



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

LA CONSTITUCIÓN Y LA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL (PERÚ)

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 1, julio-diciembre, 2005, pp. 99-116

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640256007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

LA CONSTITUCIÓN Y LA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL (PERÚ)

Mario PASCO COSMÓPOLIS*

Resumen: La nueva cuestión social se traduce en cambios políticos y económicos que tienen lugar en un marco de creciente globalización de las relaciones económicas. De esta manera, se presentan, dentro de las economías nacionales, profundos cambios en la forma de producir y hasta entender el trabajo, lo cual se refleja en diversos aspectos, tales como el auge de la intermediación laboral. La rudeza de estos embates ha sido tan abierta y persistente que ha llevado a alguno a preguntarse cuál es el futuro del derecho del trabajo o, con una dosis combinada de escepticismo y melancolía, si tiene el derecho del trabajo algún futuro.

La honrosa invitación para participar del primer número de la flamante *Rivista Latinoamericana de Derecho Social*, que edita el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, vino acompañada del señalamiento de un tema en concreto: “La Constitución y la nueva cuestión social”.

Conviene, a efectos de su desarrollo, abordar en primer lugar los tópicos por separado, aunque en orden inverso al enunciado, para luego intentar tender un puente entre ellos que explique y justifique su correlación.

I. LA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL

La idea de que los tiempos que corren nos enfrentan a una *nueva cuestión social* nos viene sugerida por Emilio Morgado, en el trabajo con que contribuyó al homenaje al gran maestro uruguayo Héctor Hugo Barbagelata.¹

* Catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú; secretario general de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Morgado Valenzuela, Emilio, “La nueva cuestión social en Latinoamérica”, *Evolución del pensamiento juslaboralista*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 329.



Advierte Morgado que por cuestión social se entendió tradicionalmente el conjunto de problemas sociales derivados del industrialismo naciente en los países latinoamericanos al finalizar el siglo XIX, cuyas dimensiones, contenidos, niveles y acentos fueron muy variados en el tiempo y entre países; y que las respuestas tuvieron también variados objetivos, contenidos y modalidades, en fases que no se dieron en forma lineal. Y aun cuando existía convicción de que sus contornos más conflictivos y aberrantes habían sido superados, haciendo de la cuestión social en apariencia una cosa del pasado, los significativos procesos de cambio vividos en las últimas décadas “han hecho surgir nuevos problemas e interrogantes sociales. Su naturaleza es distinta y diferentes son los desafíos que plantean, habida cuenta de que sus causas, expresiones y modalidades no corresponden necesariamente a los que estuvieron presentes”² a fines del mencionado siglo.

Es a ello a lo que denomina *nueva cuestión social*, la cual se traduce en “cambios políticos y económicos que tienen lugar en un marco de creciente globalización de las relaciones económicas, de importantes redefiniciones de la soberanía de los Estados, de inimaginables transformaciones tecnológicas, de vertiginosos avances en la informática y en las comunicaciones”.³

1. *La globalización*

La globalización⁴ ha sido definida como “un proceso en virtud del cual las economías nacionales se integran de forma progresiva a la economía mundial, hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y en menor medida de las políticas económicas de los gobiernos nacionales”,⁵ o sea, una creciente internacionalización e interdependencia de las economías dentro de un único y gigantesco mercado comercial, financiero y bursátil.

Aunque hay quienes sostienen que no es un fenómeno en verdad nuevo y que las economías, de un modo u otro, han estado siempre intervinculadas, lo

² *Ibidem*, p. 330.

³ *Ibidem*, p. 331.

⁴ Algunos autores califican este término como un barbarismo y prefieren *mundialización*. Globalización nos parece una palabra más expresiva, no sólo por significar lo mismo y ser más bien un neologismo, sino por su connotación de acción de englobar: colocar o contener todo como un conjunto.

⁵ Monereo Pérez, José Luis, “El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución mundial”, en Capella, J. R. et. al., *Transformaciones del derecho en la mundialización. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999, p. 233.

que caracteriza y califica a la globalización es su inmensa e incontenible expansividad, que se origina —y a la vez se sustenta— en comunicaciones instantáneas y muy baratas, en el avance de los transportes y el prodigioso desarrollo de la informática.

