo con el propósito de conocer la aplicación práctica de esta teoría a través de la hermenéutica jurídica.

1. Tipos de normas jurídicas: las normas indirectas de la acción (normas deónticas)

Para Robles³ esta clase de normas son aquellas que llevan a la construcción de un texto jurídico, como fruto del esfuerzo intelectual y racional de los juristas que ha de tener vigencia y efectividad en el ordenamiento, y contiene las reglas que orientan los procederes de las sociedad y demás, son el presupuesto de las normas directas.

En primer lugar, es necesario señalar las normas que establecen el espacio, o si se quiere más rigurosidad comunicacional los elementos espaciales del sistema, haciendo referencia a la territorialidad donde ha de imperar el ordenamiento jurídico; así pues, el Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social de Colombia (Ley 789 de 2002), establece en su artículo 2º: “El presente código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes sin consideración a su nacionalidad”. En virtud de limitar o delimitarlas fronteras, este tipo de normas –la del ejemplo- son las llamadas de tipo indirecto o normas ónticas, que en todo su vigor están abrigadas con el verbo “ser”, que no lleva consigo acción alguna.

En segundo lugar, debemos hacer referencia al grupo de normas que regulan los elementos temporales del ordenamiento jurídico, y para este caso se precisa echar mano de los diversos tipos existentes:

3 Robles Morchon, Gregorio (2015). *Teoría del derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*, Volumen I, Introducción Teoría Formal del Derecho, 6a ed., Civitas, p. 218.

1.1 Las normas de la constitución que inauguran la existencia de un nuevo Ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 38 se precisa lo siguiente: “esta constitución rige a partir de la fecha de su promulgación” y sabido es que la promulgación se presenta cuando el texto jurídico se publica en la *gaceta constitucional* que para el presente caso es la número 127 del 10 de octubre de 1991 y su duración es indefinida en el tiempo, ya que establece no la derogatoria sino la reforma que podrá hacerse por el Congreso, por una Asamblea Nacional Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

1.2. Las normas que determinan el día de la entrada en vigencia de una ley. En este caso se puede citar la entrada en vigor de la Ley 789 de 2002 conocida como el Código Sustantivo del Trabajo, que empezó a regir el 27 de diciembre de 2002; a su turno, la Ley 712 de 2001 o Código Procesal del trabajo publicada en el Diario Oficial el 8 de diciembre de 2001, la cual entró en vigencia seis meses después.

1.3 Las normas que fijan o establecen una duración *pro-tempore*, no están contempladas en la legislación laboral colombiana, pues se prevé que éstas se expiden para que perduren sin límite.

1.4 Las normas derogatorias tienen como característica principal remplazar una norma existente o -como dice Gregorio Robles- “extenderles su partida de defunción”. En el ordenamiento laboral colombiano se encuentran este tipo de normas y por tanto se hace menester citar varios ejemplos: a) La ley 789 de 2002 deroga tácitamente el artículo 48 de la ley 50 de 1990 que contemplaba el preaviso o desahucio por parte del trabajador al empleador con no menos de treinta días de antelación cuando el primero de estos tenía la intención de terminar unilateralmente el contrato de trabajo; b) el decreto ley 2351 de 1965 se deroga el artículo 6º de la norma existente en el siguiente sentido: exigir depósitos o garantías a los choferes de familia para celebrar contratos de trabajo; esta función derogatoria señala la temporalidad normativa.

1.5 Las normas indirectas de la acción están relacionadas con los plazos de prescripción y caducidad que se encuentran en el ordenamiento laboral colombiano. Estas normas se dirigen a los sujetos para determinar la realización de determinados tipos de acciones, los derechos laborales contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia prescriben a los tres años de haberse causado, según lo establece el artículo 488, los derechos que adquiere un trabajador como producto de una relación laboral en los términos del código sustantivo del trabajo, no son eternos sino que establecen un término de prescripción para hacerlos efectivos después de haberse causado o adquirido.

La prescripción implica la pérdida del derecho para el trabajador y la cesación de la obligación que ampara al empleador puesto que se pierde la oportunidad jurídica para reclamar.

Como tercera medida debe hacerse referencia al grupo de normas indirectas de la acción al que está formado por aquellas normas que establecen quienes son los *sujetos* que dirigen o son destinatarios de las acciones. Para el caso del derecho laboral colombiano no han de ser otros que los extremos contractuales de la relación laboral: empleador y trabajador, así como también todos aquellos contratistas independientes, que deciden desarrollar su actividad profesional mediante un contrato de obra.

