

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE GRADUADOS

DOCTORADO EN DERECHO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN
Análisis tópico de los derechos fundamentales laborales

Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho

AUTOR

Magíster Carlos Blancas Bustamante

Pando - Lima
Junio 2010

LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

Antecedentes de la cláusula de “estado social” en el derecho comparado.

CAPÍTULO 1: LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO SOCIAL.

1.1. Formación del “estado social”.

1.1.1. La crisis del estado liberal y la formación del estado social.

1.1.1.1. La revolución industrial y el surgimiento del proletariado: la “cuestión social”.

1.1.1.2. La organización de los trabajadores y el desarrollo del sindicalismo.

1.1.1.3. El sufragio universal, la democracia y los partidos políticos.

1.1.2. Aparición y desarrollo de los elementos del estado social:

1.1.2.1. El surgimiento de la legislación laboral y sindical. El reconocimiento del derecho de asociación

1.1.2.2. La creación de los seguros sociales en Alemania.

1.1.2.3. El constitucionalismo social:

1.1.2.3.1. La constitución mexicana de 1917.

1.1.2.3.2. La constitución alemana de 1919.

1.1.2.3.3. La constitución de la República española de 1931.

1.1.2.4. El Tratado de Versalles y la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1.1.2.5. El New Deal en los Estados Unidos.

1.1.2.6. La nueva teoría económica: Keynes. La escuela de Friburgo y la “economía social de mercado.”

1.1.2.7. El informe Beveridge y la seguridad social universal.

1.2. Noción y configuración del “estado social”.

1.2.1. Noción del Estado social.

1.2.2.1. Estado social y Estado de bienestar: ¿una diferencia de denominación o de contenido?.

1.2.2.2. Estado Social y Estado Liberal.

1.2.2.3. Estado Social y Estado de Derecho.

1.2.2. Elementos que configuran el Estado social.

1.1.2.1. El pluralismo social e institucional. El fin de la dialéctica individuo-estado.

1.2.2.2. La reformulación de los derechos fundamentales:

1.2.2.2.1. La extensión de los derechos fundamentales: los derechos sociales o de la segunda generación.

1.2.2.2.2. La relativización de algunos derechos fundamentales.

1.1.2.3. La intervención del Estado en la vida económica: la Constitución económica.

1.3. La recepción del Estado social en la Constitución peruana.

1.3.1. El “efecto reflejo” del Estado social en el constitucionalismo peruano.

1.3.1.1. La Constitución de 1920.

1.3.1.2. La Constitución de 1933.

1.3.2. La recepción plena del Estado social: la Constitución de 1979.

1.3.2.1. La declaración de “Estado social”.

1.3.2.2. Los derechos sociales:

1.3.2.2.1. A la Seguridad social, salud y bienestar.

1.3.2.2.2. A la Educación y cultura.

1.3.2.2.3. Al Trabajo.

1.3.2.3. El Régimen económico.

1.3.3. El modelo de “estado social” en la Constitución de 1993.

1.3.3.1. Pluralismo social e institucional.

1.3.3.2. Reformulación de los derechos fundamentales.

1.3.3.2.1. Las limitaciones de los derechos clásicos:

1.3.3.2.2. Los derechos Sociales:

1.3.3.3. El Régimen económico.

CAPÍTULO 2: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

2.1. Estado Social y reformulación de los derechos fundamentales clásicos.

2.1.1. El derecho a la igualdad.

2.1.2 El derecho de propiedad.

2.1.3. Las libertades económicas (de empresa y comercio).

2.1.4. El derecho de asociación.

2.1.5. El derecho de sufragio.

2.2. La extensión del catálogo de derechos fundamentales: los derechos sociales.

2.2.1. Fuentes de los derechos sociales fundamentales.

2.2.1.1. La constitución como fuente de los derechos sociales.

2.2.1.2. Los tratados internacionales: la universalización de los derechos sociales.

2.2.1.2.1. Tratados de ámbito universal.

2.2.1.2.2. Tratados de ámbito continental americano.

2.2.2. Significado y Ámbito de los derechos sociales.

2.2.3. Naturaleza jurídica de los derechos sociales.

2.2. 3.1. Derechos-libertad o derechos-prestación.

2.2.3.2. Derechos de eficacia inmediata o normas programáticas.

La cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales.

2.2.3.2.1. La eficacia de los derechos sociales en razón al objeto del derecho.

2.2.3.2.2. La eficacia de los derechos sociales en función al sujeto obligado por el derecho.

2.2.3.3. Derechos colectivos o derechos individuales.

- 2.3. Los derechos fundamentales como normas objetivas de derecho.**

- 2.4. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.**
 - 2.4.1. Razones para extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.**
 - 2.4.1.1 El fenómeno de los poderes fácticos**
 - 2.4.1.2 La Constitución como norma fundante y unificadora del ordenamiento jurídico.**
 - 2.4.2. Posiciones sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.**
 - 2.4.2.1. La posición contraria a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones “interprivatos”.**
 - 2.4.2.2. Las posiciones favorables a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.**
 - 2.4.2.2.1. La tesis de la eficacia mediata.**
 - 2.4.2.2.2. La tesis de la eficacia inmediata.**
 - 2.4.2.3. La posición a favor de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

CAPÍTULO 3: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES.

- 3.1. Normas protectoras generales.**
 - 3.1.1. La protección del trabajo por el Estado.**
 - 3.1.2. La libertad de trabajo.**
 - 3.1.2.1. Su reconocimiento en las declaraciones de derechos y constituciones.**
 - 3.1.2.2. Noción de la libertad de trabajo.**
 - 3.1.3. El derecho al trabajo.**
 - 3.1.3.1. Reconocimiento constitucional e internacional.**
 - 3.1.3.1.1. Declaraciones de derechos y constituciones.**

3.1.3.1.2. Su reconocimiento internacional.

3.1.3.1.3. El derecho al trabajo en el constitucionalismo peruano.

3.1.3.2. Contenido del derecho al trabajo.

3.1.3.2.1. Naturaleza del derecho al trabajo: ¿norma programática o derecho de eficacia inmediata?.

3.1.3.2.2. El derecho del trabajo más allá de lo programático.

3.1.3.2.2.1. El inicio de la relación laboral: El acceso al empleo.

3.1.3.2.2.2. El desarrollo de la relación laboral: La ocupación efectiva y el ascenso.

3.1.3.2.2.3. La extinción de la relación laboral: La conservación del empleo.

3.1.4. El deber de trabajar.

3.1.5. La garantía de indemnidad de los derechos de la persona del trabajador.

3.2 Principios de la relación de trabajo.

3.2.1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

3.2.1.1. Igualdad de Oportunidades y de Trato.

3.2.1.2. La discriminación en la relación laboral.

3.2.2. Irrenunciabilidad de derechos.

3.2.2.1. Antecedentes.

3.2.2.2. Concepto.

3.2.2.3. Fundamento.

3.2.2.4. Alcances.

3.2.2.5. Ámbito

3.2.2.5.1. Ámbito subjetivo.

3.2.2.5.2. Ámbito material u objetivo.

3.2.2.5.3. Ámbito temporal.

3.2.2.6. Eficacia jurídica del principio.

3.2.3. Interpretación favorable al trabajador (in dubio pro operario).

3.2.3.1. Antecedentes.

3.2.3.2. Concepto.

3.2.3.3. Fundamento.

3.2.3.4. Alcances.

3.2.3.5. Ámbito

3.2.3.5.1. Ámbito material u objetivo.

3.2.3.5.2. Ámbito subjetivo.

3.2.4. Primacía de la realidad.

3.2.4.1. Concepto.

3.2.4.2. Un principio “implícito”.

3.2.4.3. Fundamento.

3.2.4.4. Alcances.

3.3. Derechos colectivos laborales.

3.3.1. La libertad sindical.

3.3.1.1. Antecedentes.

3.3.1.2. Significado.

3.3.1.3. Contenido.

3.3.1.3.1. La libertad sindical individual.

3.3.1.3.1.1. La libertad individual positiva.

3.3.1.3.1.2. La libertad individual negativa.

3.3.1.3.2. La libertad sindical colectiva.

3.3.1.3.2.1. Libertad de organización.

3.3.1.3.2.2. Libertad de reglamentación.

3.3.1.3.2.3. Libertad de representación.

3.3.1.3.2.4. Libertad de gestión.

3.3.1.3.2.5. Libertad de realizar actividad sindical.

3.3.1.3.2.6. Libertad de federación.

3.3.1.3.2.7. Libertad de suspensión o disolución.

3.3.1.4. Ámbito subjetivo.

3.3.1.4.1. Servidores públicos.

3.3.1.4.2. El caso de los trabajadores “autónomos”.

3.3.1.4.3. La libertad sindical: ¿un derecho del empleador?.

3.3.2. El derecho a la negociación colectiva.

3.3.2.1. Antecedentes.

3.3.2.2. Significado: el reconocimiento de la autonomía colectiva.

3.3.2.3. Contenido:

3.3.2.3.1. El derecho a negociar.

3.3.2.3.2. La eficacia normativa de la convención colectiva.

3.3.2.4. Ámbito subjetivo.

3.3.3 El derecho de huelga.

3.3.3.1. Antecedentes.

3.3.3.2. Contenido.

3.3.3.3. Ámbito subjetivo.

3.3.3.4. Límites.

3.4. Derechos individuales laborales.

3.4.1. A la remuneración equitativa y suficiente. La remuneración mínima.

3.4.2. A la jornada máxima de trabajo y al descanso semanal y anual remunerado.

3.4.3. A la protección adecuada contra el despido arbitrario.

3.4.4. A la participación en las utilidades de la empresa y a otras formas de participación.

INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DE LA CLÁUSULA DE “ESTADO SOCIAL” EN EL DERECHO COMPARADO.

El artículo 43° de nuestra actual constitución establece que *“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.”* Esta fórmula, apenas difiere de la contenida en el artículo 79° de su antecesora, la Constitución de 1979: *“El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo.”*

A través de estos artículos, nuestras dos últimas constituciones, explicitan su adhesión al modelo de “estado social”, tal como, después de la segunda guerra mundial, lo hicieron numerosos estados europeos y, asimismo, en época más reciente, varias constituciones latinoamericanas.

En Europa, tras culminar la segunda guerra mundial, la primera Constitución que incorporó explícitamente la cláusula de “estado social” fué la de Francia, de 1946, en cuyo artículo 1° se calificó a la República como “social”¹. En 1949, siguió, y consolidó, esta tendencia la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que en el artículo 20(1) es definida así: *“La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.”*² Enunciado semejante es el contenido en la Constitución francesa de 1958, que sustituyó a la de 1946, que proclama en el artículo 1°: *“Francia es una República indivisible, laica, democrática y social (...)”*³, y en el artículo 1° de la Constitución española de 1978, conforme al cual *“España se constituye en un estado social y democrático de derecho (...)”*⁴ Un caso, posterior a la caída de los regímenes comunistas y

¹ Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, “El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho” Temas Clave de la Constitución Española. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991, p.46.

² Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn, 1986. El artículo 28° de esta ley fundamental señala en su numeral (1) lo siguiente: *“El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho, republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental.”*

³ DÍAZ REVORIO, F. Javier (Compilador), Textos Constitucionales Históricos, Palestra Editores, Lima, 2004, pp.667-691.

⁴ Constitución española, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995.

la disolución de la Unión Soviética, es el de Ucrania, cuya Constitución expresa en el artículo 1º: *“Ucrania es soberana, social, independiente y democrática (...)”*.

En América Latina, cláusulas de este tipo se encuentran en la Constitución de Colombia (1991), que señala *“Colombia es un Estado social de derecho”* (art.1º)⁵, así como en las de Ecuador (1978), art. 1º y Venezuela (1999), art.2º.

Además de estas constituciones, que contienen una cláusula explícita de “estado social”, existen otras que sin contar con ella, formulan, sin embargo, declaraciones que pueden considerarse equivalentes a aquellas en cuanto, a través de estas, explicitan ciertos fines u objetivos de carácter social que se atribuyen al estado. Es el caso, de la constitución italiana cuyo artículo 1º declara: *“Italia es una República democrática fundada en el trabajo.”*⁶ Otra norma de esta constitución que, indudablemente, es propia de un “estado social” es la que contiene el segundo párrafo del artículo 3º, conforme a la cual *“Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”*⁷ Comentando el significado de estos preceptos, Pizzorusso afirma que *“la República Italiana se presenta como “Estado social”, no como “Estado liberal” ni tampoco (o, si se prefiere, no todavía) como un “Estado socialista” (...)”*⁸

Otro caso similar, es el de Portugal, pues el artículo 2º de su constitución señala que *“La República Portuguesa es un estado de derecho democrático (...) que tiene por objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural (...)”*⁹ También la Constitución de Brasil (1988), señala, en el artículo 3º, que *“Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I.*

⁵ HENAO HIDRON, Javier, Constitución Política de Colombia.(Comentada) Décimo sexta edición, Editorial Temis, Bogota, 2006.

⁶ DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp.543-588.

⁷ Ibídem.

⁸ PIZZORUSSO, Alessandro, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p.176.

⁹ Constituicao da República Portuguesa, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

Construir una sociedad libre, justa y solidaria, (...) III. Erradicar la pobreza y la marginalidad y reducir las desigualdades sociales y regionales.”¹⁰

La referencia a estas normas constitucionales no pretende, por cierto, circunscribir la noción de “estado social” únicamente a aquellos cuyas constituciones contienen una cláusula explícita o declaraciones de significado equivalente, ya que tal perspectiva formalista, supondría dejar de lado a países en los que el “estado social” es una realidad indiscutible, aunque carezcan de normas constitucionales que así lo proclamen. Es el caso de Gran Bretaña, por carecer de una constitución formal, o el de los países nórdicos (Suecia, Noruega, Dinamarca y Finlandia) que representan uno de los modelos más avanzados del “estado social”, sin necesidad de un sustento constitucional explícito. En América Latina, semejante es la situación de México, cuya constitución, aprobada en Querétaro en 1917, es considerada la precursora del constitucionalismo social y, por ende, del “estado social” en el mundo, por contener un vasto enunciado de derechos sociales, pero que carece de una definición expresa como “estado social.” (Infra I, 2, 2.3.3).

Indudablemente, la realidad contemporánea del “estado social” supera y, posiblemente, no requiere una afirmación constitucional explícita en este sentido, -la misma que, en el plano constitucional puede deducirse de las normas relativas a los derechos sociales y a la intervención del estado en la economía-, pero, tampoco es posible ignorar que en aquellos estados cuyas constituciones la han incorporado, como es el caso de la peruana, dicha cláusula opera, cuando menos, como un principio informador, capaz de sustentar la existencia de derechos o prestaciones sociales, aunque estos no se encuentren detallados en la constitución o lo estén de modo insuficiente o incompleto.

Garrorena sostiene, en este sentido que *“Ante todo, la calificación “Estado social” se configura como una cláusula de neto valor hermenéutico y, como tal, dirigida a vincular a autoridades y a ciudadanos en la interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto a la hora de indagar el sentido del derecho que ya*

¹⁰ Constituicao da República Federativa do Brasil, Editora Saraiva, 1988.

existe cuanto en el momento de la determinación del sentido que debe informar al derecho que se produce."¹¹ Según este autor español, este es el alcance interpretativo que la doctrina alemana atribuye a la cláusula de "estado social", pues en este país el enunciado de derechos sociales en la constitución es casi inexistente.¹²

Particularmente en el caso de estados que se han adherido a este principio, sin haber alcanzado los niveles de desarrollo económico y social de las grandes naciones europeas, como es nuestro caso, la existencia de la cláusula de "estado social" establece un criterio o parámetro para examinar si la realidad de dicho estado se ajusta a tal cláusula y de no ser ese el caso, si su presencia en el texto constitucional tiene un valor nominal o meramente semántico.¹³

¹¹ GARRORENA, Op.cit., p.101.

¹² Sostiene Garrarena: "*Ekkehart Stein (...) ha recordado que la interpretación alemana de la cláusula "Estado social" ha permitido establecer, al menos, dos aspectos básicos de la dimensión hermenéutica de dicha fórmula: a') la posibilidad de acogerse en la interpretación del ordenamiento al principio de obligación social del Estado, es decir, a la presunción de responsabilidad pública en materia de prestaciones sociales, y b') la inclinación a establecer una conexión o modulación social de los derechos fundamentales, lo que tanto quiere decir como la necesidad de adecuar el disfrute efectivo de los diferentes derechos a las posibilidades reales de cada sector de la sociedad, reforzando, sí, unas veces su aprovechamiento en referencia a los sectores menos privilegiados, pero también restringiendo otras el alcance de esos derechos (función social de la propiedad, límites en la libertad absoluta de contratación laboral por parte del empresario...) en razón de la posición social prevalente de sus titulares.*" (Ibidem, pp.101-102).

¹³ Nos referimos a la clasificación "ontológica" de las constituciones que enuncia Karl Loewenstein, en función a la vigencia real de la constitución, según la cual existen tres clases de constituciones: las normativas que tienen una vigencia efectiva y regulan el proceso político, las nominales que carecen de una vigencia plena, por la falta de condiciones económicas, sociales y políticas, pero que representan una meta que la sociedad quiere alcanzar y, finalmente, las semánticas, cuya única finalidad es disfrazar y otorgar una apariencia de "constitucionalidad" a regímenes en los que el poder se ejerce al margen de normas realmente constitucionales, como la distribución y control del poder. (Cfr. KARL LOEWENSTEIN, "Teoría de la Constitución", Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pp.216-222.)

CAPÍTULO 1: LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO SOCIAL.

1.1. Formación del estado social

1.1.1. La crisis del Estado liberal y la formación del Estado social

1.1.1.1. La revolución industrial y el surgimiento del proletariado: la “cuestión social”

Es ampliamente conocido el hecho de que la revolución industrial, producida por la invención de la máquina a vapor por Jaime Watt, en 1769, y favorecida por la derrota del antiguo régimen y el triunfo del liberalismo en la revolución francesa, que eliminó las trabas jurídicas y administrativas que impedían el desarrollo de un mercado libre, engendró, de manera coetánea, la gran “cuestión social” del siglo 19.

Esta fue provocada por las nuevas condiciones económicas y sociales propias del modo de producción capitalista, conforme al cual surgieron las grandes fábricas o factorías, que requerían el trabajo de muchas personas, siendo este obtenido mediante el arrendamiento de la fuerza de trabajo de las personas por los propietarios de los medios de producción industrial, a cambio del pago de un salario. Se produjo, de este modo, la creación de una enorme masa de asalariados que laboraban en las grandes fábricas subordinados a la autoridad inmediata de los propietarios o sus representantes.

Las condiciones laborales en estas fábricas, durante el auge de la revolución industrial y del capitalismo, en gran parte del siglo 19, fueron las peores que se podían imaginar. La jornada de trabajo no tenía límite alguno, siendo frecuente jornadas de 14 horas diarias o más. Según lo menciona Cabanellas, antes de la invención del alumbrado a gas, en 1792, era normal trabajar desde la salida hasta la puesta del sol. Y después que dicha invención permitió el alumbrado

artificial, hubo fábricas que extendieron la jornada hacia parte de la noche, mencionándose el caso de los fabricantes de clavos que iniciaban su labor a las 4 de la mañana y la concluían a las 10 de la noche, lo que apenas les dejaba 6 horas diarias para el descanso.¹⁴ Además, de estar sometidos a estas extenuantes jornadas diarias, los trabajadores no tenían derecho al descanso semanal ni a vacaciones. El informe Ashley, realizado en Gran Bretaña en 1842, ofrece reveladoras conclusiones al respecto.¹⁵

Por otro lado, la situación sanitaria de las fábricas era totalmente deficiente. Los locales eran, en muchos casos, inapropiados, estrechos, con poca ventilación, propiciando el hacinamiento de los obreros. No existían normas ni dispositivos de seguridad por lo que los accidentes eran frecuentes y, por cierto, no estaban cubiertos por ningún seguro. También eran frecuentes las enfermedades profesionales, como el raquitismo infantil y las deformaciones de columna. La borra flotaba en el aire en las hilanderías siendo respirada por los aprendices que enfermaban de tisis. El reumatismo era frecuente en las hilanderías de lino donde se obligaba a los obreros a trabajar con los pies en el agua, sin proporcionarles indumentaria de protección. No existía ninguna preocupación, ni obligación legal, de los propietarios de adoptar medidas de higiene y de seguridad en el trabajo las cuales, por lo demás, les hubieran significado costos que no estaban dispuestos a sufragar.

Otro aspecto de la “cuestión social” era la explotación laboral de las mujeres y los niños. Su empleo masivo tuvo lugar en las fábricas de algodón de la época, debido a la renuencia de los obreros adultos. En las minas de carbón se

¹⁴ Cfr. CABANELLAS, Guillermo, “Tratado de Derecho Laboral”, Doctrina y Legislación Iberoamericana, Tomo I, Volumen 1, Parte General, 3ra edición, Editorial Claridad S.A. Buenos Aires, 1987, p.233.

¹⁵ Afirma Cabanellas lo siguiente: “(...) el informe de Ashley, referido a las condiciones laborales de mujeres y niños en las minas de carbón, señalaba como puntos más importantes los siguientes: 1º las mujeres y los niños trabajan en el fondo de los pozos y de 12 a 16 horas por día; 2º los niños bajan a los pozos desde los 6 años, edad en que están encargados de abrir y cerrar las puertas de las galerías, 3º de los 12 a los 15 años manejan los caballos que arrastran las vagonetas de mineral; 4º de los 15 a los 18 años, juntamente con las mujeres, arrastran los sacos de carbón a lo largo de las galerías; en Escocia se les obliga a subir esos sacos a la superficie, por escaleras excavadas en la roca; 5º estas condiciones de trabajo producen efectos de fatiga en la salud física y moral de hombres, mujeres y niños”. (Ibíd, p.234)

empleaban niños de 6 u 8 años para penetrar en socavones estrechos, en los que no cabía un adulto, y extraer el mineral con las manos, expuestos a respirar todo tipo de sustancias tóxicas o a sufrir accidentes mortales. Las mujeres embarazadas debían trabajar hasta la víspera del parto y volver a trabajar a los pocos días de éste.

Acerca de las condiciones laborales en Francia, es especialmente reveladora la investigación realizada por Villermé, en 1840, sobre el trabajo textil, la cual arrojó las siguientes conclusiones: *"1ª los niños entran a trabajar a la edad de 7 años, e incluso hay algunos de 5; 2ª se trabaja desde las 6 de la mañana hasta las 7 de la tarde, de pie y con temperatura sofocante; 3ª para mantener despiertos a los operarios se emplea un látigo; 4ª los salarios apenas alcanzan para la subsistencia de la familia obrera; 5ª la enfermedad y la desocupación significan miseria y subalimentación; 6ª las condiciones de alojamiento son deplorables y originan un índice muy alto de mortalidad, sobre todo infantil."*¹⁶

Las condiciones de alimentación eran penosas y los salarios eran bajos, al no existir, desde luego, un salario mínimo, el cual hubiera sido contrario a los axiomas del liberalismo conforme al cual los precios – y el salario era el precio del trabajo- deben ser fijados por el mercado, sin intervención alguna del estado. De este modo, a pesar del gran desarrollo de la industria y por consiguiente de la oferta de trabajo, la demanda siempre fue mayor, a causa de la crisis de la agricultura y el desplome de la economía feudal, que expulsó grandes contingentes de campesinos a las ciudades para emplearse en la industria, lo que determinó niveles salariales de subsistencia.

La industrialización acarreó otro fenómeno no menos importante: la urbanización. Esta fue producto de la migración masiva y constante de los campesinos hacia las ciudades donde se encontraban ubicadas las fábricas, la cual generó el crecimiento vertiginoso de aquellas urbes. También – lo señala Calvez- la población europea creció vertiginosamente pasando de 200 millones

¹⁶ Ibídem.

a 300 millones de habitantes en algo más de medio siglo. En Inglaterra la urbanización alcanzó al 50% de la población en 1850 y al 70% en 1870.¹⁷ No obstante, el alojamiento de los obreros en estas ciudades se realizó en condiciones deplorables, alrededor, o cerca, de las fábricas en que laboraban, en asentamientos improvisados, miserables e insalubres en los que se hacían con sus familias. Como un dato relevante, se menciona que en los arrabales de Londres, en la parroquia de San Jorge, existían 929 familias que sólo contaban con una habitación y 623 que apenas contaban con una cama.¹⁸ En Francia, en 1825, según lo refiere Lepp, en el centro industrial de Lila “(...) las familias obreras sólo tenían por alojamiento una cuevas sórdidas, en las que reinaba la más grosera inmoralidad, en medio de la más repugnante suciedad.”¹⁹

1.1.1.2 La organización de los trabajadores y el desarrollo del sindicalismo.

La respuesta a estas penosas como injustas condiciones de trabajo y de existencia fue la organización de los trabajadores, con el propósito de unir fuerzas para exigir a los patrones la mejora de esta situación.

Desde inicios del siglo XIX comienzan a surgir en los países en los que tiene lugar la revolución industrial los sindicatos de trabajadores, siendo Inglaterra aquel en que esto ocurre en primer lugar, incluso antes del siglo XIX, pues ya en 1741 los cardadores y tejedores se encontraban plenamente organizados e imponían a sus empleadores la contratación de sus afiliados, recurriendo, si era necesario, a la huelga.²⁰

¹⁷ CALVEZ, Jean-Yves, “El pensamiento de Carlos Marx”, 5ª edición. Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1966, p.269

¹⁸ Ibídem, p. 274.

¹⁹ LEPP, Ignace, “Angustias y esperanzas del proletariado”, Editorial ZYX, Madrid, 1968, p.91. Indica este mismo autor que en ese mismo año en el norte de Francia sobre 224,000 trabajadores, dos tercios estaban inscritos en instituciones de beneficencia y que en 1828 los socorridos por la Asistencia Pública de París llegaron a ser ciento setenta mil. (**Ibídem**).

²⁰ Cfr. OJEDA AVILES, Antonio, “Derecho Sindical”, Editorial Técno S.A., Madrid, 1995, pp.93-94.

La formación de los primeros sindicatos es un fenómeno social, de carácter espontáneo, que se lleva a cabo al margen de la ley e, incluso, en contra de ésta. En efecto, en varios países las uniones de trabajadores y sus métodos de lucha, como la huelga, fueron prohibidas por leyes represivas, siendo la más representativa de éstas la ley Le Chapelier, adoptada en Francia entre el 14 y el 17 de Junio de 1791. El texto de esta ley es revelador de la mentalidad de la época:

“Artículo 1. Siendo una de las bases fundamentales de la Constitución francesa la abolición de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, queda prohibido restablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y con cualquier forma.”

*Artículo 4. Sí, contra los principios de libertad y de la Constitución, ciudadanos de la misma profesión, arte u oficio se confabulan y concertan para rehusar el ejercicio de su industria o trabajo, o no acceden a prestarlos sino por un precio determinado, tales acuerdos y confabulaciones, acompañadas o no de juramente, serán declarados inconstitucionales y atentatorios a la libertad y la Declaración de los Derechos del Hombre.”*²¹

Sobre los efectos de esta ley, comenta Ojeda Avilés lo siguiente: *“Aunque Le Chapelier pensaba en toda clase de asociaciones profesionales, de obreros o de empresarios, se manifiesta una tolerancia de hecho hacia las uniones patronales a partir del Consulado, mientras se acentúa la represión de los grupos obreros.”*

²² En efecto, para hacer efectiva las prohibiciones contenidas en esta ley, el Código Penal francés, adoptado en 1810, en sus artículos 414 a 416, prohibió y condenó la coalición y la huelga, y asimismo, la asociación profesional de más de 20 miembros que no funcionara bajo la vigilancia del Estado.

Proceso similar se vivió en Gran Bretaña país en el cual una ley de 1799, reformada en 1800, (*“combinación acts”*), prohibió las coaliciones y asociaciones profesionales. Este fenómeno se extendió, prácticamente, hacia toda Europa y los Estados Unidos, como consecuencia de la mentalidad imperante que veía en la exigencia de las uniones de trabajadores de reglamentar unilateralmente los

²¹ Ibídem, p.101.

²² Ibídem.

salarios y obligar a los empleadores a contratar la mano de obra conforme a tarifas pre-establecidas, una violación del principio de “libre contratación” y el retorno a las viejas prácticas corporativas.²³

Durante esta etapa o fase “de prohibición”,²⁴ el movimiento sindical no dejó por ello de crecer y expandirse. Como consecuencia de ello, la legislación represiva hubo de ser derogada, tal como ocurrió en Francia en 1864 con las normas del código penal que sancionaban la coalición y la huelga, aunque subsistieron las relativas a las asociaciones profesionales. También en Inglaterra, las leyes represivas de 1799-1800 fueron abrogadas el 21 de junio de 1824, lo que contribuyó a la rápida expansión de las “sociedades de resistencia a la baja de salarios”, ya existentes en otros países y que se desarrollaron fuertemente en Francia y Bélgica entre 1830 y 1848. Hacia 1843 ya se constituyen en Inglaterra las “*Trade Unions*”, que defendían los intereses de sus afiliados ante los patrones y negociaban con éstos convenios colectivos.²⁵

Superada la fase de prohibición, con la abolición de la legislación represiva, sobrevendrá el progresivo reconocimiento de la licitud de la asociación profesional y la huelga, e incluso, su regulación como derechos reconocidos por el Estado. La Trade Unión Act, de 1871, reconoció en Inglaterra las uniones obreras, contribuyendo a su consolidación definitiva y, en Francia, la Ley Waldeck-Rousseau, del 21 de Marzo de 1884, reconoció, específicamente, la legalidad de las asociaciones profesionales y garantizó su autonomía ante el Estado. En otros países, que no regularon específicamente la asociación profesional, los sindicatos, no obstante, pudieron desarrollarse en condiciones de legalidad al amparo de las normas que reconocieron, de forma general, el derecho de asociación, como es el caso de la Constitución de Bélgica de 1866 - la primera constitución liberal en reconocer este derecho-, la Ordenanza

²³ *Ibidem.*

²⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, Manuel, “Curso de Derecho del Trabajo”, Editorial Ariel, Barcelona, 1981, p.162.; OJEDA AVILES, Op.cit., p.100.

²⁵ Cfr. LEPP, Op.cit. p. 98., Señala este mismo autor que estas “*Son las primeras organizaciones poderosas y verdaderamente obreras de los tiempos modernos. Porque aunque más tarde se hayan unido en una acción común con los movimiento socialistas de otros países, su nacimiento se debió a la iniciativa obrera exclusivamente, sin participación de doctrina socialista alguna.*” (*Ibidem.*)

alemana del 21 de mayo de 1869 y la Constitución española de 1876, así como la ley de asociaciones dictada en este mismo país en 1887.

En los Estados Unidos, la Clayton Anti-trust Act, de 15 de octubre de 1914, reconocerá el derecho de los sindicatos a organizarse, derogando las restricciones impuestas por la Sherman Anti-trust Act de 1891, razón por la cual, se la considera “*la Carta Magna del sindicalismo de los Estados Unidos*”.²⁶

Contando con un marco legal favorable, el movimiento sindical pudo desarrollarse vertiginosamente. Ejemplo de ello es que en apenas un año, entre 1889 y 1890, la afiliación a los sindicatos en Gran Bretaña y Alemania creció en alrededor del 90%, siendo igualmente significativo el incremento de la afiliación en Noruega, Suecia, Suiza, Holanda y Austria en el período 1903-1905.²⁷

La importancia que desde este momento cobra el movimiento sindical, supera la que deriva, directamente, de su fuerza numérica en la sociedad, ya que su verdadero significado consiste en la emergencia de un nuevo factor o elemento social que, en adelante, no podrá ser ignorado y adquirirá decisiva influencia en el curso de los acontecimientos sociales y políticos. A través del sindicato, la nueva clase social engendrada por la revolución industrial y el capitalismo, -la clase trabajadora-, encontrará una forma propia de organización apta, no sólo para la defensa de sus intereses ante la clase de los propietarios de los medios de producción, sino para su participación colectiva en la vida del Estado, siendo esta una de las notas características del “estado social”.

²⁶ Cfr. ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.165.

²⁷ Cfr. MUÑOZ de BUSTILLO, Op.cit., p.27.

1.1.1.3. El sufragio universal, la democracia y los partidos políticos

Otro factor desencadenante del proceso de tránsito del estado liberal al estado social lo constituye la conquista del sufragio universal que permitió el acceso a la participación política a las grandes masas de trabajadores que antes de ello se encontraban excluidas de las decisiones políticas.

Suele, con frecuencia, identificarse el estado liberal con la democracia, como si el advenimiento de aquel, tras las revoluciones francesa e inglesa, hubiera generado, como efecto inmediato y directo, la instauración de un sistema democrático basado en el sufragio universal. Esta asociación es totalmente errónea, como lo demuestra el hecho de que el sufragio universal es conquistado en Francia en la revolución de febrero de 1848, que tuvo como gran protagonista al proletariado de París, el cual unido a la mediana y pequeña burguesía, derrocó la monarquía de Luís Felipe, sustentada en los resabios de la aristocracia y en la gran burguesía, para implantar la república.

El estado liberal no concibió el sufragio universal como un derecho de los ciudadanos sino como un deber o función de las clases propietarias a las cuales concernía adoptar las decisiones políticas en el Estado por ser quienes tenían mayores intereses que proteger y que podían verse afectados si quienes las adoptaban carecían de bienes y propiedades que cuidar. Por ello, la “democracia liberal” fue una democracia de minorías, que, de forma deliberada, excluyó a las mayorías, mediante el voto “censitario”, conforme al cual sólo sufragaban los propietarios que figuraban en el “censo”, que era una especie de registro de los contribuyentes del impuesto sobre la tierra. Otra variable de esta forma de voto, podría estar constituida por el nivel de renta de las personas. El efecto reduccionista, en el cuerpo electoral, de esta restricción del sufragio, lo ilustra un dato que aporta Hauriou conforme al cual en Francia, en 1815 sólo existían 90,000 electores y en 1846, 248,000.²⁸

²⁸ HAURIU, André “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Ediciones Ariel, Barcelona, p.285. Señala este autor que para ser elector se exigía pagar 300 francos-oro de impuestos y mil para ser elegible. En 1846, la cifra se había reducido a 200 francos para ser elector y a 500 para ser elegible. (**Ibidem**).

Marginados económica, social y políticamente, los obreros unieron sus fuerzas, en febrero de 1848, a la mediana y pequeña burguesía para exigir la universalidad del sufragio, a favor de todos los varones mayores de edad, sin importar la condición de propietario, rentista o cualquier otra relacionada al poder económico de la persona.

La revolución francesa de febrero de 1848, tuvo un contenido social, no separable de su contenido político, pues la conquista del sufragio universal se concebía como una forma de acceder y participar en el proceso político para corregir y eliminar la situación de injusticia social que entonces prevalecía. Los objetivos de este movimiento revolucionario no ocultaron su carácter de reivindicación social, a tal punto que su aspiración específica fue la de establecer una “república social y democrática.”²⁹ En el programa de esta revolución lo democrático y lo social no fueron términos que pudieran dissociarse fácilmente, pues el objetivo democrático, expresado en la exigencia del sufragio universal, constituía una condición esencial para la transformación del estado monárquico-liberal en una república social. De allí que se considere que esta revolución es el verdadero inicio del socialismo democrático.³⁰

Si bien la revolución de 1848 fracasó en su objetivo de instaurar una “república social” debido a la contrarrevolución de junio del mismo año, que permitió a las

²⁹ Refiriéndose a los objetivos de esta revolución, Rubio Lara señala lo siguiente: “Así, el programa apuntaba a una nueva concepción del Estado que difería del modelo liberal. Junto al concepto de libertad, aparece el de igualdad, sin el cual no es factible el primero. Se apela al Estado para que inicie las reformas y para que intervenga en la vida socio-económica organizando el trabajo, garantizando el derecho al mismo y proporcionando protección a los que no pueden trabajar. Además, y ello posee una gran importancia, esta transformación del Estado pensaba conseguirse a través de la intensificación de la democracia. La concepción social y democrática del Estado aparecen intrínsecamente unidas; de hecho, la República que se proclamó fue la “República social y democrática.” (RUBIO LARA, M^a Josefa, “La formación del Estado Social”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p.57.)

³⁰ Para Rubio Lara “(...) la Revolución de 1848 en Francia supuso la formulación y el intento de llevar a la práctica una serie de reformas que no llegaron a consolidarse hasta muchos años después y que abrirían el camino al concepto del Estado social. Por otra parte, si se considera el procedimiento a través del cual se trataba de introducir estas reformas, éste se aleja de lo que posteriormente se consolidaría como socialismo revolucionario. La República que se proclama como social y democrática aspira a armonizar la democracia con una dimensión social, de ahí que la Revolución de 1848 haya sido interpretada como el nacimiento del socialismo democrático.” (Ibídem, p.63.)

clases dominantes recuperar el poder, sin embargo conquistó el derecho al sufragio universal y la instauración del régimen republicano.

El sufragio universal – de los varones – fue igualmente establecido en Estados Unidos hacia 1850, en Alemania en 1871, en Austria en 1907, en Italia en 1912 y en Gran Bretaña en 1918, aunque en este país las reformas electorales de 1832 y 1884-1885, ampliaron significativamente la participación electoral. El voto de la mujer, recién se alcanzará después de la primera guerra mundial (Austria, 1918), aunque Nueva Zelanda ya lo había otorgado en 1893.

El sufragio universal tiene un efecto trascendente sobre la configuración del estado liberal y su transición a un estado social. La incorporación de grandes masas de electores va a suponer la presencia de nuevas clases sociales, especialmente la clase trabajadora, en la vida del Estado, lo que les va a otorgar una capacidad de presión, e incluso, de decisión, orientada, como es lógico, a la defensa de sus intereses y al cambio de la situación socio-económica y política en la que éstos apenas eran considerados o simplemente ignorados.

Uno de los efectos más inmediatos de la conquista del sufragio universal es la creación de los partidos políticos y, de forma particular, de los partidos de masas, entre estos, los de ideología socialista. Los partidos de masas se caracterizan por afiliar a gran cantidad de personas, las cuales contribuyen con sus aportes a financiar al partido y se organizan en estructuras complejas capaces de cubrir todo el territorio nacional.³¹

Al respecto, señala Duverger que *“La aplicación del sufragio universal provocó en casi todas partes (salvo en los Estados Unidos) el desarrollo de partidos socialistas, que franquearon la etapa definitiva aunque no siempre, por lo demás,*

³¹ Cfr. DUVERGER, Maurice, “Los partidos políticos”, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, Décima reimpresión en español. pp.93-94. Este autor contrapone los “partidos de masas” a los “partidos de cuadros”, los cuales tratan “(...) de reunir notables, para preparar las elecciones, conducirlos y mantener el contacto con los candidatos. Notables influyentes, en primer lugar, cuyo nombre, prestigio o brillo servirán de fiador al candidato y le cosecharán votos; (...). Aquí, la cualidad que importa sobre todo: gran prestigio, habilidad técnica, importancia de la fortuna. Lo que los partidos de masas obtienen por el número, los partidos de cuadros lo obtienen por la selección” (Ibidem, p.94.)