Más que una ideología, aunque tenga una, debemos pensar en ella como un movimiento, un hecho de la realidad, una etapa hacia un escenario distinto de la historia económica, con profundas implicaciones en el terreno de lo social, lo cultural y aun lo político.

Contrariando a la física tradicional —y tomando prestada sin proponérselo la teoría einsteniana de la relatividad—, logra que el espacio mundial se achiique y el tiempo se acelere, al permitir que países, instituciones, empresas y personas separadas por miles de kilómetros se pongan en contacto en forma instantánea, y dialoguen, negocien y hagan en contados segundos transacciones que antes hubieran requerido días, semanas o incluso meses.

El proceso está soportado en algunos pocos, pero muy importantes, elementos materiales que se refieren a la infraestructura —informática, transporte, comunicaciones, etcétera—, o sea el *hardware*; y otros inmateriales, que vendrían a ser su *software*: un conjunto de conceptos centrales de ideología neoliberal, derivados del llamado Consenso de Washington, consistentes en una serie de medidas y fenómenos económicos y políticos: apertura indiscriminada de los mercados, caída de las barreras arancelarias, creciente y cada vez más profunda división internacional del trabajo, mayor sofisticación del trabajo, que se desplaza de la industria a los servicios, y minimización del Estado, de sus roles, competencias y responsabilidades.

Hay un Dios supremo: el mercado. Y un paradigma: la competitividad.

El mercado, imaginado como perfecto y omnipotente, es el gran asignador de los recursos, y en tanto que perfecto, no puede ser objeto de interferencias que puedan desviarlo en su función providencial. El Estado sólo debe velar e intervenir en aquellas situaciones límite en que el mercado pueda sufrir algún tipo de distorsión, la que en esencia sólo puede provenir de factores que afecten la libre competencia.

Alienta, pues, la competitividad basada en el individualismo y no en los intereses colectivos. La reducción o reconducción de todos los procesos y todas las relaciones a la esfera de lo económico reconoce en el trabajo sólo un insu-
mo de la producción, de allí la expresión “recursos humanos”. A su vez, la estimulación del individualismo implica un rechazo a la solidaridad.

2. *Impacto de la globalización en el mundo del trabajo*

No quizá como consecuencia, sino más bien como asiduos acompañantes de la globalización y casi un requisito para ésta, se presentan, dentro de las economías nacionales, profundos cambios en la forma de producir y hasta entender el trabajo, lo cual se refleja en diversos aspectos.

A. *En la forma de la producción*

La sociedad industrial se desarrolló sobre la base de un modelo —conocido como fordista-taylorista, por haber sido Henry Ford quien lo implementara y F. Winslow Taylor quien lo sustentara teóricamente— cuyo epítome es la producción serial: cada trabajador ejecuta una fracción pequeña y concreta del proceso, el cual se cumple a través de la suma concatenada de las diversas tareas.

Hoy viene a ser sustituido por el modelo calificado como “toyotista” de trabajo en grupos y *just in time*. El toyotismo se caracteriza por dos innovaciones: la primera es “una innovación tecnológica, que es la comunicación a través de computadoras entre la firma madre y los oferentes; y una segunda, organizacional, llamada producción justo a tiempo, que significa que los subcontratistas entregan sus productos minutos antes de ser necesitados, reduciendo los costos de los inventarios”. Ello, según Mifflin,⁶ repercute en tres procesos simultáneos: *a) la aglomeración territorial; b) la desintegración y satelización de grandes empresas, y c) la cooperación entre múltiples escalas de producción.*

B. *Descentralización productiva*

Un proceso de fragmentación de las empresas que se traduce en el progresivo desmantelamiento de los grandes conglomerados productivos y la distribución de parcelas de la producción en múltiples empresas satélites, en lo que se suele llamar *outsourcing* o tercerización. La empresa mastodóntica, constituida por gigantescos establecimientos fabriles que ocupan a millares de trabajadores, es reemplazada por unidades descentralizadas altamente especializadas, de menor dimensión y con una plantilla laboral reducida.

⁶ Mifflin, Iván, “Globalización, pequeña empresa y desarrollo”, *Pretextos*, núm. 7, julio de 1995, pp. 69-74.