A este grupo de normas ónticas indirectas de la acción que determinan los sujetos pertenecen:

1.1.1 Aquellas que determinan las personas físicas o naturales que se relacionan en el campo laboral. En la ley 789 de 2002 art. 22, se encuentra consignada la definición de contrato individual de trabajo en los siguientes términos: “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. De igual manera, se establece en el artículo 29 lo referente a la capacidad legal de contratar, así: “tienen capacidad para celebrar contrato individual de trabajo todas las personas que hayan cumplido 18 años de edad”

1.1.2 Las normas que establecen cuales organizaciones son personas jurídicas. En materia laboral, se contempla el contrato de aprendizaje como una forma especial de contratación orientada a capacitar para el trabajo a quienes no puedan acceder a la formación universitaria. Así, en el artículo 37 del Código laboral se contempla cuáles son los establecimientos autorizados para impartir dicha formación: “la formación profesional y metódica podrá ser impartida por las siguientes entidades a) El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), b) Las instituciones educativas debidamente reconocidas por el Estado y c) Directamente por las empresas que cumplan con las condiciones de capacitación señaladas en el artículo 41 de esta ley.

1.1.3 Las normas que determinan quiénes son ciudadanos de un Estado y quiénes extranjeros. Para ilustrar este aparte, se hace necesario echar mano del artículo 74 del normativo laboral, que establece la igualdad en la contratación y el trato entre colombianos y extranjeros: “los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros en una misma empresa o

establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales” (*Lex loci solutionis*).

1.1.4 Las normas que instituyen la estructura orgánica de las personas jurídicas. Para atender lo señalado en este punto, se precisa tener en cuenta el Estatuto de Seguridad Social y Pensiones en su artículo 155, que contiene lo referente a la integración del Sistema general de Seguridad Social en Salud:

- Organismos de dirección, vigilancia y control
- Consejo de seguridad social en salud
- Superintendencia nacional de salud
- Organismos de administración y financiación
- Entidades promotoras de salud
- Direcciones seccionales, distritales y locales de salud
- Fondo de solidaridad y garantía
- Las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, mixta y privada

Como se observa en lo descrito, el ordenamiento jurídico se ocupa de *reconocer* derechos y deberes, aunque muchas veces éstos sólo tengan el carácter de nominalistas y poco realistas, v.g el derecho al trabajo y la seguridad social.

El último grupo de normas indirectas (ónticas) de la acción, lo constituye aquellas que señalan capacidades o competencias, situación que se enmarca en el plano de lo posible para el sujeto que ejerza determinada acción. Así pues, el individuo dotado de capacidad jurídica puede actuar dentro de la licitud o por fuera de ésta, llegando con ello a pisar (*stepon*) los terrenos del Derecho Penal. A ese conjunto de acciones delimitadas que ejerce toda persona física, se le ha denominado *capacidad de obrar*, que soporta implícitamente el término competencia, definida como la aptitud de hacer o no hacer determinada cosa. En la norma laboral colombiana (artículo 29), se establece que goza de la capacidad de obrar quien siendo mayor de edad celebre un contrato de trabajo con una persona natural o con una jurídica, y no tendrá la capacidad plena el menor de 18 años que para celebrar dicho contrato requerirá de la autorización del Ministerio de Trabajo.

La capacidad de obrar se extiende en gran parte del articulado contenido en la ley 789 de 2002, la que el trabajador está llamado a cumplir cabalmente o, en su defecto, hacerlo contrariando la norma, como -por ejemplo- cuando se plantea una prohibición expresa de *sustraer de la fábrica, taller o establecimiento útiles de trabajo y materia primas sin permiso del patrono*, que en tal caso generaría la sanción correspondiente

2. Normas directas de la acción: procedimentales

Este tipo de normas se caracterizan por la relación directa existente entre la acción que regulan y la cascada de verbos conjugados en diferentes tiempos como: deber, poder, estar permitido y tener que. Normas de este tipo las encontramos en el artículo 12 del Código Sustantivo Laboral en los siguientes términos: “*contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica....*”

En el capítulo relativo al aspecto procesal, encontramos una serie de artículos que establecen las actuaciones de las partes que intervienen en el proceso: así, el artículo 42 del CST, contempla el principio de *oralidad y publicidad* del y establece la obligatoriedad de adelantar las actuaciones judiciales en forma oral en las audiencias públicas, so pena de decretar su nulidad; a su turno, el artículo 48 señala los poderes del juez como director del proceso, quien en tal calidad *adoptará las medidas necesarias para garantizar el respeto a los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes...*

Un ejemplo de norma que establece requisitos para realizar una acción se encuentra en el artículo 25 del Código Procesal Laboral, el cual contempla las normas y requisitos que debe contener toda demanda que adelante el trabajador ante los juzgados laborales. Se precisa entonces que el accionante no podrá obtener el reconocimiento de sus pretensiones por parte de la jurisdicción ordinaria laboral si la demanda no se presenta en términos con los requisitos de ley establecidos para ese caso.

