

## El peso del concepto clásico del trabajo subordinado, ante la acción de Nulidad del Código de Niños Niñas y Adolescentes de Bolivia.

\* Nelson Enrique Arispe Suarez

Venezuela

Hacer un análisis jurídico de la sentencia que anuló parcialmente el Código de Niños, Niñas y Adolescentes de Bolivia (en lo adelante, el Código), pasa necesariamente por señalar los antecedentes inmediatos de su promulgación, lo cual implica reconocer que esta norma jurídica estuvo precedida por intensas movilizaciones de niños, niñas y adolescentes Trabajadores (en adelante, NATs) de Bolivia articulados en el Movimiento Social, Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia, (en adelante, UNATSBO). Es desde UNATSBO que se demandó ante la Asamblea Legislativa Plurinacional, el reconocimiento del Derecho Humano al Trabajo de las niñas, niños y adolescentes, por lo que podemos decir que la promulgación de este código en parte es el resultado de la participación protagónica de los Nats, quienes utilizaron diversos medios para expresar sus planteamientos, posturas y concepciones sobre el trabajo en el marco de la sociedad Boliviana, cuya cosmovisión desde sus pueblos originarios imprime un sello característico sobre el tema.

Como consecuencia de ello, se logró promulgar en fecha 17 de julio de 2014, el Código, mediante el Decreto Supremo N°2377, publicado en la Gaceta Oficial N° 0664 de fecha 23 de Julio de 2014, conquistándose por primera vez un Código cuyo texto normativo incorporó en su mayoría las propuestas que fueron presentadas por la UNTASBO, entre ellas; disposiciones en las cuales no se prohíbe trabajar de forma general a las niñas y niños trabajadores<sup>1</sup>, con 10 años de edad que laboren bajo el régimen de autonomía y por cuenta propia, lo cual constituyó un hecho trascendental porque se les reconoció su condición de trabajadores(as) y como consecuencia su debida protección laboral.

Por dichas consideraciones, tras la publicación de dicha norma jurídica, emergieron debates a nivel internacional en el seno del Parlamento Europeo, en donde tuvieron la oportunidad de participar delegados Internacionales del Movimiento Latinoamericano y Caribeño de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores (en adelante MOLACNATS), con el objeto de defender la Conquista Histórica que impulsaron en el Estado Plurinacional de Bolivia.

No obstante, pese a los esfuerzos de la UNATSO y del MOLACNATS, a tan solo cuatro (04) meses aproximadamente de la entrada en vigencia del mencionado Código, el “DEFENSOR DEL PUEBLO BOLIVIANO”, ejerció una acción por “**inconstitucionalidad abstracta**”; por ante el Tribunal Constitucional Plurinacional del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, a tenor de las atribuciones previstas en el artículo 222, numeral 1; y artículo 202, numeral 1 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, por ser un asunto de Mero Derecho, recurso que versó sobre varios artículos del mencionado Código, entre ellos se encuentra el artículo 129, el cual trata sobre la Edad **MÍNIMA PARA TRABAJAR, en la que se señala lo siguiente;**

*“(…) I. Se fija como edad mínima para trabajar, los catorce (14) años de edad.*

***II. Excepcionalmente, las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, podrán autorizar la actividad laboral por cuenta propia realizada por niñas, niños o adolescentes de diez (10) a catorce (14) años, y la actividad laboral por cuenta ajena de adolescentes de doce (12) a catorce (14) años, siempre que ésta no menoscabe su derecho a la educación, no sea peligrosa, insalubre, atentatoria a su dignidad y desarrollo integral, o se encuentre expresamente prohibido por la Ley.***

***III. La solicitud deberá tener respuesta en el plazo de setenta y dos (72) horas computables a partir de su recepción, previa valoración socio-económica, y surtirá efectos de registro en el Sistema de Información de Niñas, Niños y Adolescentes-SINNA. IV. El registro de la autorización para un rubro determinado podrá ser modificado a solicitud verbal de la o el interesado, sin necesidad de iniciar un nuevo trámite de autorización. Las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, si fuere necesario, podrán solicitar una nueva valoración médica y psicológica”***