C. Sofisticación técnica

Los nuevos contratos laborales, dentro de una sociedad que se apoya cada vez más en la tecnología, exigen de los trabajadores un alto grado de preparación profesional, sin garantizarles empero una ocupación de por vida. Antes bien, lo que se impone es la polivalencia técnica, requisito de la hoy denominada *empleabilidad*. Al trabajador se le inculca la convicción de que debe labrarse su propio futuro, no a través del enganche perpetuo con una sola gran empresa, dentro de la cual hacer carrera, sino con la rotación continua en diversos puestos de trabajo que exigen habilidades y conocimientos diversos.

Las nuevas tecnologías amortizan puestos de trabajo de escasa calificación para sustituirlos por otros de alta exigencia técnica. Desafortunadamente, los puestos que se crean son inferiores en número a los que desaparecen, lo que es alimento constante del desempleo, una de las lacras colaterales del proceso.

D. Auge de la intermediación laboral

Las exigencias, muchas veces insoslayables, de flexibilidad para la contratación son satisfechas mediante el recurso de utilizar empresas proveedoras de mano de obra. La intermediación laboral, que antaño sólo existía para la provisión de plazas temporales para cubrir necesidades coyunturales o tareas ajenaas al ciclo central de la producción, ahora se amplía para abarcar incluso puestos de trabajo que corresponden a la actividad principal.

E. Precarización de la contratación

Los contratos temporales, que otrora se utilizaban también sólo para cubrir necesidades transitorias, se han convertido en muchos países en mecanismos permanentes de reclutamiento y rotación de personal. Recogidos en las legislaciones como un método de fomento del empleo, las estadísticas demuestran que no cubren tal finalidad y repercuten, más bien, en la precarización de la contratación, con la correlativa disminución de las condiciones de trabajo.

Para Víctor Tokman y Daniel Martínez,⁷ destacados expertos de la Organización Internacional del Trabajo, la acción de estos factores ha generado tres elementos negativos en los diferentes países:

⁷ Tokman, Víctor E. y Martínez, Daniel, *La agenda laboral en la globalización: eficiencia económica con progreso social*, Lima, OIT, 1999, p. 7.

- a) Inestabilidad e inseguridad laboral.
- b) Desigualdad entre la población laboral, en materia de productividad e ingreso, de protección laboral y social, y de posibilidades de negociación. El crecimiento del empleo informal de baja calidad y del empleo precario debilita a las organizaciones sindicales, reduciendo las posibilidades de negociación de los trabajadores.
- c) Diferenciación social manifestada en los altos porcentajes de población socialmente excluida.

Ésta es, en síntesis, la *nueva cuestión social*.

3. *El impacto en el derecho del trabajo: la flexibilización*

Como paradigma del pensamiento neoliberal surgió con enorme fuerza expansiva el criterio de que la legislación laboral generaba rigideces que atentaban contra la vivacidad de las empresas, restándoles capacidad para competir y adaptarse dentro de un mundo globalizado. La propuesta derivada de tal premisa fue la exigencia de la flexibilización de las normas laborales.

Estaba implícito —y muchas veces llegó a hacerse explícito— el cuestionamiento al derecho laboral como tal.

La rudeza de estos embates ha sido tan abierta y persistente que ha llevado a alguno a preguntarse cuál es el futuro del derecho del trabajo o, con una dosis combinada de escepticismo y melancolía, si tiene el derecho del trabajo algún futuro.

A. *La flexibilización: sus metas y sus métodos*

La flexibilización consiste, en nuestra opinión, en una modificación actual o potencial de las normas laborales que se traduce en atenuación de los niveles de protección de los trabajadores y que frecuentemente va acompañada de una ampliación de la facultad patronal de dirección y de la autonomía de la voluntad de las partes laborales.

De esta definición se desprende, en primer lugar, que la modificación normativa es en sentido necesariamente peyorativo hacia los trabajadores, cuyos derechos son considerados excesivos o exagerados. La misma puede afectar directamente estos derechos o sólo autorizar su eventual afectación, es decir, puede ser actual o potencial.