Tal como lo afirma Gregorio Robles⁴ en la TCD, si la parte demandante no presenta ninguna acción para que se le reconozcan las pretensiones de la demanda, habrá *inexistencia de la acción*, similar situación se presenta cuando el demandado no contesta la demanda, convirtiéndose así en contumaz y desde luego configurando la inexistencia de la acción. Concluye Robles que la inexistencia no es obviamente una sanción, aunque en el caso colombiano la inacción por parte del demandado -al no contestar la demanda-, si se configura en una especie de sanción, al configurarse el imperativo jurídico, *indicio grave en su contra*.

3. Normas directas de la acción: potestativas y deónticas

Siendo normas potestativas aquellas que tienen la función de conceder los poderes o autorizaciones, preceptúan lo que los sujetos *pueden* hacer, y el verbo poder en tiempo infinitivo, faculta a las personas para realizar negocios

⁴ Ibidem, p. 219.

autorizados por la ley. El derecho laboral colombiano en el art. 113, consagra la facultad legal que tiene el empleador para imponer sanciones pecuniarias a los trabajadores que falten a su trabajo o retrasen su llegada sin una justa causa; igualmente, establece que el empleador puede aplicar sanciones de carácter administrativo consistentes en suspensión de sus actividades laborales, cuando a su juicio el trabajador incumpla sus deberes, las normas correspondientes o el contrato en sí mismo.

Cuando la acción es contemplada como deber, se presenta una norma deóntica, que tiene como característica exigir a los destinatarios que realicen determinadas acciones; así, por ejemplo, el artículo 57 del CST contempla las obligaciones especiales que le corresponde cumplir a todo empleador frente a los trabajadores, en tanto que el artículo 58 del citado normativo contiene las obligaciones que debe cumplir el trabajador en virtud de haber celebrado una relación jurídica laboral. Las normas deónticas, asegura Robles Morchon, son de tres tipos diferentes: a) normas de conducta propiamente dicha; b) normas de decisión y c) normas de ejecución.

3.1 *Norma de conducta propiamente dicha*: esta norma se formula como la conexión entre una hipótesis y un deber, en donde la hipótesis hace referencia a la situación del sujeto a quien va dirigido ese deber, por ejemplo lo establecido en el art. 105 del normativo laboral sobre la obligatoriedad que tiene todo empleador de adoptar el Reglamento Interno de Trabajo cuando ocupen al menos cinco trabajadores en forma permanente.

3.2 *Norma de decisión*: es la que va dirigida a un órgano de decisión y le impone el deber de decidir una determinada consecuencia jurídica, contra el infractor de una norma de conducta. Aquí debe citarse el caso del artículo 156 de la norma laboral en el sentido de contemplar el embargo de los salarios hasta en un 50% cuando se trate de pagar cuotas alimentarias y cooperativas.

3.3 *Normas de ejecución*: ésta tiene correspondencia con la norma de decisión; aquí el órgano de decisión deberá actuar para imponer la sanción al infractor aun a pesar de su resistencia. El ejemplo a citar se encuentra consagrado en el artículo 31 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, que contiene la prohibición expresa al empresario de establecer una relación laboral con menores de edad sin la autorización del funcionario de trabajo facultado para ello y esa trasgresión normativa le faculta a la autoridad del trabajo ordenar la cesación de la relación laboral e imponer multas al empleador.