*de un solo golpe (...)*³² Este mismo autor, afirma que antes de la primera guerra mundial, el Partido Social-Demócrata Alemán contaba con más de un millón de miembros y un presupuesto anual de casi 2 millones de marcos y “*constituía un verdadero Estado, más poderoso que algunos Estados nacionales.*”³³

El surgimiento y expansión de los partidos supuso un cambio profundo en el paradigma político del estado liberal, que rechazaba toda forma de intermediación entre el individuo y el Estado, tanto en el campo social como en el político. En este sentido, como lo sostiene Duverger “*La democracia liberal fue individualista. En el plano económico se basó en la libre competencia entre empresas independientes que generalmente eran propiedad de un hombre o una familia. En el plano político hizo que se enfrentasen personalidades que gozaban de libertad de movimientos (...)*”.³⁴

De hecho, la ley Le Chapelier fue también invocada para justificar la oposición del liberalismo primigenio a la existencia de los partidos³⁵, los cuales, igual que los sindicatos atravesaron por una etapa de rechazo o prohibición en la que fueron tratados con hostilidad siendo considerados, despectivamente, como “*facciones*”, es decir grupos opuestos al interés general que dividían a la sociedad y pretendían el poder para satisfacer sus intereses particulares.³⁶ Sin embargo, al establecerse el sufragio universal resultó imposible contener la tendencia a favor de la organización de partidos y estos fueron creados no sólo por la clase trabajadora sino también por otros sectores sociales o corrientes de pensamiento.

³² Ibídem, p.96.

³³ Ibídem.

³⁴ DUVERGER, Maurice, “Las Dos Caras de Occidente”, Editorial Ariel, Barcelona, 1972, p.82.

³⁵ Al respecto, Hernández Bravo afirma “*Esta Ley es un ejemplo evidente de la posición absolutamente contraria a los partidos políticos de todo el primer liberalismo político. Muestra una inconfundible raíz rousseauiana y es muy representativa de una importante corriente de pensamiento que incluye, entre otros, a Montesquieu, Madison, Hamilton y Hume (...)*” (HERNÁNDEZ BRAVO, “La delimitación del concepto de partido político. Las teorías sobre el origen y evolución de los partidos” en AAVV, “Curso de Partidos Políticos”, Ediciones Akal S.A., Madrid, 1997, p.17.)

³⁶ Cfr. SARTORI, Giovanni, “Partidos y sistemas de partidos, 1”, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 19-35.

Concluida la primera guerra mundial, los partidos socialistas comienzan a acceder al gobierno, ya sea solos o en coalición con fuerzas centristas, como es el caso del Partido Laborista en Inglaterra³⁷ y los partidos social demócratas en Alemania, países escandinavos, Bélgica, Francia, etc. La presencia de estos partidos en los parlamentos y los gobiernos de estas naciones tuvo, como es obvio, una influencia decisiva en los cambios institucionales, legislativos y políticos que llevan a la conformación del “estado social”.

Una demostración de ello, es según Muñoz de Bustillo el hecho de que según una investigación de Lindert, respecto al gasto social en el período 1880-1930, se confirma *“el impacto positivo que el grado de participación electoral y el sufragio femenino tienen sobre el gasto social. En definitiva, democracia, movimientos sociales reivindicativos y aparición de alternativas serían fenómenos que se reforzarían mutuamente y ayudarían a explicar la construcción del EB.”*³⁸

En general, es la consolidación de un régimen democrático, sustentado en el sufragio universal y los partidos políticos, quien se convertirá en un factor condicionante del “estado social”. La estrecha conexión entre democracia y estado social ha sido, precisamente, puesta de relieve por Bobbio quien considera que *“(...) liberalismo y democracia, que desde hace un siglo hasta hoy fueron considerados siempre, la segunda, como la consecuencia natural del primero, muestran ya no ser del todo compatibles, toda vez que la democracia fue llevada a las extremas consecuencias de la democracia de masas, o mejor dicho, de los partidos de masas, cuyo producto es el Estado benefactor. Si los límites dentro de los cuales la doctrina liberal consideraba que se debería restringir el Estado fueron superados, es difícil negar que ello sucedió debido al impulso de la participación popular provocada por el sufragio universal.”*³⁹

³⁷ Este partido, fundado en 1900 sobre la base de las Trade Unions, y que adopta su denominación actual en 1906, llega al poder, por primera vez, en 1929, aunque el no obtener la mayoría absoluta en la Cámara de los Comunes, debe formar un gobierno de coalición.

³⁸ MUÑOZ DE BUSTILLOS, Op.cit., p.30.

³⁹ BOBBIO Norberto, “El futuro de la democracia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p.98.

1.1.2. Aparición y desarrollo de los elementos del Estado Social.

1.1.2.1 El surgimiento de la legislación laboral y sindical. El reconocimiento del derecho de asociación.

No cabe duda que el surgimiento de la legislación laboral y el desarrollo ulterior de un “derecho del trabajo”, debidamente estructurado y en muchos casos codificado, es uno de los elementos característicos del “estado social”.

Siendo la causa principal de la “cuestión social” las injustas y degradantes condiciones en que los trabajadores prestaban sus servicios, era necesario que el Estado actuara sobre ellas, cuando menos para mitigar o corregir sus aspectos más abusivos. De este modo, como lo señala Alonso Olea, en los países europeos *“Con gran uniformidad, las primeras normas estatales de Derecho del Trabajo se refieren al trabajo de menores y al trabajo de mujeres (...)”*⁴⁰ Estas normas se orientan a prohibir, en absoluto, el trabajo de los menores de cierta edad, -alrededor de los 14 años- y a limitar el de los menores de 18 años y el de las mujeres en ciertas actividades consideradas penosas o peligrosas. En otros casos, se tiende, también, a limitar la duración de la jornada en función a la edad y al sexo del trabajador.

Ritter destaca que Inglaterra *“(...) fue el primer país industrial que tomo medidas modernas de protección laboral.”*⁴¹ En efecto, en este país, entre 1833 y 1850, se dictaron leyes que *“(...) limitaron el trabajo de las mujeres y de los niños e introdujeron en la industria algodonera una jornada laboral de diez-diez horas y media como máximo para mujeres y niños, que posteriormente se extendió a las fábricas de otros sectores industriales.”*⁴² En 1870 se dictó una ley de protección

⁴⁰ ALONSO OLEA, Manuel. 1994 Introducción al Derecho del Trabajo, 5ª edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., p.331.

⁴¹ RITTER, Gerhard. A. “El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p.76.

⁴² Ibídem.

de los salarios, en 1871 otra relativa al descanso dominical, en 1874 la de viviendas para los obreros, en 1878 una norma sobre el trabajo de la mujer y del niño, en 1900 la legislación asume la teoría del riesgo profesional, en 1908 la ley establece la jornada de ocho horas en las minas y en 1911, se crea el seguro obligatorio.⁴³

Otro país que experimentó un importante desarrollo de las normas laborales es Italia, donde un Decreto de 1843 prohibió de forma absoluta el trabajo de niños menores de nueve años en las fábricas con más de veinte obreros y el de los menores de catorce en industrias nocivas; asimismo, estableció la jornada máxima de diez horas para los menores entre nueve y doce años y la de doce horas para los de doce a catorce años y prohibió el trabajo nocturno para los menores de doce años. El mismo decreto creó la inspección del trabajo. En 1859, se prohibió el trabajo en las minas de los menores de diez años. Una ley de 1902, reglamentada en 1903, fijó la edad mínima en la industria en doce años y la jornada máxima en doce horas para las mujeres mayores de quince años y en once horas para las menores de esa edad.

Francia reguló el trabajo de los niños en 1841, tras conocerse el informe Villermé, prohibiendo el trabajo de los niños menores de ocho años y estableciendo la jornada de ocho horas para los de ocho a doce, pero admitió, sin embargo, una jornada máxima de doce horas para los mayores de dieciséis años. En 1848, la ley del 9 de septiembre, fijó la jornada de doce horas en las manufacturas y fábricas y en 1868 derogó el artículo 1,781 del Código Civil conforme al cual no podía dudarse de la afirmación del patrono de haber pagado los salarios. En 1906, Francia creó el Ministerio de Trabajo y entre 1910 y 1927 aprobó, sucesivamente, cuatro libros del Código del Trabajo.⁴⁴ De esta manera al lado del Código Civil de 1804, paradigma de la codificación del derecho civil, en

⁴³ Cfr. CABANELLAS, Op.cit., pp.151-152.

⁴⁴ *Ibidem*, pp.149-150. Respecto a la aprobación del Código de Trabajo, Cabanellas señala que el Libro I se aprobó el 28 de diciembre de 1910, siendo relativo al contrato de trabajo y salarios; el Libro II, referido a la reglamentación del trabajo fue promulgado el 26 de noviembre de 1912; el Libro reguló los sindicatos y cooperativas y fue promulgado el 25 de febrero de 1924; finalmente, el 21 de junio de 1927 se sancionó el Libro IV que se refiere a la jurisdicción del trabajo. (*Ibidem*, p.151.)

Francia surgió, algo más de un siglo después, el Código del Trabajo, como expresión de los profundos cambios sociales producidos en ese período.

El fenómeno de la codificación del derecho laboral así como la expansión de este, va a tener lugar, no sólo en Europa sino en otros continentes, entre ellos en América, después de la primera guerra, bajo el impulso que provendrá del Tratado de Versalles y de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (Infra I,2, 2.4.)

Es preciso advertir, que el hecho de que el Estado dicte una legislación sobre el trabajo, para corregir las injusticias y proteger al trabajador, significa la intervención de aquel en el “mercado de trabajo”, con la finalidad de regularlo, trasgrediendo, por decirlo así, uno de los dogmas del Estado Liberal, según el cual al Estado le estaba vedada toda forma de intervención en la economía, sujeta, únicamente, a la ley de la oferta y la demanda. Esta intervención se traduce en la drástica limitación de la libertad de contratación en materia laboral, en particular respecto de la capacidad de los contratantes para establecer libremente el contenido del contrato.

A tal punto, la legislación laboral y, desde luego, las normas que nacen de la autonomía colectiva, han limitado esa capacidad que se ha llegado a sostener que el contrato de trabajo es un “contrato normado”.⁴⁵

⁴⁵ Al respecto, se afirma que “(...) el contrato se inserta hoy en un cuadro regulado extensa e intensamente por la normativa laboral de origen estatal y de origen convencional. Tales normas- muchas de ellas de carácter imperativo- se refieren prácticamente a todos los aspectos de la relación de trabajo (contenido de la prestación del trabajador, tiempos de trabajo, retribuciones, descansos, condiciones de seguridad e higiene, vicisitudes de la relación a través del tiempo, suspensiones, causas de extinción de la relación, etc.) de tal forma que celebrado el contrato mediante el acuerdo entre las partes, automáticamente le resultan aplicables aquellas normas, sin que los contratantes tengan que hacer ninguna declaración expresa en tal sentido; es más, sin que en , en buena parte de aquel conjunto normativo, puedan impedirlo. De ahí la denominación del de trabajo como “contrato normado”, género del que existen otros supuestos en el ámbito de la contratación privada, aunque quizás sea el de trabajo una de las expresiones más acabadas, si no la que más.” (MARTÍN VALVERDE, ANTONIO; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, FERMÍN; GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. “Derecho del Trabajo” Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2003, p.474).

Asimismo, como ya antes se ha expuesto (Supra I,1,1.2.), también se desarrolla, en este período, una creciente legislación destinada a eliminar las trabas y prohibiciones a la organización de sindicatos e incluso, más adelante, a reconocer la libertad sindical, así como garantizar y proteger su ejercicio. En la culminación de este proceso, los sindicatos llegan a ser considerados como entes conformadores del Estado social de Derecho tal como lo expresa la Constitución española, que reconoce y garantiza su existencia en el artículo 7º de su Título Preliminar, destinado a establecer las bases del estado español.

1.1.2.2. La creación de los seguros sociales en Alemania.

Otro hito en la formación del “Estado social” lo constituye la creación de los seguros sociales, que tuvo lugar en Alemania durante el gobierno del príncipe Otto von Bismark.

Bajo la inspiración de este Canciller, en el Imperio Alemán se dictaron, sucesivamente, tres normas que crearon en este país, con carácter precursor, los primeros seguros sociales de los tiempos modernos. El primero, fue el seguro de enfermedad, creado por la ley del 15 de junio de 1883, el cual tenía carácter obligatorio para los obreros cuya renta no fuera superior a 2,000 marcos anuales. Era administrado por entidades autónomas y se financiaba con contribuciones de los obreros y empresarios, en la proporción de 2/3 y 1/3 respectivamente. Ambos sectores participaban en los consejos de administración de esas entidades en proporción a sus aportaciones. El seguro brindaba prestaciones médica y farmacéutica durante trece semanas y prestaciones económicas por un monto igual a la mitad del salario del asegurado.

El seguro contra accidentes de trabajo, fue creado en 1884 y era íntegramente financiado por los aportes de los patronos, cuyas asociaciones lo administraban. En caso de incapacidad total, el trabajador percibía una pensión igual al 66.6 por

ciento de su salario y en caso de fallecer, la viuda tenía derecho a percibir el 20/100 del salario más el 15/100 por cada hijo menor de 15 años.

Finalmente, en 1889, se estableció el seguro obligatorio de jubilación, que era financiado, en partes, iguales, por los trabajadores y los empresarios, pero el Estado aportaba, adicionalmente, una subvención de 50 marcos a cada pensión. El seguro era obligatorio para todo obrero cuyo salario no superase los 2,000 marcos anuales y el derecho a la pensión se adquiría a los setenta años.

Como lo anota Ritter,

*“La seguridad social es la creación institucional más significativa del Estado social. A lo largo de un siglo ha sido desplazando –aunque no la ha sustituido absolutamente- a la asistencia tradicional a los pobres, sustituida posteriormente por la asistencia social, y constituye actualmente en los países industrializados la principal forma de previsión y asistencia al individuo.”*⁴⁶

La creación de los seguros sociales colocó a Alemania a la vanguardia de los estados europeos industrializados en materia de protección social pero, paradójicamente, tuvo como motivación principal contener al avance del partido Social-demócrata e impedirle que tomara el poder. Por ello, de modo casi simultáneo con la creación de los seguros sociales, Bismarck promovió las “leyes antisocialistas”, que entre 1878 y 1890, impusieron drásticas restricciones a la actividad de aquel partido.⁴⁷ Para Ritter *“(...) Bismarck vio realmente la política de seguros sociales como un instrumento para debilitar a la socialdemocracia y a los sindicatos socialistas y para ganarse a los obreros para el Estado*

⁴⁶ RITTER, Op.cit., p.83.

⁴⁷ En 1874 los dos sectores en que entonces se dividía el socialismo alemán totalizaron 340 mil votos en las elecciones al Reichstag y obtuvieron 9 escaños; en 1877, ya unificados en un solo partido, superaron el medio millón de votos y conquistaron 12 escaños. Ya bajo las leyes “antisocialistas” que restringieron su actividad, continuaron creciendo y en 1884 obtuvieron 549 mil votos y en 1887 alcanzaron 763 mil. En 1890 superaron el millón de votos y se convirtieron en el partido más numeroso de Alemania, lo que obligó al régimen a abandonar las leyes antisocialistas. (Cfr. MACKENZIE, Norman, “Breve historia del socialismo”, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1973, pp.111-114).

*monárquico, instrumento que venía a completar su legislación contra los socialistas.”*⁴⁸

Sin embargo, también se ha destacado que, no obstante, en la creación de los seguros sociales en Alemania influyeron tanto las reivindicaciones del movimiento sindical, cuanto algunas corrientes intelectuales que se encontraban en boga en la época, particularmente la de los denominados “socialistas de cátedra”, agrupados en la “Asociación para la política social” que propugnaban un reformismo social.⁴⁹ Ritter destaca, singularmente, el aporte del pensamiento de Lorenz von Stein, a quien considera el precursor de la teoría del Estado social moderno.⁵⁰

1.1.2.3. El constitucionalismo social.

Un paso decisivo en la configuración del Estado social es el que representa el advenimiento de lo que se ha dado en llamar el “constitucionalismo social”. Con esta denominación se designa al fenómeno jurídico-constitucional por el cual las constituciones de los estados incorporan en la enumeración de los derechos fundamentales un nuevo grupo de derechos de contenido social, de los que resultan titulares determinados sectores sociales hasta entonces postergados.

1.1. 2.3.1. La Constitución mexicana de 1917.

La constitución pionera del “constitucionalismo social” es, sin duda alguna, la Constitución mexicana, sancionada en 1917 por el Congreso Constituyente en

⁴⁸ RITTER, Op.cit., p.87. Por ello mismo, sostiene este autor que *“Las investigaciones de las últimas décadas en concreto ha destacado el papel de las élites políticas nacionales y han interpretado la introducción de los seguros sociales en Alemania, pero también en otros países antes de 1914, básicamente en el sentido de una “política defensiva de integración y estabilización” (...) para la pacificación de los obreros y la conservación del orden político, económico y social existente.” (Ibídem, pp.86-87)*

⁴⁹ Cfr. RUBIO LARA, Op.cit., p.74. Vid, RITTER, Op.cit., pp. 98-102.

⁵⁰ RITTER, Op.cit., pp. 90-94.

la ciudad de Querétaro, razón por la cual también se le conoce como la “Constitución de Querétaro”.

Esta constitución, producto de la revolución iniciada en 1913, tras el derrocamiento y asesinato del Presidente Francisco Madero, es la primera en el mundo en recoger e incorporar a su catálogo de derechos un grupo de derechos referidos al trabajo y a la tierra, que le van a dar una característica nueva y la diferenciaran de las clásicas constituciones liberales.

En el extenso artículo 123º de esta constitución, se enunciaron los siguientes derechos laborales: 1) jornada máxima diurna de ocho horas y nocturna de siete horas, 2) protección a la mujer y a los menores de 16 años, 3) prohibición del trabajo de los menores de 14 años, 4) un día de descanso por cada seis de trabajo, 5) protección especial a la mujer durante la gravidez y después de ella y al infante, 6) salario mínimo indispensable para llevar una vida digna, 7) igualdad de salario, sin diferencia de sexo o nacionalidad, 8) inembargabilidad, compensación o descuento del salario mínimo, 9) participación en las utilidades de la empresa, 10) pago del salario en moneda de curso legal y prohibición de las tiendas de raya, 11) salario doble por trabajo extraordinario, 12) derecho de servicios necesarios a la comunidad, 13) derecho de formar sindicatos y asociaciones profesionales, 14) derecho de huelga, de los obreros y patronos, 15) resolución de conflictos mediante la conciliación y el arbitraje, 16) en caso de despido sin causa justificada, derecho del trabajador a optar entre una indemnización o que se cumple el contrato y 17) establecimiento de las condiciones nulas estipuladas en el contrato de trabajo.⁵¹

Asimismo, en el artículo 27º la Constitución de Querétaro reguló el derecho de propiedad, en especial sobre la tierra, señalando que la propiedad de las tierras y aguas del territorio nacional corresponde originariamente a la nación, la cual tiene el derecho de constituir la propiedad privada; el régimen de expropiación por causa de interés público y mediante indemnización la prohibición del

⁵¹ Cfr. CARPIZO, Jorge, “La Constitución Mexicana de 1917”, Editorial Porrúa S.A., México, 1986, pp.160-161.

latifundio; el derecho de la Nación a imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; la garantía del régimen comunal y del régimen ejidal en la explotación de tierras, aguas y bosques y el régimen de la pequeña propiedad agrícola y ganadera.⁵²

Justificando la inclusión de estas “garantías sociales” (como se llama en esta constitución a los “derechos”), Carpizo señala lo siguiente:

“Las garantías sociales son aquellas que protegen al hombre como integrante de un grupo social; en cambio las garantías individuales protegen a todo hombre. Se protege a los grupos sociales más débiles, a los que históricamente han vivido oprimidos. Es una declaración dinámica, con fuerza impositiva. Quiere que el trabajador y el campesino lleven una vida digna. La idea es asegurar esos mínimos jurídicos para que basados en ellos, estos grupos sociales logren nuevas y abundantes conquistas. La esencia de los derechos sociales son las necesidades apremiantes de estos grandes núcleos de la sociedad.”⁵³

1.2.2.3.2. La Constitución alemana de 1919.

Nace esta constitución como fruto de la caída de la monarquía imperial, tras la derrota de Alemania en la primera guerra mundial, y la consiguiente instauración de la república. El gobierno provisional presidido por el socialista Ebert, convocó a una asamblea constituyente que fue elegida en Enero de 1919 e inició sus labores el 6 de febrero, en la ciudad de Weimar. En dicha asamblea si bien el partido social-demócrata obtuvo la mayoría esta no fue absoluta y, por tanto, hubo de conformar una mayoría con el partido Cristiano Popular y el partido Demócrata, que fueron la segunda y tercera fuerza, respectivamente, creándose la denominada “Coalición de Weimar” que también quedó reflejada en la conformación del gobierno.⁵⁴

⁵² Cfr. *Ibidem*, p.160.

⁵³ *Ibidem*, p.161.

⁵⁴ Cfr. VILLARÁN, Manuel Vicente, “El Gobierno de Alemania”, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936, pp.29-33.

La Constitución de Weimar – como, frecuentemente, se denomina a esta constitución, promulgada el 11 de agosto de 1919- fue la primera en el continente europeo en proclamar derechos de contenido social y establecer normas para regir la vida económica. En materia de derechos laborales, señaló la obligación del estado de otorgar “protección particular” al trabajo y establecer un “derecho obrero uniforme”. Asimismo, garantizó la libertad de coalición *“para la defensa y mejoramiento de las condiciones del trabajo y de la vida económica”* y estableció (art.162º) que *“El Reich intervendrá a favor de una reglamentación internacional del trabajo que tienda a asegurar a la clase obrera del mundo entero un mínimo general de derechos sociales.”* También reconoció el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva y otorgó reconocimiento jurídico a los contratos colectivos sobre salarios y condiciones de trabajo. Se refirió, igualmente al deber y el derecho de trabajar y enunció, aunque de modo general, el seguro de desempleo al indicar en el párrafo final del artículo 163º lo siguiente: *“La posibilidad debe ser dada a todo alemán de ganar su vida por un trabajo productivo. En caso de que una ocupación conveniente no pueda serle procurada, se le aseguran los medios de existencia necesarios.”*⁵⁵

Asimismo, esta constitución dispuso la existencia de un sistema de seguros para la conservación de la salud y de la capacidad de trabajo, la protección de la maternidad y la previsión ante las consecuencias económicas de la vejez, de la invalidez y de accidentes. Pero, sin duda, una de sus normas más trascendentes es la que estableció la creación de los consejos obreros de empresa, de distrito y el Consejo obrero del Reich. Estos consejos podían ser investidos de *“poderes de control y administración”* en la esfera de su competencia. Una ley del 4 de febrero de 1920, regulo los Consejos de Empresa. Como lo anota Villarán, la creación de estos consejos representó una *“(…) satisfacción a las aspiraciones del Partido Social Demócrata en pro de un régimen de democracia económica (...)”*⁵⁶

⁵⁵ Cfr. MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “Las nuevas constituciones del mundo”, Editorial España, Madrid, 1931, pp.7-57.

⁵⁶ VILLARÁN, Op.cit., pp.53-54. Señala este mismo autor que el Consejo Económico del Reich existió desde 1920 y estuvo conformado por 326 miembros, integrantes de 10 grupos profesionales. Considera que en sus diez primeros años de vida su labor fue activa y provechosa, estudiando medidas económicas y sociales antes de ser sometidas al Reichstag

El otro aspecto en que la Constitución de Weimar realizó un aporte trascendente es el relativo a la regulación de la vida económica, a la cual dedica la Sección V de la Segunda Parte. El primer enunciado de esta sección, contenido en el artículo 151º indica claramente el cambio de perspectiva que esta constitución presenta en relación a las constituciones liberales: *“La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y tendiendo a asegurar a todos una existencia digna del hombre. En estos límites la libertad económica del individuo debe ser respetada.”*

Las libertades económicas tradicionales: de comercio, industria y contratación, son reconocidas, pero se les imponen limitaciones, que corresponde a las leyes determinar. Respecto de la propiedad se produce un cambio fundamental, que Rubio Lara explica: *“El artículo 153 garantiza el derecho de propiedad, ahora bien, los preceptos constitucionales revelan que se ha abandonado la concepción individualista para reconocerle una función social. La Constitución no sólo reconoce la propiedad como un derecho, sino también como un deber. Así, el artículo mencionado garantiza la propiedad, pero añade: “...cuyo contenido y límites fijarán las leyes”, y en otro párrafo señala. “La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.” El artículo 155, refiriéndose a la propiedad de la tierra, señala que: “El cultivo y explotación es un deber de su propietario para con la comunidad. El incremento del valor del suelo que se obtenga sin emplear trabajo o capital en el mismo quedará a beneficio de la comunidad”.*⁵⁷

De igual manera, la Constitución de Weimar, incluyó una norma referida a la socialización de empresas, que facultaba al estado, por ley y bajo reserva de indemnización, aplicando por analogía las normas sobre la expropiación, a *“transferir a la colectividad la propiedad de empresas privadas susceptibles de ser socializadas”* (art.156º).

(parlamento), presentando iniciativas a éste y asesorando a los poderes públicos en materia monetaria, laboral y sobre tarifas. El 23 de marzo de 1934, bajo la dictadura hitleriana, fue suprimido. (Ibidem, pp. 54-55).

⁵⁷ RUBIO LARA, Op.cit., p.91.

Estas normas, totalmente novedosas, han venido a conformar, a partir de esta constitución, lo que se ha denominado “constitución económica”, expresión que alude al hecho de que las constituciones incluyan disposiciones dirigidas a regular la vida económica, en abierta oposición al credo liberal que repugnaba toda forma de intervención del estado en la vida económico-social.⁵⁸

1.1.2.3.3. La Constitución de la República Española de 1931.

Esta constitución, de menor trascendencia por su efímera duración, representa, sin embargo, una continuación y afirmación del proceso del “constitucionalismo social” iniciado con las constituciones de Querétaro y Weimar.⁵⁹ A diferencia de estas,- y como rasgo singular- aporta, en el artículo 1º una definición de Estado que incorpora su carácter social: *“España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia.”*⁶⁰

En cuanto se refiere a los derechos laborales, reconoció la libertad sindical y, asimismo, estableció la protección del trabajo por las leyes sentando las bases y contenido mínimo de la legislación laboral, consistente en: seguros de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; trabajo de las

⁵⁸ El origen de esta expresión se encuentra en Alemania donde, según el autor español Lojendio e Irure, fue el Dr. Beckerath quien la usó por primer vez, en el homenaje a Werner Sombart, señalando que la Constitución económica era *“la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y la distribución.”* (Cfr. BOYER MERINO, Javier, “La Constitución Económica de 1931 Principios Generales”, Tesis de Abogado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, p.75.).

⁵⁹ Respecto a la trascendencia de esta constitución, Díaz Revorio afirma que *“Ciertamente, algunos de estos principios no eran novedosos en el constitucionalismo mundial, pues textos anteriores recogen los principios del Estado social (México 1917, Alemania 1919), o, la jurisdicción constitucional concentrada (Austria y Checoslovaquia en 1920). Pero el texto de la II República española desarrolla estos elementos, constituyendo el engarce necesario entre el constitucionalismo de entreguerras y los nuevos textos que se aprobarían recién acabada la II Guerra Mundial. Por ejemplo, su influencia en la Constitución italiana es notable en algunos aspectos.”* (DÍAZ REVORIO, Op.cit., p. 191). Por su parte, De Buen destaca que en base a las normas de esta constitución, España desarrolló una amplia legislación laboral. (Cfr. DE BUEN, Op.cit., p.203).

⁶⁰ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp. 405-435.

mujeres y menores y protección de la maternidad; jornada de trabajo y salario mínimo y familiar; vacaciones anuales remuneradas; condiciones del obrero español en el extranjero; instituciones de cooperación; relación económico-jurídica de los factores de la producción; participación en la dirección, administración y beneficios de las empresa, y, defensa de los trabajadores.⁶¹

Asimismo, la constitución dispuso que la República, debía proteger al campesino y, con dicho propósito, legislar sobre diversos aspectos de este sector, así como proteger, en términos equivalentes, a los pescadores.

En otras materias, señaló la subordinación de toda riqueza a los intereses de la economía nacional y que estaba afecta al sostenimiento de las cargas públicas, la posibilidad de expropiar la propiedad de toda clase de bienes por causa de utilidad social con adecuada indemnización, así como la facultad del Estado de nacionalizar los servicios públicos y explotaciones que afecten el interés común por motivo de interés social y, asimismo, la de intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando lo exigiere la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional, quedando, no obstante, prohibida la pena de confiscación de bienes (art.44º).⁶²

1.1.2.4. El Tratado de Versalles y la creación de la Organización Internacional del Trabajo.

El Tratado de Versalles, que puso punto final a la primera guerra mundial, suscrito el 28 de junio de 1919, debe ser considerado un factor contribuyente al desarrollo del Estado social por 2 razones: la primera, por contener una declaración sobre los derechos del trabajo, que debía servir como fundamento de las legislaciones nacionales, y, la segunda, por crear la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

⁶¹ Ibídem.

⁶² Ibídem.

La premisa para incluir en un tratado de paz estas cuestiones, fue la convicción de las potencias vencedoras de que la paz mundial no podía garantizarse en tanto prevalecieran en el mundo condiciones desiguales e injustas de trabajo, que condenaban a vastos sectores de la población a vivir en la miseria y la explotación. Sobre esta situación habían llamado activamente la atención diversas conferencias internacionales realizadas durante la primera guerra mundial por iniciativa de organizaciones sindicales internacionales, siendo la más importante la realizada en Berna en Febrero de 1919, en la cual se elabora la “Carta del Trabajo”, que enumeró una extensa lista de reivindicaciones de los trabajadores.⁶³

El tratado, estableció los siguientes principios y derechos: i) el trabajo no debe ser considerado una mercancía o un artículo de comercio, ii) el derecho de asociación para todos los fines no contrarios a la ley, para asalariados y patronos, iii) el pago de un salario que asegure a los trabajadores un nivel de vida conveniente, iv) la jornada máxima de trabajo de ocho horas diarias o de cuarenta y ocho a la semana, v) el descanso hebdomadario de veinticuatro horas como mínimo, en lo posible el domingo, vi) la supresión del trabajo de los niños y la obligación de establecer limitaciones en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos, necesarias para que puedan continuar su educación y asegurar su desarrollo físico, vii) el principio de salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de igual valor, viii) las reglas vigentes en cada país deben asegurar un tratamiento equitativo a todos los trabajadores que legalmente residen en el país, ix) cada Estado debe organizar un servicio de inspección, que comprenda a las mujeres, para asegurar las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores.⁶⁴

En la Parte XIII del referido tratado, se estableció la creación de una organización internacional permanente del trabajo, adscrita a la Sociedad de Naciones, cuya finalidad consistía en “(...) *asegurar y mantener condiciones de trabajo*

⁶³ Cfr. CABANELLAS, Op.cit., pp.171-172.

⁶⁴ Ibídem, pp.174-175.

equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño en sus propios territorios, así como a todos los países a que se extiendan sus relaciones de comercio y de industria (...)"⁶⁵

En octubre-noviembre de 1919 se realizó en Washington, Estados Unidos, una Conferencia Internacional del Trabajo en la que se aprobó la Constitución de la OIT y con ello, se dio inicio a la vida de esta importante institución internacional, la cual en su ya dilatada existencia ha producido una importante cantidad de normas internacionales, que han contribuido, de modo decisivo, al desarrollo de la legislación laboral de los Estados que la integran , así como a la investigación y estudio de la problemática laboral del mundo.

1.1.2.5. El “New Deal” en los Estados Unidos.

Se denomina de este modo a la política desarrollada en los Estados Unidos por el Presidente Franklin Delano Roosevelt para enfrentar las terribles consecuencias de la crisis económica producida en 1929 tras el desplome de la bolsa de New York y el derrumbe de la economía norteamericana.

Se caracterizó esta política por la iniciativa asumida por el Estado tanto para asistir eficazmente a desempleados e indigentes cuanto para corregir, a través de medidas legislativas determinadas deficiencias del mercado, causantes de la crisis. En el primer caso, Roosevelt optó por afrontar el problema del agudo desempleo generado por la crisis, mediante la creación de empleos para ejecutar obras públicas, especialmente de infraestructura, fundando, para dirigir este esfuerzo, la Public Works Administration. También, mediante la Federal Emergency Relief Administration (FERA), se brindó asistencia a los desempleados proporcionando subvenciones a las cooperativas de éstos que fabricaban bienes para uso propio y a través de la Federal Surplus Relief Corporation se otorgó ayuda tanto a los agricultores como a los desempleados,

⁶⁵ Cfr. DE BUEN, Op.cit., p.383.

adquiriendo los productos excedentarios de los primeros para suministrarlos a los segundos.⁶⁶

El gobierno de Roosevelt, como no lo había hecho ninguno de sus predecesores, dictó medidas de intervención en la economía con el objeto de superar la depresión mediante la creación de empleo, el fomento del consumo y la reactivación de la agricultura. Con este propósito impulsó el proyecto de desarrollo del valle del Tennessee y estableció como ente planificador y ejecutor la Tennessee Valley Authority (TVA). La creación de esta autoridad, que había sido vetada por los Presidentes Coolidge y Hoover, aduciendo que implicaba una centralización burocrática y un riesgo a la iniciativa privada, fue decididamente acometida por Roosevelt, quien dio luz verde a la ley promovida por el Senador Morris y la promulgo el 18 de mayo de 1933. Los objetivos de esta autoridad fueron fijados en el artículo 23º de la ley: el control de las crecidas del río, la mejora de su navegabilidad, la producción de corriente eléctrica la utilización adecuada de las tierras marginales, la repoblación forestal y el bienestar económico y social de los habitantes del valle.⁶⁷

Otras medidas de intervención fueron dictadas mediante la Agricultural Adjustment Act (AAA), que tuvo como objetivo controlar la producción como mecanismo para influir en el alza de los precios agrícolas, para la cual se subvencionaba, directa o indirectamente, a la agricultura. Finalmente, la National Industrial Recovery Act (NIRA), se dictó con el objetivo de combatir las prácticas de competencia desleal como los trust, cartels, monopolios, etcétera. Para dirigir su aplicación se creó la National Recovery Agency, que gozaba de amplios poderes para propiciar acuerdos con los empresarios de los diferentes sectores y establecer “reglamentos de competencia”. Estos reglamentos, en muchos casos, llegaron a contener normas laborales relativas al salario mínimo y a la duración de la jornada, que en medio de la crisis había llegado, en ciertas

⁶⁶ Cfr. RUBIO LARA, Op.cit. pp.111-127.

⁶⁷ *Ibídem*. Como lo anota esta autora, el objetivo de este proyecto “(...) fue la creación de una infraestructura que sirviese a la economía privada. Su labor se centró en el planteamiento y financiación de programas. De esta forma, se nos revela que la intervención del Estado a través de la planificación, lejos de suponer la aniquilación de la iniciativa privada, se instrumentalizó como un medio de apoyarla y cubrir sus lagunas.” (*Ibídem*, p.116)

actividades, a extenderse a hasta 60 o 70 horas semanales. La propia NIRA, ratificó, en su artículo 7ª, el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y negociar colectivamente, sin interferencia, restricción o coacción de los empleadores. Para resolver los conflictos que pudieran suscitarse, se creó el National Labor Board, dependiente de la NRA.

Varias de estas leyes, fueron materia de oposición por el Tribunal Supremo, el cual imbuido de una filosofía conservadora "(...) *mantuvo que las leyes aprobadas en aplicación del New Deal vulneraban principios constitucionales del orden existente, bien porque atentaban contra la organización territorial del Estado o el reparto de competencias entre el poder legislativo y el ejecutivo, o bien porque eran incompatibles con el derecho de propiedad. En definitiva, esta experiencia nos revela que los principios en los que se asentará el Estado social plantean importantes colisiones con los principios en los que se había basado el viejo orden liberal.*"⁶⁸ Sin embargo, a partir de 1937, el máximo tribunal revisó su jurisprudencia y le dio un giro completo al sostener que la política intervencionista del Estado era constitucional.⁶⁹

Luego de los pronunciamientos iniciales del Tribunal Supremo, en 1935, se inició un período que se conoce como el "segundo New Deal", en el cual el gobierno de Roosevelt puso el acento en la seguridad social y en las relaciones laborales. Así, en agosto de 1935, se aprobó la Social Security Act, que estableció las pensiones de vejez y desempleo. Ese mismo mes, también se aprobó la National Labour Relations Act, que reconoció los derechos de sindicación y de negociación colectiva y creó la National Labor Relations Board, dotada de

⁶⁸ RUBIO LARA, Op.cit., p. 129.

⁶⁹ Sobre los efectos de este cambio de criterio, Rubio Lara afirma: "*De esta forma, el texto constitucional de 1787, que había servido de soporte al Estado liberal, se adaptó, salvando los avatares por los que le hizo pasar el Tribunal entre 1935 y 1936 (140), a la nueva configuración del Estado. Y ello se produce sin alterar la norma escrita. Lo que no excluye que el cambio en la Constitución se produjese por mutación. De hecho parte de la doctrina mantiene que el New Deal supuso una importante reforma constitucional, que afectó particularmente a la organización territorial del Estado (141). La intervención del Estado en la vida económica y social redundó en el aumento de los poderes de la Federación, en detrimento de los Estados miembros.*" (Ibidem, p.138.)

mayores poderes que la anterior Nacional Labor Board, con la facultad de resolver los conflictos laborales y controlar las prácticas laborales injustas.

Evaluando el significado histórico del New Deal, Rubio Lara considera que esta política *“(..) supuso una transformación en el orden establecido en la medida en que el orden liberal trató de adaptarse a las nuevas circunstancias. Desde el respeto a la libertad de la iniciativa privada como uno de los principios básicos del sistema económico, se pretendió establecer un nuevo equilibrio entre ésta y la intervención del Estado.”*⁷⁰ La misma autora destaca los elementos configuradores de esta política: *“La aplicación del New Deal se fundamentó en dos extremos: por una parte, el respeto y fomento de la iniciativa privada, y por el otro, el reconocimiento de ciertos derechos a los trabajadores. Así, en la campaña electoral de 1934, ROOSEVELT habló de garantizar el bienestar mediante “una declaración de derechos aplicada a la economía”, el más importante de los cuales sería “el derecho a un trabajo útil y remunerado”. Paralelamente, se refirió a la “plena producción y empleo dentro de nuestro sistema democrático basado en la empresa privada, con el aliento y la ayuda efectiva del Gobierno donde y cuando ello fuera estrictamente necesario.”*

⁷⁰ Ibídem, p.125.