Los objetivos explícitos o implícitos de la flexibilización vienen a ser, en buena cuenta y por una parte, una disminución de los alcances del principio protector del derecho laboral y, por otra, retornar al patrono capacidades de administración cuando la normativa laboral los ha reducido de modo extremo. La flexibilidad apunta, pues, a otorgar a las empresas la posibilidad “de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad”.⁸

Esa modificación puede producirse por diversas vías o métodos: por mandato o imperativo legal, por negociación colectiva inducida, por negociación espontánea, por levantamiento de prohibiciones a las modificaciones paccionadas, etcétera.

Asimismo, desde el punto de vista metodológico, puede darse en forma unilateral por el empleador, o decidida por el Estado a través de medidas legislativas, o producirse a través de acuerdos de los interlocutores sociales.

Antonio Ojeda Avilés considera que existen cuatro flexibilidades o vías para llegar a la flexibilidad, acotando que son demasiadas si son emprendidas simultáneamente: flexibilidad externa, flexibilidad interna, flexibilidad normativa y flexibilidad resolutiva. La realidad de los diversos países muestra que en muchos de ellos se han dado varias de estas manifestaciones.

Finalmente, se distingue entre flexibilidad del mercado, flexibilidad de las empresas y flexibilidad del contrato de trabajo.

B. *Manifestaciones*

Las manifestaciones más tangibles y al mismo tiempo más trascendentales se han dado en torno a la continuidad del contrato de trabajo. Como es sabido, el principio de continuidad que desarrollara el gran maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez tiene como punto basal el criterio de que el contrato de trabajo debe durar tanto como la causa que le da origen, y, por lo tanto, sólo extinguirse cuando esa causa desaparece o cuando sobreviene otra que justifica su conclusión. De ello derivan los dos extremos, como se presenta: en el origen del

⁸ Hoyos, Arturo, “La flexibilización del derecho laboral en Panamá (1986-1988)”, *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*, Barquisimeto, Universidad Centro Occidental Lisandro Álvaro, 1990, p. 149.

contrato, al exigir que los contratos temporales sólo se legitimen cuando existe un motivo transitorio o coyuntural (lo que implica no autorizarlos para cubrir necesidades permanentes); y en la terminación del contrato, al prohibir el despido —en su expresión maximalista o de estabilidad absoluta— o restringirlo, limitarlo o condicionarlo —en su manifestación moderada o de estabilidad relativa—.

La flexibilización ha apuntado hacia ambos extremos: por un lado, al ampliar de manera ostensible las causas que justifican la contratación temporal, cuando no facilitándola sin exigir causa; y por otro, al reducir las indemnizaciones por despido o, en general, hacerlo más simple, más expeditivo o menos oneroso.

Hay muchas otras manifestaciones: además de la movilidad externa, también en la movilidad interna del personal; en el tiempo de trabajo y sobre todo en su distribución en jornadas atípicas; en la acumulación de días de trabajo y su compensación con días también acumulados de descanso, etcétera, pero nos hemos centrado en la estabilidad y sus perímetros por ser acaso donde se ha mostrado con mayores alcances la flexibilización.

Por cierto, el impulso del individualismo en detrimento de los valores del conjunto tuvo reflejo en las instituciones del derecho colectivo: los sindicatos vieron fuertemente afectada su afiliación y perdieron espacios como interlocutores, lo que repercutió en variaciones en la negociación colectiva, tanto en aspectos cuantitativos, al apreciarse una fuerte caída en el número de convenios en gran número de países, cuanto cualitativos, al admitirse la revisión peyorativa de beneficios obtenidos en contrataciones anteriores.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Mientras eso es lo que acontece en el mundo de la economía, en el terreno de los principios y valores hay un movimiento en la dirección contraria: hacia la consolidación y el robustecimiento de los derechos fundamentales del hombre.

En su moderna concepción, los derechos fundamentales suelen ser identificados con los derechos humanos. En realidad se trata de derechos humanos fundamentales, algunos de los cuales, en lo que más nos concierne, corresponden a la esfera de lo laboral y social.

La incorporación de los derechos sociales en el catálogo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales corresponde históricamente a la aparición del denominado Estado social, cuyos rasgos definitorios, como evolución y por comparación con el Estado liberal, son descritos por García Pelayo:⁹

...mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material... mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.