4. Normas y principios jurídicos

A juicio de Jaramillo⁵ (2015,15), los principios jurídicos se definen en el siguiente sentido: *parte de un ordenamiento que tiene por objeto concretar los valores propios de una disciplina determinada en normas orientadoras que constituyen la base de la estructura normativa. Articulan las reglas medulares y fundacionales previstas por una disciplina en aras de gobernar las relaciones sociales que ella regula. En coadyuvancia con la definición anterior, se encuentra la de Larenz (2001, 33): “los principios jurídicos son los pensamientos directores de una relación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas”.*

Una característica de los principios es la inmutabilidad dada su vocación orientadora que la encontramos consignada en el artículo 230 constitucional que preceptúa: *la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.* Pretendiendo orientar un poco más este tema, se justifica traer a discusión la postura doctrinaria de algunos juristas sociólogos y filósofos del Derecho, quienes amplían los espacios de interpretación en materia de principios. Así tenemos el caso de Ronald Dworkin⁶ (1984), eminente docente de la Universidad de Oxford, quien sostiene que las reglas no agotan el derecho, sino que es preciso complementarlas con los principios; agrega él que los principios no son normas sino que poseen una naturaleza diferente, mientras que las normas pueden ser acatadas o incumplidas de una manera completa, los principios permiten grados de cumplimiento.

El planteamiento de tan interesante tema cobra mayor importancia cuando entra a la escena del debate el jurista alemán Robert Alexy⁷ (1982: 86), catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kíe, quien defiende la postura de que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible; por tanto, los principios son *mandatos de optimización*, es decir que se pueden cumplir en un grado más o menos amplio, mientras que las normas que no son principios o se cumplen o se incumplen. De la península ibérica, se hace indispensable destacar al teórico Federico de Castro y Bravo, quien se adelantó a Dworkin y al escudero

5 Jaramillo, Iván Daniel (2015). Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia, Bogotá (Colombia) : Legis, p. 15.

6 Dworkin, Ronald (1984). Los derechos en serio: Los principios en la teoría del derecho. Barcelona.

7 Alexy, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales, Madrid, p. 86.

de Hitler -Hermann Esser- y hacia el año de 1942 y en su obra *Derecho Civil de España* respecto de los principios dijo:

la expresión principios generales del derecho, permite comprender en ella a todo el conjunto normativo o formulado, o sea aquel que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre y agrega: la eficacia de los principios generales es incalculablemente superior a la de una norma subsidiaria. Es fundamental para el derecho positivo en cada uno de sus aspectos: constituyen la base de las normas jurídicas y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas⁸.

El teórico del derecho Robles Morchón plantea su postura doctrinal en materia de principios en franco contraste con los expuestos por Robert Alexy y lo hace en un escrito de la *Colección Actas*, titulado “Comentario a la ponencia de Robert Alexy, a su vez titulada “el concepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”.

4.1 Considera que los principios pueden ser contemplados como normas de uno u otro género, dependiendo de su función dentro del sistema y de su configuración lingüística y señala como ejemplo el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, que sería una norma deóntica que le impone al legislador el deber de no promulgar leyes sancionatorias retroactivas. Para el caso colombiano este principio se encuentra en estrecha relación con el principio protector que comporta el reconocimiento jurídico de la situación de debilidad de quien aporta su fuerza de trabajo, principio que a su vez contempla la condición más beneficiosa, en razón de que una norma nueva no debe desmejorar la situación del trabajador, un ejemplo de esta clase de norma lo encontramos en el Estatuto de Seguridad Social y de Pensiones en su artículo 36 que establece el régimen de transición en materia pensional y en tratándose de la pensión de sobrevivencia se puede citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia cuyo radicado es el 21583.

4.2 Para Robles, la afirmación de que los principios son mandatos que equivale a decir que son normas no es aceptable de su parte, ya que los principios una vez determinado su contenido para aplicarlos al caso concreto, mediante la interpretación, no se aplica *más o menos* en mayor o menor medida. Agrega Robles que en sentido riguroso su aplicación al ampo del derecho sería aplicable como una analogía, mas no como procedimiento riguroso, y si estamos de acuerdo con su tesis y la trasladamos al capo laboral colombiano se hace necesario citar el artículo 145 del Código Procesal del trabajo que

8 De Castro y Bravo, Federico. Derecho Civil de España. Parte General. T. I. Editorial Casa Martín, Valladolid 1942, p. 351.

precisa la aplicación analógica cuando haga falta disposiciones generales en el procedimiento del trabajo.

4.3 La ponderación dice el citado autor, no debe ser monopolio sólo de los tribunales y autoridades, sino que encierra en sí actividad decisional.

4.4 La argumentación jurídica dice Robles Morchon, puede tener conexión con la argumentación moral.

Con el propósito de ampliar este acápite de principios jurídicos en el Derecho laboral colombiano, es necesario citar varios principios que le son inherentes y nutren esta materia legislativa.