1.1.2.6. La nueva teoría económica: El pensamiento de Keynes. La escuela de Friburgo y la “economía social de mercado”.

La aparición de nuevas concepciones económicas, críticas de las viejas nociones de la economía liberal que predicaban el carácter espontáneo, absoluto y benéfico de la ley de la oferta y la demanda, negando cualquier forma de intervención del Estado en el mercado, es un factor que contribuyó a dar un sustento económico al Estado social. Entre estas teorías destaca la expuesta por el economista inglés John Maynard Keynes en su libro “Teoría general sobre la ocupación, el interés y el dinero”, publicado en 1936.

El cambio que supondrá la teoría keynesiana se puede apreciar mejor contrastando sus ideas con la concepción hasta entonces predominante basada en el pensamiento que Adam Smith expuso en “La riqueza de las naciones”. En este libro, Smith se refiere a la interferencia del Estado en los asuntos económicos y, como lo recuerda Muñoz de Bustillo, precisa con estrictez los límites de la actuación de éste: *“Las tareas encomendadas al Estado eran, en concreto: defensa, justicia, gastos de mantenimiento de la dignidad del soberano y gastos de obras e instituciones públicas, definidas como aquellas que, siendo beneficiosas para la actividad económica de la comunidad no se acometerían por la actividad privada al ser difícil recolectar privadamente los beneficios por ellas generados.”*⁷¹

Por el contrario *“Keynes ofrece una interpretación alternativa del funcionamiento de la economía en la que el desempleo, lejos de ser un hecho insólito en el funcionamiento de las economías capitalistas, vinculado a la existencia de rigideces en uno y otro mercado, pasa a ser una característica consustancial al mismo. De este modo, Keynes ofrece una justificación teórica para respaldar*

⁷¹ MUÑOZ DE BUSTILLO, Op.cit., p.35.

determinadas medidas de lucha contra el desempleo, mediante la generación directa de demanda efectiva por parte del sector público (...).⁷²

La teoría de Keynes representa un punto de inflexión respecto del principio de la no intervención del Estado en la economía a tal punto que se afirma su vinculación con la noción del Estado social: *“(...) especial importancia posee en la configuración del Estado social las propuestas que de aquél derivan. Una de las conclusiones a que llega es que la superación de las crisis económicas no puede lograrse mediante los mecanismos de mercado. Sobre la base de que el desempleo es una consecuencia de las tasas decrecientes del consumo y de la inversión, justifica la intervención del Estado como un medio de corregir las fluctuaciones económicas.”⁷³*

Como lo destaca Muñoz de Bustillo, a manera de conclusión, *“(...) el análisis keynesiano conduce a un cambio radical en la interpretación del Estado como agente económico, ya que a las funciones “clásicas” se le suma la de actuar, mediante la gestión de la demanda efectiva, como garante del pleno empleo. De este modo se va crear una base económica sobre la que construir el EB en la medida en que: (1) se produce un cambio de opinión sobre el papel del sector público en la economía, que ya no tienen porque ser mínimo y limitado; (2) se dota al mismo de mecanismos de captación de recursos para llevar adelante su política de estabilización.”⁷⁴*

La asunción por el Estado de una política activa en el mercado de trabajo, es considerado por Ritter⁷⁵, el hecho más destacado en la evolución del rol del Estado en el período entreguerras, el cual tuvo sus principales manifestaciones en la lucha contra el desempleo mediante programas estatales de creación de

⁷² *Ibíd*em, p.37. Agrega este autor, “Así, frente a la idea de que >la oferta crea su propia demanda<, Keynes plantea que es la demanda la que >tira< de la producción, y por lo tanto, en presencia de trabajadores desempleados y fábricas trabajando por debajo de su capacidad, su propuesta es generar aumentos en la demanda efectiva que incentiven el aumento de la producción y empleo (...)” (*Ibíd*em).

⁷³ RUBIO LARA, Op.cit., p. 221.

⁷⁴ MUÑOZ DE BUSTILLO, Op.cit., p.38.

⁷⁵ Cfr. RITTER. Op. cit., p. 139.

empleo, en Suecia y Estados Unidos o el otorgamiento de subsidios a los desempleados como lo hicieron Inglaterra y Alemania en la década del veinte.

Desde una perspectiva diferente, enraizada en el pensamiento liberal, también se postula, empero, la responsabilidad social del Estado. Los economistas de la Escuela de Friburgo, fundada en 1933, eran firmes defensores de la libre competencia pero, al mismo tiempo, de la política social, por lo que este modelo fue bautizado, en 1946, como *“economía social de mercado”* por uno de los integrantes de esa escuela, Müller Armack. Este afirma *“Si pensamos en una economía social de mercado, es decir, en una economía que discorra según las reglas de la economía de mercado, pero provistas de complementos y seguridades sociales, lo hacemos con la convicción de que ningún otro orden social puede aunar el mismo grado de productividad material y progreso técnico con la posibilidad de libertad personal y medidas sociales” (...)* *“Se trata de dar actualmente a la economía de mercado una nueva configuración, en la que no se falsifique su principio, pero en la que se le señale, en atención a la actual preocupación social, un nuevo camino”*.⁷⁶

Para esta escuela los límites son claros, pues la política social y la intervención del Estado no pueden llegar a tal punto que impidan o restrinjan la libertad del mercado *“(...) pues se admite la desviación político-social de los ingresos siempre y cuando no afecte a los estímulos del mercado. ERHARD, al igual que ARMACK, admite que la política económica debe completarse con medidas político-sociales, pero, “La política social no debe perjudicar indirectamente a la productividad económica nacional ni oponerse a los principios básicos del orden económico del mercado libre”*. En este sentido, puede considerarse que la economía social de mercado es *“un medio de adaptar el liberalismo a las circunstancias.”*⁷⁷

⁷⁶ RUBIO LARA, Op.cit., pp.226-227.

⁷⁷ Ibídem, p. 227.

1.1.2.7. El informe Beveridge y la seguridad social universal

Siendo la seguridad social uno de los aspectos constitutivos del Estado social, el Informe Beveridge reviste una importancia excepcional como antecedente inmediato de esta forma de estado. Este informe fue producido por la Comisión para la Seguridad Social y Servicios Afines creada en 1941 por el gobierno inglés y cuya presidencia ejerció W.H.Beveridge, quien fue encargado por aquella de redactar el informe final.

El informe Beveridge plantea un sistema de seguridad social basado en seis principios fundamentales: i) prestaciones uniformes, con independencia del nivel de renta que cada asegurado hubiese tenido y de la contingencia que la generase (desempleo, incapacidad, jubilación), ii) contribuciones uniformes de todas las personas, al margen de la cuantía de sus recursos, iii) gestión administrativa unificada, iv) suficiencia de las prestaciones, tanto en relación a la cuantía como a la duración, garantizado un mínimo de ingresos suficientes, v) amplitud del ámbito de aplicación tanto con respecto a las personas cubiertas como a los riesgos que debían protegerse, y vi) aplicación teniendo en cuenta los diferentes modos de vida de los asegurados, pero sin estratificarlos por clases sociales.⁷⁸

El informe Beveridge postulaba una seguridad social universal pues *“Era (...) característico del programa el paso de los seguros de los trabajadores a un seguro nacional, que ya había sido desarrollado en gran medida en los países escandinavos, así como la atención a las necesidades especiales de las familias numerosas mediante subsidios familiares, la creación de un servicio nacional de sanidad gratuito (...) y accesible a todos los ciudadanos y, finalmente, la universalización y unidad de todo el sistema.”*⁷⁹ En ese sentido, representó un postulado nuevo, que atribuía al Estado, sin eximir de responsabilidad en su

⁷⁸ Ibídem, pp. 245-246.

⁷⁹ RITTER, Op.cit., p.183. En ese sentido, como lo anota Rubio Lara, el Plan Beveridge pretendía que la seguridad social *“(...) abarcase a todos los ciudadanos y no sólo a quienes trabajasen en una empresa, si bien estos seguros no se aplicarían en la misma forma para todas las personas.”* (RUBIO LARA, Op.cit.,p.242)

propio futuro a las personas, la principal responsabilidad en la existencia de una seguridad general o universal, capaz de cubrir todas las contingencias de la vida (enfermedad, invalidez, vejez, desempleo) y de garantizar a todas las personas un ingreso mínimo suficiente, concebido como un derecho.⁸⁰

Beveridge fue plenamente consciente de la trascendencia que la creación de este sistema tenía en la noción misma del Estado y del sistema socio-económico y por ello afirmó en su informe: *“El Plan no es un paso hacia el socialismo ni hacia el capitalismo. Sigue un camino intermedio para llegar a un fin práctico.”*⁸¹ Es innegable que ese “camino intermedio” hacia el cual conduce, entre otros elementos, un sistema de seguridad social universal, de cuya existencia es responsable el Estado, es, precisamente, el Estado social.

1.2. Noción y configuración del “estado social”.

1.2.1. Noción del Estado social.

1.2.2.1. Estado social y Estado de bienestar: ¿una diferencia de denominación o de contenido?.

Sostiene Abendroth que la fórmula “Estado democrático y social” se remonta a la revolución de París, de febrero de 1848, en el curso de la cual apareció expresada, por vez primera, en diversas publicaciones de Louis Blanc, quien llegó a integrar el gobierno provisional de la naciente república. En esas publicaciones *“La fórmula del “Estado de Derecho democrático y social”, (...) tenía un contenido concreto. Iba referida al derecho al trabajo que entonces fue configurado como un derecho fundamental.”*⁸² Antecedentes más remotos,

⁸⁰ Cfr. RUBIO LARA, Op.cit., p.243.

⁸¹ Cfr. RUBIO LARA, Op.cit., pp. 246-247.

⁸² ABENDROTH, Wolfgang, “El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político” en ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernest; DOEHRING, Karl, “El Estado Social”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp.15-16.

aunque no tan directos, encuentra Ritter en la Constitución francesa de 1793, aprobada por la mayoría jacobina de la Convención.⁸³

Para este último autor, el origen de la expresión, y de la teoría que la sustenta, se encuentra en la obra de Lorenz von Stein quien ya en 1842, en Alemania, empezó a utilizar este concepto para desarrollar una teoría acerca de la reforma y la evolución del Estado.⁸⁴ Este pensador, al cual se considera, el primer teórico del “Estado social”⁸⁵ recurrió, primero, al término “democracia social” y luego, al de “Estado social” para postular la necesidad de una reforma social y del Estado que permitiera dar respuesta a los problemas sociales generados por la industrialización y la urbanización.⁸⁶

Stein recurre a la expresión “Estado social” para referirse a un tipo de Estado que haga uso de su poder para promover el progreso social y económico de todos sus miembros, puesto que en último término esta es la condición para lograr que sea real la igualdad jurídica absoluta que postula el Estado de

⁸³ *“En la Constitución de 1793, y debido a la presión de los jacobinos, se recogieron finalmente algunos derechos fundamentales sociales del individuo. Aquella establecía expresamente que la sociedad debe el sustento a sus ciudadanos infelices, “sea procurándoles trabajo, sea garantizándoles un mínimo de subsistencia a aquellos que no están en condiciones de trabajar”.*

Aun cuando este mandato constitucional se quedó en pura declaración programática y los ciudadanos necesitados no recibieron ningún derecho a la ayuda jurídicamente reclamable ante los tribunales, sin embargo estas ideas de los derechos del hombre de los jacobinos influyeron en el pensamiento de las asociaciones obreras alemanas en el extranjero y en el proletariado anterior a la Revolución alemana de 1848 a través, sobre todo, de un escrito aparecido en París en 1834 con el título de “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”. Estas ideas constituyeron uno de los puntos de partida de los debates sobre los derechos fundamentales sociales en Alemania.” (RITTER, Op. cit. pp. 63-64.)

⁸⁴ Cfr. RITTER, Op.cit., p. 91. Afirma éste autor que Stein ya había configurado los rasgos fundamentales de su teoría en 1842 “antes que Marx y sirviendo evidentemente de estímulo para éste.” (Ibidem) Apunta, también, tanto Marx como Stein fueron influidos por las ideas del socialista francés Charles Louis Blanc (Ibidem, nota 157).

⁸⁵ Cfr. RITTER, Op.cit., p.90.

⁸⁶ Al respecto, Ritter sostiene que : *“La respuesta a los nuevos problemas sociales asociados a la industrialización y a la urbanización y a los peligros para la sociedad, provenientes de nuevos movimientos sociales potencialmente revolucionarios, se buscó ante todo por dos caminos que, no obstante, estaban estrechamente entrelazados en la teoría política y en el trabajo práctico. En primer lugar, se continuó desarrollando la idea absolutista e una “buena policía” –en conexión con Hegel, Robert von Mohl y Lorenz von Stein- que fuera responsable del bienestar, de la felicidad y seguridad del sistema social hasta llegar a la formulación de un Estado de derecho social moderno. Este tenía que ponerse a sí mismo como cometido guiar el desarrollo social y fomentar el bienestar de los ciudadanos mediante una política y una administración social.” (RITTER, Op.cit., pp. 66-67.)*

Derecho. Para lograr este objetivo, Stein plantea la necesidad de una reforma económica para corregir los desequilibrios del orden liberal, la intervención del Estado en la economía, pero sin convertirse en propietario de los medios de producción ni sustituir la economía de mercado, pues ello pondría en peligro la libertad individual y, asimismo, la armonización de los intereses del capital y del trabajo.⁸⁷ La superación del conflicto entre el capital y el trabajo, habría de alcanzarse mediante una reforma social, la cual, sin caer en el socialismo, debería conducir a una “democracia social” en la que subsistiría la propiedad privada, pero el Estado se aliaría con la clase no propietaria para proteger sus intereses.⁸⁸

Otro elemento importante en el pensamiento de Stein es la significación que atribuye a las organizaciones sociales libremente surgidas en la sociedad, desechando así el acendrado individualismo del primer liberalismo, que llevó a este a rechazar toda forma de asociación voluntaria. Como lo destaca Ritter, de esta forma, Stein diferencia claramente su concepción del Estado social, tanto del Estado de bienestar y tutelar del absolutismo ilustrado cuanto del socialismo de Estado.⁸⁹

En los inicios del siglo XX, dentro del clima político e intelectual de la “República de Weimar”, propiciado por las novedosas y avanzadas disposiciones de la Constitución Alemana de 1919, es Hermann Heller, uno de los más importantes teóricos de la constitución en ese período, quien dará nuevo impulso y contenido a la idea del Estado Social, varios de cuyos elementos principales se encontraban en aquella constitución. Parte Heller, de la constatación de que la igualdad jurídico-formal, postulada en las constituciones liberales, había desembocado en la dominación de unas clases sobre otras y que la única manera de superar esta situación, consistía en lograr que la igualdad tuviera un contenido económico. Sostiene que la “democracia social”, no puede limitarse a la igualdad jurídica porque esta se encuentra condicionada por las posibilidades

⁸⁷ Cfr. RUBIO LARA, Op.cit., pp.352-353.

⁸⁸ Ibídem, p.351.

⁸⁹ Cfr. RITTER, Op.cit. ,pp. 93-94

económicas de las personas.⁹⁰ Afirma por ello: *“Mientras que para la democracia liberal el sujeto económico queda abstraído de toda organización, la democracia social, orientada hacia la realidad, concede la mayor importancia a la organización equitativa de las relaciones socio-económicas”*.⁹¹ Así, lo que determina el paso del Estado liberal de Derecho al “Estado económico y social” es la organización estatal de la economía.

El pensamiento de Heller representa una perspectiva diferente, por su cercanía al socialismo, en relación a las ideas de Stein, ya que pone el énfasis en la intervención del Estado en la economía llegando a sostener que el ideal de la justicia solo es realizable *“...si el Estado y otra corporaciones públicas disponen de un poder económico propio, cuando a la propiedad privada pueda contraponerse una propiedad, aunque no necesariamente del Estado, pública, socialista.”*⁹²

Sin embargo, para Heller, el Estado Social no persigue sustituir el orden existente, sino dotarlo de un contenido material superando la concepción jurídico-formal, propia del Estado liberal de Derecho. Con ello, pretende, más bien salvar al Estado de Derecho, e incluso, a la burguesía:

*“...el futuro de la cultura occidental no está amenazado por la ley y por la extensión de ésta a la economía, sino justamente por la anarquía y por la forma de manifestarse de esta en la política: la dictadura, así como el frenesí anárquico de esta producción capitalismo que padecemos.”*⁹³

Sin embargo, la expresión “Estado social”, que Stein y Heller acuñan y desarrollan conceptualmente en Alemania, no es la única que actualmente se

⁹⁰ Cfr. RUBIO LARA, Op.cit., p.354.

⁹¹ HELLER, Hermann, citado por RUBIO LARA, Op.cit., p.354.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, p.355. Concluyendo sobre el pensamiento de Heller, Rubio Lara afirma lo siguiente: *“Desde estas perspectivas teóricas, el Estado social se presenta como un tipo de Estado que no pretende sustituir totalmente el orden existente, sino preservarlo de los embates fascistas y modificarlo, dotándolo de un contenido material frente a la aplicación jurídico-formal que se había realizado del Estado de Derecho. Esta es la única forma, a juicio de HELLER, de preservar el Estado de Derecho. Además, el Estado social se impone como una necesidad que beneficia a la burguesía.” (Ibidem.)*

emplea para referirse a la nueva realidad del Estado, principalmente en Europa, caracterizada por la asunción por el Estado de objetivos y responsabilidades sociales que, con frecuencia, suponen algún grado de intervención en la economía. Por el contrario, se ha generalizado, para aludir a este fenómeno, la noción de “Estado de Bienestar” (Welfare State), la cual, según Ritter, fue utilizada en Alemania, en 1879 por el “socialista de cátedra” Adolph Wagner.⁹⁴

Ritter cita al científico social alemán Franz-Xaver Kaufmann, quien considera razonable, *“ante la perspectiva comparatista internacional dominante hoy en día”, que se haya impuesto el concepto de Estado de bienestar y no el de Estado social. “Estado social es, según esta terminología, la variante alemana de los programas de Estado de bienestar”.*⁹⁵ En principio parece tratarse de una cuestión de terminología y no de dos concepciones diferentes pues según el mismo Kaufmann, citado por Ritter, *“Llevado a su concepto mínimo” el Estado de bienestar es un tipo de Estado “que asume explícitamente la responsabilidad de garantizar condiciones de vida dignas del hombre para todos sus miembros”. El Estado de bienestar, dice, aparece hoy*

*“como una forma determinada de organización social caracterizada por la unión de una forma democrática de Estado y de una economía de capitalismo privado con un sector social amplio, regulado por el Estado, a cuyas prestaciones todos tienen un derecho garantizado por el Estado según criterios de necesidades definidos jurídicamente. Formulado de esta manera, el Estado de bienestar aparece como una forma determinada de sociedad organizada políticamente: esa forma de sociedad descansa en el principio fundamental de que todos tienen posibilidades de participación – garantizadas estatalmente- en todos los sectores considerados relevantes desde un punto de vista de política social: familia, educación, trabajo, sanidad, seguridad social, cultura, por nombrar sólo los más importantes.”*⁹⁶

Ritter, por su parte, defiende la conveniencia de utilizar la expresión “Estado social” la cual, a su juicio, es menos problemática que la de “Estado de

⁹⁴ Cfr. RITTER, Op. cit., p.19.

⁹⁵ Ibídem, p.34.

⁹⁶ Ibídem.

bienestar”, ya que considera que aquella *“Evita las resonancias al bienestar paternalista de los Estados absolutistas que limitaban las libertades civiles (bürgerlich) (...)”*⁹⁷ También considera que evita los malentendidos que en Estados Unidos a partir de la distinción que se hace en ese país entre “Welfare” y “Social Security”, donde la primera alude a la ayuda a los necesitados “como una necesidad no deseada” y la segunda *“es el seguro social que descansa en sus propias cuotas, juzgado positivamente por la mayoría.”*⁹⁸

Pero es García-Pelayo quien aportará argumentos de mayor calado a favor de la expresión “Estado social”, señalando que

*“(...) la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el Welfare State se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo -puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar-, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.”*⁹⁹

De esta forma, bajo la denominación “Estado Social”, según García-Pelayo, se engloban todas las transformaciones experimentadas por el Estado liberal, que comprenden no sólo la realización de fines sociales específicamente orientados al bienestar material de la población, sino aquellas otras que, posiblemente derivadas de la necesidad de realizar tales fines, inciden sobre la estructura misma del Estado y sus funciones tradicionales, asignándole un rol como administrador y gestor, lo cual que ha modificado su forma clásica de acción y su relación con la sociedad.

En este sentido, la asignación al Estado de un rol en la vida económica y social, implica reconocerle un elenco de nuevas funciones y, con ello, de mecanismos

⁹⁷ Ibídem, p.30.

⁹⁸ Ibídem.

⁹⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”. Alianza Editorial, Madrid, 1980, p.14.

y posibilidades de acción que le permitan realizarlas eficazmente. Ello significa que no sólo en el campo económico-social, sino también en el plano político e institucional, el Estado social se estructura de un modo distinto al Estado liberal, diferencia que para García Pelayo consiste en el paso del Estado “legislativo” al Estado “administrativo” o, más exactamente aún, “manager”¹⁰⁰. No abordaremos en esta ocasión, por comprensibles limitaciones de espacio, este trascendental tema, pero queremos dejar anotado que, en todo caso, la noción de Estado social no se agota en la idea de un estado que reconoce “derechos sociales” y asume un rol activo en la vida económica y social, sino que también comprende modificaciones en sus propias funciones políticas y organización institucional.¹⁰¹

1.2.2.2. Estado Social y Estado Liberal.

Para aproximarse a la idea del “Estado social” quizás el método más sencillo consista en comparar el rol de éste en su relación con la sociedad y la economía con el que le atribuyó la concepción clásica al “Estado liberal”.

En esta concepción, el Estado se encontraba rígidamente limitado en cuanto al ejercicio de sus competencias, con el objeto de salvaguardar la libertad individual, siempre en situación de peligro cuando tales límites no existen. Recuerda Ritter que Kant había rechazado que el fomento de la felicidad fuera un fin del Estado pues este era *“la reunión de una cantidad de hombres bajo leyes de Derecho.”*¹⁰² A su vez, Wilhelm von Humboldt consideraba que el Estado debía restringirse a garantizar la seguridad exterior e interior y calificaba como *“el peor y más oprimiente despotismo”* el *“principio de que el Gobierno tenga que velar por la felicidad y el bienestar –físico y moral- de la nación.”*¹⁰³

¹⁰⁰ García-Pelayo, Op.cit. p. 36.

¹⁰¹ Cfr., en especial, García-Pelayo, Op.cit. y Duverger, “Las dos caras...” Op.cit.

¹⁰² RITTER, Op.cit., p.62.

¹⁰³ *Ibidem*. Según relata Ritter, estas afirmaciones fueron expresadas en una carta dirigida en Agosto de 1791 a Gentz. (***Ibidem***). Este mismo autor sostiene que *“Como justificación ideológica del no intervencionismo estatal funcionaba la idea, muy extendida, de que una asistencia social pública contradecía los principios del laissez faire y de la libre competencia*

Según esta concepción, el liberalismo es, en opinión de Bobbio, partidario del “Estado mínimo” : *“Como teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy, del Estado mínimo (es decir, reducido al mínimo indispensable).”*¹⁰⁴

Este “Estado mínimo” se autoconfina al ejercicio de aquellas competencias indispensables para que la sociedad se desenvuelva en condiciones de seguridad, interior y exterior, se respeten las leyes y se administre justicia, sin interferir en los procesos naturales de la sociedad, especialmente, en el económico. La intervención del Estado en esos ámbitos sólo podía admitirse a título de excepción y en forma transitoria para eliminar algún bloqueo que dificultase el funcionamiento *“del orden autorregulado de la sociedad.”*¹⁰⁵ De allí que a esta forma de Estado se le haya calificado como Estado “gendarme”, en referencia a:

*“La idea de que la única tarea del Estado sea la de impedir que los individuos se hagan daño mutuamente, idea que será llevada a sus consecuencias extremas y rigidez por el liberalismo exacerbado de Herbert Spencer, deriva de una reducción arbitraria de todo el Derecho público a Derecho penal (de donde viene la imagen del Estado guardián nocturno o gendarme).”*¹⁰⁶

El Estado Liberal se construye sobre la base de la rígida separación entre Estado y sociedad civil, entendiéndose por ésta los ámbitos relativos a la religión, y en general, la vida intelectual y moral de los individuos, y a las relaciones económicas, los cuales estaban preservados de toda ingerencia estatal por el aparato jurídico representado por los derechos y libertades de la persona y por la limitación de las competencias estatales establecida en las constituciones y leyes. En relación al antiguo régimen, el Estado Liberal representó, lo dice

en el mercado de trabajo, eliminaba el estímulo para el trabajo y la voluntad de autoayuda y, consiguientemente, aumentaría las dimensiones de la pobreza.” (Ibídem, p.70).

¹⁰⁴ BOBBIO, Op.cit., p.89.

¹⁰⁵ Cfr. GARCÍA-PELAYO, Op.cit., p.22.

¹⁰⁶ BOBBIO, Op.cit. pp.87-88.

Bobbio, la emancipación del poder político del poder religioso, dando paso al Estado laico y, por otro lado, la emancipación del poder económico del poder político, generando el “Estado de libre mercado.”¹⁰⁷ Sin embargo, este proceso es ambiguo y no todo será un proceso de emancipación, ya que surgirán nuevas formas de dominación: *“Mediante el primer proceso de emancipación, el Estado deja de ser el brazo secular de la Iglesia, por medio del segundo, se vuelve el brazo secular de la burguesía mercantil y empresarial.”*¹⁰⁸

En efecto, el Estado liberal al apoyar el desarrollo del libre mercado y renunciar a cualquier intervención en la economía, para corregir los defectos o abusos que aquel pudiera generar, creó y mantuvo las condiciones para que la burguesía impusiera su dominación económica a toda la sociedad, engendrando, con ello, situaciones de injusticia y miseria para grandes sectores de la población, lo que configuró la grave “cuestión social” del siglo XIX, frente a la cual aparece del “Estado social” como una de las respuestas posibles para superar ese orden de cosas.

La idea de que los problemas sociales deberían resolverse por sí mismos y que, en todo caso, era preferible pagar el precio de la subsistencia de condiciones sociales injustas para garantizar la libertad, es incompatible con la noción de Estado Social pues éste, como lo anota Benda *“(…) está obligado y dispone de justificación para configurar el orden social.”*¹⁰⁹

Esta noción, la de configuración del orden social, es clave para entender que es el Estado social, porque ella conduce a la redefinición de los fines y funciones del Estado. Por ello, el mismo Benda sostiene que

“(…) la cláusula de Estado social ha de ser interpretada como una norma definidora de fines del Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona. Además, hay que

¹⁰⁷ Ibídem, p.90.

¹⁰⁸ Ibídem.

¹⁰⁹ BENDA, Ernesto, “El Estado social de Derecho”, en Ernesto BENDA et al. Manual de Derecho Constitucional. Segunda Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid y Barcelona, 2001, p.528.

*perseguir unas relaciones sociales justas y que definir cada día la relación entre individuos y grupos sociales e intereses de la generalidad, sin que la norma constitucional ofrezca una definición material rígida.”*¹¹⁰

De esta manera, la cláusula de “Estado social” tiene como efecto directo incorporar a los fines del Estado el deber de procurar a cada persona su “mínimo existencial” y construir unas relaciones sociales justas. Sin embargo, esta cláusula constitucional no define en que consiste dicho “mínimo existencial” ni, tampoco, que son unas “relaciones sociales justas”, dejando al legislador y al gobierno otorgarles un contenido material. Por ello, esta cláusula ha sido caracterizada

*“(…) como prototipo de categoría jurídica orientada al futuro, es decir, como norma constitucional capaz de ser interpretada según las cambiantes circunstancias sin perder la referencia al fin último. Tanta justicia social como sea posible es el objetivo. Pero qué deba entenderse por social puede ser diferentemente estimado al paso del tiempo; no se deja fijar materialmente de una vez por todas.”*¹¹¹

García Pelayo considera que el Estado social, a diferencia del Estado liberal, parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Sostiene, por ello, que el Estado *“(…) no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino que, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social.”*¹¹² Ello conduce, a juicio del profesor español a transformar la política social sectorial

¹¹⁰ *Ibíd*em, p.533.

¹¹¹ *Ibíd*em.

¹¹² GARCÍA PELAYO, Op.cit. pp.22-23. Explica este mismo concepto desde otra perspectiva: *“O, dicho en términos de la teoría de sistemas, había de disponerse a controlar su ambiente socioeconómico a fin de que no le enviara insumos negativos incapaces de ser absorbidos por el sistema estatal. Así, pues, interés radical del Estado, más aún, interés existencial era proceder a la estructuración de la sociedad.” (Ibíd*em, p.24).

(Sozialpolitik) en política social generalizada (Gesellschaftspolitick);”¹¹³ es decir a impregnar el conjunto de la política estatal de los fines sociales que el Estado social incorpora como propios.

En el mismo sentido, Benda precisa que *“La decisión constitucional a favor del Estado social de Derecho subraya la responsabilidad, tarea y competencia del Estado para la configuración social. El Estado ha recibido un mandato para hacer política social, y lo ejerce con profusión.”*¹¹⁴

Este mandato conlleva el deber de defender los intereses generales frente a los intereses de grupo *“La idea fundamental de la cláusula del Estado social apunta a que el bien común no resulta automáticamente de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos, sino que requiere que el Estado con su autoridad arbitre una compensación de intereses.”*¹¹⁵

Para alcanzar el “bien común” y proteger los intereses generales, el Estado social asume diversas funciones, que Garrorena, resume en las siguientes: *función asistencial*, que convierte al Estado en gestor de toda clase de prestaciones, servicios y asistencias destinadas a asegurar las condiciones fundamentales de la existencia humana, superando la noción de beneficencia de la etapa liberal; *función de intervención y tutela de la economía*, que convierte al Estado en planificador, regulador y aún “empresario” dentro del proceso económico; y, finalmente, *función de remodelación social*, que, a su juicio, aún siendo posible que se realice mediante las dos funciones anteriores, es probable que las rebase.

116

¹¹³ *Ibíd*em, pp.18-19. Esto, a su juicio *“(…) no constituye tanto una reacción ante los acontecimientos, cuanto una acción que pretende controlarlos mediante una programación integrada y sistemática.” (Ibíd*em).

¹¹⁴ BENDA, *Op.cit.*, p.539.

¹¹⁵ *Ibíd*em, p.540.

¹¹⁶ Cfr. GARRORENA. *Op.cit.*, pp.83-85.

Como consecuencia de la asunción de estas funciones, el Estado social asume, igualmente, una serie de cometidos en diversos ámbitos de la vida social y económica, que Ritter enumera:

*“A los cometidos del Estado social no sólo pertenece la protección de la seguridad social del individuo sobre la base de medidas que garanticen una renta o pensión en la vejez, en la invalidez, en la enfermedad, en los accidentes y en el desempleo, y mediante ayudas para las familias numerosas, mediante construcción de viviendas sociales y previsión sanitaria. Elementos característicos del Estado social son también los esfuerzos por equilibrar los diferentes puntos de partida de los individuos mediante el sistema de enseñanza estatal y la redistribución de la renta a través del sistema fiscal. Es asimismo propio del Estado social la regulación del mercado de trabajo y de las condiciones de trabajo mediante medidas de protección a los obreros. El concepto de Estado social destaca la significación de las organizaciones de autoayuda de los participantes en el proceso económico, al garantizar, entre otras cosas, el derecho de sindicación y de huelga. Que el Estado tenga además derecho a participar en la negociación o tenga una función de arbitraje en las negociaciones entre empresarios y trabajadores o que establezca al menos el marco de los convenios colectivos o de la lucha laboral mediante la legislación y la jurisprudencia o que deje todo esto a la autonomía de las partes del proceso económico, es algo que ha sido regulado de distinta manera en los distintos Estados sociales. Esto mismo vale para la cogestión en la empresa o en un nivel supraempresarial, que debe fortalecer a los trabajadores frente a los empresarios, pero que también se ve como un medio para aminorar la oposición entre las clases, para fomentar la cooperación social entre empresarios y trabajadores, así como para completar la democracia política con una económica.”*¹¹⁷

La amplitud y complejidad de estas tareas, así como el costo de las prestaciones que el Estado debe otorgar, implican también, un cambio en la noción de justicia que debe presidir las relaciones entre las personas y entre éstas y el Estado. Así, mientras el Estado liberal se basa en la justicia conmutativa, siendo su única función al respecto la de vigilar que aquella fuera respetada en las relaciones entre los sujetos privados, el Estado social está sustentado en la justicia distributiva, que le impone el deber de adoptar medidas para la redistribución de la renta, con el objetivo de lograr la igualdad material. Por ello, García Cotarelo,

¹¹⁷ RITTER, Op.cit., pp. 32-33.

considera que el Estado social es “(...) *una forma de Estado con objetivos de redistribución e igualdad.*” ¹¹⁸

Como efecto necesario de esta transformación de los fines y funciones del Estado, se produce, asimismo, una radical modificación de las relaciones Estado-sociedad. La clásica y rígida separación entre Estado y sociedad, concebidos como dos realidades paralelas y separadas, cuya relación debía caracterizarse por la no interferencia del primero en el desarrollo de la segunda, como garantía esencial de su autonomía de esta y de la libertad de sus miembros, cede el paso a una nueva forma de relación caracterizada por la existencia de múltiples y permanentes formas de interacción entre ambas realidades.

Para García-Pelayo este nuevo planteamiento, apreciado desde la perspectiva de la teoría de los sistemas supone que “(...) *el sistema estatal y el sistema social, sin perjuicio de su respectiva autonomía, son partes de un metasisistema, es decir, hay que considerarlos desde la perspectiva de un sistema más amplio en el que cada uno de los términos sirve a finalidades complementarias y posee cualidades y principios estructurales igualmente complementarios.*” ¹¹⁹

De esta manera, el rol de “configurador del orden social” que corresponde al Estado social supondrá traspasar las clásicas – y amuralladas – fronteras de la sociedad civil para intervenir en aquellos aspectos de la vida económica y social que resultan determinantes de las condiciones de existencia de la población, remodelando dicho ordenamiento, para establecer una calidad de vida compatible con la dignidad humana y lograr la igualdad real. Pero, de otro lado,

¹¹⁸ Citado por RUBIO LARA, Op.cit., p.376. En relación a este tema, la referida autora anota “*Así, el Estado social parece encarnar los postulados de ciertas corrientes socialistas que vinculaban la justicia social al sistema distributivo y no tanto al sistema productivo como lo hiciera la corriente marxiana.*” (Ibidem).

¹¹⁹ GARCÍA PELAYO, Op.cit., p.25. Por su parte, Garrorena considera que una de las grandes diferencias del Estado social con el Estado liberal reside en que aquel “(...) *es un Estado que tiene en su base una concepción distinta de las relaciones Estado-sociedad, una concepción superadora de la vieja ficción liberal en torno a la perfecta y conveniente autonomía de ambos órdenes y partidaria de una visión más realista conforme a la cual la característica fundamental de esas relaciones es la interacción constante y profunda ente dichos niveles.*” (GARRORENA, Op.cit., p.87).

la libertad – a la que se pretendía garantizar mediante la autonomía de la sociedad civil-, quedará salvaguardada por la participación que se reconoce a la sociedad civil en la formación de los órganos y la voluntad del Estado, a través de variadas y múltiples formas de acceso al proceso político.¹²⁰

1.2.2.3. Estado Social y Estado de Derecho.

Las constituciones que proclaman el “Estado social” unen esta definición a la de “Estado de derecho”, siendo frecuente el uso de la expresión “Estado social de derecho”, como se aprecia en las constituciones de la R.F.A, España, Colombia y Ecuador, entre otras.

Sin embargo, desde cierta perspectiva teórica, se ha objetado esta identidad, sosteniendo que los conceptos de “Estado social” y “Estado de derecho” no son compatibles y, más aún, resultan antitéticos.

Representativo de esta posición es Forsthoff, quien, en Alemania, impugnó la definición contenida en la Ley Fundamental de 1949, por considerar que la implantación del Estado social, tendría por efecto convertir a las personas en dependientes de los servicios y prestaciones que les brinda por lo que llegaría a tener sobre estas un poder de dominación incontrastable que ahogaría su libertad. Al respecto, sostiene:

“Si ponemos en contraste este Estado de prestaciones y de redistribución con fines de asistencia social obligatoria con el Estado en tanto que poder organizado, aparece un aspecto preocupante: ¿Qué ocurrirá cuando el Estado instrumente la dependencia que con él tiene el individuo como un camino de servidumbre?. El resultado sería un incremento del poder de dominación hasta un tal grado que se haría insoportable. El disfrute de las

¹²⁰ GARCÍA-PELAYO afirma el carácter democrático del Estado social: “ (...) si por Estado social hemos de entender no sólo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado, es decir, como un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como beneficiaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales.” (Op.cit.,p.48)

*prestaciones estatales dependería de un comportamiento político adecuado, condición a la que solamente unos pocos podrían sustraerse sin ver por ello amenazada su existencia vital; prácticamente, pues, nadie.”*¹²¹

Para Fortshoff, el Estado de Derecho y el Estado Social difieren en cuanto a su intencionalidad: el primero busca garantizar la libertad a través de la limitación del poder del Estado mientras que el segundo se estructura en base al principio de participación que supone el otorgamiento de prestaciones, la distribución y la ayuda a las personas. A su vez, el primero mantiene la situación social que tiene cada individuo, pues no interviene para modificarla en tanto que el segundo no abandona al individuo sino que acude en su auxilio para corregir esa situación. De ello deduce que

*“El Estado de Derecho y el Estado Social son, por lo tanto, en el sentido intencional completamente diversos por no decir antagónicos. El Estado de derecho tiene sus propias instituciones, formas y conceptos referidos a la libertad. El estado social, consecuente en su realización práctica, establece también sus propias instituciones, formas y nociones que han de estar configuradas de modo sustancialmente distinto.”*¹²²

Para este autor el término “social” puede ser entendido en dos sentidos: uno, primero, que considera no polémico y que alude a la realidad social existente *“(...) y significar, así instituciones, conceptos y normas jurídicas que la evolución social ha llevado a un mejor repartimiento de bienes y constituyen hoy parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.”*¹²³ En este sentido, la antinomia con el Estado de Derecho desaparece puesto que la noción de “Estado social” queda subsumida dentro de la de “Estado de Derecho, con lo cual aquella carecería de un significado nuevo o distinto, toda vez que como el mismo Fortshoff lo admite la Constitución del Estado de Derecho es una constitución de garantías *“(...) y puesto que sólo se puede garantizar lo que ya existe y no un*

¹²¹ FORSTHOFF, Ernest. “Problemas Constitucionales del Estado Social” en ABENDROTH, Wolfgang et al. “El Estado Social”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pp.50-51.