Los derechos sociales son bautizados por algunos como “derechos humanos de segunda generación”, dada su aparición en un segundo momento histórico, y “no están referidos a la tutela de la esfera de libertad del individuo, sino al logro de la igualdad real o material y de la justicia social”.¹⁰

Dentro de los derechos sociales, a su vez, se encuadran los derechos propiamente laborales. Entre los derechos laborales y los derechos fundamentales hay una relación semejante a la de dos círculos secantes, que al intersectarse generan un espacio en común, pero mantienen también áreas que no se vinculan. Así, hay derechos fundamentales que no son laborales y derechos laborales que no son fundamentales; existen también, obviamente, derechos fundamentales que son laborales, o sea derechos laborales que son también derechos humanos fundamentales.

Como señala Plá Rodríguez:¹¹ “Lo importante es que esa incorporación de los derechos sociales en el elenco de los derechos humanos representó un avance considerable en la evolución de los conceptos. Supuso que en la conciencia de la gente no sólo se le debe garantizar su libertad y su seguridad individual, sino también debe asegurarse un nivel mínimo de bienestar”.

Campo aún no definido es la identificación de esos derechos, ya que “no existe acuerdo en la doctrina laboralista sobre los derechos laborales que de-

⁹ Citado por Blancas Bustamante, Carlos, “La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo”, *Revista Derecho*, Lima, núm. 36, diciembre de 1982, p. 11.

¹⁰ Blancas Bustamante, Carlos, “Estado social, Constitución y derechos fundamentales”, *Constitución, trabajo y seguridad social*, Lima, ADEC-ATC, 1994, p. 27.

¹¹ Plá Rodríguez, Américo, “Los derechos humanos y el derecho del trabajo”, *Debate Laboral*, 6, 1990, p. 15.

ben ser considerados como derechos fundamentales".¹² Empero, la OIT ha dado un importante paso adelante a este respecto.

1. *El núcleo duro de los derechos laborales*¹³

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia de la OIT en 1998, constituye un hito histórico e implica una ruptura formal con los criterios que siempre han gobernado la adopción de los convenios internacionales de trabajo. Esos derechos fundamentales y los convenios en los que se solventan son: libertad sindical y negociación colectiva (convenios 87 y 98), eliminación del trabajo forzoso (convenios 29 y 105), no discriminación en el trabajo (convenios 100 y 111) y sobre erradicación de las peores formas de trabajo infantil (convenio 138).

La Declaración atribuye a esos derechos, plasmados en los mencionados siete convenios, una naturaleza anterior y superior a toda normativa, de tal envergadura que no se sujeta en su eficacia al reconocimiento o adopción por cada Estado, a través del proceso ordinario de ratificación de convenios, sino que tienen fuerza vinculante por sí solos.

La propia Declaración lo establece de forma meridiana al señalar que “todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”.

Esos derechos fundamentales son típicos y específicamente laborales, por su propia naturaleza. Ello no significa que sólo se atribuya el valor de derechos fundamentales únicamente a ellos, que no haya otros derechos laborales

¹² Carrillo Calle, Martín, “Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales”, *Constitución, trabajo y seguridad social*, cit., nota 10, p. 42.

¹³ Miguel Canessa, en interesante ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Trujillo, octubre de 2004), con el título “Un «núcleo duro» de derechos humanos laborales para el comercio internacional”, recoge la polémica doctrinaria sobre la existencia de un núcleo duro de derechos humanos, que asumirían una jerarquía mayor que los otros derechos humanos, y la traslada al campo de los derechos laborales. Asimismo reseña los antecedentes que condujeron a la adopción de la Declaración de la OIT de 1998, indicando que el primer documento en que aparece el término “derechos humanos fundamentales” se remonta a 1961, pero adquiere carta de ciudadanía en la 52a. Conferencia de 1969, y plena autoridad en 1998.

también objeto de promoción y protección universal, ni que sólo sean protegibles para el trabajador los derechos laborales específicos, como se verá de inmediato.

La consagración de los derechos fundamentales proviene de instrumentos internacionales, en especial las declaraciones y convenios relativos a derechos humanos, pero su más directa plasmación se da en los ordenamientos nacionales y, por cierto, de modo preponderante, en las Constituciones políticas de los Estados.