4.4.1 *Principio de igualdad* cuya naturaleza jurídica se encuentra señalada en la declaración de la OIT de “principios y derechos fundamentales en el trabajo” de 1998 y el artículo 13 de la Constitución de Colombia. Este principio proscribiera el trato discriminatorio, aunque los indicadores demuestran lo contrario, pues según estudios de la ONU, Colombia ocupa el puesto 14 en el mundo con mayor desigualdad con un 53.9%. La paridad retributiva de este principio hace referencia al trato igual por razón de sexo entre trabajadores que ostentan la misma profesión, ya que es ampliamente conocido que las mujeres ganan mucho menos que los hombres desarrollándola la misma labor, a pesar de lo ordenado por la ley laboral en su artículo 142, que dice: “*a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia, corresponde salario igual.*”

4.4.2 *Principio de Remuneración mínima, vital y móvil.* Este principio también se encuentra consignado en los convenios 26 y 131 de la OIT, el primero de ellos ratificado por el Estado colombiano mediante la ley 129 de 1931 y cuyo fundamento consiste en definir los parámetros con base en los cuales debe establecerse la contraprestación que ha de pagarse con arreglo a la dignidad del trabajador. En Colombia, este principio ostenta protección constitucional de acuerdo al artículo 25 en los siguientes términos: “*el trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado*”.

La remuneración mínima legal en Colombia se ha venido fijando por decreto en los últimos veinte años a pesar de encontrarse establecida por concertación tripartita emanada de la ley 278 de 1996 que reguló la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales y le permite a empleadores, trabajadores y el Estado colombiano, fijar al final de cada año el salario mínimo legal. En el Código Sustantivo del Trabajo artículo 145 se encuentra definida en los siguientes términos: “*el que todo trabajador tiene derecho a percibir para*

subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”.

En razón de la pérdida de poder adquisitivo cada año, el SMLV no puede satisfacer las condiciones mínimas tales como una suficiente educación, adecuada alimentación, eficientes servicios públicos y estabilidad laboral entre otras para el trabajador y su familia.

4.4.3 *Principio de estabilidad en el empleo* contempla la permanencia en el tiempo del trabajador, para que éste pueda gozar de un mínimo de seguridad en continuar al frente de su única fuente de sustento y el de su familia. El principio de estabilidad en el empleo doctrinariamente configura dos aspectos: la estabilidad absoluta y la estabilidad relativa; la primera se configura *cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación del trabajador; la estabilidad relativa en cambio se configura cuando se protege al trabajador pero no garantiza su reincorporación*⁹. En la legislación laboral colombiana la terminación del contrato se regula en el artículo 61 que enumera taxativamente las causas de terminación del contrato.

La legislación laboral colombiana también contempla la estabilidad laboral reforzada consistente en la protección del empleo a determinados trabajadores que se encuentren en situaciones especiales tales como: trabajadoras en embarazo art. 241 de CST, trabajadores cobijados por fuero sindical art. 406 CST y finalmente aquellos trabajadores con alguna limitación física cuya protección se encuentra regulada en la ley 361 de 1997, art .26, con apoyo en las normas laborales que contempla la indemnización por despido injusto cuando éste se produzca por razón de su condición.

4.4.4 *Principio de Irrenunciabilidad*: El carácter de orden público de las normas laborales fundamenta la Irrenunciabilidad a derechos que esta ley reconoce a todos los trabajadores, y así se establece en el artículo 14 del citado normativo: “Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley”. A su turno el artículo 340 del normativo laboral contempla respecto de la Irrenunciabilidad lo siguiente: “las prestaciones sociales establecidas en este código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables, salvo a los auxilios por enfermedad no profesional y el seguro de vida obligatorio para trabajadores mayores de cincuenta años.”

9 Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del trabajo. 3ª ed., Buenos Aires, 1998, pp. 242-243.

Este principio también goza de protección constitucional contenida en el artículo 48, que establece el carácter irrenunciable a la seguridad social y 53 en el siguiente tenor: “el principio de Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales”.