De la transcripción supra, se desprende el reconocimiento del Derecho al trabajo de los niños y niñas con edad de diez años (10) para trabajar mediante el

régimen Autónomo y por cuenta propia, es decir, siempre y cuando no se menoscaben los derechos a su salud, vida, estudio, y es por ello que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia es el Ente encargado de velar por dichos derechos. Del mismo modo, haciendo una análisis hermenéutico, se aprecia que el espíritu y propósito de la norma jurídica constituye un **reconocimiento a nuevas e incluso a viejas formas de trabajo insertas en nuestra cultura Indígena, amazónica, campesina, afroamericana y caribeña**, donde en las relaciones de trabajo no prevalece el elemento de la subordinación, sino que se desarrollan en el seno de las familias y comunidades predominando la solidaridad y la ayuda mutua, sobre todo en las comunidades Campesinas e indígenas. Con ello se imprime un carácter solidario al trabajo, no bajo las condiciones subordinación y dependencia que prevalecen en la órbita de aplicación del Derecho del Trabajo occidental y hegemónico el cual se limita a regular la Relaciones de Trabajo subordinadas a un empleador.<sup>2</sup>

Ahora bien, ante la pretensión de Nulidad intentada por el “Defensor del Pueblo” Boliviano, el Tribunal Constitucional Plurinacional del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, decidió mediante **sentencia, signada bajo el N° 0025/2017 de fecha 21 de Julio de 2017, en el expediente identificado con la nomenclatura 09554-2014-20**, declarar con lugar la Nulidad por Inconstitucionalidad del artículo 129. II, bajo las siguientes premisas que se extraen de la sentencia:

A) “(...Omissis...) **el principio de favorabilidad** y *pro persona*, al prever dichos instrumentos internacionales normas más favorables, gozan de una categoría de supra constitucionalidad, teniendo una mayor jerarquía que la propia Ley Fundamental” (negrillas subrayado Nuestro).

La sentencia adopta el principio de prevalencia de la Norma más favorable, principalmente cuando se refiere a Normas de Derecho Humanos, lo que implica que para el Máximo Tribunal el convenio 138 (C-138) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tiene carácter de DDHH, lo que a nuestro criterio tal postura no es pacífica en el foro jurídico,<sup>3</sup> dado que no todos los

convenios revisten ese carácter, y además con ello se pretende invocar el principio de la norma a favor, con el fin de no regular el Hecho Social del Trabajo<sup>4</sup>. Es oportuno indicar que en la República Bolivariana de Venezuela la doctrina laboral de manera temprana había desarrollado una concepción del trabajo considerándolo como un Hecho Social, contraria al concepto de “Relación de Trabajo” ya que al considerar al trabajo como un Hecho Social a la luz de lo planteado por Durkheim <sup>5</sup>, incluye y reconoce las diversas expresiones organizadas de trabajo, que siendo autónomas a la luz de esta concepción deberían estar dentro del ámbito de aplicación de la norma Laboral. Es así, que con la Constituyente del año 1999, la norma suprema en Venezuela<sup>6</sup> como lo es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le otorgó rango constitucional a la categoría hecho social trabajo, al dejarlo plasmado en su artículo 89, y en este mismo tenor la norma sustantiva laboral del año 2012<sup>7</sup> mantiene la categoría “Hecho social Trabajo” adoptada en la norma laboral del año 1991.