2. *Constitucionalismo social*

Correspondió a la Constitución mexicana, adoptada en Querétaro en 1917, el señalado honor de ser la primera que recogiera y elevara los derechos laborales, confiriéndoles la alta jerarquía de derechos constitucionales.

La constitucionalización de los derechos laborales, que es hoy natural y obligada en todas las cartas, no sólo les da realce y prestigio, sino que tiene por objeto “protegerlos contra cualquier política del legislador ordinario”,¹⁴ puesto que la norma constitucional, al ser de rango supremo, deviene invulnerable e intangible, y al mismo tiempo condicionante de la legislación derivada.

Señala Montoya Melgar¹⁵ que

La Constitución toma en cuenta, y reconoce correlativamente, aquellos derechos que estima fundamentales para el desenvolvimiento de la vida individual y social. Tal reconocimiento, en cuanto contenido en la norma que sirve de base a todo el ordenamiento, es naturalmente preceptivo; esto es, trata de atribuir unos derechos para que puedan ser ejercitados por sus titulares bajo el amparo —llegado el caso— de específicas garantías.

La Constitución Política del Perú de 1993, que tiene un articulado compacto en materia laboral, incorporado dentro del capítulo de los derechos fundamentales de la persona, preceptúa que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan, y promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomen-

¹⁴ Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano de trabajo*, México, Porrúa, 1964, t. I, p. 119.

¹⁵ Montoya Melgar, Alfredo, *La protección constitucional de los derechos laborales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 270.

to del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23, primer párrafo).

Y luego agrega: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (artículo 23, segundo párrafo).

En tiempos de cambio, y en especial de cambio peyorativo, la Constitución actúa como un parapeto, tanto al orientar la legislación subordinada con un determinado rumbo ideológico, cuanto al impedir que los derechos laborales puedan ser arrasados. De allí la trascendencia que las Constituciones tienen frente a la nueva cuestión social.

A. *Eficacia vertical y horizontal de las normas constitucionales*

Todas las cartas primigenias tienen como motor espiritual la exaltación del ser humano y sus derechos, por oposición y hasta en contraste con el poder político encarnado en el Estado. Aquello que Schmidt denomina “principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable”; para concluir que “los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”.¹⁶

El principal problema que se enfrentó en un inicio fue determinar si tales derechos son vinculantes entre particulares, si son exigibles en las relaciones jurídicas privadas, que se entablan por lo general dentro de los principios de libertad de contratación y autonomía de la voluntad.

La respuesta tradicional del derecho constitucional clásico a esta cuestión fue negativa. La teoría de los derechos fundamentales como “derechos públicos subjetivos”, formulada por Jellinek,¹⁷ atribuye a estos derechos la función de definir y garantizar la posición del individuo ante y en el Estado, configurando un *status libertatis*.

Los derechos públicos subjetivos son, según esta concepción, los que corresponden a toda persona como miembro del pueblo del Estado y que le aseguran el respeto y protección de sus libertades ante el poder de éste, ope-

¹⁶ Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 170.

¹⁷ Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 387.

rando como un límite al mismo y garantía del *status* reconocido a la persona en su relación con el Estado. Por ello, esos derechos además de subjetivos, como lo es todo derecho, son “públicos” en cuanto a través de ellos se define la relación jurídica entre el individuo y el Estado.

Esta concepción restringía el ámbito de actuación o eficacia de los derechos fundamentales al campo de las relaciones de derecho público, excluyendo aquellas que tienen su origen, y están reguladas, por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo.