4.4.5 Principio de primacía de la realidad. Cuando se presenta una discordancia entre lo factico y lo formal, predomina lo primero, por eso se llama al contrato laboral contrato realidad. La corte Suprema de Justicia sala laboral¹⁰, ha manifestado lo siguiente respecto de este principio: “en materia laboral es característico el principio de primacía de la realidad, que tiene su consagración constitucional en el artículo 53 de la carta fundamental, el cual está dedicado a que debe darse prevalencia o preferirse los datos que broten de la realidad sobre aquellos de carácter formal de los que surjan de documentales...”. A su vez la Corte Constitucional¹¹, respecto de este principio ha sostenido: *éste principio guarda relación con el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia*

4.4.6 *Principio de progresividad*: El fundamento legal de este principio se encuentra consignado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–ratificado por la ley 16 de 1972 en la parte I, capítulo III, artículo 26 contempla el siguiente mandato:

Desarrollo Progresivo. Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Para Pisarello¹² el deber de *progresividad* se refiere a la satisfacción de condiciones mínimas a todas las personas sin importar su condición de género o edad. Aunque no se encuentra taxativamente señalado en la norma fundamental y tampoco las ordinarias, implica las garantías y beneficios para la clase trabajadora. A pesar de precaria alusión del principio, la carta política de Colombia prevé en su artículo 48 lo siguiente: se garantiza a todos los habitantes

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral 2004, Radicado 19862 Magistrado Ponente Luis Javier Osorio.

11 Corte Constitucional, Sentencia T- 166/97. Magistrado Ponente Gregorio Hernández.

12 Pisarello, Gerardo. (2007) Los derechos Sociales y su garantía. Madrid : Trotta S.A., p. 94.

el derecho irrenunciable a la seguridad social, el Estado con la participación de los particulares, ampliara *progresivamente* la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de servicios en la forma que determine la ley. En el CST no se encuentran consagradas estipulaciones que garanticen este principio.

Cuando se presenten *modificaciones regresivas*, le asiste al legislador la obligación de justificación que las legitime. Esta disposición regresiva debe demostrarse por parte del Estado en las siguientes justificaciones:

- La existencia de un interés estatal permisible.
- El carácter imperioso de la medida.
- La inexistencia de cursos de acciones alternativas o menos restrictivas del derecho en cuestión¹³.

Conclusiones

El sistema jurídico colombiano es considerablemente amplio y su construcción requiere del apoyo de la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), que le alimenta y nutre desde la sintaxis y la semántica. Ésta no debe mirarse simplemente como una mera *proposición lingüística* sino con el valor jurídico, que contiene todo ordenamiento orientado a controlar las conductas de sus asociados.

La legislación laboral colombiana en sus partes sustantiva y procesal respectivamente, va encaminada en toda su dimensión a prevenir acciones de los extremos contractuales que vayan en contravía del ordenamiento y las buenas costumbres, e igualmente contempla mecanismos sancionatorios en caso de su contravención como son aquellas de basamento deóntico.

Los principios jurídicos han permitido enfrentar los puntos de vista y las conceptualizaciones filosóficas de connotados doctrinantes como Robert Alexy y Ronald Dworkin, permitiendo de paso la intervención del maestro Robles Morchon, para quien los principios *pueden ser contemplados como normas de uno u otro género dependiendo su función dentro del sistema y de su configuración lingüística*.

A ningún jurista -por muy docto que sea (litigantes, legisladores y jueces)- le debe resultar ajeno el estudio de la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), pues ésta le aporta elementos importantes para construcción de un bien

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-469 de 2013, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

diseñado discurso jurídico, la elaboración de una teoría o la decisión de fondo en un proceso. Lo importante en la norma es su espíritu e intencionalidad con la que fue creada, y es donde prevalece la hermenéutica jurídica para su interpretación real y no la simple elaboración de un texto es decir la exegesis, que distará mucho de la aplicación de justicia en cualquier sociedad organizada.

Referencias

Alexy, Robert. (1993) Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales, Madrid.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-469 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia. (2004). Sala de casación laboral, Radicado 19862 Magistrado Ponente Luis Javier Osorio.

Corte Constitucional. (1997) Sentencia T- 166. Magistrado Ponente Gregorio Hernández.

De Castro y Bravo, Federico (1942). Derecho Civil de España. Parte General. T. I. Valladolid : Casa Martin.

Dworkin, Ronald (1984). Los derechos en serio: Los principios en la teoría del derecho. Barcelona.

Jaramillo, Iván Daniel (2015). Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia. Bogotá : Legis.

Larenz, Karl (2001). Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Madrid : Civitas.

Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos Sociales y su garantía. Madrid : Trotta.

Plá Rodríguez, Américo (1998). Los principios del Derecho del trabajo. 3ª ed. Buenos Aires.

Robles Morchon, Gregorio (2015). Teoría del derecho: Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho, Vol. I, Introducción Teoría Formal del Derecho, 6a ed., Civitas.