¹²² FORSTHOFF, Ernest. “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho” en ABENDROTH, Wolfgang et al. “El Estado Social”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p.86.

¹²³ *Ibíd.*, p.95.

mero plan o programa, dicha constitución se vincula en gran medida al statu quo social.” ¹²⁴ En cambio, en un segundo sentido, que es polémico, *“Si a lo social se le entiende en la forma de un Estado Social de Derecho dirigido contra la repartición existente de bienes entran entonces en relación antinómica dos conceptos intencionalmente distintos.”* ¹²⁵

La posición de Fortshoff, es discutida por Doehring para quien la antinomia Estado de Derecho-Estado social no existe si se tiene en cuenta que ambos tienen como fin la libertad del ciudadano y que la función específica del Estado social *“(…) está en colocar al individuo en disposición para que ejercite su libertad.”* ¹²⁶ Para Doehring, la imputación según la cual el Estado social supone la limitación de la libertad no es válida porque considera que los límites a los derechos individuales no son un obstáculo para éstos sino que, por el contrario, los constituyen y robustecen. Dicha limitación se sustenta en una exigencia del Estado libre, social, de Derecho de modo que *“no se da ninguna contraposición entre libertad y límite a la misma como se hace tantas veces. Puesto que la libertad sin límite se destruye a sí misma, la limitación a la libertad es un elemento integrante de esa misma libertad.”* ¹²⁷ Más aún, sostiene que no puede entenderse que el concepto de libertad se encuentre limitado por los intereses comunitarios *“sino que es precisamente el respeto a esos intereses comunitarios, el que permite establecer la libertad individual, fin primario y esencial de la Constitución, y que por eso mismo es parte esencial de dicha libertad.”* ¹²⁸

En el pensamiento de Doehring, la libertad individual sólo puede realizarse en armonía con los intereses generales y es en esa armonía donde encuentra su fortaleza y la garantía que la Constitución le otorga. Por ello, su limitación la hace

¹²⁴ *Ibídem*, p.85.

¹²⁵ *Ibídem*, p.95. Para este autor, el término estado social *“Desde su aparición en el ámbito político; esto es, desde mediados del siglo pasado, el término tiene un matiz polémico, dirigido contra el statu quo social y político” (Ibídem).*

¹²⁶ DOEHRING, Karl. “Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático” en ABENDROTH, Wolfgang, et al. “El Estado Social”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p.128.

¹²⁷ *Ibídem*, p.141.

¹²⁸ *Ibídem*, p.147.

posible y realizable, no la impide ni destruye *“La inesquivable decisión a favor de la libertad es también una decisión a favor de la limitación y es éste precisamente el sentido que tiene la denominada cláusula social (art. 20 de la L.F.)”*¹²⁹

Más aún, afirma, que, incluso la noción de “Estado social” podría resultar innecesaria para aludir a la exigencia de que el Estado procure una existencia humana digna a sus miembros y los ayude a liberarse de situaciones de necesidad, pues ésta *“(…) se deduce con normalidad del propio concepto de la pertenencia del individuo a su Estado, del principio no escrito, pero tampoco negado por nadie, de la relación de lealtad y protección del Estado con sus ciudadanos.”*¹³⁰ Por esa razón, concluye, que los principios del Estado de Derecho y del Estado social pueden realizarse por igual, pues inclusive prescindiendo de la expresa referencia del artículo 20º de la Ley Fundamental al Estado social, este se encuentra sustancialmente recogido en la garantía del “libre desarrollo de la personalidad”, contenida en el artículo 2.1 de dicha constitución.¹³¹

Similar interpretación tienen otros autores alemanes como Haberle y Benda. El primero de éstos sostiene que entre los derechos fundamentales y el principio del Estado social existe una relación de condicionamiento que se plantea de la siguiente forma *“(…) si el individuo, por motivos de carácter material, no estuviese en grado de ejercitar efectivamente su propia libertad, entonces ésta sería sólo un valor formal; quedaría en el papel. La Constitución, en cambio, quiere tutelar la libertad real.”*¹³²

Benda, por otro lado, destaca que las estructuras de la sociedad industrial de masas, los efectos de la técnica y las dimensiones y “opacidad” de las instituciones que influyen en la vida de las personas, representan límites fácticos

¹²⁹ Ibídem, p.150.

¹³⁰ Ibídem, p.159.

¹³¹ Ibídem, pp.160-161.

¹³² HABERLE, Peter. “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p.68.

al libre despliegue de su personalidad, que está garantizado constitucionalmente. Considera que, por ello, es forzoso que el Estado social limite la libertad, para compensar adecuadamente los intereses, individuales o de grupo, que se encuentran en conflicto. Esta compensación *“nunca puede significar libertad absoluta, sino tan sólo la garantía justa de un espacio suficiente de libertad para cada cual. De ahí que sea comprensible que, a juicio de los afectados, el Estado social comporte también una reducción de libertad.”*¹³³

La limitación de la libertad tiene por objeto garantizar la eficacia de los derechos fundamentales para todos: *“Dado que los derechos fundamentales deben existir no sólo en beneficio de los poderosos sino de todos, el Estado deberá contribuir a dotar las condiciones materiales para su ejercicio”.*¹³⁴ Este concepto alude a una de las características esenciales del Estado social que consiste en el deber de promover la eficacia de los derechos fundamentales, superando la mera vigencia formal que tenían para gran parte de la población bajo el Estado liberal. En ese sentido, tiene plena razón Bobbio cuando afirma que *“(...) el paso del Estado liberal al Estado social está marcado por el paso de un Derecho con funciones principalmente protectorio-represivas a un Derecho cada vez más promocional.”*¹³⁵

Es oportuno señalar, finalmente, que el temor a que el Estado social convierta a los ciudadanos en personas dependientes de sí mismo, a través de las prestaciones y servicios que les presta, ahogando, de esta forma, su libertad e iniciativa, parece una exageración desprovista de fundamentos objetivos. Como lo recuerda Benda, el Estado social no es un Estado providencia, que libera a

¹³³ BENDA, Op.cit., pp.544-545. De no existir esta limitación, afirma Benda, *“Una libertad ilimitada conduciría en la moderna Sociedad de clases a la hegemonía de los económica y socialmente más fuertes sobre los débiles. Toda regulación que sirva a la compensación de poder comporta simultáneamente disminución de libertad para unos y ampliación de la misma para otros. Esta regulación de intereses antagónicos es la tarea esencial del Estado social.”* (Ibídem, p.545.).

¹³⁴ Ibídem. Agrega Benda: *“La protección de la propiedad, de la vivienda, del acceso a una formación profesional y de muchos otros bienes no está sólo garantizada a quienes pueden disponer realmente de tales bienes. A partir de ahí hemos de preguntarnos si y hasta qué extremo está obligado el Estado a ofrecer al individuo acceso a los bienes jurídicos fundamentalmente protegidos.”* (Ibídem).

¹³⁵ BOBBIO, Op.cit., p.88.

sus integrantes de toda responsabilidad en la construcción de su futuro y su bienestar, actuado como tutor de éstos y quitándoles capacidad de decisión.¹³⁶ El Estado social persigue establecer, para todos sus miembros, la igualdad de oportunidades, no de resultados, siendo responsabilidad de cada persona obtener los mejores resultados posibles en base a su esfuerzo e iniciativa, dentro de un ordenamiento social justo, exento de irracionalidades y privilegios. Por otro lado, las prestaciones estatales deben dirigirse a quienes realmente las necesitan y no a todos en nombre de una pretendida igualdad absoluta.¹³⁷

Considera, asimismo, que el Estado social representa una línea intermedia entre el individualismo y el colectivismo, que se basa y respeta, como supremo valor, la dignidad del hombre. Por ello, no es compatible con la idea del Estado social *“un Estado de servicios de bienestar y previsión absolutos que libere al individuo de las decisiones más importantes y que para cubrir las costas de aquéllos le requiera una parte desproporcionada de sus ingresos. Pero no menos vedado está el retorno a un modelo liberal de economía ajeno a cualquier compensación social.”*¹³⁸

Desde perspectiva similar, Doehring afirma la vinculación del Estado social a la libertad sosteniendo que *“El desarrollo de la persona en libertad es la base del Estado social de la Ley Fundamental.”*¹³⁹

1.2.2. Elementos que configuran el Estado social

¹³⁶ Cfr. BENDA, Op.cit., p.552.

¹³⁷ Ibídem, p.548. Expresa este autor lo siguiente: *“El Estado social no está, como el Estado de Derecho, orientado a la libertad, sino más bien a la igualdad. Pero ambos se unen en el Estado social de Derecho. No le es indiferente la libertad, y ésta deberá ser tomada en cuenta a la hora de compensar intereses. Pero la misma libertad supone que habrá que apoyar directamente a los más débiles para lograr la igualdad de oportunidades. Ahora bien, igualdad de oportunidades no debe ser confundido con igualdad a todo trance. Muy al contrario: el Estado social impone que no se distribuyan conforme a un esquema general y abstracto los limitados recursos públicos, sino que se concreten en aquellos más necesitados. Que quienes no tienen necesidad se aprovechen del Estado social es un atentado contra él.”* (Ibídem.)

¹³⁸ Ibídem, p. 538.

¹³⁹ DOEHRING, Op.cit., p.161.

Para poder arribar a una noción más o menos exacta del concepto del Estado Social, depurada de ingredientes que con frecuencia la acompañan pero que no son necesariamente esenciales a su conceptualización jurídico-política, es necesario hacer el esfuerzo de identificar y describir los elementos que aparecen como indispensables para configurarlo. Estos son, a nuestro juicio, 1) el pluralismo social e institucional, 2) la reformulación de los derechos fundamentales, y 3) el rol del estado en la vida económica y social.

1.1.2.1. El pluralismo social e institucional. El fin de la dialéctica individuo-Estado.

Una de las características más notables que presenta el Estado contemporáneo es haber establecido una nueva forma de relación con la sociedad civil. Ello obedece a que la sociedad civil se encuentra estructurada en un complejo tejido social, conformado por numerosas y variadas organizaciones e instituciones, creadas libre y voluntariamente por los individuos para la realización de fines comunes, que abarcan desde la defensa de derechos o intereses (económicos, profesionales, sociales, territoriales, etc.) hasta la práctica del deporte (clubes, centros de recreación) o el fomento de actividades culturales y artísticas.

El panorama de la sociedad contemporánea es el de una vasta red de organizaciones no estatales a través de las cuales el individuo procura alcanzar objetivos o proteger situaciones que no podría lograr con eficacia o tutelar adecuadamente, respectivamente, si actuara solitariamente. El fenómeno por el cual el individuo tiende a agruparse con otros individuos para actuar colectivamente en orden a la realización de fines comunes, es hoy un dato imprescindible para la comprensión cabal del rol del Estado en la sociedad.

Recordemos que el Estado Liberal, tributario de una filosofía rígidamente individualista, fue refractario a la conformación de organismos colectivos o asociativos, que no fueran “naturales” como la familia o la comunidad territorial, por considerarlos peligrosos para la libertad individual: *“Una ecuación queda*

planteada: liberalismo = individualismo. No quedaba más que suprimir todos los cuerpos intermedios entre el Estado y los individuos. Toda asociación atenta contra la libertad de sus miembros, así como contra la de terceros” ¹⁴⁰. La tristemente célebre Ley “Le Chapelier” (Supra, I.1, 1.2.), es un claro ejemplo de la aversión del Estado liberal ante el fenómeno asociativo. Es sintomático, en ese sentido, que la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no se ocupe, siquiera, del derecho de asociación, que es hoy norma imprescindible en cualquier catálogo de derechos.

En el Estado contemporáneo, *“El principio pluralista, en cuanto pluralismo institucional, (...) expresa, en polémica con la actitud propia al estado liberal, una posición favorable respecto de los grupos e instituciones sociales “formaciones sociales”), en cuyo ámbito el individuo “desarrolla su personalidad”*. ¹⁴¹

Lowenstein, por su parte, llega a concebir a los “grupos pluralistas” como mecanismos eficaces para el “control vertical” del poder estatal y sostiene que

“...la intercalación de los grupos pluralistas opera como una limitación impuesta a los detentadores del poder. Cuando el individuo aislado se une con otros en virtud de una comunidad de intereses, tiene entonces la posibilidad de ofrecer mayor resistencia a los detentadores del poder estatal que si tuviese que enfrentarse aisladamente: unido con otros, ejerce una influencia sobre las decisiones políticas que corresponde a la fuerza de su grupo” ¹⁴².

No solo la tolerancia sino, como lo precisa Pizzorusso, “la actitud favorable” hacia los grupos y formaciones sociales, es una de las notas típicas del Estado social. Por ello, la libertad de asociación, ausente de la Declaración de 1789, no falta hoy en el texto de las Constituciones así como en las Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Lo propio puede decirse de la Libertad Sindical y del derecho a la organización de partidos políticos, los que junto con

¹⁴⁰ JAVILLIER, Jean-Claude. “Derecho del Trabajo”. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982, p.92.

¹⁴¹ PIZZORUSSO. Op. cit., p.137.

¹⁴² LOWENSTEIN, Op.cit., p.423.

la libertad de asociación, representan la base jurídica para la libre formación de grupos sociales con fines gremiales, profesionales, económicos, políticos y cualquier otro que no sea contrario al interés y la seguridad general.

Más aún, *“Supuesto de la concepción del Estado Social del Derecho es el de la simbiosis Estado-Sociedad. La simbiosis significa un doble proceso en el cual el Estado interviene en la sociedad, coadyuvando a su configuración, como la sociedad interviene en el Estado, convirtiéndose los poderes de la sociedad en poderes inmediatamente políticos.”*¹⁴³ .

De esta forma, los grupos sociales no solo tienen garantizada la libertad de crearse, autoorganizarse y actuar, sino que influyen sobre las decisiones y políticas del Estado, actuando como grupos de presión que demandan satisfacción, atención y protección, según el caso, a sus intereses y que a través de esa conducta logran, en mayor o menor medida, modelar las políticas gubernamentales.

Como observa Bobbio,¹⁴⁴ en contraposición al ideal primigenio del liberalismo de una sociedad centrípeta, la sociedad moderna es centrífuga, porque actúan en ella muchos centros de poder en lugar de uno sólo, lo que ha llevado a los especialistas a referirse a la sociedad “policéntrica” o “poliárquica” y, también – con una connotación que Bobbio considera más fuerte pero no menos apropiada – “policrática”.

El paso desde una actitud limitante y prohibitiva del Estado hacia los grupos sociales hasta una posición favorable e, incluso, promotora de su formación y participación, se ha reflejado en algunas constituciones que, como la de Colombia establece que

¹⁴³ COMBELLAS, Ricardo. “Estado de Derecho, Crisis y Renovación”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 55.

¹⁴⁴ BOBBIO, Op.cit. p. 18.

“El estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación de las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan” (art. 103°).

Preceptos de alcance similar se encuentran en la Constitución de Venezuela (art. 70°) y, a pesar de su talante conservador, en el art. 1° de la Constitución chilena.

Inclusive, como lo han plasmado algunas Constituciones con cláusula de Estado Social, no es infrecuente que se busque dar participación institucional a tales grupos sociales en las propias estructuras del Estado, como es el caso de los Consejos Económicos-Sociales de las Constituciones Italiana, Francesa, Portuguesa y Española, y de los Consejos Nacionales de Desarrollo o de la Planeación previstos, respectivamente, por las Constituciones de Ecuador y Colombia, aunque dotados únicamente de carácter consultivo, para distinguirlos de los modelos corporativos de los regímenes totalitarios europeos. Es oportuno mencionar, asimismo, los instrumentos y mecanismos creados en diversos Estados para la “concertación social” entre el Gobierno, los empresarios y los trabajadores e, incluso otros grupos sociales, a fin de diseñar, con participación directa de los interesados, políticas económicas y sociales, como, por ejemplo, los mencionados en las Constituciones del Uruguay (art. 23°) y Nicaragua (art. 101°).

En suma, el Estado social lo es, entre otras razones, porque, a diferencia de su predecesor,- el Estado liberal-individualista-, se integra dinámicamente con la sociedad civil estimulando y garantizando la formación y actuando libre de los grupos sociales, a los cuales reconoce, además, el derecho a influir y participar de las decisiones estatales. Tal participación puede llegar a ser, inclusive, más trascendente en la configuración de un Estado social que la existencia de normas jurídicas que lo constituyan en dicha forma.

En este aspecto, no hay duda que la nota “social” del Estado se enlaza de modo armonioso y coherente con su carácter “democrático”, ampliando su sentido, al superar los estrechos y convencionales límites formales de la democracia liberal, basada en la –hoy superada- dicotomía individuo-Estado. Como lo destaca García-Pelayo¹⁴⁵, la participación de los grupos sociales en la formación de la voluntad general del Estado y en la formulación de las políticas distributivas y de prestaciones, posibilita distinguir el Estado social de otros modelos próximos como el “Estado de bienestar”, “asistencial” o el “estado providencia”, en los que también hay políticas redistributivas y prestaciones sociales, pero no aquella participación de los interesados.

1.2.2.2. La reformulación de los derechos fundamentales.

La noción del Estado Liberal es indesligable del enunciado y consagración constitucional de los “derechos del hombre y del ciudadano”, a partir del catálogo básico plasmado en la declaración francesa de 1789. Tales derechos, estructurados en torno al valor central de la libertad individual, sirvieron para demarcar, con gran nitidez, la frontera entre el Estado y la sociedad civil, entre el poder y la libertad. Con su rigor característico, Carl Schmitt hablará del reconocimiento, en el Estado liberal “(...) *del 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*”¹⁴⁶. Precisa Schmitt que “*Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente derechos del hombre individual libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado*”¹⁴⁷.

Se trata, por consiguiente de derechos-libertad, destinados a asegurar al individuo su esfera propia de acción y a limitar y controlar el ámbito de actuación

¹⁴⁵ GARCÍA-PELAYO, Op. Cit., pp. 46-50.

¹⁴⁶ SCHMITT, Carl. “Teoría de la Constitución”, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 170.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

del Estado, de modo tal que éste no afecte ni restrinja aquella. Bobbio sintetiza esta concepción con gran precisión: *“La característica de la doctrina liberal económico-política es una concepción negativa del Estado, reducido a simple instrumento de realización de los fines individuales, y en contraste una concepción positiva del no-Estado, entendido como la esfera de las relaciones en la que el individuo en relación con los otros individuos forma, desarrolla y perfecciona su propia personalidad”*¹⁴⁸.

El advenimiento –por decirlo así- del Estado social, se produce cuando el catálogo clásico de los derechos fundamentales es reformulado, proceso que se va a dar en un doble y simultáneo movimiento que consiste, de un lado, en su extensión y, del otro, en la relativización o limitación de algunos de los derechos que lo integran.¹⁴⁹

1.2.2.2.1. La extensión de los derechos fundamentales: los derechos sociales o de la segunda generación.

Bagaje imprescindible del Estado social es la positivación –y en numerosos casos la “constitucionalización”- de un conjunto de nuevos derechos de la persona humana, bautizados como “sociales” o de la “segunda generación”¹⁵⁰ por no estar 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.

¹⁴⁸ BOBBIO, Op. Cit, p. 90.

¹⁴⁹ Hay que precisar que incluso antes –aunque no necesariamente haya ocurrido con esa anticipación en todos los Estados- del surgimiento de los derechos sociales, el catálogo tradicional de derechos, tal como lo expresó la declaración francesa, experimentó, a partir de 1848, una sustancial extensión en el terreno de los derechos políticos democráticos al reconocerse el derecho de asociación, el de reunión y, sobre todo, el sufragio universal, que no figuraron en aquel histórico texto.

¹⁵⁰ Más recientemente se ha reconocido una nueva categoría: los derechos de la “tercera generación” o derechos de la “solidaridad”, que están vinculados a la satisfacción de aspiraciones colectivas indispensables para la existencia y desarrollo de la persona, tales como el derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la libre determinación de los pueblos, etc.

El objeto de protección de los nuevos derechos se encuentra, principalmente, en la dimensión socio-económica de la persona humana que si bien presupone, como substrato indispensable, el ejercicio de su libertad, no se realiza necesaria, ni mecánicamente, por el sólo disfrute de ésta y cuya insatisfacción puede llegar, en no pocas ocasiones, incluso, a dificultar o tornar ilusoria la libertad individual. Con razón afirma Biscaretti que “la concesión de la libertad y de la igualdad en el ámbito jurídico a las clases más humildes de la sociedad, después de las profundas reformas constitucionales de los primeros decenios del siglo XX, no habría conducido más que a limitados resultados positivos en la compleja vida del Estado, si no se hubiese conseguido igualmente garantizar la realización de los mencionados principios también en el ámbito económico-social” ¹⁵¹.

Histórica y normativamente, el núcleo de los derechos sociales lo conforman los relativos al trabajo, a tal punto que, con exactitud, se considera la “constitucionalización del derecho del trabajo” como la primera, y hasta hoy, la más relevante manifestación del Estado social de derecho. El valor que se tiende a reconocer al trabajo –y no sólo, ni principalmente, al capital- en el proceso productivo, la convicción generalizada de que el Estado debe proteger al trabajador para compensar la desigualdad real en que éste se haya ante el empresario y el rol cada vez más importante desempeñado por las organizaciones laborales en la sociedad democrática han sido, sin duda, las razones prevalecientes para que el derecho del trabajo y, junto con él, la seguridad social, se conviertan en ámbitos prioritarios de atención del Estado social. También han sido importantes, en algunos Estados como México, los derechos del campesino sobre la tierra. Y, vinculados a las condiciones de existencia de la persona y la familia, destacan los “derechos” a la salud, alimentación, vivienda, recreación y otros semejantes. Un núcleo significativo lo constituye, finalmente, los derechos a la educación y la cultura, concebidos como factor de progreso individual y social.

¹⁵¹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. “Derecho Constitucional”, Editorial Tecnos, 2da. Edición, Madrid, 1982, p. 673.

El catálogo concreto de esta generación de derechos puede ser, por cierto, más o menos amplio en cada Constitución y, asimismo, puede encontrarse totalmente incluido en ésta o figurar sólo en parte, dejando a la legislación la tarea de completarlo y desarrollarlo.

Este proceso, en términos generales, es coetáneo con la internacionalización y universalización de los derechos humanos, razón por la que han sido incluidos en los textos de los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por eso se ha afirmado con fundamento que la expresión derechos humanos “...incluye actualmente, de manera necesaria, los tradicionales derechos y libertades fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁵².

La importancia de este fenómeno es destacada por Gros Spiel quien sostiene que *“La universalización del problema de los derechos humanos, fenómeno característico de nuestra época, nunca vista hasta hoy con sus elementos actuales, ha ido unida a la internacionalización política y jurídica de la materia, ya que los derechos del hombre han dejado de ser un tema que atraía la atención de la humanidad sólo desde el punto de vista histórico, filosófico o doctrinario, para transformarse en una materia que política y jurídicamente interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto”*¹⁵³.

Los nuevos derechos humanos o “derechos sociales”, figuran, junto a los derechos y libertades clásicos, -civiles y políticos- en las más importantes Declaraciones y Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, como expresión, según lo anota Gros¹⁵⁴, del hecho de que el Derecho Internacional, tanto en el ámbito universal como en el regional –o continental- reconoce y afirma el carácter “omnicomprensivo” de los derechos humanos. Baste señalar, como prueba de ello, que en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas se ha aprobado un tratado que regula específicamente esta

¹⁵² GROS SPIELL, Héctor. “Estudios sobre Derechos Humanos”. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, p. 10.

¹⁵³ *Ibidem.*, p. 18.

¹⁵⁴ GROS SPIEL, *op. cit.*, p. 11.

nueva generación de los “derechos humanos” : el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¹⁵⁵, cuyo Preámbulo resume la filosofía que subyace al enunciado de estos derechos: “...no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

1.2.2.2. La relativización de algunos derechos fundamentales.

Como lo dijimos antes, el fenómeno del Estado Social, en el plano de los derechos de la persona humana, implica no sólo su extensión para abarcar aspectos del desarrollo de ésta no considerados en las declaraciones de derechos y libertades de la primera generación, sino, de igual manera, la relativización o limitación de algunos de aquellos derechos considerados tradicionales o clásicos, principalmente los relativos a las libertades económicas.

El ejemplo más socorrido, pero al mismo tiempo más ilustrativo, es el relativo al derecho de propiedad. Proclamado como un derecho “inviolable y sagrado” en el art. 17º de la Declaración francesa de 1789, la Constitución de Weimar prescribió en su art. 153º, párrafo final, que “*La propiedad obliga. El uso debe estar igualmente en el interés general*”. Dos años antes, en tierras americanas, la Constitución de Querétaro, en su conocido art. 27º había establecido que “*La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos materiales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación*”. La reforma agraria mexicana, ejecutada al amparo de la Constitución de 1917 es, sin duda, una de las concretas manifestaciones de las

¹⁵⁵ Ratificado por el Perú por Decreto-Ley N° 18969 del 28 de Marzo de 1978 y en vigor desde el 28 de julio del mismo año.

limitaciones al derecho de propiedad de la tierra que trajo consigo el Estado social.

La Constitución de Weimar también reconoció la libertad económica del individuo, pero dentro de los límites previstos por su art. 151º el cual dispuso que la vida económica debía ser conforme a los principios de la justicia y tendiente a asegurar a todos una existencia digna del hombre. Las libertades de comercio, de industria y de contratación fueron, igualmente, garantizadas pero de conformidad con las leyes del Reich, lo que significaba que éstas podían imponerles límites.

La Ley Fundamental de la ahora reunificada República Federal de Alemania reproduce en su art. 14º, num. 2) la fórmula de la Constitución de 1919 sobre la propiedad pero no incluye normas específicas sobre las libertades de comercio e industria y de contratación. En las constituciones española (art. 33.2) e italiana (art. 42º) se afirma explícitamente la función social de la propiedad, como criterio delimitador del derecho, y en ésta última se expresa, con énfasis, que la iniciativa económica, que reconoce debe ser libre, *“No puede desarrollarse contrariamente a la utilidad social...”* (art. 41º).

Las constituciones de Brasil (art. 5º, XXIII), Colombia (art. 58º), Chile (art. 19º, num. 24), Ecuador (art. 48), Paraguay (art. 109º) y Venezuela (art. 115º), entre otras, establecen, igualmente, la limitación del derecho de propiedad en razón de su “función social”.

1.1.2.3. La intervención del Estado en la vida económica: la Constitución económica.

El Estado, bajo la concepción del liberalismo, se constituye, según la acertada, y gráfica, expresión de Bobbio, en un “Estado mínimo” (Supra II, 1, 1.2). Tan nítida demarcación entre Estado y sociedad civil responde, como lo destaca

García-Pelayo¹⁵⁶, a la idea de que la sociedad es un orden espontáneo, dotado de una racionalidad inmanente, regulado por leyes económicas y sociales surgidas de ella misma y no impuestas por una autoridad o poder, cuyo libre juego y desenvolvimiento ha de conducir al mejor de los órdenes posibles, no sólo en el plano económico sino, también en el político y cultural. La libre competencia, la ley de la oferta y la demanda, la concurrencia de opiniones y la igualdad ante la ley, deben ser los soportes sobre los que se asiente una sociedad en que cada individuo alcanzará el status y bienestar que corresponde a su capacidad e iniciativa. Frente a semejante orden “natural”, espontáneo y dinámico, el Estado es una organización racional, creada para realizar ciertos objetivos necesarios para la vida social como garantizar la libertad individual, la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad, etc. Defensa nacional, orden interno, relaciones internacionales, servicios y obras públicas básicas, podrían considerarse los ámbitos propios, y al mismo tiempo únicos, del Estado liberal.

Resumiendo, con Bobbio, para el liberalismo “(...) *el Estado es un mal necesario, pero es un mal. No se puede prescindir del Estado y, por tanto, se rechaza la anarquía, pero la esfera en la que se extiende el poder político (que es el poder de mantener en la cárcel a las personas) debe ser reducido al mínimo*”¹⁵⁷.

El Estado social es, en cambio, el producto de una evolución histórica nacida de la comprobación, en los hechos y la vida social, de que la teoría liberal de un orden social y económico espontáneo y natural, incesante generador de progreso y riqueza, no correspondía a la realidad de las cosas. Este proceso lo describe, con singular precisión, Loewenstein:

“(...) las masas sometidas económicamente no se contentaron con la mera teoría de la libertad y de la igualdad ofrecida por las constituciones liberales y por el catálogo de derechos fundamentales. Para las masas, estas garantías no eran más que abstracciones sin valor porque, en realidad, las clases plutocráticas dominaban el proceso del poder. Las vacías fórmulas de libertad e igualdad tenían que ser rellenas con el contenido material

¹⁵⁶ GARCÍA-PELAYO, Op.cit., p.21 y sgts.

¹⁵⁷ BOBBIO, op. cit., p. 95.

de unos servicios públicos que garantizaran a las clases bajas un mínimo de seguridad económica y la justicia social".¹⁵⁸

El mismo autor señala que como resultado de este proceso: *"...el Estado ha asumido la función de planificar, regular, dirigir, controlar y supervisar la vida socioeconómica. En todos los Estados industriales han sido creados nuevos servicios públicos, prestaciones administrativas, un Estado de bienestar o bien formas aproximadas a éste"*¹⁵⁹.

Sin negar que la aspiración de los sectores sociales postergados a la igualdad real y la justicia social haya sido el factor desencadenante de la crisis histórica del Estado liberal del siglo 19 y de la consiguiente aparición del Estado social, sino, más bien, en sentido complementario, Bobbio asocia el surgimiento de este tipo de Estado a la instauración y desarrollo de la democracia. Con un análisis sugerente, aplica las categorías económicas del liberalismo al proceso político y sostiene que así como aquel implantó la noción del "mercado" como eje del proceso económico, ésta se extendió, luego, al plano político y en el marco de una democracia basada en el sufragio universal, la formación de los partidos de masas y la organización social, la ley de la "oferta y la demanda" no sólo rige la economía sino, también, la política. En efecto, las demandas de las masas por mejores oportunidades, servicios y prestaciones, obligaron a los gobiernos y partidos políticos a darles satisfacción para conservar su favor y, por esta vía, se constituyó un verdadero "mercado político" en que el Estado, para mantener su legitimidad se vio en la necesidad de aceptar las demandas sociales.

Para Bobbio, la formación del Estado social es inherente al desarrollo de la democracia y, al parecer, indisoluble de ella: *"El Estado de servicios –nos dice en cuanto tal, siempre más amplio y burocratizado, fue una respuesta, que hoy se critica con agudeza, a las justas demandas que venían de abajo. Hoy se*

¹⁵⁸ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 399.

¹⁵⁹ Ibidem.

sostiene que el fruto era venenoso, pero es necesario reconocer que el árbol no podía dar más que esos frutos” ¹⁶⁰

Por eso, sostiene Bobbio, la suerte de la democracia está ligada al destino del Estado benefactor o paternalista, -como llama al Estado social-, y la crisis de éste, -bajo el peso de sus propios excesos y contradicciones pero, también, ante el embate de las resurrectas fuerzas liberales –puede conducir a soluciones que impliquen el sacrificio de la democracia. “Se trata entonces –plantea- de saber si es posible regresar al mercado económico, como piden los nuevos liberales, sin reformar o incluso abolir el mercado político. Si no abolir, limitar su esfera reacción. Todas las propuestas políticas de los nuevos liberales van en esta dirección, que está en la lógica de la doctrina clásica de los límites del poder del Estado (...)” ¹⁶¹. Su advertencia final no puede ser más grave:

*“No solamente está en juego el Estado benefactor, o sea, el gran compromiso histórico entre el movimiento obrero y el capitalismo maduro, sino la misma democracia, es decir, el otro gran compromiso histórico anterior ante el tradicional privilegio de la propiedad y el mundo del trabajo organizado, del que directa o indirectamente nace la democracia moderna (mediante el sufragio universal, la formación de los partidos de masa, etc.)”*¹⁶².

El hecho histórico es que el Estado, para hacer frente a las crecientes exigencias que debía satisfacer para que pudieran realizarse los derechos “sociales”, asumió nuevas funciones en el ámbito socioeconómico, cruzando la bien protegida frontera que el orden liberal había demarcado entre ambos. La penetración del Estado en aquel territorio, antes considerado inviolable y ajeno, puede alcanzar diversas dimensiones, en función de las diferentes realidades nacionales. No hay, por consiguiente, un modelo único de Estado social, igualmente válido para todas las sociedades. La interacción entre Estado y sociedad, que al decir de García-Pelayo han dejado de ser sistemas autónomos para convertirse en “dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través

¹⁶⁰ BOBBIO, Op.cit., p. 96.

¹⁶¹ Ibídem, pp. 97-98.

¹⁶² Ibídem, p. 99.

de relaciones complejas”¹⁶³, arrojará en cada caso un resultado distinto. Sin embargo, más allá de las diferencias específicas que puedan encontrarse, el común denominador del Estado social consistirá en ser “...una forma de Estado que ya no es mínimo, aunque no es el Estado máximo de los regímenes totalitarios”¹⁶⁴.

Con estas salvedades, puede decirse que la intervención del Estado en la economía y la vida social se produce, principalmente, en las siguientes dimensiones: en la regulación general del proceso económico-social y del mercado mediante normas legislativas y administrativas; como ente planificador que conduce el proceso de desarrollo, priorizando áreas y actividades y concertando con el sector privado; como empresario directo que socializa actividades antes privadas o se reserva sectores económicos considerados clave en atención a determinados criterios; y, finalmente, mediante la prestación de servicios o distribución de bienes relacionados con el bienestar social (seguridad social, vivienda, salud, educación pública, atención de niños, madres y ancianos, etc.).

El rol del Estado en la economía, -negado en principio por el liberalismo que sólo lo tolera a título de excepción y, mejor aún, si esta es transitoria-, ha llevado a la noción de la “Economía Social de Mercado”, que tuvo su origen en la República Federal de Alemania. Este modelo ha sido caracterizado de la siguiente manera:

*“El elemento central es la idea de que sólo un ordenamiento de mercado, con competencia en todos los mercados y con libre observación de precios, permite el mejor abastecimiento de todos los agentes del mercado y por ello también fomenta el bienestar general. Por otra parte, el Estado debe velar por el funcionamiento de esta economía del mercado, porque se observen las reglas de juego, no sólo en el ámbito del mercado, sino también en el ámbito social. Esto es precisamente lo que distingue a la Economía Social de Mercado del liberalismo de Manchester o del Laissez-faire clásico”*¹⁶⁵. (Supra I, 2,2.6.)

¹⁶³ GARCÍA-PELAYO, Op.cit., p. 25

¹⁶⁴ BOBBIO, Op.cit., p. 97.

¹⁶⁵ HARTWING, Karl-Hans. “Democracia Política y Economía Social de Mercado: Elementos y Principios Básicos” en “Economía Social de Mercado”. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 1991, p. 30.

Tratando de precisar más aún el rol del Estado social en la economía, García-Pelayo insistirá en que dicha función consiste, fundamentalmente, en la distribución de la renta y no tanto en la apropiación de los medios de producción:

*“(...) podemos considerar al Estado social como la forma histórica superior de la función distribuidora que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales, o premios y castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos.”*¹⁶⁶



¹⁶⁶ GARCÍA-PELAYO, Op.cit., p.35. *“En todo caso, - afirma el jurista español- lo que caracteriza cualitativamente al Estado social no es tanto una política de nacionalización de los medios de producción, cuanto una más justa distribución de lo producido llevada a cabo por la adecuada utilización para tal fin de la tradicional potestad fiscal, siempre considerada como uno de los derechos mayestáticos inherentes al Estado y que puede alcanzar, en principio, extraordinarias dimensiones.” (Ibidem, p.33).*

1.3 La recepción del estado social en la Constitución peruana.

1.3.1. El efecto “reflejo” del Estado social en el constitucionalismo peruano.

1.3.1.1. La Constitución de 1920.

La Constitución de 1920 representa la recepción, muy limitada y tímida, de las ideas e instituciones del Estado social. Ello se expresa en el hecho de que incluyó, por primera vez en un texto constitucional, un Título, el IV, denominado “Garantías Sociales” en el que reconoció algunos derechos laborales y estableció ciertos criterios para la legislación del trabajo.

Así, impuso al Estado la obligación de legislar sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. En el mismo artículo, que era el 47º, estableció que la ley fijaría las condiciones del trabajo, los salarios mínimos y la indemnización obligatoria de los accidentes de trabajo. En el artículo 48º estableció el arbitraje obligatorio para los conflictos entre el capital y el trabajo y en el artículo 49º remitió a la ley la función de organizar tribunales de conciliación y arbitraje que debía resolver dichos conflictos, así como establecer los requisitos y condiciones para dar efecto obligatorio a sus fallos.

Se refirió, finalmente, en su artículo 56º, a la obligación del Estado de fomentar instituciones de previsión y solidaridad social, así como otras instituciones, entre ellas cooperativas de producción y consumo *“que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares.”*

No hay duda de que, a pesar del limitado enunciado de derechos sociales de orden laboral, esta constitución refleja la influencia de los recientes acontecimientos ocurridos en esa época, tal como la Constitución de Querétaro de 1917, la de Weimar de 1919, el ascenso al poder del partido Laborista en

Gran Bretaña, la conquista de la jornada de ocho horas en 1919 y el movimiento de la reforma universitaria que estalló en 1917 y que significó la unión de los estudiantes a los obreros, tal como lo señala Pareja Paz-Soldán, para quien todo este clima intelectual y político se proyectó en la Constitución de la Patria Nueva.¹⁶⁷

1.3.1.2. La Constitución de 1933.

Esta constitución, representa un paso más en la aproximación hacia las instituciones del Estado social, ya que no sólo mantuvo y acentuó las normas laborales de la Constitución de 1920, sino que, también incorporó disposiciones sobre otras materias.