B) “(...Omissis...) *Uno de los principios irradiados a su vez por éste, el de **progresividad o no regresividad**, reconocido en el art. 13.I de la Norma Suprema, que implica la irreversibilidad o imposibilidad de reducir la protección de derechos ya acordada” (negritas y subrayado Nuestro).*

La Sentencia de marras se sustenta en el principio de progresividad de los Derechos. En este caso no se refiere a la capacidad progresiva de los niños y adolescentes, sino al principio de intangibilidad y progresividad de sus derechos, principios según el cual, todo derecho adquirido no puede ser modificado salvo sea en adelante, es decir progresivo, de manera que se infiere que para la sala “La Edad Mínima para El Trabajo” de conformidad con el Convenio N° 132 (C-132) de la OIT, es intangible, es decir que de modificarse debe ser hacia adelante, progresivo, por tanto lo progresivo según la sentencia es la prohibición, no el Derecho al Trabajo Digno de aquellos niños y niñas que realizan un trabajo por cuenta propia y bajo el régimen de Autonomía, que ameritan el reconocimiento y el

imperativo ético y jurídico de ser regulado mediante una norma jurídica que brinde las garantías de un trabajo digno.

Como se aprecia en las premisas supra mencionadas, las mismas conllevaron a la nulidad del artículo 129 numeral II del Código, aplicando unos de los principios fundamentales del Derecho el Trabajo que protegen a los trabajadores, como son el Principio de la Norma a Favor y el principio de progresividad de los Derechos, no obstante en el caso concreto tratada, lejos de favorecer a los Nats, lo que genera es mantenerlo al margen de la regulación jurídica o en aquellos tipos de trabajo denominados por la doctrina laboral, como los que se ubican en las **zonas grises, fronterizas o penumbrosas**<sup>8</sup> y por consecuencia totalmente desprotegidos(as).

Es evidente que el Defensor del Pueblo de Bolivia, y el Tribunal Constitucional Plurinacional del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, parten del concepto clásico del Derecho Laboral Occidental. Es decir, donde el trabajo se limita a la venta de la fuerza de trabajo, a **la relación de trabajo bajo dependencia y subordinación**. Por lo tanto el reconocimiento del DERECHO AL TRABAJO implica, según el criterio del Tribunal Constitucional Plurinacional del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, un daño a las niñas, niños y adolescentes, un retroceso de los "Derechos"; es la prevalencia del peso histórico de los contratos romanos el "locatio conductio operis" y "Locatio Conductio Operarun"<sup>9</sup>, cuyos medios regulaban el contrato de arrendamiento de los esclavos y de los animales para realizar determinado servicio. Esa concepción es la que subyace en el sentido común instalado en el Derecho del Trabajo, como rama jurídica, ya que esta se limita a regular por antonomasia la relación de trabajo bajo subordinación, dependencia y por cuenta ajena.

Por ello, si de la Intangibilidad y Progresividad se trata, se observa que quien marcha en sentido contrario a este principio del Derecho al Trabajo, es el Tribunal Constitucional Plurinacional del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, ya que adopta una doctrina que se consideraba superada, la **Doctrina de la peligrosidad y de la situación irregular**, considerando a las niñas, niños y adolescentes como

sujetos débiles, inmaduros, o inexpertos...de allí su necesidad de “protección”. Es decir, en nuestra opinión jurídica la sentencia asume el criterio contrario a la doctrina de protección integral contenido en la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y del reconocimiento de la capacidad progresiva, en consecuencia el principio de Intangibilidad y progresividad de los derechos se ve transgredida al asumirse la Doctrina de la situación irregular, la cual ya ha sido superadas por la mayoría de normas especiales del continente americano.

Por otra parte, se debe destacar que la sentencia señala que el trabajo de las Niñas, Niños y Adolescentes Trabajadores en el seno de la familia, no debe ser considerado como tal, sino como una actividad de aprendizaje; afirmación está incluso contraria a lo señalado en los Documentos de la OIT (**Informe Inicial Para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo**, el cual reconoce el “**trabajo familiar auxiliar**”<sup>10</sup> de manera que negarle la condición de trabajadores y trabajadoras a los mismos, tiene como corolario la negación de los derechos derivados de su condición de trabajador(a), situación que lejos de brindar las garantías de sus derechos, lo ubica en un estado de vulnerabilidad por cuanto continúan cómo se señaló supra, al margen de la regulación del trabajo.