El cambio más importante provino de la jurisprudencia alemana, que introdujo la noción de la Constitución como verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que implica la

...subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella que, hoy día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y bases de los ordenamientos normativos sectoriales o específicos. De este modo, aquellos ámbitos tradicionalmente reservados al derecho privado se encuentran hoy insertos dentro del marco general de la Constitución como norma fundante del ordenamiento en su conjunto, sin que el carácter privado de las relaciones que aquél regula pueda oponerse válidamente a la vigencia en éstas de las normas constitucionales. Ello no conduce, desde luego, a negar o devaluar el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de estas relaciones, toda vez que la Constitución no contiene —ni puede hacer una regulación exhaustiva del derecho privado, como sí la tiene respecto de la organización de los poderes públicos— sino, únicamente, los trazos esenciales de éste, lo que, sin embargo, es suficiente para insertar en las relaciones de su ámbito el principio de supremacía de la Constitución y del mayor valor de los derechos fundamentales.¹⁸

Algunos autores han destacado el hecho de que los derechos laborales en general, y sin duda también los consagrados a nivel constitucional, están diseñados para controlar el poder empresarial ante su eventual abuso. “El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineludiblemente asociado a un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. En un or-

¹⁸ Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 62 y ss.

denamiento pluralista... los derechos fundamentales se erigen en límites in-franqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección".¹⁹

Y es que el reconocimiento actual de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales entre particulares —y no sólo frente al Estado, en lo que se denomina “eficacia vertical”— conlleva la posibilidad de exigir el respeto de los mismos en cualquier ámbito o lugar, en tanto se permite que todos los particulares reclamen el ejercicio de los derechos reconocidos a nivel constitucional a terceros, ya sean éstos poderes públicos o privados.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 38 de la Constitución de 1993, según la cual “todos los peruanos tienen el deber... de respetar, cumplir... la Constitución...”, ha sentado la doctrina de que:

Esta norma establece que la vinculación de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado que pretenda conculcar o desconocerlos... resulta inexorablemente inconstitucional.²⁰

En esa línea, Carrillo Calle precisa que la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como ley fundamental de la sociedad”, que en el ordenamiento peruano se encuentra plasmado a través del artículo 10. de la *Constitución de 1993*, que pone énfasis en señalar que “la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y, reafirma, asimismo, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en todos sus alcances del precepto establecido en el ya citado artículo 38 de la carta magna.

¹⁹ Valdés Dal-Ré, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Revista Relaciones Laborales. La Ley-Actualidad*, Madrid, 1990, t. I, p. 281.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2002, exp. 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú, S. A. y FETRATEL con Telefónica del Perú, S. A. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2003, exp. 976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huayco con Telefónica del Perú, S. A.

B. *Los derechos laborales inespecíficos*

En la relación derechos fundamentales-derechos constitucionales-derechos laborales, la fuerza expansiva de unos y otros lleva a una interacción en la que los linderos se difuminan y los derechos se potencian.

Fue Palomeque López²¹ quien, desarrollando esa línea de pensamiento, advirtió que la protección constitucional de los derechos del trabajador no se constricta a los derechos laborales propiamente tales —remuneración, jornada máxima, descansos, etcétera—, sino que hay una esfera de derechos atribuibles al trabajador en tanto que ciudadano. Ser trabajador no lo limita como ciudadano, y sus derechos en esta dimensión se proyectan a lo laboral como derechos laborales inespecíficos.

Los derechos y principios laborales reconocidos en la Constitución tienen “su origen o razón de ser exclusiva o principalmente en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que es imposible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo se convierte así en presupuesto absoluto de su perfeccionamiento y ejercicio”. Estamos ante “*derechos constitucionales específicamente laborales*” (*derechos específicos*), de los cuales son titulares los trabajadores asalariados... en tanto son sujetos de una relación laboral.²²

Pero existen otros derechos constitucionales de carácter general, y no específicamente laborales, que pueden ser ejercitados por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo cual en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una “impregnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados... a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos con carácter general atribuidos a los individuos, que son ejercitados por ellos en una relación jurídica laboral, quienes al mismo tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos *derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se ejercen*. Son “*derechos del ciudadano trabajador, a fin de cuentas, que ejerce como trabajador ciudadano*”.²³

Los derechos constitucionales laborales inespecíficos enunciados por Palomeque López son aquellos que Alonso Olea denominaba la versión laboral

²¹ Palomeque López, Manuel-Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 31 y 32.

²² *Idem*.