En materia laboral, impuso al Estado la obligación de legislar sobre el contrato colectivo de trabajo, lo que representa el primer reconocimiento constitucional a la negociación colectiva (art.43º) y en el artículo 44º prohibió incluir en el contrato de trabajo toda estipulación que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales. En una decisión bastante avanzada para esa época, señaló, en el artículo 45º que *“El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas (...)”* y, asimismo, agregó la obligación del Estado de legislar sobre las relaciones entre los trabajadores y las empresas y sobre *“la defensa de los empleados y trabajadores en general.”* Igualmente, el artículo 46º remitió a la legislación regular la organización y seguridad del trabajo industrial, la protección de la vida y la salud en el trabajo, la higiene, las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios y por accidentes de trabajo y los salarios mínimos. Finalmente, se refirió al establecimiento por ley de un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez

¹⁶⁷ Cfr. PAREJA PAZ SOLDAN, José, “Historia de las Constituciones Nacionales”, Segunda edición revisada, corregida y aumentada. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp.172-173.

y muerte, así como al fomento de las instituciones de solidaridad y otras similares, según se lee en el artículo 48º de esa constitución.

De esta forma, aunque a través de mandatos y remisiones al legislador, esta constitución prefiguró el contenido de la legislación laboral que debía dictarse e, incluso, estableció algunos derechos específicos como la participación en las utilidades, las indemnizaciones por tiempo de servicios y por accidentes de trabajo y el salario mínimo.

En otras materias, esta Constitución, haciendo eco a lo establecido en la Constitución de Weimar, incorporó, en su art. 34º, la idea según la cual *“La propiedad debe usarse en armonía con el interés social”*, remitiendo a la ley fijar los límites y modalidades de este derecho. Asimismo, con la reforma realizada a su artículo 29º por la Ley N° 15242, se estableció la expropiación no sólo por causa de utilidad pública –como lo decía el texto original de este precepto- sino, también, por *“interés social”* y se agregó que cuando la finalidad de la expropiación fuese la reforma agraria, irrigación, colonización o ensanche y acondicionamiento de poblaciones o se tratase de expropiación de fuente de energía o por causa de guerra o calamidad pública, la ley podía establecer que el pago de la indemnización se realice a plazos o en armadas o se cancele mediante bonos de aceptación obligatoria.¹⁶⁸

También esta constitución facultó al Estado, mediante ley, a tomar a su cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos y otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización (art.38º). Asimismo, estableció el derecho del Estado a percibir parte de las utilidades mineras, en el monto y proporción a determinar por la ley.

¹⁶⁸ Asimismo, este artículo precisó que *“La ley señalará los plazos de pago, el tipo de interés, el monto de la emisión y las demás condiciones a que haya lugar, y determinará la suma hasta la cual el pago de la indemnización será hecha necesariamente en dinero y previamente.”* Esta norma constitucional sirvió de sustento legal al amplio proceso de reforma agraria realizado, a partir del año 1969, por el régimen militar presidido por el General Juan Velasco Alvarado. Al respecto, la Ley de Reforma Agraria, Decreto Ley N° 17716, en el artículo 15º enumeró aquellos supuestos en que se consideraba que la propiedad rural no se usaba en armonía con el interés social, justificando su expropiación con fines de reforma agraria.

Creó, asimismo, esta constitución (art.182º) el Consejo de Economía Nacional, que debía estar conformado por representantes de los consumidores, el capital, el trabajo y las profesiones liberales. Este organismo nunca llegó a establecerse por no haberse dictado la ley que determinase su organización y funciones.

Finalmente, en otro rasgo típico del Estado social, señaló el carácter gratuito y obligatorio de la educación primaria (art.72º) y la obligación del Estado de fomentar la educación secundaria y superior *“con tendencia a la gratuidad”* (art.75º), así como la de fomentar *“la enseñanza técnica de los obreros.”* (art.77º).

A juicio de Pareja Paz-Soldán esta constitución *“acentuó el intervencionismo económico del Estado.”*¹⁶⁹

1.3.2. La recepción plena del Estado social: la Constitución de 1979.

Se puede considerar que esta constitución, elaborada por la Asamblea Constituyente elegida en 1978, es la primera que incorpora plenamente las instituciones propias del Estado social, las cuales se encontraban apenas bosquejadas en las dos anteriores constituciones.

1.3.2.1. La declaración de “Estado social”.

En primer lugar, y para que no quepan dudas, esta constitución explicitó su adhesión a la idea del Estado social al proclamar en su artículo 79º *“El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo.”* En concordancia con este enunciado, el artículo 80º estableció los *“deberes primordiales del Estado”* entre los cuales mencionó *“promover el bienestar general basado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado del*

¹⁶⁹ PAREJA, Op.cit., p.188.

país y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado.”

1.3.2.2. Los derechos sociales.

Contiene esta norma fundamental un catálogo amplio de derechos sociales en materia de seguridad social y salud, educación y cultura y trabajo.

1.3.2.2.1 A la seguridad social, la salud y el bienestar.

En el primero de esos campos, garantizó el derecho de todos a la seguridad social precisando que la ley regularía su acceso progresivo y estableció que la seguridad social estaría a cargo de una institución autónoma y descentralizada, con fondos propios aportados por el Estado, los empleadores y los asegurados y que sería gobernada por los representantes de éstos en igual número. Dispuso, también, que las pensiones de los trabajadores públicos y privados fueran reajustadas periódicamente de acuerdo al costo de vida y las posibilidades de la economía nacional. Asimismo, reconoció el derecho de todos a la protección de la salud integral y su responsabilidad en la organización de un sistema nacional de atención integral de la salud, que facilitara a todos el acceso igualitario a sus servicios en calidad adecuada y con tendencia a la gratuidad. Igualmente, señaló la obligación del Estado de atender preferentemente las necesidades básicas de la persona y su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación, debiendo el promover programas públicos y privados de urbanización y de vivienda.

1.3.2.2.2 A la educación y a la cultura.

En lo referente a la educación y cultura, señaló que el derecho a la educación y a la cultura “*es inherente a la persona humana*” y que la educación tiene como

fin el desarrollo integral de la personalidad y se inspira “*en los principios de la democracia social.*” (art.21º). Dispuso, igualmente, la gratuidad de la enseñanza impartida por el Estado, en todos sus niveles y su obligación de reconocer, ayudar y supervisar la educación privada, cooperativa, comunal y municipal “*que no tenga fines de lucro*” (art.30º). Reconoció, asimismo, la autonomía universitaria y la libertad de cátedra, rechazando la intolerancia (art.31º). Finalmente atribuyó al Estado la obligación de destinar a la educación, en cada ejercicio, no menos del veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto del gobierno central (art.39º).

1.3.2.2.3. Al trabajo

Es, sin, duda en lo atinente al trabajo, donde la Constitución de 1979 se incorporó plenamente al proceso de “constitucionalización del derecho del trabajo” que es típico del “constitucionalismo social”¹⁷⁰ y, por consiguiente, del bagaje jurídico del Estado social. Al trabajo dedicó esta constitución el Capítulo V del Título I y en este enunció declaraciones, derechos individuales y colectivos así como principios.

En primer lugar formuló algunos enunciados que expresaron su filosofía sobre el trabajo al señalar que el Estado reconoce al trabajo como “fuente principal de la riqueza” y que este es un derecho y un deber social. Asimismo, prohibió en la relación laboral cualquier condición que impidiera el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconociera o rebajara su dignidad. Finalmente, estableció que el trabajo era objeto de protección por el Estado sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.

¹⁷⁰ Sostiene, al respecto Cabanellas que “*La llamada constitucionalización del Derecho del Trabajo e concreta con la inclusión de cláusulas, en los textos constitucionales, que consagran la formalización de ciertos derechos y, en ciertas ocasiones, también deberes, referidos al núcleo más importante de la población, esto es, a los trabajadores (...)*” (CABANELLAS, Op.cit., vol.2, p.62.) Este proceso, como se ha expuesto, se inicia con la Constitución mexicana de 1917.

Respecto a los derechos individuales la enumeración de estos fue extensa: derecho a una remuneración justa que procure el bienestar material y espiritual del trabajador y de su familia; remuneraciones mínimas vitales reajustadas periódicamente; asignaciones familiares a los trabajadores con familia numerosa: jornada máxima de trabajo de 8 horas diarias o 48 horas semanales; pago de la labor extraordinaria; normas especiales para el trabajo nocturno y en condiciones insalubres o peligrosas, así para el trabajo de menores y mujeres; descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios; medidas legales de protección a la madre trabajadora; derecho a las gratificaciones, bonificaciones y otros beneficios establecidos por la ley o el convenio colectivo; obligación del Estado de legislar sobre higiene y seguridad en el trabajo para prevenir los riesgos profesionales y seguridad la salud e integridad física y mental de los trabajadores; derecho a la estabilidad en el trabajo: el despido del trabajador sólo procedía por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada; participación en la gestión y utilidades de la empresa, que podía extenderse a la propiedad en las empresa cuya naturaleza jurídica no lo impidiese.

Los derechos colectivos clásicos del derecho laboral quedaron plenamente reconocidos: libre sindicalización sin autorización previa; derecho a la negociación colectiva, atribuyendo a las convenciones colectivas fuerza de ley; y, finalmente, derecho de huelga, ejercido conforme a ley.

También, esta constitución, enunció algunos principios típicos del derecho del trabajo, como los de la irrenunciabilidad de derechos y el de la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda sobre el alcance y contenido de las normas laborales (*“in dubio pro operario”*), además de los ya mencionados de no discriminación e igualdad de trato. Finalmente se extendió al tradicional principio de la retroactividad benigna en materia penal al campo laboral (art.187º).

1.3.2.3. El régimen económico.

La Constitución de 1979, incluyó un título específico, el Título III, referido al Régimen Económico, adoptando así la idea de “constitución económica” nacida con la Constitución de Weimar.

Este título se abría con una declaración contundente: *“El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.”* A continuación, señalaba que correspondía al Estado formular la política económica y social mediante planes de desarrollo, garantizar el pluralismo económico, sustentado en la *“coexistencia democrática”* de empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y otras, así, como ejercer actividad empresarial para promover la economía, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

Esta constitución facultó al Estado a reservar para sí, por ley actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional y, por los mismos motivos, reservar dichas actividades a favor de los peruanos.

Reconoció, asimismo, la iniciativa privada libre que debía ejercerse en una *“economía social de mercado”*, facultando al Estado a estimular y reglamentar su ejercicio *“para armonizarlo con el interés social.”* Respecto a la propiedad señaló que esta era inviolable y que el Estado la garantizaba pero que *“obliga a usar los bienes en armonía con el interés social”* y que el Estado promovería el acceso a la propiedad. Reformuló, sin embargo, los criterios sobre la expropiación y aun cuando mantuvo causas de esta la necesidad y utilidad pública o el interés social, dispuso el pago previo de indemnización justipreciada en dinero, aunque admitiendo, por excepción, el pago por armadas o mediante

bonos de aceptación obligatoria, redimibles forzosamente en dinero, en determinados supuestos.¹⁷¹

Proclamó, la Constitución del 79, las libertades de comercio y de industria, pero precisó que su ejercicio no podía ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública y que la ley debía determinar sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. A las empresas, de cualquier modalidad, les impuso el deber de contribuir al “bien común” y estableció la potestad del Estado de intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario ante situaciones de crisis grave o de emergencia (art.132°).

Respecto de este régimen económico, las opiniones son muy variadas. Para Kresalja y Ochoa, la Constitución de 1979 “(...) *inicia la configuración de una Constitución Económica propiamente dicha, sistematizada y orgánica, mediante la recepción tardía de un Estado Social de Derecho que combinaba el reconocimiento de la iniciativa privada dentro de una “economía social de mercado” con un rol potencialmente intervencionista del Estado en las relaciones económicas y con una presencia significativa de empresas públicas,*”¹⁷² opinión que, en general, coincide con la de Sánchez Alva. ¹⁷³ Rubio y Bernal sostiene una posición diametralmente distinta, pues para estos autores “(...) *la*

¹⁷¹ Estos eran: por causa de guerra, de calamidad pública, para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, según lo enunció el artículo 125° de dicha constitución.

¹⁷² KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César, “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”, en Pensamiento Constitucional N° 6, Escuela de Graduados, Maestría de Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p.734.

¹⁷³ Para este economista, “(...) *a diferencia del liberalismo clásico, la plena aplicación de los principios del Régimen Económico de nuestra Constitución supone que el Estado debe regular el uso de los factores productivos y fijar criterios para que éstos sean utilizados en función del interés social. (...) De estos conceptos se desprende, con toda claridad, que nuestro Régimen Económico no opta por la “mano invisible del mercado” en los términos en que la entiende el liberalismo clásico.*” (SANCHEZ ALBAVERA, Fernando, “Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución. En “La Constitución diez años después”, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Et al. Constitución y Sociedad/Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p.77.) Sin embargo, en el análisis de la aplicación de este régimen, a los diez años de vigencia de la Constitución, este autor sostiene que “Los resultados de la primera década de vigencia de la Constitución reflejan que la Economía Mixta de Planificación Concertada está definitivamente en crisis y que se requiere de un nuevo acuerdo social para alcanzar objetivos como los que están señalados en el Preámbulo de la Constitución.” (Ibidem, p.132.)

llamada “economía social de mercado” que recoge nuestra Constitución en el artículo 115º, es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero, que secundariamente beneficia a los sectores intermediarios (y minoritarios, dentro del país), que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base a nuestros propios recursos y posibilidades, que empobrece cada vez más al país como conjunto frente a los países desarrollados y que, en nuestro medio, por las limitaciones financieras que el mismo modelo impone, es más una “economía de mercado” que una economía social de mercado”. Esa es la lógica del sistema y la realidad misma del país hace inviable la armonización con el “interés social”. Por lo demás, la tal economía de mercado reduce a declaración de principios sin contenido real, la pretensión de fundar el régimen económico en la justicia social y la dignificación del trabajo (art. 110).”

174

1.3.3. El modelo de “Estado social” en la Constitución de 1993

Nuestra actual constitución, a semejanza de su antecesora, contiene explícitas declaraciones acerca del Estado social, como la del artículo 43º, según el cual “*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*”; o la del artículo 44º, que, entre los deberes primordiales del Estado, enuncia el de “*promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.*”

¹⁷⁴ RUBIO Marcial y BERNALES, Enrique, “Constitución y Sociedad Política”, Mesa Redonda Editores S.A. 1988 Lima-Perú, pp.464-465. Estos mismos autores consideran que “(...) *las grandes mayorías nacionales, los desempleados y subempleados, los pequeños y medianos empresarios, el sector agrícola que agrupa a casi medio Perú y otros tantos sectores sociales, viven en una sociedad cuya economía está al servicio de minorías y de los capitales foráneos. El aspecto “social” de la economía de mercado no es visible, no puede ser implementado: es impensable un seguro de desempleo en un país como el Perú en el que los trabajadores adecuadamente empleados no llegan al 50% de la población económica activa; también lo es un sistema de seguridad social, de jubilación que pueda alguna vez parecerse al de los grandes países desarrollados, porque en el sistema que vivimos no hay recursos para hacer esos gastos. (Ibidem, p.464.)*

Acaso la tesitura de esta constitución se pueda advertir desde un inicio en el hecho de que estas formulaciones son las mismas que contenía la Constitución de 1979^o en los artículos 79^o y 80^o, respectivamente, pero recortadas en algunas de las expresiones más rotundas de estas, como, en el primer caso, la parte final de la frase que señalaba *“basada en el trabajo”*, y, en el segundo, aquella que rezaba *“y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado.”*

A continuación analizaremos la presencia del Estado social en la Constitución vigente, a partir de los elementos que configuran a éste (Supra II, 2).

1.3.3.1. Pluralismo social e institucional.

Desde esta perspectiva, se puede señalar que la constitución garantiza la existencia del pluralismo social e institucional. El primero de ellos, en cuanto se encuentra expresamente reconocido el derecho de asociación en general (art.2^o,13) así como formas determinadas de éste como el derecho de sindicación de los trabajadores privados (art.28^o) y públicos (art.42^o), así como el de constituir partidos políticos (35^o).

También, el reconocimiento de los colegios profesionales, como instituciones autónomas es otra expresión de este pluralismo social, que favorece, incluso, la participación de los ciudadanos en los organismos del Estado.¹⁷⁵

En lo que respecta al pluralismo institucional este se expresa en la opción de la Constitución por un régimen de gobierno descentralizado, dentro de un Estado Unitario, conforme lo indica el artículo 43^o. La descentralización, de acuerdo al

¹⁷⁵ La propia Constitución, en su artículo 155^o establece en la composición del Consejo Nacional de la Magistratura de un miembro elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país y dos miembros elegidos por los demás Colegios Profesionales del país. De igual manera, uno de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, es elegido por el Colegio de Abogados de Lima (art.179^o).

nuevo texto del Capítulo XIV del Título IV¹⁷⁶ *“es una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”* (art.188°). Este proceso se realiza a través de la creación de regiones, dotadas de sus propios órganos de gobierno, y los gobiernos locales o municipales, tanto en el ámbito provincial cuanto en el distrital. En el caso de los gobiernos regionales, además del Consejo Regional y del Presidente Regional, que son elegidos directamente por el pueblo, se ha previsto el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil (art.191°), lo que favorece el pluralismo de estas instancias de gobierno.

Los gobiernos municipales son elegidos, igualmente, por el pueblo y en su funcionamiento contemplan diversas formas de participación de la población en su gestión, como las Juntas de Vecinos, los Comités de Gestión y los Cabildos Abiertos, previstos, respectivamente, en los artículos 116°, 117° y 1191 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972.¹⁷⁷

1.3.3.2. La reformulación de los derechos fundamentales.

1.3.3.2.1. Las limitaciones de los derechos clásicos.

En este aspecto pueden encontrarse algunas diferencias importantes entre la Constitución de 1979 y la actual.

En materia de propiedad se mantiene la afirmación de que esta es inviolable y está garantizada por el Estado, precisando que se ejerce en armonía con el “bien común”, concepto éste que sustituye al de “interés social” pero que, no obstante, puede considerarse equivalente. Sin embargo, respecto a la expropiación se elimina como causa de ésta el “interés social”, por lo que sólo procede,

¹⁷⁶ Aprobado por la Ley de Reforma Constitucional N° 27680, del 6 de Marzo de 2002.

¹⁷⁷ El Peruano, Boletín de Normas Legales, 27 de mayo de 2003, pp. 244876-244900.

únicamente, por razón de “seguridad nacional o necesidad pública”. En cuanto el pago de la indemnización justipreciada se produce un gran cambio al establecerse que este debe ser previo y en efectivo y debe incluir una compensación por el eventual perjuicio, eliminándose, igualmente aquellos supuestos de excepción en los que procedía el pago en armadas o mediante bonos de aceptación obligatoria.

Por otro lado, las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria, son reconocidas en el artículo 59º, el cual señala que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad pública, conceptos que figuraban en la Constitución de 1979 junto con el de “interés social”, el cual es suprimido por la actual. De este modo, las eventuales limitaciones al ejercicio de estas libertades que la ley podía establecer por causa de “interés social” en la anterior constitución hoy no serían jurídicamente posibles. Se advierte en ello, una devaluación del concepto de “Estado social” en el cual, precisamente, una de las razones más importantes para limitar el ejercicio de las libertades económicas tradicionales reside en el “interés social”.

Esta constitución contiene, además, algunas formulaciones de las libertades tradicionales que pueden considerarse francamente regresivas. Es el caso de la libertad de contratación, regulada en el artículo 62º, el cual señala que *“La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.”*(...).” Sobre este artículo, el destacado civilista De la Puente y Lavalle, ha opinado que *“Dictada una pauta sobre el contenido de los contratos, nada podría hacer el Estado para enmendarla, pese a las injusticias a que pudiera dar lugar, porque ninguna norma legal posterior a la celebración del contrato podría tener efecto alguno.”*¹⁷⁸ Para De la Puente los alcances de esta norma son “excesivos e

¹⁷⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “La Libertad de Contratar”, en Themis-Revista de Derecho, N° 33, Lima, 1996, p.10. Señala este jurista que con dicho precepto *“El contrato cobra una santidad que no tenía en la Constitución de 1979, según la cual, la ley regula el ejercicio de la libertad de contratar para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho; y que no tenía tampoco en el Código Civil de 1936 ni en el de 1984.”* (Ibídem).

imprudentes” y contrarios a las corrientes modernas en materia de contratación, por lo que afirma “(...) *no participo de la posición que ha tomado la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues soy partidario de un intervencionismo estatal sensible y prudente, que permita alcanzar lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado la socialización del contrato (...)*”¹⁷⁹

1.3.3.2.2. Los derechos sociales

En este campo, se puede decir que la Constitución de 1993, conserva, básicamente, el enunciado de los derechos sociales contenido en la Constitución de 1979, pero, por un lado, efectúa recortes en dicho catálogo y, por el otro, modifica la formulación de algunos de ellos, limitando sus alcances y efectos. Por ello, con bastante razón, Fernández Segado habla de que en esta materia se ha producido un drástico “*desmoché*” del listado de estos derechos respecto a la anterior constitución.¹⁸⁰

- En materia de seguridad social, si bien se afirma el derecho “universal y progresivo” de la persona a la seguridad social, se garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones “*a través de entidades públicas, privadas o mixtas.*” (CP, art.11º). Este enunciado equipara a las entidades privadas con las públicas, permitiendo elegir entre ambas, a diferencia de la constitución anterior en la cual tales entidades tenían carácter complementario. En base a esta norma se ha producido la privatización de la seguridad en el campo de las pensiones de jubilación mediante la creación del Sistema Privado de Pensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones, a través del Decreto Ley

¹⁷⁹ Ibídem. Aclara De La Puente que la expresión “socialización del contrato” “(...) *nada tiene que ver con la doctrina del socialismo, pues como dice Bidart Campos, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico.*” (Ibídem).

¹⁸⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú” en “La Constitución de 1979, análisis y comentarios” AAVV, Comisión Andina de Juristas, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 10, Lima, 1994, p.19.

25897, sistema éste que ha absorbido a gran parte de los asegurados en el Sistema Nacional de Pensiones.¹⁸¹ También se ha creado el marco legal para la privatización de los servicios de salud, a través de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), aunque, en este caso, el asegurado conserva su pertenencia al sistema estatal de seguridad social, para la atención de las capas complejas de la atención de salud.

182

- En el campo de la educación, las dos disposiciones que más llaman la atención son, por un lado, aquella que suprime la exigencia de que se destine el 20% del presupuesto del gobierno central para la educación, sustituyéndola por una vaga referencia a que esta tiene “prioridad” en la asignación de los recursos presupuestales ; y, por otro lado, la que restringe la gratuidad de la enseñanza impartida por el Estado a la educación inicial, primaria y secundaria, limitándola en el caso de la educación universitaria sólo a los alumnos que tengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos necesarios para sufragar su educación.¹⁸³

- En el ámbito del trabajo se producen algunos cambios significativos: en primer lugar, se debilita el Principio Protector o Tuitivo al señalar que el trabajo es objeto de *“atención prioritaria del Estado”* y que este *“protege especialmente a la madre , al menor de edad y al impedido que trabajan”*, en lugar de la fórmula, más rotunda, del artículo 42º de la constitución

¹⁸¹ Por otro lado, mediante la reforma al Sistema Nacional de Pensiones realizada por el D.L. 25967, se endurecieron las condiciones para acceder a una pensión de jubilación en este sistema –regulado por el D.L. 19990- al elevarse la edad de jubilación a 65 años, para hombres y mujeres, elevar el número mínimo de cotizaciones para acceder a una pensión a 20 años, ampliar el número de meses a promediar para establecer la remuneración de referencia en base a la cual se fija la pensión y establecer un monto máximo de la pensión, independiente de la cuantía de los aportes efectuados por cada asegurado. Asimismo, se eliminó el Instituto Peruano de Seguridad Social y se transfirió la administración del SNP a la Oficina de Normalización Provisional (ONP), organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas.

¹⁸² Cfr. Ley 26790 (17/05/97).

¹⁸³ En el año 1996 se dictó el Decreto Legislativo N° 882 que permite que entidades con fines de lucro, como sociedades anónimas, puedan fundar y establecer universidades.

anterior: *“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado.”*

En lo referente a los principios que rigen la relación laboral, si bien se proclama el de *“igualdad de oportunidades, sin discriminación”*, se suprime la expresa referencia del art.43° CP.79 al derecho del trabajador, varón o mujer, a igual remuneración por igual trabajo; respecto al de irrenunciabilidad de derechos este se limita a los reconocidos por la Constitución y la ley, dejando de lado a los provenientes de la convención colectiva que, como se sabe, tienen fuerza normativa; finalmente, el principio *“in dubio pro operario”* sólo se aplicará en caso de existir duda *“insalvable”*, expresión ésta innecesaria porque si la duda es salvable entonces no existe y no cabe acudir a este principio. Asimismo, se elimina el principio de la retroactividad benigna en materia laboral.

Los derechos individuales también sufren devaluaciones y recortes. Así, se suprime toda referencia a las asignaciones familiares a los trabajadores con familia numerosa y a la compensación por tiempo de servicios.¹⁸⁴ Habilita, esta constitución, el empleo de las jornadas de trabajo *“acumulativas o atípicas”*, que posibilitan exceder la jornada diaria de 8 horas o la semanal de 48 horas, siempre que en el período correspondiente se respete este promedio, lo que representa una *“flexibilización”* en el tiempo de trabajo.¹⁸⁵ Igualmente, omite, la expresa referencia del art.44° CP.79 a la exigencia de remunerar de manera extraordinaria toda labor realizada fuera de la jornada ordinaria.

¹⁸⁴ Este beneficio fue creado por la Ley N° 4916 el año 1924 durante el *“oncenio”* del Presidente Augusto B. Leguía y constitucionalizado en el artículo 44° de la Constitución de 1979.

¹⁸⁵ La ambigüedad y amplitud de este precepto, ha motivado situaciones de conflicto laboral que han llevado al pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 17 de abril de 2006, Expediente N° 4635-2004-AA/TC, en la cual considera que la prestación de labores en jornadas atípicas es excepcional y está condicionada al tipo de trabajo de que se trate. En el caso de la actividad minera establece que toda jornada mayor a las ocho horas diarias es incompatible con los artículos 1°,2° (inciso 22),7°,25°, 26° (incisos 1 y 2) de la Constitución y con diversas normas del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y del Protocolo de San Salvador. **(Cfr. Tribunal Constitucional del Perú-Centro de Estudios Constitucionales, “Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral”, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006, pp.73-87.)**

Uno de los cambios más trascendentes consistió en eliminar el derecho a la estabilidad en el trabajo, reconocido en el art.48° CP.79, que a juicio de muchos autores conducía a un régimen de estabilidad absoluta o plena, por una remisión, contenida en el art.27° CP.93, a la ley para que conceda al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”, fórmula ésta que ha estimulado y justificado las reformas legislativas que han suprimido la estabilidad laboral.

También, se recorta el alcance de la participación de los trabajadores en la empresa, restringiéndolo a las utilidades, aunque en un ambiguo enunciado consigna que el Estado *“promueve otras formas de participación.”*¹⁸⁶

La triada clásica de derechos colectivos, garantizada por los Convenios 87 y 98 ratificados por nuestro país, se encuentra regulada en el artículo 28° CP.93, en términos que corresponden al contenido esencial de dichos pactos. Sin embargo, se omite la referencia a las garantías a favor de los dirigentes sindicales y, en materia de negociación colectiva, en lo relativo a la eficacia de la convención colectiva, se sustituye la expresión *“fuerza de ley para las partes”* por la de *“fuerza vinculante dentro del ámbito de lo concertado.”* Finalmente, establece que el Estado regulará el derecho de huelga *“para que se ejerza en armonía con el interés social”*. No deja de ser curioso que una constitución que se ha esforzado en borrar el concepto de “interés social” en relación al ejercicio de las libertades económicas tradicionales, lo rescate para utilizarlo como eventual criterio restrictivo del derecho de huelga.

¹⁸⁶ Ya incluso antes de aprobarse la Constitución de 1993, mediante el Decreto Legislativo N° 677, del año 1991, que reguló este derecho, se había virtualmente eliminado la participación en la gestión al reducirla a la elección de representantes de los trabajadores ante Comités de productividad y producción de las empresas, lo cual debía ser regulado en el reglamento de esta norma. Posteriormente, el D.Leg. 677 ha sido parcialmente modificado por el D.Leg 892, sin que esta omisión haya sido subsanada, lo que indica, claramente, la intención del legislador. Al expedirse su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-98-TR, se omitió toda referencia a éstos comités, razón por la cual esta limitadísima forma de participación no se ha materializado.

1.3.3.3 El régimen económico.

Es la “constitución económica” el aspecto en que mayores cambios introduce la actual constitución, adoptando una perspectiva diametralmente opuesta a la de su predecesora pues, como lo anota Fernández Segado *“La “nueva” Constitución del Perú ha alterado de modo más que notable el modelo económico al optar, lisa y llanamente, por un modelo ortodoxamente liberal, aunque su art.58 58º siga determinando que la iniciativa privada, que es libre, se ejerce en una economía social de mercado.”*¹⁸⁷

En efecto, la actual constitución suprime, de inicio, lo que Fernández Segado denomina *“principio valorativo inspirador”* del régimen económico, al descartar aquellas referencias contenidas en el artículo 11º CP.79 según los cuales dicho régimen se fundamentaba en la *“justicia social”* y se orientaba hacia la *“dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.”*

Se reconoce la libre iniciativa privada pero se establece que esta *“Se ejerce en una economía social de mercado.”* Sin embargo, como lo veremos a continuación, existen poderosas razones para suponer que esta expresión tiene, en la vigente constitución, apenas el carácter de una norma *“semántica”*, en el sentido de la clasificación *“ontológica”* de de Loewenstein.

En efecto, es destacable lo que podemos llamar el *“acantonamiento”* del rol del Estado, ya que es evidente que lo que se persigue no es acentuar o consolidar su rol interventor sino disminuirlo y limitarlo. Ello se aprecia claramente en el art.58º, conforme al cual el Estado orienta el desarrollo del país y *“actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”* Este enunciado trasunta la intención de relegar al Estado casi a sus funciones tradicionales, vedando su actuación en los sectores productivos o en algunos de carácter estratégico como

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Op.cit., p.26.

el energético. Respecto a su rol como “orientador” del desarrollo, Bernal, si bien considera que es adecuado en la medida que excluye la tentación de una planificación centralizada, crítica que se prive al Estado de un rol planificador señalando que “(...) es a todas luces una exageración que se haya eliminado toda referencia a la planificación concertada entre actores económicos a que se refería la Constitución de 1979.”¹⁸⁸

Este carácter limitativo de la función del Estado en la economía se ve confirmado por el texto del artículo 60º, cuyo segundo párrafo establece: “Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.” De esta manera, se atribuye a la actividad empresarial del Estado un carácter excepcional en contraste con el rol que le atribuyó la constitución anterior conforme a la cual debía ejercer esta actividad para “promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo” (art.113º CP.79). Igualmente, se suprime la posibilidad de reservar para el Estado actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional, prevista en el art.114º CP.79. Bernal es crítico de la restricción contenida en el art. 60º CP.93 porque considera que si bien este artículo puede tener como razón de ser el exceso en la creación de empresas públicas en épocas anteriores, la Constitución “no puede ser presa de circunstancias y su texto tiene que estar ajeno a coyunturas que por muy duras que sea, no son nunca permanentes. La Constitución sí tiene, en cambio, vocación natural de mayor permanencia; (...)”¹⁸⁹

Por otro lado, aun cuando se garantiza el pluralismo económico se borran las referencias expresas a las empresas cooperativas, autogestionarias y comunales. Tan sólo existe una mención a la obligación del estado de promover las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

¹⁸⁸ BERNAL BALLESTEROS, Enrique, “La Constitución de 1993, Análisis Comparado”. ICS Editores, 1996, Lima, p.305.

¹⁸⁹ Ibídem, p.311.

Finalmente, las libertades económicas tradicionales, son nuevamente formuladas en términos clásicos, fundamentalmente al eliminar la posibilidad de limitarlas en razón del “interés social” que se les había impuesto la Constitución de 1979. (Supra 3.2.1.)

En suma, podemos convenir con Fernández Segado en que *“Estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autocalifique como de “economía social de mercado” (...) la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas.”*¹⁹⁰

No obstante el claro sesgo neoliberal de nuestra vigente constitución, la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional del concepto de “economía social de mercado” tiende a extraer de éste consecuencias susceptibles de armonizar con la noción de “Estado social”, igualmente presente en la constitución. Al respecto, señala que *“(...) tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del laissez faire, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.”*¹⁹¹ Agrega, asimismo, *“(...) dado el carácter “social” del modelo establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.”*¹⁹²

Respecto del rol subsidiario del Estado en la economía, el TC realiza una interesante interpretación acerca de sus alcances:

“(...) debe quedar claro que aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de lo roles

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Op.cit., p.28.

¹⁹¹ STC del 11 de noviembre de 2003, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 16.

¹⁹² Ibídem.

*en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.”*¹⁹³

Desde esta perspectiva, no se niega o se veda la posibilidad de la intervención del Estado en la economía sino que se la condiciona a la existencia de situaciones que, objetivamente, la requieran. Afirma, en este sentido, el TC:

*“Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.”*¹⁹⁴

De esta modo, al estar justificada, y condicionada, la intervención del Estado, en el “interés social”, esto es, con el propósito de corregir situaciones de injusticia y desigualdad o suplir la inacción de los grupos sociales, se verifica uno de los presupuestos del “Estado social” cuya intervención en la economía no ha de concebirse como un fin *per se* sino como un mecanismo o medio para alcanzar los objetivos sociales que le son propios.

¹⁹³ Ibídem, FJ. 21.

¹⁹⁴ Ibídem. Concluirá el TC sosteniendo que “(...) el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción “opositiva” de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión “integradora” y “consensual” del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.” (Ibídem, FJ.22.)

CAPÍTULO 2: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

Como antes se indicó (Supra Capítulo Primero, II, 2. 2.), el advenimiento del Estado Social supuso – y a la vez fue producto – un cambio en la concepción de los derechos fundamentales enunciados en la fase histórica de surgimiento del Estado Liberal, del cual constituían un elemento central. Este cambio, se produjo por una doble vía: por un lado, la reformulación de los derechos fundamentales clásicos, en unos casos para relativizarlos o limitarlos y, en otros, por el contrario, para corregir o superar sus limitaciones iniciales; y, por otro lado, a través de la extensión del catálogo de los derechos fundamentales, mediante el reconocimiento de los denominados “derechos sociales” o derechos de la segunda generación.¹⁹⁵

2.1. El Estado Social y la reformulación de los derechos fundamentales clásicos

2.1.1. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad, es uno de los postulados emblemáticos de las revoluciones que dieron origen al Estado Liberal. La Declaración de Virginia (1776), el documento más importante de la independencia norteamericana antes

¹⁹⁵ A la periodificación de los derechos fundamentales, de acuerdo el momento histórico en que surgieron, que alcanza ya a una “tercera generación” de derechos se refiere Díaz-Otero: “*El planteamiento teórico que realizamos nos advierte sobre la efectiva existencia de una línea de desarrollo de los llamados derechos humanos fundamentales. Desarrollo (no lineal, por supuesto) que, dentro de la actividad cultural académica de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto, se articula alrededor de los siguientes ámbitos: el período de los derechos políticos y civiles de la persona jurídica como sujeto individual, el consiguiente período de los derechos económicos y sociales, y, posteriormente, el período de los derechos y libertades de la tercera generación, derechos propios del momento social de la tecnología cibernética que conmueven los fundamentos de los anteriores derechos y plantean nuevos problemas de relación ente la forma de la sociedad y la naturaleza exterior (los llamados académicamente por ejemplo, derechos a la calidad de vida y los derechos de los consumidores).*” (DÍAZ-OTERO H., Eduardo. “Los Derechos Subjetivos Fundamentales en el Constitucionalismo Social y Democrático en “Problemas de legitimación en el Estado social”. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Olivas Enrique, AA.VV. Editorial Trotta, S.A., 1991, Madrid, p.49.).

de la Constitución de 1787, proclamó en su artículo I: “*Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes (...)*”¹⁹⁶; por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que representa el hito ideológico-político inicial de la revolución francesa, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, afirmó que “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.*”¹⁹⁷

La afirmación de la igualdad como principio político y derecho subjetivo, significó el más importante recurso ideológico utilizado por la burguesía revolucionaria para impugnar radicalmente, y abolir por completo, los privilegios y fueros de la aristocracia, característicos del antiguo régimen absolutista, que consagraban la más profunda desigualdad entre los miembros de la sociedad en función a su pertenencia, por nacimiento, a una determinada clase social. Este principio-derecho, garantizó la igualdad de todos ante la ley y el libre acceso de los ciudadanos a los cargos y funciones públicas, anteriormente reservados a los miembros de la nobleza y la aristocracia, tal como lo afirmó el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁹⁸

De acuerdo con este artículo y los preceptos relativos al derecho a la igualdad plasmados en las posteriores constituciones liberales, este se configura como igualdad ante la ley.¹⁹⁹ Como tal genera “*en los destinatarios de las normas jurídicas una pretensión directa a no ser tratados desigualmente por éstas.*”²⁰⁰

¹⁹⁶ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp.95-96.

¹⁹⁷ Ibídem, pp.127-130.

¹⁹⁸ Dicho artículo decía lo siguiente: “*La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles en todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.*” (Ibídem, p.128).

¹⁹⁹ En el Perú la Constitución de 1823 recoge este derecho en su artículo 193, inciso 9º, que declara como derecho inviolable “*La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.*” (Cfr. **García Belaúnde, Domingo** “**Las Constituciones del Perú, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993, p.118.**)

²⁰⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “La Igualdad y la Discriminación en la jurisprudencia Constitucional” **en AAVV.** “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992, p.169.

Peces-Barba considera que la igualdad ante la ley es una dimensión del valor seguridad jurídica porque pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse.²⁰¹ Destaca, asimismo que la igualdad como generalización “(...) expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto homo iuridicus, que es el hombre y el ciudadano.”²⁰²

Por ello, el derecho a la igualdad ante la ley tendrá como correlato necesario la generalidad de la ley, es decir su carácter abstracto e impersonal, que le impide establecer diferencias en función de situaciones particulares. De consiguiente, como lo precisa Mosquera Monelos, la igualdad, en su planteamiento formal “(...) se presenta como un límite a la actuación de los poderes públicos que impide la arbitrariedad, es decir, que impide tratar de modo desigual sin justificación o fundamento a personas que se encuentran en iguales circunstancias.”²⁰³

Por esa razón, la materialización del derecho a la igualdad supone, necesariamente, una comparación entre dos o más hechos o situaciones que son objeto de regulación legal, a fin de establecer si estas son realmente iguales y, por consiguiente, deben ser reguladas igualmente, pues “(...) es un principio-derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia, (...) de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.”²⁰⁴ Se concluye, por ello, que el denominado “derecho a la igualdad” carece de un “contenido sustantivo propio” porque no tiene “rasgos delimitados y susceptibles de ser analizados en abstracto;”²⁰⁵ tan sólo, dirá el TC, “garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos,

²⁰¹ **PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.** “Curso de Derechos Fundamentales Teoría General”. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Colección Cursos. Madrid, 1995, p-284.