## **Conclusión**

La decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, constituye un retroceso a las luchas que han dado los Nats de Bolivia, articulados en la UNATBO, y con el MOLACNATS, no solo desde el punto de vista jurídico, sino fundamentalmente desde la visión de nuestras culturas andinas, amazónicas caribeñas, afroamericanos sobre el trabajo que luchan para que sean liberados del peso histórico del *Locatio Conductio Operis* y el *Locatio Conductio Operarun*, del Derecho Romano.

A los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores y la Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia, como expresión orgánica, quienes se atrevieron a “Tomar el Cielo por Asalto” , toda nuestra Solidaridad, porque nos han demostrado que es posible lograr el reconocimiento, de una parte importante de la sociedad Boliviana, de la existencia de un concepto y más que eso de una

manera distinta, nustramericana, amazónicas, afroamericana y caribeña de asumir el trabajo como hecho social e histórico.

El MOLACNATS, como expresión continental orgánica de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores, llama a emular el ejemplo Boliviano y relanzar el debate de ideas sobre este tema tan importante para la Humanidad, como es el TRABAJO COMO HECHO SOCIAL, lo que puede incidir en toda la sociedad y en especial en el Máximo Tribunal Boliviano, para un eventual cambio de criterio al respecto.

#### Referencias:

<sup>1</sup> Liebel & Strack (2017) El Código “Niña, Niño y Adolescente” de Bolivia y la Organización de Internacional del Trabajo: Controversias sobre una nueva Política Pública sobre Infancia Trabajadoras en el Sur Global Revista latinoamericana Nats N° 27- diciembre 2017

<sup>2</sup> Carballo Mena, Cesar Augusto (2016), “Relación de Trabajo- Técnica del Test de Liberalidad” Caracas . Universidad Católica Andrés Bello UCAB Venezuela

<sup>3</sup> Perret Genti, Cristóbal Cornieles (2006) Régimen Jurídico Especial de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores- Centro de Investigaciones Jurídicas UCAB Venezuela

<sup>4</sup> Villasmil Prieto, Humberto y Carballo Mena, Cesar Augusto (2016) Recomendación 198 OIT sobre “La Relación de Trabajo” Universidad Católica Andrés Bello UCAB. Venezuela

<sup>5</sup> Durkheim, Emile (2001) “Las reglas del método sociológico” Documento en línea disponible en [https://eva.fcs.edu.uy/pluginfile.php/45453/mod\\_resource/content/1/LAS\\_REGLAS\\_DEL\\_METODO SOCIOLOGICO - EMILE DURKHEIN - PDF.pdf](https://eva.fcs.edu.uy/pluginfile.php/45453/mod_resource/content/1/LAS_REGLAS_DEL_METODO_SOCIOLOGICO_-_EMILE_DURKHEIN_-_PDF.pdf)

<sup>6</sup> Artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-Caracas, Jueves 19 de febrero de 2009 N°5.908 Gaceta Extraordinario

<sup>7</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y los Trabajadores – Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinaria del 7 de mayo de 2012

<sup>8</sup> Carballo Mena, Cesar Augusto (2016) “Relación de Trabajo- Técnica del Test de Liberalidad” Caracas 2016- Universidad Católica Andrés Bello UCAB. Venezuela

<sup>9</sup> Mario de la Cueva,(1965) “Síntesis Del Derecho del Trabajo” México

<sup>10</sup> Informes del Comité de Libertad Sindical. 383 informe del Comité de Libertad Sindical.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Consejo de Administración. 331.ª reunión, Ginebra, 26

de octubre 9 de noviembre de 2017

\* COLABORADOR FUNDADOR DE LA CORENATS VENEZUELA, ABOGADO LABORALISTA ASESOR DE SINDICATOS DE TRABAJADORES