²³ Carrillo Calle, Martín, *Apuntes de clase*, 2004.

de *los derechos fundamentales y libertades públicas*, resaltando con ello la existencia de un “derecho constitucional del trabajo”.²⁴

Tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos forman el marco normativo de las relaciones de trabajo y son, a su vez, limitantes para el poder empresarial. El poder empresarial que se apoya en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede llegar a convertirse en un peligro para el ejercicio de las libertades del trabajador; por ello la Constitución como norma fundamental y la legislación laboral van dirigidas especialmente a controlar dicho poder.²⁵

La ampliación de la esfera comprensiva de la acción constitucional importa una apertura a la protección de los derechos de los trabajadores. El Tribunal Constitucional del Perú ha recogido esta importante tendencia y, al menos en dos importantes ejecutorias, considera protegibles derechos inespecíficos como son el de la objeción de conciencia y el de intimidad personal. En el primer caso²⁶ destaca que “la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados... encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedeza a intereses superiores de la institución hospitalaria, compatibles con el sacrificio del recurrente”, quien por ser de religión adventista no labora en dicho día de la semana. En el segundo²⁷ establece que aunque “los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora... existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable”.

El colofón de la doctrina del Tribunal Constitucional peruano, en la última de las resoluciones mencionadas, refuerza la línea de pensamiento que el presente trabajo desarrolla:

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador la facultad de or-

²⁴ Alonso Olea, Manuel, *Las fuentes del derecho, en especial del derecho del trabajo según la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1990.

²⁵ Valdés Dal-Ré, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *op. cit.*, nota 19, p. 281.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002, exp. 0895-2001-AA/TC, Lucio Valentín Rosado contra Essalud.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de agosto de 2004, exp. 1058-2004-AA, Rafael García contra Serpost.

ganizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce... Por consiguiente, y en tanto existan mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

III. A MODO DE SÍNTESIS

- 1) Por *nueva cuestión social* podemos entender el conjunto de problemas e interrogantes sociales derivados de, y traducidos en, cambios políticos y económicos que tienen lugar en un marco de creciente globalización de las relaciones económicas, de importantes redefiniciones de la soberanía de los Estados, de inimaginables transformaciones tecnológicas, y de vertiginosos avances en la informática y en las comunicaciones
- 2) Dentro de tales problemas resaltan los cambios profundos en la forma de producción, la fragmentación de las empresas y la descentralización productiva, la sofisticación técnica, el auge de la intermediación laboral y la precarización de la contratación.
- 3) En el campo del derecho del trabajo, el impacto se aprecia sobre todo en la flexibilización laboral: una modificación actual o potencial de las normas laborales que se traduce en atenuación de los niveles de protección de los trabajadores y una ampliación de la facultad patronal de dirección y de la autonomía de las partes laborales.
- 4) A contramano del proceso que se vive en el campo de la economía, en la esfera de los principios y de los valores hay una significativa profundización en la promoción y defensa de los derechos humanos fundamentales. Dentro de esos derechos, los derechos laborales ocupan un lugar de gran importancia.
- 5) Con la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, cuatro derechos, plasmados en siete convenios internacionales de la OIT, asumen un valor supremo: libertad sindical y negociación colectiva (convenios 87 y 98), eliminación del trabajo forzoso (convenios 29 y 105), no discriminación en el trabajo (convenios 100 y 111) y erradicación de las peores formas de trabajo infantil (convenio 138).

Los Estados miembros están en el deber de respetarlos, aun cuando no hubieran suscrito o ratificado los convenios que los contienen. Ello

les confiere prelación incluso sobre los ordenamientos nacionales, al asumírselos como anteriores y superiores a éstos.

- 6) En tales ordenamientos nacionales, los derechos laborales alcanzan supremacía a través de su recepción por las respectivas Constituciones. Éstas, cuya finalidad primigenia era la protección del individuo frente al Estado, en lo que se conoce como eficacia vertical, hoy se postula sin disenso que tienen igual valoración horizontal, lo que significa que los principios que contiene son exigibles igualmente en las relaciones entre particulares. Ello adquiere especial relevancia en el campo laboral, dada la especial índole de las relaciones entre empleadores y trabajadores, signadas por la desigualdad.
- 7) La protección de los derechos de los trabajadores no se limita a los que son típicamente laborales, puesto que son igualmente objeto de protección los derechos del trabajador en tanto persona humana, en cuanto puedan ser desconocidos o violados por los empleadores. 