²⁰² *Ibidem.*

²⁰³ **MOSQUERA MONELOS, Susana** “El Derecho a la Igualdad y la no Discriminación por Razón de Religión” en AA.VV. “El Derecho Fundamental de Igualdad”, II Jornadas de Derechos Humanos. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2006, pp.21-22.

²⁰⁴ STC Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Loc.cit.

*facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantiza.”*²⁰⁶

Nuestra Constitución garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, no sólo en el artículo 2º, numeral 2, - que lo enuncia expresamente con un derecho fundamental de la persona-, sino mediante la norma contenida en su artículo 103º conforme a la cual *“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.”* Este precepto, excluye que pueda dictarse una norma para brindar un trato diferente más favorable, o preferente, para una persona o grupo de personas, sin que dicha diferenciación esté fundada en la naturaleza de las cosas y no en la diferencia de las personas; y, asimismo prohíbe *“dictar una norma especial para una persona o un grupo de personas, por ser ellas mismas, contra una disposición general que debería aplicarse a todos por igual.”*²⁰⁷ En tal sentido, las leyes especiales se encuentran, *prima facie*, prohibidas, salvo que existan diferencias objetivas sustentadas en la naturaleza de las cosas, que justifiquen el trato diferenciador.

En consecuencia, el trato diferente, sólo puede justificarse cuando existe una situación objetivamente diferente. Al respecto, Mosquero Morelos sostiene que:

*“(…) para que las diferenciaciones normativas se tengan por bien puestas será necesario que el legislador demuestre la existencia de un fin válido y legítimo para esa diferenciación, planteando la distinción en términos razonables y adecuados al fin perseguido y sin incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos u obligaciones a las situaciones que derivan de la aplicación de la norma.”*²⁰⁸

²⁰⁶ STC Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

²⁰⁷ **RUBIO CORREA, MARCIAL.** “Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 4, Fondo Editorial 1999, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, p.189. Rubio pone como ejemplo el caso de que si la ley universitaria establece que las intervenciones en las Universidades debe ser realizada por la Asamblea Nacional de Rectores, mal puede establecer una norma que a determinada universidad la intervendrá una comisión nombrada por el Poder Ejecutivo, tal como sucedió con la Ley 26313, promulgada el 27 de Mayo de 1994, que autorizó la intervención de la Universidad San Martín de Porres. (**Ibidem.**)

²⁰⁸ MOSQUERA MONELOS, Op.cit., p. 22-23.

En este sentido, interpretando los alcances del artículo 103° de la Constitución, el TC, sostendrá que:

*“(...) cuando el artículo 103° de la Carta Fundamental estipula que pueden expedirse leyes especiales “porque así lo exige la naturaleza de las cosas”, no hace sino reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley, incluso, desde luego, las leyes especiales. Respetando el criterio de razonabilidad legal, el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas.”*²⁰⁹

Por esta razón, el derecho a la igualdad no supone, siempre, la paridad absoluta de trato, sino antes bien la obligación de fundamentar, con base en la razonabilidad y la objetividad, las diferencias que pudieran establecerse entre las personas. Desde esta perspectiva, resulta válido sostener que este derecho se reconduce a una *“técnica de control”*²¹⁰, dirigida a escrutar, con rigurosidad, la razonabilidad de las diferencias que introduzca el legislador, o los órganos de aplicación de las normas, y, asimismo, faculta al ciudadano a poner en marcha dicho “control”, en función al cual se determinará la legitimidad de la norma o del acto de aplicación de ésta, que suponga la introducción de diferencias entre las personas. En suma, puede decirse que el derecho a la igualdad no prohíbe establecer diferencias, sino la arbitrariedad en la diferenciación.

Al respecto, el TC, ha señalado cuales son los criterios con arreglo a los cuales puede compatibilizarse el principio de igualdad con la diferencia de trato. Estos son:

“a) la existencia de una norma diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica; d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde las perspectivas de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y f) proporcionalidad, es decir que la consecuencia jurídica

²⁰⁹ STC Expedientes Nros. 001/003-2003-Ai/TC, FJ.8

²¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Op.cit., p.170.

*diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.”*²¹¹

El derecho a la igualdad ante la ley, se proyecta, asimismo, a la aplicación de ésta, y no sólo a su contenido normativo. En este caso, *“(…) ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga “sin excepciones”, sin consideraciones personales.”*²¹² En este aspecto, el principio de igualdad se erige en límite a la actividad de los órganos públicos, administrativos y jurisdiccionales, exigiendo a estos que al momento de aplicar la ley,

*“…no deban atribuir una consecuencia jurídica diferente a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes.”*²¹³

Como se puede advertir, la igualdad ante la ley, en sus dos manifestaciones posibles, esto es, como igualdad ante la ley, en sentido estricto, e igualdad en la aplicación de la ley, se mueve en el plano jurídico-formal, es decir como una prohibición, dirigida ora al legislador, ora a la administración estatal o al poder judicial, respecto a la posibilidad de establecer diferencias de tratamiento - legislativo, administrativo o judicial- entre las personas, por su mera condición de tales, salvo que las medidas diferenciadoras, tengan una justificación razonable y sean proporcionadas y que, en todo caso, estén fundadas en la naturaleza de la cosas y no en la diferencia de las personas.

Este relieve fundamentalmente “formal” del derecho a la igualdad, en su formulación clásica, se manifiesta en que *“puede de hecho jugar haciendo*

²¹¹ STC Expediente N° 0261-2003-AA/TC, Op.cit., num.3.2. Por el contrario, *“La quiebra de la noción de igualdad se produce cuando a través del proceso de formulación o interpretación-aplicación de la ley, ésta genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra por el mero hecho de tales.” (Ibidem., num.3.1)*

²¹² RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, “Igualdad y Discriminación”. TECNOS S.A., 1986, Madrid, pp.20-21.

²¹³ STC, Expediente N° 0004-2006-PI/TC, FJ, 124.

*abstracción de unas desigualdades personales y sociales que en modo alguno pretende corregir, porque su finalidad no es esa, tanto como garantizar la corrección en el ejercicio por los poderes públicos de la potestades que constitucionalmente tienen encomendadas.”*²¹⁴ En este sentido, el principio de igualdad opera, afirma el TC, como “(...) un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos” y como (...) “un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.”²¹⁵

Nada nos dice, por tanto, esta concepción del principio-derecho de la igualdad, respecto a su posible actuación como instrumento para la superación de las desigualdades reales, socio-económicas y culturales, que existen en la sociedad. Más aún, en su versión tradicional, esta cuestión parecería considerarse ajena a su contenido esencial, el cual debía limitarse a asegurar la igualdad de la posición jurídica de todas las personas, sin pretende incidir sobre la posición económico-social de éstas. Sin embargo, la existencia de reales, y muchas veces profundas, desigualdades sociales, que ya estaba presente en los orígenes de la sociedad burguesa y del Estado Liberal, y que luego se agudizó durante la revolución industrial generando la “cuestión social”, llevó a plantear la necesidad de adjudicar al principio-derecho a la igualdad un contenido que trascendiera lo meramente jurídico-formal para proyectarse hacia una nueva dimensión, material o sustancial.

Y ello, porque como expresa con acierto Mosquera Monelos:

*“Ya no es suficiente que el legislador, el intérprete o el juez hagan leyes y sentencias ajustadas al contenido formal del derecho a la igualdad, porque existe una diferenciación que las normas y las sentencias no pueden obviar, no pueden eliminar. La diferencia en las condiciones de partida, - condiciones sociales, económicas, personales, raciales o de género- determina que, aún cuando la norma ha respetado pulcramente el concepto de igualdad ante la ley el resultado logrado es discriminatorio”*²¹⁶

La necesidad de proyectar el principio-derecho de igualdad hacia la vida social, ha llevado a diferenciar la igualdad formal de la igualdad material o sustancial. Para Peces-Barba, la primera es la igualdad en el ámbito del sistema jurídico, en tanto

²¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Loc.cit.

²¹⁵ STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC.

²¹⁶ MOSQUERA MONELOS, Op.cit., p.32.

que la segunda es la igualdad en la vida social, en las relaciones entre los hombres.²¹⁷ Por su parte, Pérez-Luño considera que el concepto de “igualdad material” antes que una alternativa a la igualdad formal, es una ampliación del principio de igualdad en las sociedades contemporáneas, dando lugar a una concepción material-formal de la igualdad, en la que la dimensión jurídica no puede desatenderse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización, ni la dimensión material puede llevarse a cabo prescindiendo de los cauces formales del Estado de Derecho, destinados proteger a los ciudadanos de los abusos de quienes detentan el poder.²¹⁸

La afirmación de la dimensión sustancial o material del principio-derecho a la igualdad es para Peces-Barba “(...) *un signo distintivo del Estado Social (...)*.”²¹⁹ Esta versión de la igualdad apunta a la satisfacción de las necesidades básicas de los que no las tienen satisfechas, estableciendo, por tanto, una diferenciación respecto de aquellos que las tienen resueltas. Por ello, según este autor, la igualdad de trato material se configura como una diferenciación a favor de aquellos sectores sociales imposibilitados de satisfacer sus necesidades básicas “(...) *sin un esfuerzo ímprobo y heroico, fuera de los que se pueden exigir a seres humanos normales (...)*”²²⁰ y se constituye así en el “(...) *fundamento de aquellos derechos que pretenden satisfacer las necesidades básicas de los individuos.*”²²¹

En el marco del Estado democrático y social de derecho, la realización de la igualdad sustancial o material ha alcanzado, en algunos casos consagración constitucional expresa, como en la Constitución de Italia, cuyo artículo 3º, señala lo siguiente: “*Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.*”²²²

²¹⁷ PECES-BARBA, Op.cit., p.284.

²¹⁸ Citado por MOSQUERA MONELLOS, Op.cit., pp.34-35.

²¹⁹ PECES-BARBA, Op.cit., p.288.

²²⁰ *Ibidem*, pp.290-291.

²²¹ *Ibidem*, p.291.

²²² DÍAZ REVORIO, Op.cit., p.546.

Este claro compromiso del Estado con la realización de la igualdad real, puede, también, encontrarse, en las constituciones de España ²²³ y de Colombia. Esta última, afirma en su artículo 13º lo siguiente: *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.”* ²²⁴

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la presencia de esta dimensión de de la “igualdad sustancial” o “igualdad de oportunidades”, al sostener, en base a la interpretación de la cláusula de “estado democrático y social” contenida en el artículo 43º de la Constitución, que:

“El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. (...) La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.” ²²⁵

En este sentido, el TC afirma que, además del plano formal, el principio de igualdad posee un “plano material” el cual *“apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidad para todos los seres humanos.”* ²²⁶ Por esta razón, considera que el principio de igualdad es *“(...) una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover*

²²³ El artículo 9.2 de esta constitución señala que *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”* (“CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA”, Editorial Técnos S.A., Madrid, 1995)

²²⁴ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991”, Ecoe ediciones, Santafé de Bogotá, 1995.

²²⁵ STC, Expediente N° 0008-AI/TC, FJ.12). La misma sentencia afirma que *“Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución.”* (**Ibidem, FJ.15**).

²²⁶ STC Expediente N° 0261-2003-AA/TC, PJ.31.

los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres.” ²²⁷

De esta noción renovada de la igualdad, surge una nueva forma de vinculación del legislador con este principio-derecho, ya que, según el TC, *“El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora”* ²²⁸ De este modo, a la inicial vinculación negativa, que se traduce en la imposición de límites al legislador, impidiéndole establecer diferencias legislativas entre personas que se encuentran en situaciones de hecho iguales, se suma una “vinculación positiva” conforme a la cual *“(…) la ley está llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.”*

²²⁹

En función de este criterio, deviene legítimo, y no contradictorio con el principio de igualdad ante la ley el que esta establezca diferencias de trato, con el objeto de favorecer que determinados grupos sociales, tradicionalmente marginados o postergados en el goce de sus derechos fundamentales y oportunidades de progreso, logren el acceso a unos y otras, a fin de equiparse con las demás personas. A esta figura se le conoce como “acción positiva” o “discriminación inversa” ²³⁰, teniendo origen histórico en la India, país en el cual se adoptó esta

²²⁷ *Ibídem.*

²²⁸ STC, Expediente N° 001-2003-AI/TC, FJ.11

²²⁹ *Ibídem.* En la misma sentencia, el TC agregará que *“cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de la diferencia de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según el cual, el legislador no puede ser generador de diferencias sociales, pero, en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.” (Ibídem.,FJ.12)*

²³⁰ RUBIO CORREA sostiene que *“La acción positiva se ejerce en las desigualdades de medios, porque se supone que todos debemos participar en igualdad básica de condiciones en la vida social. Así, si un grupo de personas no tiene acceso a determinados bienes, servicios o posibilidades de actuación, entonces no estará en igualdad de condiciones que aquel que sí lo tiene. Por el contrario, la acción positiva no puede intervenir regulando resultados, porque en ese caso se estaría privando a los más esforzados o mejor dotados de lo que obtienen con su esfuerzo y cualidades, que sí ameritan reconocer una diferencia entre lo que logran una personas y lo que logran otras.” (RUBIO CORREA, Marcial, “La interpretación de la*

técnica legislativa con el propósito de luchar contra la división del país en castas, así como en los Estados Unidos en favor de las mujeres y las minorías raciales.²³¹

La diferenciación de trato resulta, en estos supuestos, plenamente justificada, porque se funda en un criterio razonable y objetivo, el cual consiste en permitir que grupos y personas que son objeto de discriminación y exclusión social superen esta situación y puedan, igual que todas las demás personas, gozar de una libertad real y gozar de las mismas oportunidades de progreso. Por ello, señalan Rodríguez-Piñero y Fernández López, que “(...) la tutela antidiscriminatoria no puede reducirse al mero elemento de la ineficacia de distinciones no razonables, puesto que el legislador no sólo “puede” sino que debe, establecer acciones afirmativas para eliminar la discriminación.”²³²

El Tribunal Constitucional ha reconocido la validez de la técnica de la “discriminación inversa”, sosteniendo que:

*“El Estado, en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como “discriminación positiva o acción positiva -affirmative acción-“. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados, económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.”*²³³

Sin embargo, la finalidad de la igualdad sustancial o material y la de técnicas como la “discriminación inversa” o “acciones afirmativas”, no se dirige a lograr la igualdad absoluta o el igualitarismo. Al respecto, Peces-Barba afirma que:

Constitución según el Tribunal Constitucional”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2005, p.104.)

²³¹ MOSQUERA MONELOS, Op.cit., p.37.

²³² RODRÍGUEZ-PIÑERO, Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Op.cit., p.78. Agregan estos autores: “La igualdad sustancial para realizarse justifica así desigualdades de trato, un trato desigual a los desiguales para conseguir esa igualdad sustancial.” (Ibídem, p.412.)

²³³ STC, Expediente N° 0048-2004-AI/TC, FJ.63. En otra sentencia, el TC ha señalado que “Se trata pues de un tema que en la doctrina se conoce con el nombre de “discriminación inversa, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Por ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización.” (STC, Expediente N° 0261-2003-AA/TC, FJ.3.3.)

*“Frente al igualitarismo, extremo que desconoce al individuo como ser moral, y frente a la justificación de la desigualdad, la igualdad material no es tanto una igualdad en el punto de llegada, como dice Bobbio, frente a la igualdad formal que es un punto de partida, sino que, es, parece, una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible pero no lo sustituye. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo.”*²³⁴

La igualdad de resultados o en el punto de llegada, anota Mosquera Morelos, no es posible garantizarla porque *“(...) está sujeta no sólo a disposiciones legislativas sino a numerosas circunstancias de índole personal o social (...)”*²³⁵ En efecto, como lo dice la constitución italiana en magnífica expresión, el rol de la igualdad sustancial, que el Estado debe promover, consiste en “remover los obstáculos” que limitan, de hecho, a determinados sectores sociales, gozar de los derechos a la libertad y a la igualdad que, jurídicamente les están garantizados, pero que realmente no pueden ejercer a plenitud, en razón de las situaciones de carencia, marginación o exclusión en que se encuentran. Lo que se busca, entonces, al afirmar el contenido material del derecho a la igualdad, es superar ese estado de necesidad, dotando a las personas que se encuentran en él de los medios materiales para que, con su propio trabajo, esfuerzo y cualidades, puedan progresar y lograr el bienestar material y espiritual, que es inherente al pleno desarrollo de la persona humana. El que dicho objetivo sea alcanzado dependerá de cada persona, pues no es función del Estado, sustituir a estas en la responsabilidad que cada quien tiene en su propia realización. La tarea que el principio-derecho de igualdad impone al Estado es la de garantizar que no subsistan condiciones adversas u obstáculos que, precisamente, impidan a las personas, a pesar de su capacidad y esfuerzo, alcanzar su propio desarrollo.

Sin embargo, como se puede haber apreciado, la reformulación del derecho a la igualdad, afirmando su dimensión material o sustancial, excede, con mucho, su

²³⁴ PECES-BARBA, Op.cit., pp. 289-290. Del mismo parecer son Rodríguez-Piñero y Fernández López, para quienes “(...) la igualdad se aleja del igualitarismo, o de la parificación (...)” **(RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Op.cit., p.49).**

²³⁵ MOSQUERA MONELLOS, Op.cit., p.38.

consideración como mero derecho fundamental específico, para proyectarse sobre todo el ordenamiento y servir, incluso, como criterio de interpretación respecto de todos los demás derechos fundamentales y fundamento de los derechos sociales. Por ello, el TC afirma que la noción de igualdad es un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho, el cual *“(...) implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático.”*²³⁶ Desde su vertiente material o sustancial, este principio constituye el fundamento mismo del Estado Social, en cuanto se considera que la finalidad de este, consiste, precisamente, en realizar la igualdad real.²³⁷

Desde esta perspectiva, la igualdad como principio no se realiza únicamente a través del derecho subjetivo a la igualdad, sino que fundamenta e inspira la interpretación de los derechos fundamentales y, de modo particular, todos los derechos sociales que, por ello mismo, pueden caracterizarse como “derechos de igualdad.”²³⁸

²³⁶ STC, Expediente N° 0261-2003-AA/TC, FJ. 3.1. Al respecto, el Tribunal Constitucional diferencia entre el principio y el derecho a la igualdad: *“(...) el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución consagra, a su vez, el principio de igualdad y el derecho a la igualdad. La igualdad en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele.” (STC, Expediente N° 0606-2004-AA/TC, FJ.9)*

²³⁷ Al respecto, Garrorena Morales afirma, con referencia al Estado español, que *“Primera de esas proyecciones de la calificación “Estado social” en nuestro texto constitucional es la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales, como uno de los “valores superiores” llamados a inspirar el ordenamiento jurídico.” (GARRORENA MORALES, Op.cit., p.48.)*

²³⁸ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Estado Social y Derechos de Prestación”. Centro de Estudios Constitucionales. 1989 Madrid, pp.88-93.

2.1.2. El derecho de propiedad

Otro de los derechos que ocupa un lugar principal en el catálogo primigenio de los derechos fundamentales es el de propiedad. La Declaración de Virginia, después de proclamar, en su artículo I, que todos los hombres son igualmente libres e independientes, afirma, en el mismo precepto, que éstos *“(...) tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.”*²³⁹

Igualmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice en el artículo 2: *“El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”*²⁴⁰; y, en el artículo 17 afirma lo siguiente: *“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente verificada, lo exija claramente y bajo la condición de una indemnización justa y previa.”*

De este modo, en el lenguaje de estas célebres declaraciones, la propiedad aparece como un derecho natural, o inherente al hombre, sagrado e imprescriptible, colocado al lado de la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión como una de las bases del nuevo ordenamiento jurídico, político y social, surgido de las revoluciones liberal-burguesas. Esta es, en rasgos generales, la concepción que prevaleció durante el siglo XIX y hasta el advenimiento de las primeras constituciones sociales, en los albores del siglo XX. (Supra, I, 2.3).

Fluye de dichas declaraciones, que expresan la ideología predominante, que la trascendencia de la propiedad reside en su vínculo íntimo con la libertad, de la

²³⁹ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp. 95-98

²⁴⁰ Ibidem, pp. 127-130.

cual constituye una condición esencial. En este sentido, Pérez Luño sostiene que:

*“En una sociedad en la que la propiedad privada aparece como condición indispensable para la libertad y el pleno desarrollo de las capacidades individuales, era fácil establecer una continuidad entre propiedad y libertad. El individuo será libre en la medida en que sea propietario de su persona y de sus capacidades; la esencia del hombre consiste en su autonomía, esto es, en no depender de una voluntad ajena y esa autonomía sólo es plena cuando se asienta en la posesión de bienes.”*²⁴¹

No era de extrañar, por ello, que siendo el objetivo del nuevo régimen asegurar la libertad del individuo, se considerase que la mejor manera de lograrlo era garantizar la propiedad de éste, pues únicamente su condición de propietario sería capaz de dotar a la libertad de un sustento material. Por ello, el derecho de propiedad pasó a ser elemento imprescindible de las declaraciones de derechos y los textos constitucionales sobre los que se construyó jurídicamente el Estado Liberal, no siendo, por cierto, una excepción nuestras constituciones del siglo XIX –e inicios del XX–, las cuales, imbuidas del credo liberalmente dominante, consagraron en sus textos el carácter inviolable de la propiedad como una garantía constitucional. En su artículo 165º, la Constitución de 1828, dispuso lo siguiente: *“Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público, legalmente reconocido, exigiera la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor.”*²⁴²

En la versión clásica, que deriva de estas declaraciones y textos constitucionales, la propiedad se configuró como un derecho natural, individual,

²⁴¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”. Séptima Edición, Editorial Técnos, 2001 Madrid, pp.424-425. Apunta este autor que *“En la formación histórica del concepto moderno de propiedad privada, la justificación liberal de este derecho se forja a lo largo del siglo XVII y tiene en Locke a su más caracterizado exponente. Para este autor el derecho de propiedad privada viene considerado como una proyección de la propia personalidad del individuo que, por tanto, debe ser reconocido en el plano jurídico como un atributo esencial del ser humano. La propiedad privada aparece en Locke como un derecho natural del individuo y, como tal, previo y anterior al Estado, que surge precisamente para garantizar el disfrute pacífico de tal derecho.”* (Ibídem)

²⁴² Cfr. GARCÍA-BELAÜNDE, Op.cit., p. 177. La garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad quedó consagrada, asimismo en las constituciones de 1823 (art.193, inc.3º), 1826 (art.142), 1834 (art.161), 1839 (art.167), 1856 (art.25), 1860 (art.26), 1867 (art.25) y 1920 (art.38). (Ibídem).

absoluto, inviolable y exclusivo, que el ordenamiento constitucional garantizaba plenamente. Como lo señala De Trazegnies, el obligado punto de referencia de esta noción se encuentra en Código Civil francés de 1804, paradigma de los códigos civiles, cuyo artículo 544:

*“(...) define la propiedad como “el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”. Esto significa que la propiedad encierra dos derechos fundamentales: el de gozar, que implica usar de la cosa (jus utendi) y percibir sus frutos (jus fruendi); y el de disponer (jus abutendi) de la cosa, es decir, la posibilidad de transferir el dominio a un tercero.”*²⁴³

Señala este mismo jurista:

*“(...) la definición del Código francés tipifica extraordinariamente la naturaleza de este derecho: la propiedad es efectivamente el más completo control sobre una cosa que la ley permite a un sujeto de derecho. Dentro de un determinado ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta las escalas de poder individual que ese mismo ordenamiento permite, será llamado propietario de una cosa aquel que reúna el mayor poder de uso y disposición sobre esa cosa.”*²⁴⁴

Desde esta perspectiva, que es la que inspira a los códigos civiles del Estado Liberal, la propiedad es un poder del hombre sobre las cosas, que se caracteriza por ser exclusivo. El mismo Trazegnies afirma, caracterizando la concepción tradicional de la propiedad lo siguiente:

*“(...) la propiedad es un derecho esencialmente individualista, que otorga poder de decisión al individuo, que lo preserva o aísla respecto de esa cosa de las decisiones de los demás. Esta característica ha sido conocida en doctrina como la exclusividad de la propiedad: el titular y solamente el titular tienen derecho a hacer uso de los derechos que la propiedad le confiere sobre una cosa.”*²⁴⁵

También, según el mismo autor, la propiedad se caracteriza por ser un derecho absoluto y perpetuo. Es absoluto, porque es oponible a todos, estando todos

²⁴³ TRAZEGNIES GRANDA de, Fernando, “La transformación del derecho de propiedad”, Derecho, N° 33, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1978, p.80.

²⁴⁴ Ibídem, p.81.

²⁴⁵ Ibídem.

obligados a respetarla; y es perpetuo, porque no está sujeto a plazo ni a duración temporal, por tratarse de un derecho de disposición puro e incondicional. Asimismo, es un derecho independiente, ya que no está sujeto a vinculaciones externas a su propia naturaleza, lo que le haría perder su carácter circulatorio.²⁴⁶

No cabe ninguna duda de que la noción decimonónica del derecho de propiedad resultó funcional y jugó un rol decisivo en el desarrollo de la economía de mercado y el desarrollo del capitalismo al posibilitar la apropiación privada de los medios de producción y la libre circulación de bienes. En este sentido, la propiedad privada, no sólo debe verse como un derecho subjetivo sino también como uno de los pilares de la organización económica de la sociedad basada en el libre mercado y la iniciativa individual.²⁴⁷ La “funcionalidad” del derecho de propiedad, como la de otros derechos económicos inherentes al Estado Liberal es puesta de relieve por Preuss, para quien:

*“(...) el concepto de los derechos, tanto privados como públicos, está inherentemente ligado al establecimiento de la sociedad de mercado; liberando a cada hombre, pero transformando en derechos sólo aquellos intereses que satisfacían los objetivos de asignación del mercado y protegiendo –mediante derechos públicos– las transacciones eficientes del mercado frente a las deformantes intervenciones de la autoridad del Estado.”*²⁴⁸

Esta concepción clásica sufre una marcada transformación cuando la Constitución alemana de 1919 (Constitución de Weimar) afirma, en la oración final de su artículo 153 que *“La propiedad obliga. El uso debe estar igualmente en el interés general.”*²⁴⁹ Generalmente, se considera que esta disposición es el

²⁴⁶ *Ibídem*, pp.81-82. En relación a su condición de derecho independiente, Trazegnies sostiene, a modo de ejemplo, que *“(...) no se puede decir que una persona es propietaria en sentido clásico sólo en tanto que es al mismo tiempo trabajador de la empresa y que pierde su calidad de propietario de los bienes de dicha empresa desde el momento en que deja de trabajar para ella.”* (*Ibídem*).

²⁴⁷ MONTANCHEZ RAMOS, Manuel. “Concepto Constitucional de la Propiedad: Especial Referencia a la Propiedad Urbana” en **AA.VV.** “Propiedad y Derecho Constitucional”. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2005, Madrid, p.153.

²⁴⁸ PREUSS, Ulrich K, “El Concepto de los Derechos y el Estado de Bienestar” en “Problemas de legitimación en el Estado social”. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Olivas Enrique, AA.VV. Editorial Trotta, S.A., 1991, Madrid, p.74.

²⁴⁹ MIRKINE-GUETZEVITCH, Op. cit., pp. 59-92. **Ojo es otro libro? anterior es pie 55**

origen de la denominada “función social” de la propiedad, que vendría a representar la mayor transformación producida respecto de su concepción clásica. Sin cuestionar, la enorme trascendencia que esta constitución tuvo en la transformación del derecho de propiedad, también cabe mencionar a la Constitución mexicana de 1917, cuyo artículo 27 estableció:

*“La Nación” tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación.”*²⁵⁰

Comentando el significado de esta norma, Juventino Castro, considera “(...) que es el fundamento de una facultad otorgada al poder público para considerar a la propiedad bajo su aspecto de función social.”²⁵¹ Más adelante, en 1931, la Constitución de la II República Española, tras omitir enumerar a la propiedad como un derecho fundamental inviolable, señaló en su artículo 44 que “*Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización (...).*”²⁵²

La idea de que a la propiedad corresponde una función social cobrará nuevo impulso después de la segunda guerra mundial, al dictarse nuevas constituciones en la mayoría de las naciones europeas. La primera en hacerlo, fue la de Italia (1947), en cuyo artículo 42º, segundo párrafo, se afirma que “*La propiedad privada se reconoce y garantiza por la ley que determinará las*

²⁵⁰ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp.281-357.

²⁵¹ CASTRO V. Juventino, “Garantías y Amparo, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1986, p.202.

²⁵² Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp. 405-435. El segundo párrafo de este artículo prescribió lo siguiente: “*Los servicios públicos y las explotaciones que afecten el interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.*” (Ibídem).

*modalidades de adquisición y de goce, así como los límites de la misma con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.”*²⁵³

Posteriormente, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949), reprodujo, *mutatis mutandi*, en su artículo 14.2 la antigua fórmula de la Constitución de Weimar, señalando que *“La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general.”*²⁵⁴ Asimismo, la Constitución española (1978) reconoce la función social de la propiedad al regular este derecho en su artículo 33º, el cual reza lo siguiente:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”*²⁵⁵

Como se puede apreciar, este precepto de la constitución española remite al concepto de función o interés social, tanto para delimitar el contenido mismo del derecho cuanto como criterio legitimador de su privación mediante expropiación. Con estas mismas expresiones u otras equivalentes, como “interés general”, “necesidad social”, “justicia social” o “bien común”, otras constituciones europeas establecen reconocen también la función social de la propiedad.²⁵⁶

Las constituciones sudamericanas, han reconocido igualmente este principio. Así, la Constitución de Colombia (1991) señala en su artículo 58º: *“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.”*²⁵⁷ Brasil, en el artículo 170 de su Constitución enuncia los *“principios del orden económico”*, entre los cuales figuran los siguientes: *“II.*

²⁵³ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp., 545-588.

²⁵⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn, 1986.

²⁵⁵ Constitución española, Editorial Técnos, Madrid, 1995.

²⁵⁶ Cfr. Constitución de Irlanda (art.43.2), Constitución de Grecia (art.17.1) y Constitución de Ucrania (art.41).

²⁵⁷ Constitución Política de Colombia, 1991, Ecoe ediciones, Santafé de Bogota, 1995.

*Propiedad privada, III. Función social de la propiedad.*²⁵⁸ Disposiciones semejantes, con pluralidad de expresiones, figuran en las constituciones de Bolivia (art.22), Chile (art.19, inc. 24º) Ecuador (art.30), Paraguay (art. 109), Uruguay (art.32) y Venezuela (art.115).

En nuestro país, la idea de la función social de la propiedad aparece en época no muy lejana a su enunciado en las constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919, pues quedó plasmada en la Constitución de 1933. Esta reconoció el derecho a la propiedad en el artículo 29º, en términos claramente tradicionales: *“La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”*²⁵⁹ Sin embargo, en el artículo 34º la misma carta afirmó su “función social” al prescribir que *“La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.”*²⁶⁰

Para garantizar el uso armonioso del derecho de propiedad con el “interés social” fue necesario, el año 1964, reformar el artículo 29º para poner en marcha la reforma agraria, agregando como causa justificativa de la expropiación el “interés social”, así como la posibilidad de pagar la indemnización a plazo o en armadas o mediante bonos, cuando la expropiación tuviera por finalidad la reforma agraria y otras obras de necesidad social.²⁶¹

La Constitución de 1979, mantuvo el concepto, afirmando en el artículo 129º: *“La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado*

²⁵⁸ Constituicao da República Federativa do Brasil, editora Saraiva, Sao Paulo, 1988.

²⁵⁹ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Op.cit., p.380.

²⁶⁰ Ibídem, p.381.

²⁶¹ El texto del nuevo artículo 29º, reformado por la Ley Nº 15242 estableció lo siguiente: *“La propiedad es inviolable. A nadie se puede privar de la suya sino en virtud de mandato judicial o por causa de utilidad pública o de interés social, probada legalmente y previa indemnización justipreciada. Cuando se trate de expropiación con fines de Reforma Agraria, irrigación, colonización, o ensanche y acondicionamiento de poblaciones, o de expropiación de fuentes de energía o por causa de guerra o calamidad pública, la ley podrá establecer que el pago de la indemnización se realice a plazos o en armadas o se cancele mediante bonos de aceptación obligatoria. La ley señalará los plazos de pago, el tipo de interés, el monto de la emisión y las demás condiciones a que hay lugar, y determinará la suma hasta la cual el pago de la indemnización será hecha necesariamente en dinero y previamente.” (Ibídem, p.380).*

promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades."²⁶² Luego, en el artículo 125, tras proclamar el carácter inviolable de la propiedad y la obligación del Estado de garantizarla, incluyó el "interés social", además de la "necesidad y utilidad públicas", como causa justificativa de la expropiación.²⁶³

Como apunta Pérez Luño el término "función social" reviste "una significación prescriptiva como criterio legitimador de la propiedad".²⁶⁴ A juicio de este autor, este fue su sentido originario en el pensamiento católico,²⁶⁵ así como en las primeras elaboraciones técnico-jurídicas del mismo.²⁶⁶ En este sentido, la noción de la función social incide directamente en la naturaleza jurídica del derecho de

²⁶² Constitución Política del Perú, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima.

²⁶³ Sin embargo, esta norma puede considerarse conservadora respecto al artículo 29º reformado de la Constitución de 1933, pues suprimió la posibilidad del pago de la indemnización por plazos o armadas o mediante bonos al establecer que esta debía efectuarse "*previo pago en dinero de indemnización justipreciada.*" (Ibidem).

²⁶⁴ PÉREZ LUÑO, Op.cit., p.450.

²⁶⁵ En el pensamiento cristiano, la idea del destino universal de los bienes y el carácter instrumental de la propiedad privada, se remonta a los primeros años del cristianismo. Así, San Ambrosio, en el siglo IV, sostenía que "*La tierra fue creada en común y para todos, ricos y pobres. ¿Por qué, pues, ricos os atribuí el monopolio de su propiedad? ¿La naturaleza no conoce ricos, solamente engendra pobres; no nacemos con vestidos, ni somos engendrados con oro y plata... No son tuyos los bienes de que haces obsequio al pobre; es una pequeña porción de lo suyo que le restituyes, pues se trata de un bien común para uso de todos y que tú solo usurpas.*" (SILVA SOLAR, Julio, CHONCHOL, Jacques, "El desarrollo de la Nueva Sociedad en América Latina", Editorial Universitaria, S.A.), Santiago de Chile, 1965, p.49). Esta línea de pensamiento se ha proyectado hasta nuestros días y ha quedado claramente expresada en las Encíclicas Sociales, a partir de "Rerum Novarum" en 1891. Así, por ejemplo, en la Encíclica "Mater et Magistra" del Pontífice Juan XXIII, del 15 de mayo de 1961, se señala que "*(...) el derecho a la propiedad privada, sin excluir la de los bienes de producción, lo recibe el hombre de la misma naturaleza; el Estado, por tanto no puede abolir aquel derecho. Más como quiera que en la propiedad privada ha puesto la misma naturaleza una función social, es evidente que quienes gozan de tal derecho deben ejercitarlo no sólo en beneficio propio, sino también en provecho de los demás.*" (Comisión Episcopal de Apostolado Social. "Doctrina Social de la Iglesia. Desde la "Rerum Novarum" a la "Mater et Magistra". Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1963, p. 235). Y, el Pontífice Juan Pablo II, en la Encíclica "Laborem Exercens", del 14 de septiembre de 1981, señala, de manera categórica, refiriéndose al derecho de propiedad: "*La tradición cristiana no ha sostenido nunca este derecho como absoluto e intocable. Al contrario, siempre lo ha entendido en el contexto más amplio del derecho común de todos a usar los bienes de la entera creación: el derecho a la propiedad privada como subordinado al derecho al uso común, al destino universal de los bienes.*" (JUAN PABLO II, Carta Encíclica Laborem Exercens, Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Lima, 1981, p.60). En la misma encíclica, el Papa Juan Pablo II deslinda la concepción cristiana de la propiedad de otras teorías: "*Desde esta perspectiva, sigue siendo inaceptable la postura del "rígido" capitalismo, que defiende el derecho exclusivo a la propiedad privada de los medios de producción, como un "dogma" intocable en la vida económica. El principio del respeto al trabajo, exige que este derecho se someta a una revisión constructiva en la teoría y en la práctica.*" (Ibidem, p.61.)

²⁶⁶ Entre estas, menciona la posición de Von Gierke, quien "*(...) señalaba expresamente en 1889 que la propiedad no podía justificarse sirviendo únicamente al interés egoísta del individuo, sino sólo en la medida en que entraña deberes sociales que la obliguen a perseguir los intereses de todos.*" (Ibidem).

propiedad, esto es condiciona su propio contenido. Incluso, recuerda Pérez Luño, Duguit llegó a cuestionar la existencia de un derecho subjetivo de propiedad, sosteniendo que esta es una función social, razón por la cual el propietario tiene *“la obligación de orden objetivo de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social”*, por lo que dicho autor concluía que *“La propiedad no es el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza.”*²⁶⁷

La “función social”, lo afirma Pereña Pinedo, *“(…) es un concepto jurídico indeterminado, variable en el tiempo, y que deberá ser definido por el legislador en cada caso concreto, con arreglo al reparto de competencias constitucional y estatutariamente establecido.”*²⁶⁸ Esto es indudable, porque resulta imposible describir y, menos aún, enumerar todas las posibles manifestaciones de la función social de la propiedad respecto de cada tipo de propiedad o del contexto socio-económico concreto. Se trata, sin embargo, de una noción cuya primera, y quizás la más importante, de sus expresiones, consiste en negar el carácter absoluto del derecho de propiedad y subordinar el interés individual del propietario al interés general de la sociedad. De allí que sea válido, como lo hace Pérez Luño, entender dicho concepto como un “criterio legitimador”, lo que significa que la validez jurídica, y social, del derecho de propiedad estará condicionada, en cada caso y circunstancia, a que sea usada, o no, según su función social.²⁶⁹

²⁶⁷ *Ibidem*, p.452. Y, agrega este autor: *“En suma, frente a la concepción liberal del derecho subjetivo de propiedad como atribución de un núcleo incondicionado de facultades, el reconocimiento de tal derecho en el Estado social se realiza en función no sólo del interés del titular, sino de las exigencias de la comunidad.”* (*Ibidem*, p.455.)

²⁶⁸ PEREÑA PINEDO, Ignacio, “La Función Social del Derecho de Propiedad” en **AA.VV.** “Propiedad y Derecho Constitucional”. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2005, Madrid, p.179.

²⁶⁹ Sostiene este autor que *“De este modo, la propia idea de la función social lejos de ser un paradigma de ambigüedad halla su precisión significativa en su nexa con los principios del Estado social y democrático de Derecho, con los valores informadores del estatuto de los derechos fundamentales y con las normas de la Constitución económica. La función social es, pues, un factor delimitador, a su vez, delimitado por esos criterios, sin que ello disminuya su relevancia como mandato constitucional para el legislador para que al fijar el contenido esencial de la propiedad, a partir de todos los criterios reseñados, reglamente la titularidad y disfrute de los bienes en función de los intereses sociales o colectivos.”* (**PEREZ LUÑO, Op.cit. pp.455-456.**)

Por ello, según el mismo jurista, este principio afecta el significado y alcance del derecho de propiedad, respecto de la concepción liberal del derecho, que le atribuía un carácter absoluto, “(...) *comportando: una disminución de las facultades del propietario, un conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades subsistentes y una obligación de ejercitar determinadas facultades inherentes al derecho.*”²⁷⁰

Ahora bien, la función social puede contemplarse desde dos perspectivas: como un elemento externo o como un elemento interno al derecho de propiedad. En el primer caso, se configura como un condicionamiento o límite externo que sin cuestionar su uso de acuerdo al interés individual de propietario, no debe lesionar intereses sociales; no comporta obligaciones sino restricciones a las facultades de su titular para que no las ejerza en perjuicio de los intereses colectivos.²⁷¹ Desde la segunda perspectiva, se afirma lo siguiente:

“(...) otra dirección doctrinal considera que la propiedad comporta en sí misma una función social. Lo que implica que junto a una serie de facultades lleve aparejado un conjunto de deberes positivos y negativos. Se considera, por tanto, que la función social es un dato inherente a la propia atribución normativa del derecho de propiedad y un criterio para el control de su ejercicio. Quienes defienden esta tesis estiman que la propiedad no es sólo un derecho subjetivo, sino una situación jurídica compleja en la que confluyen facultades y deberes, o piensan que el derecho subjetivo no supone una atribución unilateral de facultades, sino un conjunto de facultades y deberes cuyo alcance depende del tipo de bien objeto del derecho de propiedad, y que en ocasiones pueden obligar al titular a perseguir intereses sociales ajenos a su interés individual.”

Desde esta perspectiva, la función social es un elemento interno, estructural del derecho de propiedad que juega un rol preponderante al momento de establecer su contenido esencial.²⁷² Esta es la posición que ha adoptado el Tribunal Constitucional español en la sentencia 37/1087 del 26 de marzo de 1987, en la que afirma:

²⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Op.cit., pp.454-455.

²⁷¹ Cfr. PÉREZ-LUÑO, Op.cit., p.453.

²⁷² Cfr. MONTANCHEZ RAMOS, Op.cit., p.164.

*“(...) la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.”*²⁷³

En razón de ello, la noción de función social juega el rol que le atribuye la constitución, en dos momentos: en la configuración o delimitación del derecho y en su limitación. Algún autor distingue entre límites y limitaciones, siendo las primeras restricciones que forman parte de la definición del derecho y las segundas, restricciones que afectan a un derecho preexistente, justificadas por la utilidad pública o el interés social, y que conllevan una indemnización al propietario.²⁷⁴ En una lógica similar, otro autor diferencia entre la delimitación y la privación del derecho, no dando lugar la primera al pago de indemnización al titular del derecho, lo que si ocurre en la segunda. La función social no se agota en esta última figura, esto es, la privación, sino que también comprende la primera, es decir, la delimitación del contenido del derecho.²⁷⁵

²⁷³ CARMONA CUENCA, Op.cit., pp.136-137.

²⁷⁴ Cfr. MONTANCHEZ RAMOS, Op., cit., p.165. Precisa esta autor, citando a López y López, que “(...) los límites son los confines que encierran el contenido normal del derecho de propiedad, frente a las limitaciones que comprimen el poder que con carácter general tiene el dueño de la cosa.” (Ibidem.)

²⁷⁵ PEREÑA PINEDO, Op.cit., pp.180-181.

En suma, la función social es un elemento esencial para definir el contenido mismo del derecho y su regulación legal, momento este en el cual opera como criterio delimitador de su contenido, el cual debe estar orientado hacia el interés social.²⁷⁶ Las restricciones que esta delimitación contengan, tienen un carácter general, como toda regulación, y no suponen la privación del derecho de propiedad a ningún titular en concreto, sino que se dirigen a reducir al propietario determinadas facultades, con carácter general y definitivo sobre una categoría completa de derechos, o a establecer condiciones para el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad o, finalmente, a imponer al propietario deberes y obligaciones, que podrían conllevar recortes en el ejercicio de su derecho.²⁷⁷ Desde luego, esta operación delimitadora, que normalmente corresponde al legislador, no puede llegar al extremo de vulnerar el contenido esencial del derecho de propiedad, como facultad del propietario de usar, disfrutar y disponer del bien. En tal sentido, la frontera entre la delimitación y la privación de la propiedad no siempre es clara y el que la primera se convierta en la segunda dependerá del contenido específico de aquella. En este sentido, se afirma que:

“(...) el límite entre la privación y la limitación del derecho de propiedad se encontrará (...) en el “contenido esencial” del derecho, de forma que si se sobrepasan las barreras del derecho dominical, esto es, de la posibilidad efectiva de ejercer el derecho, o de las facultades de disponibilidad inherentes al mismo, necesarias para que resulte reconocible el derecho de propiedad en cada momento histórico, nos encontramos ante un supuesto de privación que dará lugar al reconocimiento de una indemnización.”²⁷⁸

²⁷⁶ Anota Pereña Pinedo que el alcance de la función social “(...) se encuentra no solo en la naturaleza misma de la institución de la propiedad, sino también en la persecución de otros fines constitucionalmente relevantes como pueden ser la protección del medio ambiente (art. 45 CE), la protección del patrimonio histórico (art. 46 CE), la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística (art. 47 CE) o el desarrollo de los sectores económicos (art. 130 CE), por citar solo algunos ejemplos.”(PEREÑA PINEDO, Op.cit., pp. 178-179.)

²⁷⁷ Cfr. MONTANCHEZ RAMOS, Op.cit., pp.167-168. Se apoya este autor en las opiniones de López y López y de Montés Penadés.

²⁷⁸ PEREÑA PINEDO, Op.cit., pp.182-183. En el mismo sentido, Montanchez Ramos asevera que “Así cuando la regulación que las leyes hagan del derecho de propiedad afecte a todos los titulares de dichos bienes, esté justificada en el interés social y respete en todo caso el contenido esencial del derecho de propiedad, nos encontraremos ante la definición de tal derecho y por lo tanto no ante una actuación expropiatoria generadora el derecho a indemnización. Si al contrario dicha limitación hace que no se respete el contenido esencial del derecho de propiedad nos encontraremos, siempre que esté justificado por la utilidad

Algunos ejemplos de esta clase de restricciones contenidas en la delimitación del derecho se encuentran –aunque no necesariamente vinculados a la función social de la propiedad- en el artículo 71° CP que impide a los extranjeros adquirir y poseer, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía; o el artículo 72° que establece que, por ley, se pueden establecer restricciones y prohibiciones temporales, por razón de seguridad nacional, para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. En cambio, con indudable sentido social, el artículo 88°, in fine, CP indica que *“La ley puede fijar los límites y extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.”* Frecuentemente, la limitación de la extensión de la tierra agrícola tiene por objeto facilitar el acceso de un mayor número de campesinos a la propiedad, lo que representa un interés social.

La función social también puede operar como causa extintiva del derecho de propiedad, como ocurre cuando se expropia el bien a un propietario para satisfacer un interés o necesidad colectiva. Los ordenamientos jurídicos exigen la existencia de una causa general prevista en la propia constitución – como la utilidad pública, el interés general o social, la seguridad nacional, etcétera – declarada en la ley, para legitimar el acto expropiatorio. Frecuentemente, se ha vinculado la referencia a la “función social” a este momento, como si su única misión consistiera en operar como causa legitimadora de la privación de la propiedad, pero como antes se ha visto este aspecto no agota, ni es siquiera, el más relevante que debe cumplir en la configuración del derecho de propiedad, pues las expropiaciones son, habitualmente, medidas excepcionales y, además, singularizadas. Sin embargo, no se puede negar que su invocación como causa de la expropiación ha contribuido a ampliar el alcance de este instituto, tradicionalmente circunscrito, a la causa de utilidad pública, al considerar que el interés social puede ser, igualmente, una razón suficiente para privar de la propiedad a su titular en determinados supuestos. El ejemplo típico, es el de las reformas agrarias, que consisten en abolir el latifundio para que los campesinos

pública o el interés social (artículo 33.3), ante una medida expropiatoria atribuyendo a su titular la compensación adecuada o justiprecio.” (MONTANCHEZ RAMOS, Op.cit., p.166).

puedan acceder a la propiedad de la tierra, mediante la redistribución de las expropiadas. Cabe puntualizar que en este caso, aunque parezca paradójico, la privación de la propiedad de los propietarios de grandes extensiones, no es una medida contra el derecho de propiedad como tal sino, por el contrario, dirigida a que un mayor número de personas puedan ejercer este derecho.

El artículo 70° de nuestra Constitución, establece que *“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. (...)”* Puede advertirse, que en relación a las dos anteriores constituciones (1933 y 1979) se ha reemplazado la referencia al “interés social” por la de “bien común”. Asimismo, al enumerar este artículo, las causas de expropiación sólo mencionan la “seguridad nacional” – no prevista en dichas constituciones – y la “necesidad pública”, omitiendo al “interés social” que figuró en las precedentes constituciones.

Cabe plantear entonces, si bajo la actual constitución, ha desaparecido la función social de la propiedad o si, a pesar de la supresión de las referencias expresas al “interés social”, es posible afirmar la existencia de dicha función, en base al análisis sistemático del conjunto de las normas constitucionales.

Algún sector de la doctrina nacional ha recibido con renuencia la expresión “bien común”, considerando que devalúa el efecto que conllevaba la de “interés social”. Al respecto, Rubio Correa afirma:

“Según la Constitución de 1979 la propiedad debía utilizarse en armonía con el interés social. La de 1993, busca esa armonía con el bien común, conceptos de contenido ideológico distinto: el bien común puede ser interpretado como la suma de los intereses individuales en un concepto esencialmente liberal. El interés social tiene siempre un contenido adicional de solidaridad que ha sido sistemáticamente eliminado del texto de 1993.”

279

²⁷⁹ RUBIO CORREA, Marcial, “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, Tomo 3, p. 365. Señala también que *“Se ha restringido las causales de la expropiación a razones de seguridad nacional o necesidad pública. La Constitución de 1979 permitía hacerlo por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, con lo que daba mayor posibilidad de ejercicio de la expropiación.”* (Ibidem).

Bernales Ballesteros formula una apreciación más matizada *“En armonía con el bien común, lo que quiere decir que la propiedad no es una institución puramente individualista sino que también tiene un contenido social y de compromiso. En realidad, el concepto más preciso y adecuado era el de interés social. Se prefirió éste del bien común, que es de dimensiones más amplias, pero también más subjetivas.”*²⁸⁰

Por su parte, García Toma comparte con los dos autores anteriores la idea de que la expresión “bien común” resulta más ambigua que la de “interés social”, aunque define el primero de estos conceptos en la forma siguiente *“(…) aquel patrimonio social, condominio o pertenencia de todos los componentes de una comunidad. Ello implica la subordinación del bien o interés personal, a lo conveniente, útil o ventajoso para los demás.”*²⁸¹ A su juicio, la omisión de la expresión “interés social” en el texto constitucional no significa su negación: *“Empero, a pesar de lo expuesto, y aun ante su no explicitación en el texto constitucional, es evidente que la propiedad cumple una función social; ello sin que afecte sus calidades esenciales de poder jurídico de uso, goce y disposición.”*²⁸²

En verdad, la expresión “bien común”, al aludir a la preeminencia del interés general o de la comunidad sobre el interés particular o individual viene a cumplir, más allá del origen ideológico de cada expresión, el mismo rol que la de “función o interés social”. Así lo entiende Pérez Luño, para quien el valor que subyace en la noción de “función social de la propiedad”, esto es la solidaridad *“(…) se*

²⁸⁰ BERNALES BALLESTEROS, Op.cit., p .331. Precisando su pensamiento, este autor agrega: *“Se ejercita dentro de los límites de la ley, es decir que la ley puede imponer regulaciones al derecho de propiedad para armonizarlo con los intereses generales de la sociedad.”* (Ibídem)

²⁸¹ GARCÍA TOMA, Víctor, “Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993”, Tomo II, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, Lima., p.133. Ampliando el concepto, García Toma agrega: *“En esa contraposición individuo-sociedad prima esta última, por su mayor hondura en cuanto a cantidad o calidad de bienestar.”* (Ibídem.)

²⁸² Ibídem. Agrega este autor: *“Por ende, no sólo involucra la posesión de derechos, sino además la ejecución de deberes, ya que su ejercicio no queda la arbitrio absoluto de su titular. Por tanto, su uso, goce y disposición se encuentran condicionados por conceptos jurídicos tales como las servidumbres, ocupación o utilización temporal por terceros, requisiciones, decomisos y hasta expropiaciones.”* (Ibídem.)

*advierde también, con nitidez, en el plano normativo, en el que dicha idea se presenta en estrecha relación con las de interés general y bien común.”*²⁸³

La noción de “bien común” pertenece al acervo del pensamiento social de la Iglesia Católica, que la establece como la misión fundamental del Estado, y la vincula a la idea de “justicia social”. En la Carta Encíclica “Cuadragésimo Anno”, del 15 de mayo de 1931, el Pontífice Pío XI, indica lo siguiente *“Las instituciones públicas deben conformar toda la sociedad humana a las exigencias del bien común, o sea, a la norma de la justicia social, con lo cual ese importante sector de la vida social que es la economía no podrá menos de encuadrarse dentro de un orden recto y sano.”*²⁸⁴

Señala Van Gestel que *“El bien común es mas que la suma, más que la adición de los bienes particulares: se distingue cuantitativa y cualitativamente; efectivamente, comprende, además del bienestar de los miembros, el bien de la sociedad como tal.”*²⁸⁵ También, este autor, considera al “bien común” como una manifestación de la justicia social: *“La justicia social requiere la vinculación de la persona al servicio del bien común y la sumisión del bien particular al bien de la comunidad.”*²⁸⁶

De la sustitución de la expresión “interés social” por la de “bien común” no puede deducirse, en consecuencia, que la actual constitución haya suprimido la “función social” de la propiedad. Así lo ha entendido, el Tribunal Constitucional al señalar que *“(…) la referencia al bien común establecida en el artículo 70º de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.”*²⁸⁷ En base a esta noción, el TC indica los alcances de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento:

²⁸³ PÉREZ LUÑO, Op.cit., p.451.

²⁸⁴ Doctrina Social de la Iglesia, Comisión Episcopal de Apostolado Social, Madrid, 1963, p.151.

²⁸⁵ VAN GESTEL, C., “La doctrina social de la Iglesia”, Editorial Herder, Barcelona, 1959, p.134.

²⁸⁶ *Ibídem*, p.136. Esta sumisión no implica, sin embargo, el menoscabo de los derechos de la persona, ya que el mismo autor precisa: *“Siendo el bien común un bien humano, jamás puede manifestarse en contra del verdadero bienestar de la persona humana. Así pues, no puede permitirse a la sociedad, y en particular al Estado, que despersonalice al hombre y avasalle su actividad humana.”* (***Ibídem.***)

²⁸⁷ STC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, FJ. 26.

*“La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.”*²⁸⁸

Además de identificar la exigencia de que el uso de la propiedad en armonía con el bien común con la función social de la propiedad, el TC considera que la existencia de esta función se deduce, directamente, de la cláusula de Estado Social de Derecho que contiene la Constitución *“La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.”*

289

Desde esta perspectiva, el TC afirmará, también, que la propiedad, según nuestra constitución, no es sólo un derecho subjetivo o derecho individual, sino, asimismo, una garantía institucional, en la que reside el reconocimiento de su función social.²⁹⁰ Ello significa reconocer en las normas constitucionales atinentes a la propiedad una doble vertiente: la de derecho subjetivo y la de norma objetiva, o dimensión institucional, situación que es característica de las normas iusfundamentales en el Estado social de derecho. Como norma objetiva o institución, a la propiedad le es inherente una función social; como derecho

²⁸⁸ *Ibídem.*

²⁸⁹ *Ibídem.*

²⁹⁰ *Ibídem.* En este sentido, afirma el TC, *“Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.” (Ibídem.)*

subjetivo reconoce al propietario un haz de poderes o facultades sobre los bienes, subordinados a aquella función, sin que ello signifique afectar el contenido esencial del derecho.²⁹¹ (Infra, III, 2).

2.1.3. Las libertades económicas (de empresa y comercio)

Uno de los objetivos principales que tuvo la burguesía para derrocar al antiguo régimen absolutista fue el de conquistar la libertad económica para lograr el desarrollo del mercado, sin barreras ni controles administrativos. Aún antes de la Revolución Francesa, la monarquía, bajo presión de la burguesía, inició el proceso de liberalización de la economía dictando el Edicto de Turgot, en 1776, por el cual se abolió el régimen corporativo medieval, que condicionaba el ejercicio de cualquier oficio, arte, profesión o actividad a que la persona perteneciera al gremio o corporación respectiva y se sometiera a sus regulaciones. El artículo primero del edicto del ministro de Luís XVI es muy ilustrativo, pues define la libertad de trabajar como *“libertad para ejercer en nuestro reino la especie de comercio y profesión de artes y oficios que les plazca y hasta ejercer varias (...)”*²⁹²

De este modo, las libertades económicas, hoy generalmente enumerados como libertad de “industria” o de “empresa”, aparecen en su formulación original como parte de la “libertad de trabajo”, que comprendía la del comercio y el ejercicio de las profesiones, artes y oficio, pues, en la época del edicto de Turgot y de la revolución francesa, aún no se había producido la revolución industrial. Por ello, en otra ocasión, hemos señalado que *“El reconocimiento de la libertad de trabajo fue uno de los instrumentos ideológicos y jurídicos que posibilitaron el desarrollo del capitalismo, al constituirse en factor decisivo para la eliminación del régimen*

²⁹¹ Cfr. MONTANCHEZ RAMOS, Op.cit., p.168.

²⁹² Cfr. CABANELLAS, Op.cit., p. 191.

*corporativo medieval, que frenaba la expansión de las fuerzas productivas emergentes en la segunda mitad del siglo XVIII.”*²⁹³

Por ello, en las constituciones liberales del siglo XIX, las ahora denominadas libertades de industria y empresa, se ejercieron bajo la sombra de la libertad de trabajo que aún hoy día, cuando aquellas han conseguido independizarse y adquirir contornos propios, sigue siendo, conceptualmente, su fuente, en cuanto afirma la libertad de la persona de desarrollar cualquier actividad económica, sea en forma individual o asociada, ya mediante el ejercicio de una profesión, oficio o arte o mediante la creación de organizaciones productivas y, en general, económicas. En este sentido, el TC ha afirmado que “(...) *la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual (sic) a su vez, es una manifestación del derecho fundamental al trabajo.*”²⁹⁴

La Constitución de 1823, en su artículo 193º, inciso 8º, consagró, con el carácter de inviolable, “*La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes*”, pero ya en la de 1826, se menciona al trabajo, al disponer el artículo 148º de esta que “*Ningún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibido, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad, y a la salubridad de los peruanos.*” Fórmulas semejantes aparecen en las siguientes constituciones, mencionando conjuntamente, al trabajo (“oficio” en la Constitución de 1939), la industria y el comercio. La Constitución de 1856, simplifica la formulación y sólo se refiere a la libertad de trabajo, en el artículo 22º: “*Es libre todo trabajo que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública.*”. La carta de 1869, vuelve a referirse expresamente, además de al “oficio”, al comercio y a la industria, fórmula está que se mantiene en la efímera constitución de 1867 (art.22).

La Constitución de 1920 es la primera que separa ambas libertades, al dedicar su artículo 45º a la libertad de comercio e industria y el 46º a la libertad de trabajo.

²⁹³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El derecho al trabajo en la futura Constitución”, “DERECHO, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 56, Lima, 2003, p.800.

²⁹⁴ STC, Exp. N° 3330-2004-AA/TC, FJ.11.

Este esquema se repite en la constitución de 1933, que reconoce la primera de estas libertades en el artículo 40º y la segunda en el artículo 42º. Finalmente, antes de la actual constitución, la de 1979, se refiere a estas libertades no sólo en artículos separados sino en títulos diferentes: la de trabajo se regula en el Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales de la persona, como un derecho de la persona (Capítulo I), en el artículo 2º, inciso 13, (“A elegir u ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley.”), así como en el párrafo final del artículo 42º, ubicado en el Capítulo V referido a los derechos “Del Trabajo” (“A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.”). Por otro lado, en el Título III, referido al régimen económico dedica todo el Capítulo IV a la empresa, reconociendo las libertades de comercio y de industria en el artículo 131º.

La libertad de empresa, según Juan Asenjo, contiene tres “sublibertades” que son las siguientes: “(...) libertad de inversión, libertad de organización y libertad de contratación.”²⁹⁵ Para Ariño Ortiz, también comprende varios aspectos, siendo el primero de ellos “la libertad de “emprender” actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y de libre acceso al mercado de bienes y servicios...”²⁹⁶; también, como parte esencial de la misma, “...la libertad de organización, de elección de “formas”, nombre o identidad de la empresa, libre desplazamiento, constitución interna, etc...”²⁹⁷ y, finalmente, la “libertad de ejercicio de la actividad empresarial, libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre.”²⁹⁸ Para este mismo autor español, la libertad de comercio no es sino un aspecto más de la libertad de empresa, ya que esta última viene a ser el principio general de la libertad económica.²⁹⁹

²⁹⁵ JUAN ASENJO, Oscar de, “La Constitución Económica Española”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p.154.

²⁹⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p.85.

²⁹⁷ *Ibidem*, p.88.

²⁹⁸ *Ibidem*, p.89. Forman parte de este último aspecto “...la libertad de producción (volumen, calidades, etc.), libertad de inversión (o de desinversión o decrecimiento), libertad de fijación de una política o estrategia comercial (...), libertad de distribución y venta, libertad de competencia leal o libertad contractual (de contratar o no contratar).”. *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*, p.34.

Nuestra Constitución reconoce la libertad de empresa, conjuntamente con las de trabajo, industria y comercio, como un derecho fundamental al prescribir en la primera oración del artículo 59º que *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.”*

A su vez, este derecho-libertad se enmarca dentro del “principio general” del “régimen económico”, expresado en el artículo 58º de dicha ley fundamental, según el cual, *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...)”* Analizando estos preceptos, Rubio Correa sostiene que:

“La libertad de empresa consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial, dentro de los marcos de la Constitución y la ley. La empresa es una entidad que toma decisiones libremente, sin ofender al Derecho. Es una libertad específica porque la vida empresarial (aún la de la empresa individual) tiene características, requisitos y procedimientos propios que deben ser respetados, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones socio-empresa; socios entre sí; empresa con otras empresas”³⁰⁰

Kresalja Roselló, considera que la expresión “libertad de empresa” es comprensiva de las otras libertades económicas tradicionalmente enumeradas en las constituciones:

“Con la enunciación de la empresa, abundante en la constitución de 1979, y específicamente de la libertad de empresa, por primera vez en la vigente de 1993, nuestras Constituciones agregan o incorporan a su nomenclatura tradicional, que se refería únicamente a la libertad de comercio e industria y no a la empresa, un fenómeno económico-jurídico mucho más moderno.”³⁰¹

³⁰⁰ RUBIO CORREA Marcial, Op.cit., Tomo 3, p.227

³⁰¹ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado” en Homenaje a Jorge Avendaño, Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2004 Lima, p.499.

Por ello, según este autor, *“La fórmula actualizada de la libertad económica es pues, hoy día, la libertad de empresa.”* Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre los alcances de esta libertad: *“[...] Consagrada por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.”*³⁰² Asimismo, ha señalado que su contenido comprende *“cuatro tipo de libertades”*, a saber, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades de la empresa.³⁰³ Dentro de la libertad de organización, incluye la *“contratación de personal”*, lo que parece lógico, de la misma manera que lo es, considerar en esta manifestación específica de la libertad de empresa, la política de personal y, en general, la materia referente a la administración de las relaciones laborales.

Tal como ocurrió con el derecho de propiedad, la formación del Estado Social supuso la reformulación de las libertades económicas al enmarcar su ejercicio en función del interés social. Como en ese caso, fue también la Constitución de Weimar la pionera en afirmar la existencia de una función social de estas libertades, al establecer la siguiente fórmula:

“Artículo 151.- La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y tendiendo a asegurar a todos una existencia digna del hombre.

En estos límites, la libertad económica del individuo debe ser respetada. (...).

*La libertad del comercio y de la industria está garantizada conforme a las leyes del Reich (Estado).”*³⁰⁴

Norma semejante es la que se expresa en el artículo 33º de la Constitución española de 1931, conforme a la cual *“Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes.”*³⁰⁵ En las constituciones de la segunda

³⁰² STC, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, FJ.26

³⁰³ STC, Expediente N° 3330-2004-AA/TC, FJ. 13.

³⁰⁴ Cfr. MIRKINE GUETZEVITCH, Op. cit., p. 87.

³⁰⁵ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., p.414.

postguerra, este criterio se generaliza. Un ejemplo de ello es el de la Constitución Italiana, en cuyo artículo 41º, luego de proclamar que la iniciativa privada es libre, se afirma que ésta *“No podrá, sin embargo, desarrollarse en contra del interés social o de tal modo que infrinja un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.”*³⁰⁶ En el mismo sentido, la Constitución española de 1978, señala, en el artículo 38º que los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la libertad de empresa *“(…) de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*³⁰⁷

Entre las constituciones latinoamericanas, la que afirma de una manera más categórica este principio, es la de Colombia, en su artículo 333, el cual contiene varias afirmaciones al respecto. La primera de ellas, es que la actividad económica y la iniciativa privada *“son libres dentro de los límites del bien común.”* La segunda, indica que *“La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.”* En tercer lugar afirma que *“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.”* Y, finalmente, sostiene que *“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”*

En relación al ordenamiento español, Ariño Ortiz, considera que la libertad de empresa *“(…) no supone un derecho ilimitado, sino que, como todos, y especialmente en su vertiente de libertad de industria y comercio, deberá ser regulado en su ejercicio de modo que cumpla con las condiciones que la propia Constitución le impone (…)”*³⁰⁸

La existencia de la “función social” de la libertad de empresa, es afirmada por el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 37/1987, deduciéndola directamente de la función social de la propiedad:

³⁰⁶ Ibídem, p.554

³⁰⁷ Constitución española, Op.cit., p.52.

³⁰⁸ ARIÑO ORTIZ, Op.cit., p.35. Con relación a la Constitución española enuncia los siguientes límites que surgen de los preceptos de ésta: *“(…) el respeto a los derechos de los demás (art. 10.1 CE), entre ellos “la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (art. 51.1), la defensa y aseguramiento de la competencia, que es el alma del mercado (art. 38), las exigencias de “la economía general y, en su caso, de la planificación” (art. 38, in fine), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general de la nación (art. 128.1), etc. (Ibídem.)*

*“Desde el punto de vista de lo que prescribe el artículo 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir (...). En resumen, la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa”*³⁰⁹

Asimismo, el tribunal español ha considerado que la libertad de empresa tiene como límites los derechos fundamentales de los trabajadores y que no puede ser ejercida de una manera absoluta:

*“(...) la Sentencia 88/1985 afirma que la libertad de empresa no legitima que quienes prestan servicios en aquella deban soportar despojos transitorios de sus derechos fundamentales”. Y añade, de forma significativa esta última Sentencia que “las manifestaciones de ‘feudalismo industrial’ repugnan al Estado social y democrático de Derecho”.*³¹⁰

Kresalja Roselló opina que el reconocimiento de las tradicionales libertades de comercio e industria, en nuestras constituciones del siglo XIX, no les confirió un carácter absoluto, pues estuvieron siempre sujetas a limitaciones.³¹¹ Sin embargo, la función social de las libertades económicas fue expresamente reconocida recién en la Constitución de 1979, cuyo artículo 131º estableció, en relación a las libertades de comercio e industria que: *“Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas.”* Tal como sucedió en el caso del derecho de propiedad, la mención al “interés social” quedó suprimida en el texto del artículo 59º de la constitución vigente.

No obstante, analizando el principio de la libre iniciativa privada, consagrado en el artículo 58º de la actual constitución, Kresalja Roselló considera que éste no excluye la intervención del Estado cuando ella sea necesaria para asegurar la competencia y el respeto a las reglas del mercado, así como para atender

³⁰⁹ ARIÑO ORTIZ, Op.cit., pp.96-97.

³¹⁰ CARMONA CUENCA, Op.cit., p.133.

³¹¹ Cfr. KRESALJA ROSELLÓ, Op.cit., p.508.

necesidades, que rebasan lo estrictamente económico o para contribuir a la desaparición de desigualdades injustas y la marginación.³¹² A juicio de este autor, los límites a las libertades económicas en nuestro ordenamiento constitucional nacen, del enunciando, contenido en dicho precepto, según el cual la iniciativa privada *“Se ejerce en una economía social de mercado”*, pues:

“El concepto de economía social de mercado enmarca el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y permite al Estado hacer uso de una de sus armas principales, cual es el caso de las normas del Derecho de la Competencia, a lo que suma su capacidad normativa, la supervisión y actuación de los concesionarios en el ámbito de los servicios públicos, y, excepcionalmente, su intervención como agente económico.”

³¹³

De allí que se reconozca una dimensión social de la empresa, como integrante de una comunidad, en la que debe interactuar con otros productores y los consumidores, y hacer uso de los bienes y servicios que conforman la empresa en función del interés social. Debido a esta noción, Kresalja Roselló, citando a Font Galan, afirma que el principio de la libre competencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio *“el cumplimiento de una función social que actúa, a su vez, como límite inmanente de la libertad de empresa en la organización y desarrollo de actividades económicas competitivas.”*³¹⁴

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de la función social de la libertad de empresa y, en general, de las libertades económicas, derivada de la adscripción de la Constitución a la economía social de mercado, afirmando que *“La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo*

³¹² *Ibíd*em, p.527.

³¹³ KRESALJA ROSELLÓ, *Op.cit.*, p. 528.

³¹⁴ *Ibíd*em, p.547. Añade, por tanto, que *“De esta manera, las intervenciones normativas del Estado, una a través de la legislación antitrust y otra sancionadora de la competencia desleal, son perfectamente legítimas y no desvirtúan el contenido esencial de la libertad de empresa, ya que persiguen mantener en un plano de igualdad a los agentes económicos que participan como protagonistas en la competencia económica, así como dar protección a los consumidores.”* (*Ibíd*em.)

*económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.”*³¹⁵

En razón de ello, sostendrá, igualmente *“Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley-siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.”*³¹⁶

Para el Tribunal Constitucional, una de las manifestaciones de dicha función social consiste en la facultad de orientación y, en casos extremos, de intervención, que tiene el Estado respecto del proceso económico. Así afirma que *“(...) si bien es cierto los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado (...) sin embargo, ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora.”*³¹⁷

Tal función orientadora y reguladora *“(...) tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.”*³¹⁸ También precisa el TC las características de esta función:

“(...) a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por

³¹⁵ STC, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, FJ.26

³¹⁶ STC, Expediente N° 8152-2006-PA/TC, FJ.53.

³¹⁷ Ibídem, FJ.63.

³¹⁸ STC, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, FJ.38. Y ello, en razón del modelo de economía social de mercado: *“Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado, arquetipo que, tal como se presenta en el país, se exhibe como “un esquema intermedio en que el Estado tiene la facultad de intervenir con el fin de velar por la conservación y el buen funcionamiento del mercado, así como de superar y corregir las desigualdades sociales existentes [...] para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general” [4], siendo este también el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial.”* (STC, Expediente N° 3330-2004-AA/TC, FJ.12)

*el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.”*³¹⁹

En suma, pese a la orientación claramente neoliberal del texto constitucional en materia económica ³²⁰ la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, partiendo de la cláusula de Estado social y la adscripción de la Constitución al modelo de economía social de mercado, le permiten establecer, válidamente, que nuestro ordenamiento asigna una función social a las libertades económicas, descartando su reconocimiento como derechos absolutos.

2.1.4. El derecho de asociación

A diferencia de lo que ocurrió con las nociones de igualdad ante la ley, propiedad y libertad económica, que pertenecieron al acervo ideológico y jurídico del naciente Estado Liberal en el siglo XVIII, al figurar en las declaraciones, constituciones y leyes que configuraron su ordenamiento político y jurídico, la libertad, o derecho, de asociación, no quedó registrado en esos textos y su reconocimiento legal se va a producir en la segunda mitad del siglo XIX, coincidiendo – y acompañando- muchos de los cambios que empiezan a producirse en este período.

En efecto, en un inicio, la concepción liberal no sólo no reconoció la libertad de asociación sino que la rechazó e, incluso, la proscribió. Ya hemos mencionado como la Ley Le Chapelier de 1791 (Supra, I, 1.2.) constituyó el instrumento legal para prohibir la conformación de asociaciones y el fundamento para las medidas abiertamente represivas adoptadas por el Código Penal francés de 1810.

³¹⁹ STC, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, FJ.39.

³²⁰ Al respecto, KRESALJA ROSSELLÓ afirma que: *“En la Constitución vigente, desaparecen los principios valorativos inspiradores del régimen económico consignados en la de 1979, hecho que promueve una privatización de la vida económica, pues guarda silencio sobre muchas funciones que antes correspondían al Estado. La libertad de contratación se convierte en inmune a la ley y se da igual tratamiento a las inversiones nacionales y a las extranjeras, con lo cual se omite toda referencia a los mecanismos de planificación. En síntesis, el texto de 1993 se acerca notablemente al modelo ortodoxamente liberal, si bien mantiene la cláusula que afirma que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado.”* (Op. cit., p.514.)

Posteriormente, el Preámbulo de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 proclamaba “Ya no hay cofradías ni corporaciones de profesiones, artes y oficios.”³²¹ De allí que Pérez Royo afirme que *“El ejercicio del derecho de asociación resultaba intelectualmente repugnante para lo que se entendía que tenía que ser la nueva constitución social y política opuesta a la del Antiguo Régimen.”*³²²

Indudablemente que el rechazo inicial del Estado Liberal, plasmada en su ordenamiento jurídico, estuvo dirigido a impedir la restauración, bajo nuevas formas, de las antiguas corporaciones y gremios medievales, cuya existencia era contraria a la libertad de trabajo y al desarrollo de la economía de mercado, pero, en los hechos, se extendió hacia toda forma de organización social, distinta del Estado que implicara someter al individuo a cualquier otra autoridad que no fuera la de éste. De forma particular, esta actitud negativa estuvo dirigida hacia las asociaciones que pudieran tener una finalidad política, es decir los partidos, o laboral, esto es, los sindicatos. Con razón, Pérez Royo apunta que:

*“La constitución de asociaciones que pudieran insertarse como intermediarios entre el ciudadano y el Estado, en el primer caso, y que pudieran incidir en la relación contractual entre el empresario y el trabajador, en el segundo, es lo que convertía a estas asociaciones en intelectual y prácticamente repugnantes para la mentalidad individualista dominante en el momento de la inicial puesta en marcha del Estado Constitucional.”*³²³

Una de las fundamentaciones más claras y rotundas del rechazo a las asociaciones se encuentra en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau. Para

³²¹ Cfr. GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación”. Tribunal Constitucional Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2004 Madrid, p.47.

³²² PÉREZ ROYO, Javier, “Curso de Derecho Constitucional”, Novena Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2003, p.458. Agrega este autor: *“De ahí que la actitud del Estado frente al derecho de asociación fuera inicialmente una actitud represora. El derecho de asociación quedaba fuera de lo que legítimamente podían hacer los ciudadanos.”* (Ibidem.)

³²³ Ibidem. Señala este mismo autor: *“De ahí que el derecho de asociación no figurara en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y que no se incorporara a la Constitución Federal americana a través de las de las Enmiendas incorporadas en 1791 o a los textos constitucionales de la primera mitad del siglo XIX.”* (Ibidem.)

el filósofo ginebrino, el individuo, en virtud del pacto social pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general. Al obrar de este modo, el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a alcanzar todo lo que le apetece, pero gana la libertad civil y la propiedad de cuanto posee. En este sentido, la libertad civil, adquirida en virtud al contrato social, está limitada por la voluntad general.³²⁴ Para Rousseau la voluntad general es la suma de las voluntades individuales, que deben expresarse libremente, razón por la cual considera a las sociedades o asociaciones de individuos, como un factor perturbador de la voluntad general:

*“Si cuando el pueblo delibera, una vez suficientemente informado, no mantuviesen los ciudadanos ninguna comunicación entre sí, del gran número de las pequeñas diferencias resultaría la voluntad general y la deliberación sería siempre buena. Mas cuando se desarrollan intrigas y se forman asociaciones parciales a expensas de la asociación total, la voluntad de cada una de estas asociaciones se convierte en general, con relación a sus miembros, y en particular con relación al Estado.”*³²⁵

Este factor perturbador deriva del hecho de que, a su juicio, las que llama “sociedades parciales” influyen sobre la voluntad del individuo, afectando su verdadera libertad: *“Importa, pues, para poder fijar bien el enunciado de la voluntad general, que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según él mismo; (...)”*³²⁶ El filósofo considera que las sociedades parciales representan intereses particulares y que de lograr que estos prevalezcan se altera el sentido del interés común que es aquel que está representado por la voluntad general. Su opinión no puede ser más rotunda:

*“Pero cuando el nudo social comienza a aflojarse y el Estado a debilitarse; cuando los intereses particulares empiezan a hacerse sentir y las pequeñas sociedades a influir sobre la grande, el interés común se altera y encuentra oposición; ya no reina la unanimidad en las voces; la voluntad general ya no es la voluntad de todos; se elevan contradicciones, debates, y la mejor opinión no pasa sin discusión.”*³²⁷

³²⁴ Cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo, “Contrato Social”. Espasa-Calpe, S.A., 1975 Madrid, pp.43-47.

³²⁵ Ibídem, p.55.

³²⁶ Ibídem.

³²⁷ Ibídem, p.131.

De allí que para el pensamiento rousseuniano, que predominó en esta materia – como en otras-, en los albores del Estado Liberal, éste debía estructurarse en base a la ecuación individuo-Estado, descartando, por completo la intermediación entre ambos de asociaciones o sociedades, las que, además de restringir la libertad individual –como las antiguas corporaciones-, al obedecer a intereses u opiniones particulares, ponían en peligro la voluntad general y, con ello, el interés común.

De este modo, como se ha señalado antes, la orientación prohibitiva estuvo principalmente dirigida hacia los partidos y los sindicatos. En el caso de los partidos, estos fueron considerados durante largo tiempo, incluso con anterioridad a la revolución francesa, como “facciones”, en la mayoría de los casos “sediciosas”, que defendían ideologías o intereses particulares, con el propósito de imponerlos a la sociedad, en detrimento del interés general. Sartori³²⁸ cita algunas frases representativas de este criterio, pronunciadas por Robespierre y Sain-Just. El primero decía: *“siempre que advierto ambición, intriga, astucia y maquiavelismo, reconozco una facción, y corresponde a la naturaleza de todas las facciones sacrificar el interés general”*; por su parte, Saint-Just, mas contundente, afirmaba que *“Todo partido es criminal...por eso toda facción es criminal....Toda facción trata de socavar la soberanía del pueblo.”* Y, también, sostuvo que *“Al dividir a un pueblo, las facciones sustituyen a la libertad por la furia del partidismo.”*³²⁹ Similares prevenciones frente a los partidos expresó Hamilton en El Federalista.³³⁰

³²⁸ SARTORI, Giovanni, “Partidos y Sistemas de Partidos. Marco para un análisis. Volúmen 1”, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p.32.

³²⁹ Señala Sartori: *“Generalmente se citan tres razones para explicar la unanimidad de este coro: en primer lugar, los revolucionarios de 1789 estaban sometidos al hechizo de Rousseau; en segundo lugar, su dios era La Raison (la Razón); en tercer lugar, estaban imbuidos de una filosofía individualista, por no decir plenamente atomista.” (Ibídem.)*

³³⁰ *“Entre las numerosas ventajas que ofrece una Unión bien estructurada, ninguna merece ser desarrollada con más precisión que su tendencia a suavizar y dominar la violencia del espíritu de partido. Nada produce al amigo de los gobiernos populares más inquietud acerca de su carácter y su destino, que observar su propensión a este peligroso vicio.” (HAMILTON. A, MADISON. J Y JAY. J, “El Federalista”, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp.35-36.)*

En el caso de los sindicatos, la presencia de estos se consideraba perturbadora de la libertad económica, al considerar que estos tenían por objeto imponer al empresario el “precio” del trabajo (salarios) y otras condiciones laborales, lo que atentaba contra la libertad contractual y de industria.

Por estas razones, el reconocimiento del derecho de asociación va a ser “tardío”, como lo señala Gómez Montoro, pues no tendrá lugar, en los textos constitucionales, hasta la segunda mitad del siglo XIX y como lo afirma este autor, en realidad sólo será posible hablar de un verdadero derecho de asociación ya bien entrado el siglo XX, porque las primeras regulaciones legales de éste le impusieron severas restricciones, como la de autorización y control previo.³³¹

El reconocimiento “prematureo” de este derecho tuvo lugar, sin embargo, en la Constitución de Bélgica, en 1831, pero este hecho no tuvo repercusiones inmediatas en Europa, donde continuaron prevaleciendo normas prohibitivas y represoras. España lo reconocerá recién en la Constitución de 1869, en términos bastante amplios y democráticos, evitando imponer restricciones en cuanto a los fines de las asociaciones y prohibiendo sólo aquellos contrarios a la moral pública.³³² Este derecho se mantuvo en las constituciones de 1876 y 1931 y sólo desaparecerá de las normas durante la dictadura de Franco. Sin embargo, la primera Ley General de Asociaciones, dictada en ese país el 30 de junio de 1887, representó una restricción importante del derecho, que antes que como tal fue considerado una concesión estatal, sujetas a múltiples controles administrativos.³³³ Por su parte, Francia, derogó en 1864 la legislación penal

³³¹ GÓMEZ MONTORO, Op.cit., p.43.

³³² Cfr. PELAYO OLMEDO, José Daniel, “El Derecho de Asociación en la Historia Constitucional Española, con particular referencia a las Leyes de 1887 y 1964” en Historia Constitucional (revista electrónica), Nº 8, 2007. <http://hc.rediris.es/08/index.html>. Explica este autor que “Esta forma tan amplia de reconocer el derecho, difería esencialmente de la actitud que, hasta ese momento, había tenido el poder político frente a las asociaciones 11. Con esta fórmula, el constituyente pretendía conseguir, y por lo tanto otorgar al individuo, una radical libertad para asociarse, previendo que, de este modo, se avanzaría en otras materias, como la enseñanza libre o las actividades de beneficencia particular.” (Ibídem.)

³³³ Cfr. PELAYO OLMEDO, Op.cit. Comenta el autor lo siguiente: “Sin embargo, “[c]uando finalmente se consiguió la ley de asociaciones de 30 de junio de 1887, esta no abrió una

represiva de los derechos de coalición y huelga y, el 21 de marzo de 1884, aprobó la conocida como “Ley Waldeck-Rousseau” que es la Ley de asociaciones profesionales, para, finalmente, mediante ley del 1º de julio de 1901, que reconoció el derecho de asociación en general, otorgarles personería jurídica, permitirles recibir cotizaciones de sus miembros, poseer un local y celebrar reuniones de sus miembros.³³⁴

En los Estados Unidos, a pesar de que la Constitución de 1787 y las diez primeras enmiendas, aprobadas en 1791, no hicieron mención alguna a la libertad de asociación, esta logró desarrollarse, de modo casi espontáneo, en el seno de la sociedad norteamericana, como pudo comprobarlo Alexis de Tocqueville:

*“Los norteamericanos de todas las edades, de todas condiciones y del más variado ingenio, se unen constantemente y no sólo tienen asociaciones comerciales e industriales en que todos participan, sino de otras mil especies: religiosas, morales, solemnes, fútiles, muy generales y muy particulares; los norteamericanos se asocian para dar fiestas, fundar seminarios, construir albergues, levantar iglesias, distribuir libros, enviar misioneros a las antípodas; crean de este modo, hospitales, prisiones y escuelas. (...) Siempre que a la cabeza de una nueva empresa se vea en Francia, al gobierno, y, en Inglaterra, a un gran señor, en los Estados Unidos se vera, indudablemente una asociación.”*³³⁵

En este país la Clayton Anti-trust Act, en 1914 reconocerá plenamente el derecho a la asociación profesional, que hasta ese momento había estado restringido por la Sherman Anti-trust Act de 1891. En Alemania, la libertad de asociación fue reconocida en 1869, mediante una Ordenanza.

Proceso semejante se vive en las naciones latinoamericanas, donde la libertad de asociación logra, también, un reconocimiento tardío. La Constitución

libertad de asociación, sino una libertad mediatizada por la intervención de la burocracia gubernamental”. Todo ello porque, en su fundamento, la Constitución de 1876 resultaba más restrictiva que su precedente de 1869 y, en materia de derechos, se postulaba su naturaleza de concesiones estatales, donde las leyes ordinarias de desarrollo jugaba un papel importante y frecuentemente limitaron y recortaron su ejercicio, permitiendo, al final, consolidar una actividad arbitraria por parte de los gobernantes” (Ibídem).

³³⁴ Cfr. DE BUEN, Néstor, “Derecho del Trabajo”, Editorial Porrúa S.A., México, 1981, Tomo Segundo, pp.550-556.

³³⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de, “La democracia en América”, Aguilar S.A., Madrid, 1981, p.194.

argentina, de 1853, la reconoció en su artículo 14º, que indica que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de asociarse con fines útiles.”*³³⁶ De la misma manera, la Constitución mexicana de 1857, la reconoció en los siguientes términos: *“No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. (...).”*

337

Posteriormente, el derecho de asociación va a lograr carta de ciudadanía en la mayoría de las constituciones democráticas. Entre ésta, cabe mencionar la de Alemania de 1919 (art.124), la cual precisa que no se podrá negar la personalidad jurídica a las asociaciones por el hecho de perseguir un fin político, social o religioso.; asimismo, en su artículo 159 esta constitución reconoce, específicamente, la “libertad de coalición” de todas las profesiones, para la defensa y mejora de las condiciones de trabajo y de la vida económica.³³⁸ También corresponde mencionar a las constituciones de México (1917) y España (1931) porque aún cuando en ambos países la libertad de asociación ya estaba reconocida en constituciones anteriores, estas fueron las primeras en reconocer, de modo específico, el derecho de asociación de los trabajadores para constituir sindicatos.³³⁹

En las constituciones modernas, especialmente las dictadas después de la segunda guerra mundial, no sólo se encuentra plenamente reconocido el derecho de asociación en general, sino, también algunas de sus manifestaciones más relevantes, como son las que se refieren a los sindicatos y a los partidos. Así, la Constitución italiana (1947) reconoce el derecho de asociación en el

³³⁶ Cfr. DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, “La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, pp.435-456.

³³⁷ Cfr. CASTRO, Op.cit., pp.85-87.

³³⁸ Cfr. MIRKINE GUETZEVITH, Op.cit.

³³⁹ La Constitución mexicana, en la fracción XVI de la parte A del artículo 123, indica que: *“Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera;”*. Por su parte, el artículo 39 de la Constitución de la II República española decía lo siguiente: *“Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado (...).”* (Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit.)

artículo 18, el de constituir sindicatos en el artículo 39 y a los partidos políticos en el artículo 49. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949) regula la libertad de asociación en su artículo 9, y en su numeral 1 se refiere al derecho en general, en el numeral 3 a las asociaciones profesionales, y en el artículo 21 a los partidos políticos. La concisa Constitución de Francia, de 1958, garantiza la libertad sindical en el Preámbulo de la Constitución de 1946, que forma parte del texto de la de 1958, conforme lo dispone el preámbulo de ésta; y asegura el rol de los partidos en su artículo 4. Finalmente, es importante destacar el caso de la Constitución española (1978), la cual además de reconocer el derecho de asociación (art.22) y el de sindicación (art.28), entre los “derechos fundamentales y libertades públicas”, enunciado en la Sección 1ª del Capítulo Segundo, incluye la referencia a los partidos político y a los sindicatos en los artículos 6º y 7º del Título Preliminar, el cual está destinado a establecer los fundamentos del Estado Español, relievando, de este modo, el rol esencial de estas instituciones en el Estado social y democrático de Derecho que, como fórmula política, define en su artículo 1º.

La Constitución de 1856, fue la primera de las constituciones peruanas que garantizó la libertad de asociación, en su artículo 28, el cual señaló que *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público o en privado, sin comprometer el orden público.”*³⁴⁰ Como se puede advertir, del énfasis que pone este precepto en sostener que el ejercicio del derecho de asociación debe ser pacífico y no afectar el orden público, en esta formulación existen resabios del antiguo resquemor hacia las asociaciones. Este enunciado se reprodujo en el artículo 29 de la Constitución de 1860 y en la de 1867, aunque el artículo 27 de este suprimió la oración “sin comprometer el orden público.” La Constitución de 1920, en el artículo 37º, varió la formulación que hasta ese momento se había mantenido al establecer que *“La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidas por la ley”*, texto éste que eliminando únicamente la palabra “naturaleza” se repite en el artículo 27º de la carta de 1933. Un rasgo peculiar de esta constitución es que,

³⁴⁰ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Op.cit., pp. 273-290.

por primera vez, aparece una referencia a una clase específica de asociaciones, los partidos políticos, aunque el contenido de la misma sea negativo. En efecto, el artículo 53º establece lo que sigue: *“El Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función pública.”*

Es en la Constitución de 1979 cuando la triada derecho de asociación general-derecho de sindicación-derecho de formar partidos, logra su plena consagración. El primero está reconocido en el inciso 11 del artículo 2º, pero existen otras referencias al mismo, en el inciso 16 del mismo precepto (participación asociada en la vida política, económica social y cultural), el artículo 30º (con fines educativos), los artículos 112º y 116º (empresas y economía) y el 159º (empresas agrarias). Al segundo, se refieren los artículos 51º, que consagra el derecho de los trabajadores *“a la sindicalización sin autorización previa”*, y el 61º que reconoce este derecho a los servidores públicos. Finalmente, por primera vez en un texto constitucional peruano, los partidos políticos son reconocidos como expresión del pluralismo democrático, afirmando, asimismo, que *“Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía.”*

Este mismo esquema se ha conservado en la actual constitución, que dedica al derecho de asociación general el inciso 13 del artículo 2º, a la libertad sindical los artículos 28º y 42º, este último referido a los servidores públicos, y el artículo 35º a los partidos políticos.

La función del derecho de asociación en el desarrollo de la sociedad contemporánea la advirtió tempranamente Tocqueville, tras estudiar la experiencia de los Estados Unidos.

Para el pensador francés el origen de las asociaciones se encuentra en la debilidad de las personas para obrar individualmente *“Como en los pueblos democráticos, todos los ciudadanos son independientes y débiles, no son casi nada por sí mismos y ninguno de ellos puede obligar a sus semejantes a*

prestarle ayuda; caerían todos en la impotencia si no aprendiesen a ayudarse libremente."³⁴¹

Para Tocqueville la asociatividad es un instrumento para compensar la desigualdad social, pues a su juicio: *"Las asociaciones, pues, son las que en los pueblos democráticos deben ocupar el lugar de los particulares poderosos, que la igualdad de condiciones ha hecho desaparecer."*³⁴² Entusiasmado con el desarrollo de las asociaciones en Norteamérica, llega a postular la existencia de una nueva ciencia: *"(...) la ciencia de la asociación es la ciencia madre; el progreso de todas las demás depende del progreso de ésta."*³⁴³

Y no sólo es una ciencia, sino también la ley más importante que rige la sociedad *"Entre las leyes que rigen las sociedades humanas hay una que parece más precisa y más clara que todas las otras. Para que los hombres permanezcan civilizados o lleguen a serlo, es necesario que el arte de asociarse se desarrolle entre ellos y se perfeccione en la misma proporción en que la igualdad de condiciones aumenta."*³⁴⁴

En realidad, Tocqueville avizoró, con agudeza el rol instrumental que la libertad de asociación iba a adquirir en relación a la promoción de la democracia y de los demás derechos fundamentales, al constituir un mecanismo privilegiado para canalizar e institucionalizar la cooperación inter-individual para el logro de fines socialmente válidos, que estando destinados a satisfacer necesidades o expectativas de los individuos, no podían ser alcanzados por éstos en forma aislada. De allí, que se haya destacado el carácter del derecho de asociación como una "garantía complementaria" de los demás derechos fundamentales³⁴⁵,

³⁴¹ TOCQUEVILLE, Loc.cit.

³⁴² Ibídem.

³⁴³ Ibídem, p.195.

³⁴⁴ Ibídem.

³⁴⁵ GÓMEZ MONTORO afirma al respecto: *"Entre los bienes que se pueden perseguir colectivamente están, desde luego, los tutelados por los demás derechos fundamentales. La consecución del bien o la libertad constitucionalmente protegidos puede llevarla a cabo el individuo aislado o a través de las entidades que él mismo crea. De aquí que se haya considerado al derecho de asociación como una garantía complementaria de los demás derechos, o que se le califique como un "derecho de ejercicio" (Ausübungsrecht): todo ejercicio de la libertad protegido por los derechos fundamentales puede ser objeto de una*

pues a través de éste puede obtenerse ya la promoción y desarrollo o ya la defensa o protección de estos.

Desde este punto de vista, la libertad de asociación puede contemplarse como un medio eficaz para el libre desarrollo de la personalidad, consagrada como un derecho fundamental en el artículo 2.1 de nuestra Constitución. Ello es así, porque siendo la persona humana un ser social por naturaleza, el desarrollo de su personalidad requiere de espacios de unión y cooperación con los demás para la realización de los diversos aspectos que constituyen dicha personalidad (educativos, culturales, religiosos, sociales, deportivos, políticos, etcétera.) Por ello, con fundamento, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho de asociación *“(...) se explica en la medida en que gran parte de los planes de vida del ser humano dependen, para su cristalización, de la cooperación e interacción con otros; y ello, porque su naturaleza gregaria lo lleva a agruparse con otros a fin de conseguir los objetivos que, de hacerlo solo, no podría llegar a conseguirlos.”*³⁴⁶

Asimismo, a juicio del órgano de control de la constitucionalidad este derecho *“(...) se concibe como un medio necesario para que la autonomía de las personas pueda expandirse hacia formas de convivencia solidaria y fructífera.”*³⁴⁷

El que el ejercicio del derecho de asociación pueda considerarse como un instrumento o medio para el desarrollo de la personalidad del ser humano y la realización de sus derechos no lo priva, empero de tener sustantividad propia. Como lo señala Gómez Montoro, lo que este derecho protege no son los fines que cada asociación puede tener, sino *“(...) la libertad de crear agrupaciones de personas que, a su vez, puedan desenvolverse libremente. Se protege a la asociación en sí misma y no como mero medio para el ejercicio de otros*

actividad asociativa. El ejercicio de los derechos fundamentales, al mismo tiempo que permite al sujeto individual crear determinadas organizaciones, necesita de ellas. (Op.cit., pp.63-64.)

³⁴⁶ STC, Expediente N° 4241-2004-AA-TC, FJ.5.

³⁴⁷ STC, Expediente N° 1027-2004.-AA/TC, FJ.1.

derechos fundamentales.”³⁴⁸ En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido el contenido esencial del derecho de asociación, en la siguiente forma:

*“El contenido esencial del derecho de asociación está constituido por: a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto, es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la facultad de auto organización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización.”*³⁴⁹

Dicho contenido esencial, garantiza, en suma, la libertad positiva de asociación, la libertad negativa y la libertad de organización, dimensiones éstas que configuran el de asociación como un genuino derecho-libertad. El rol del derecho de asociación en el Estado Social es fundamental porque es, principalmente a través de éste que se desarrolla el pluralismo social e institucional, que es una de sus características típicas, a las que ya nos hemos referido (Supra, II, 2.1.). Por ello, el Tribunal Constitucional español asevera que se trata de *“uno de los elementos estructurales básicos del Estado Social y Democrático de Derecho (STC 173(1988, 8º)”*³⁵⁰; y el Tribunal Constitución alemán ha indicado que además de ser un derecho subjetivo, en su dimensión objetiva o institucional expresa *“(…) el principio de la libre creación de los grupos sociales.”*³⁵¹

García-Pelayo define con mucha exactitud la función esencial que cumple el derecho de asociación en la configuración y desarrollo del Estado Social:

“(…) un fenómeno directamente correlativo al del Estado social es la enérgica presencia en la formulación de las decisiones políticas y administrativas de las organizaciones defensoras de intereses, sin las

³⁴⁸ GÓMEZ MONTORO, Op.cit., pp.64-65. Precisa este autor que desde esta perspectiva *“(…) el derecho de asociación es de naturaleza principalmente formal: no se refiere a contenidos materiales sino que es, ante todo, garantía de autoorganización.”* (Ibídem:)

³⁴⁹ STC Expediente N° 4241-2004-AA-TC, FJ.5.

³⁵⁰ Cfr. GÓMEZ MONTORO, Op.cit., p.67.

³⁵¹ Ibídem. Concluye por ello este autor que *“Dicho en otros términos, el derecho de asociación no sólo garantiza una libertad individual sino que, al mismo tiempo, permite la creación de grupos que son esenciales en un Estado Social y Democrático.”* (Ibídem).

*cuales, por otra parte, el Estado social no podría desarrollarse y que, por consiguiente, son tanto una consecuencia como un supuesto de la idea y de la praxis del Estado social. De este modo, el Estado social va dialécticamente unido con lo que los alemanes denominan “Estado de asociaciones” (Verbändestaat), es decir, un Estado en cuyas decisiones toman parte en una medida decisiva no solamente los partidos, sino también las grandes organizaciones o asociaciones que, a su vez, pueden influir en los partidos o ser influidas por éstos.*³⁵²

No hay ninguna duda de la importancia que ha jugado el derecho de asociación en la configuración y desarrollo del Estado social así como de la sociedad democrática. A través de él ha sido posible superar el estrecho individualismo del Estado liberal, que se basa en la dialéctica individuo-Estado, para crear múltiples formas de cooperación social en las cuales las personas han podido potenciar sus energías y capacidades individuales, para garantizar de mejor manera su propio desarrollo y la efectividad de sus derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, como ya lo anotaba Tocqueville, las asociaciones se han mostrado, también, como eficaces mecanismos para contrapesar, a los poderes sociales, sean estos los del Estado o los de organizaciones o personas particulares. Piénsese, sólo a título de ejemplo, en la importancia de las asociaciones de consumidores frente al poder de las empresas industriales y comerciales, o el de los sindicatos en orden a limitar el poder de los empleadores, sin dejar de mencionar, también, a las organizaciones de derechos humanos orientadas a la defensa de la vida, la libertad y la integridad de la persona ante eventuales, y no poco frecuentes, abusos de poder por parte del Estado.

2.1.5. El derecho de sufragio.

³⁵² GARCÍA-PELAYO, Op.cit., p.40. En el mismo sentido, GÓMEZ MONTORO, sin embargo, precisa que “(...) esta dimensión objetiva no puede reducirse a la faceta de participación democrática, por muy importante que ésta sea y, de hecho, trasciende el interés del Estado para incidir en el de la sociedad misma. La libertad asociativa garantiza no sólo el pluralismo político e ideológico, sino el religioso, el cultural, el social y el económico, y permite la intervención de los grupos en cualesquiera asuntos públicos. Sólo ella hace posible “la autoorganización libre de la sociedad que contempla nuestra Constitución.” (Op.cit., pp.67-68.)

De acuerdo a lo que antes hemos manifestado (Supra, I, 1.3.), la conquista del sufragio universal representó un factor desencadenante del proceso de tránsito del Estado liberal al Estado social. El proceso que conduce al sufragio universal y sus efectos más relevantes en orden al desarrollo del Estado social, se han expuesto en ese apartado, por lo que, ahora, lo que nos interesa presentar es el cambio producido en la noción misma del derecho de sufragio o, dicho con mayor exactitud, en la concepción del sufragio, pues este, en el inicio del Estado liberal no era concebido, siquiera, como un derecho.

Para comprender la noción del sufragio que adviene con el Estado liberal, es preciso, previamente, entender la noción del régimen político o de gobierno que este propició. A menudo se afirma que con el surgimiento del Estado liberal nació la democracia, pero la realidad es que los ideólogos y líderes políticos de las revoluciones liberales jamás pensaron en tal cosa y ni siquiera recurrieron a la palabra “democracia” o a la expresión “Estado democrático” para bautizar el nuevo régimen político nacido de aquellas. Para esos pensadores la “democracia” era el sistema político practicado en Atenas y en otras ciudades griegas de la época helénica y que estaba basado en la intervención directa del pueblo en la toma de decisiones. Madison, en El Federalista, explica la diferencia entre “democracia y república”, la cual consiste en que *“(…) en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente; en una república se reúne y la administra por medio de sus agentes y representantes.”*

³⁵³ En la misma obra, Madison abunda en la definición de “república” como *“(…) un gobierno que deriva todos sus poderes directa o indirectamente de la gran masa del pueblo y que se administra por personas que conservan sus cargos a voluntad de aquel, durante un período limitado o mientras observen buena conducta.”* ³⁵⁴

La idea que predominó, por consiguiente, fue la de un gobierno o régimen “representativo” entendiendo por éste no una democracia, al estilo de los antiguos griegos, sino uno basado en la elección de representantes, quienes

³⁵³ HAMILTON, MADISON Y JAY, Op.cit., p.53.

³⁵⁴ Ibídem, p. 159.

serían los encargados de administrar y aprobar las leyes. Esta concepción también la desarrolla Sieyes quien se pregunta que deben hacer los asociados de un Estado cuando son muy numerosos y se encuentran repartidos en una superficie demasiado extensa, y se responde de la siguiente manera:

*“Definen lo necesario para velar y proveer a las ocupaciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración.”*³⁵⁵

El planteamiento liberal original fue, entonces, el de un gobierno representativo o “gobierno por procuración”, como lo llamó Sieyes, en el cual el pueblo no toma las decisiones políticas, sino que elige a quienes deben tomarlas. Señala, por ello, Carré de Malberg que:

*“(...) el término “régimen representativo” designa, de una manera que ha llegado a ser hoy tradicional, un sistema constitucional en el que el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos, y ello en oposición tanto al régimen del despotismo, en el que el pueblo no tiene ninguna acción sobre sus gobernantes, como el régimen del gobierno directo, en el que los ciudadanos gobiernan por sí mismos.”*³⁵⁶

Si bien Sieyes invocaba como argumento justificativo del “gobierno por procuración” la existencia de una población numerosa y de un territorio extenso, según Carré de Malberg existía otra razón, tanto o más importante, para defender este régimen político, la cual consistía en la creencia de que la masa popular carecía de la capacidad y la prudencia necesarias para decidir acerca de los asuntos de interés nacional, por lo que el sistema de democracia directa representaría un peligro. Por ello, el pueblo sólo debía participar como elector de sus representantes, los cuales debería ser hombres esclarecidos, dotados de aptitudes suficientes para dirigir el Estado.³⁵⁷ El gobierno representativo, según afirma Manin, estaba basado en una característica no igualitaria: *“que los representantes fuesen socialmente superiores a quienes les eligieran. Se creía*

³⁵⁵ SIEYES, Enmanuel, “¿Que es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios,” Alianza Editorial, Madrid, 1989, pp.142-143.

³⁵⁶ CARRÉ de MALBERG, R. “Teoría General del Estado”. Facultad de Derecho/Fondo de Cultura Económica. 2000 México, p.916.

³⁵⁷ Cfr. Ibidem, pp.920-921.

*firmemente que los representantes electos debía sobresalir respecto de la mayoría de sus electores en cuanto a riqueza, talento y virtud.*³⁵⁸ A este criterio, Manin lo denomina “principio de distinción”.³⁵⁹

El “principio de distinción” va a jugar un papel muy importante a la hora de establecer el sistema electoral del nuevo Estado liberal, tanto para definir quienes podían ser representantes cuanto para establecer quienes debían ser los electores de éstos. Así, por ejemplo, Burke descalificaba a una serie de profesiones u oficios, considerando que quienes los ejercían no podían ser aptos para gobernar.³⁶⁰ De este modo, el propósito del régimen electoral debía ser el de asegurar la elección de los mejores ciudadanos, los más ilustres y distinguidos, en quienes debía depositarse la soberanía nacional para que su voluntad se transformara en la voluntad de la nación. Desde esta perspectiva, se concibió el sufragio como una función pública y no como un derecho. Carré de Malber cita, al respecto, la exposición del diputado Thouret en la sesión del 11 de agosto de 1791 de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que afirma:

*“Existe una primera base indiscutible y es que, cuando un pueblo está obligado a elegir por secciones, cada una de estas secciones, incluso eligiendo de modo inmediato, no elige por sí misma, sino que elige por la nación entera...Entonces, la cualidad de elector se funda en una comisión pública de la cual la potestad pública del país tiene derecho a regular la delegación.”*³⁶¹

³⁵⁸ MANIN, Bernard, “Los Principios del Gobierno Representativo”. Alianza Editorial, S.A., 1998. Madrid, p.119.

³⁵⁹ Señala Manin que “Lo que contaba no era sólo el rango social de los representantes definido en términos absolutos, sino también (y lo que quizá sea más importante) su rango en relación al de sus electores. El gobierno representativo fue instituido con plena conciencia de que los representantes electos serían y debían ser ciudadanos distinguidos, socialmente diferentes de quienes les eligieran.” (Ibídem, pp.119-120.)

³⁶⁰ BURKE, Edmund, “Textos Políticos”. Fondo de Cultura Económica. 1984 México, P.83. Afirmaba este exponente del conservadorismo: “El Canciller de Francia al abrirse los Estados Generales dijo en un tono oratorio florido que todas las ocupaciones eran honorables. Si no quería decir con ello otra cosa sino que ningún empleo honesto es deshonoroso, no se hubiera apartado de la verdad. Pero al afirmar de una cosa que es honorable va implícita una distinción en su favor. La ocupación de un peluquero o de un fabricante de bujías de sebo – por no hablar de otra serie de empleos serviles- no puede honrar a ninguna persona. Tales grupos de hombres no deben ser oprimidos por el Estado; pero es éste quien sufre opresión sí, siendo ellos como son, se les permite gobernar directa o indirectamente. Al hacer esto podéis creer que estáis haciendo la guerra a los prejuicios, pero a quien se la hacéis es a la naturaleza.” (Ibídem.)

³⁶¹ CARRÉ DE MALBERG, Op.cit., p. 1119.

Más explícito aún, el diputado Bernave sostuvo lo siguiente:

*“La cualidad de elector no es sino una función pública, a la que nadie tiene derecho, y que concede la sociedad en la forma que su interés se lo prescribe... Como cada uno elige por la sociedad entera, la sociedad en cuyo nombre y favor se elige tiene esencialmente el derecho de determinar las condiciones bajo las cuales quiere que se funden las elecciones que los individuos hace por ella... La función de elector no es un derecho”*³⁶²

Al no considerarse un derecho sino una función, la ley podía libremente fijar las condiciones de su ejercicio, pudiendo concederlo con mayor o menor amplitud o sujetarlo a requisitos más o menos exigentes, de acuerdo con el señalado propósito de garantizar la elección de una representación competente, apta para desempeñar las funciones gubernativas. Es bajo este criterio, que la Constitución francesa de 1791, formuló una distinción entre ciudadanos “pasivos” y “activos”, correspondiendo solo a estos últimos ejercer el sufragio. Entre los ciudadanos “pasivos”, a quienes no se atribuía la función de sufragar, se contaban los jóvenes entre 21 y 25 años, la servidumbre, los no domiciliados y los no contribuyentes.³⁶³

El criterio central que se adoptó para conceder la función de sufragar a los ciudadanos “activos”, fue el de la propiedad. La condición de propietario fue, así, erigida en criterio legitimador para el ejercicio de la función electoral, en la medida que se consideraba que esta acreditaba la solvencia económica y moral del elector, así como su independencia y buen juicio. Uno de los más firmes defensores de esta posición fue Benjamín Constant, quien la explicaba en la siguiente forma:

“No quiero ser injusto con la clase trabajadora. Esta clase es tan patriota como las otras. Casi siempre está dispuesta a los más heroicos sacrificios y su entrega es tanto más admirable cuanto que no se ve recompensada ni con la fortuna ni con la gloria. Pero una cosa es, creo yo, el patriotismo que

³⁶² Ibídem.

³⁶³ Cfr. GUENIFFEY, Patrice, “La Revolución Francesa y las Elecciones. Democracia y Representación a fines del Siglo XVIII”. Instituto Federal Electoral. Fondo de Cultura Económica. 2001 México, p.64.

*da el valor necesario para morir por su país, y otra el que le hace a uno capaz de conocer bien sus intereses. Hace falta, pues, otra condición además del nacimiento y de la edad prescrita por la ley. Esa condición es el ocio indispensable para adquirir ilustración y rectitud de juicio. Sólo la propiedad hace a los hombres capaces para el ejercicio de los derechos políticos.”*³⁶⁴

Este exponente del constitucionalismo liberal del siglo XIX, consideraba un riesgo que los no propietarios llegaran al poder, porque siendo su meta la de adquirir la propiedad, utilizarían los derechos políticos para conseguirla por cualquier medio: *“(...) esos derechos en manos de un gran número, servirán infaliblemente para invadir la propiedad. Marcharán por este camino irregular, en lugar de seguir la ruta natural, el trabajo, y será una fuente de corrupción para ellos y de desórdenes para el Estado.”*³⁶⁵

En los Estados Unidos, el gobernador Morris opinaba que el requisito de tener una propiedad para poder votar era indispensable, porque la gente carente de ella era especialmente vulnerable a la corrupción por parte de los ricos y se convertirían en instrumentos de estos. Por su parte, Madison expresó que *“Contemplando el asunto sólo por sus méritos los propietarios de este país serían los más seguros depositarios de las libertades republicanas”*.³⁶⁶

Esta concepción conduce directamente al sufragio “censitario”, el cual estaba basado en la propiedad de la tierra, considerando como electores únicamente a quienes figuraban en el “censo” de los contribuyentes del impuesto que se aplicaba a dichas propiedades. Por consiguiente, la lista de contribuyentes hacía las veces de los modernos padrones electorales, que registran a todos los

³⁶⁴ CONSTANT, Benjamín, “Escritos Políticos”. Centro de Estudios Constitucionales. 1989 Madrid, p.66.

³⁶⁵ Ibídem, p.67.

³⁶⁶ Cfr. MANIN, Op.cit., p.130. En una nota de pié de página señala Manin que esta cita es del discurso original de Madison del 7 de agosto de 1787, pero que este, años después, al publicar sus intervenciones, en 1821, señaló que había cambiado de opinión al respecto. (Ibídem.).

ciudadanos con independencia de sus propiedades, rentas, profesión o actividad.³⁶⁷

Sin embargo, liberales como Constant abogaba por requisitos aún más restrictivos, ya que consideraba que no basta tener la condición de propietario, sino que está deba producir una renta elevada. Sostiene, al respecto lo siguiente:

*“Una propiedad puede ser tan restringida, que quien la posea sólo será propietario en apariencia. Quien no reciba en renta territorial, dice un escritor que ha trabajado perfectamente esta cuestión (9), la suma suficiente para mantenerse durante un año, sin necesidad de trabajar para otro, no es realmente un propietario. Se encuentra en la clase de los asalariados, en tanto que le falta una porción de propiedad. Los propietarios son dueños de su existencia, le pueden negar el trabajo. El que posee la renta necesaria para mantenerse independiente de cualquier voluntad ajena, es el único que puede ejercer los derechos de ciudadanía. Una condición de propiedad inferior a ésta es ilusoria, una más elevada sería injusta.”*³⁶⁸

La propiedad, en esta visión, es una garantía de independencia, pues al no depender la existencia de los propietarios de otros, como en el caso de los asalariados, estos no pueden influir en sus decisiones, las cuales, por ello, serán realmente libres. Por ello, a los electores se les exigía, como lo afirmaba Barnave, “tres medios de libertad”, que eran lo siguientes; inteligencia, independencia de fortuna e interés en la cosa pública.³⁶⁹ Pero, en realidad, parece ser que la mera condición de propietario era suficiente para presumir las virtudes, inteligencia, educación e interés en la sociedad que debía reunir todo

³⁶⁷ “El requisito especial de propiedad funcionó bastante bien en Gran Bretaña durante cuatrocientos cincuenta años porque descansaba en una estimación pública de la propiedad ordenada a efectos fiscales.” (MACKENZIE, W.J.M, “Elecciones libres”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1962, p.30.)

³⁶⁸ CONSTANT, Op.cit., p.69. Constant incluso niega el sufragio a los artesanos de la época: “En cuanto a los que no tienen más propiedad que su industria, al estar dedicados necesariamente a tareas mecánicas, necesidad que ninguna institución remediará jamás, se ven privados de todos los medios de instrucción, y pueden, con las mejores intenciones, echar sobre el Estado la carga de sus inevitables errores. A estos hombres hay que respetarlos, protegerlos, impedir que sufran vejaciones por parte de los ricos, apartar todos los obstáculos que pesan sobre su trabajo, facilitar, en la medida de lo posible, su laboriosa carrera, pero no transportarlos a una esfera nueva, donde no les llama su destino, donde su colaboración es inútil, donde sus pasiones serían una amenaza y su ignorancia un peligro.” (Ibídem, p.73)

³⁶⁹ Cfr. GUENIFFEY, Op.cit. p.72. Agrega este autor lo siguiente: “Al requerir de los electores y de los representantes una independencia material y moral, garante de un interés positivo en la conservación como en la prosperidad del orden social, la Constituyente recobraba la descripción, clásica en el siglo XVIII, del ciudadano propietario.” (Ibídem.)

ciudadano “activo”, esto es, elector. El discurso de Boissy d’Anglas en la Convención lo expresa así:

*“Los mejores –dice- son los más instruidos y los más interesados en el mantenimiento de las leyes: ahora bien, salvo algunas cuantas excepciones, sólo se encontrarán semejantes hombres entre quienes, poseyendo una propiedad, estén apegados al país que la contiene, a las leyes que la protegen, a la tranquilidad que la conserva, y que deban a esa propiedad y a la holgura que proporciona la educación que les permitió ser propios para discutir con sagacidad y justicia las ventajas y los inconvenientes de las leyes que fijan la suerte de la patria.”*³⁷⁰

Son estas las razones por las cuales al erigir la propiedad en condición para ser elector se excluía del cuerpo electoral a todas aquellas personas a quienes se consideraba, por el hecho de ser dependientes de otros, carentes de una voluntad independiente y de auténtica libertad. La “voluntad general” debía constituirse a partir de la expresión de voluntades individuales independientes e iguales, lo que obliga a excluir a quienes se encontrasen en situación de dependencia social o moral, como los menores de edad, las mujeres, la servidumbre, los monjes, los vagabundos y los indigentes, además de quienes, como los extranjeros y los condenados y quebrados, se consideran separadas de la comunidad nacional.³⁷¹

Bajo estas premisas, la Constitución francesa de 1791 estableció, en el artículo 2 de la Sección II del Título III, que para tener la condición de ciudadano activo y, por tanto, poder sufragar, había que pagar una contribución directa igual, por lo menos, al valor de tres jornadas de trabajo y no ser criado doméstico.³⁷² El bajo nivel de la contribución exigida ha llevado a sostener que la restricción del

³⁷⁰ Ibídem, p. 73.

³⁷¹ Cfr. GUENIFFEY, Op. cit., pp. 66-67. La decisión de excluir a los pobres del sufragio, en aras de la independencia e igualdad del sufragio, es, sin embargo, bien considerada por políticos socialistas como Jaurès: *“Tal como lo había comprendido Jaurès, muy superior en ello a la mayoría de sus herederos y a algunos de sus predecesores como Louis Blanc, la Constituyente actúa de manera revolucionaria al excluir a los pobres. Jaurès volvía a una idea desarrollada por Michelet, para quien los decretos censatarios habían permitido “saquea [r] de las manos de la aristocracia a un millón de electores de campaña” tan dependientes que su admisión al electorado, en nombre de la “utopía” del “derecho natural”, hubiese beneficiado indefectiblemente a los nobles.”* (Ibídem, pp.68-69.)

³⁷² DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp.131-162.

sufragio en ese período inicial de la Revolución francesa no fue extrema, pues, según se estima, el cuerpo electoral quedó constituido por 4'400.000 ciudadanos activos, cifra esta muy superior a las registradas después de la restauración borbónica, cuando el nivel de las contribuciones se elevó considerablemente, en virtud a lo cual el cuerpo electoral se redujo a 90,000 electores en 1817 y no llegaba a 200,000 tras la ley del 10 de abril de 1831.³⁷³ En Gran Bretaña, antes de la reforma electoral de 1832, que redujo la contribución al pago de un alquiler de diez libras, el electorado apenas representaba un 4 por ciento de la población, es decir, aproximadamente 400,000 electores y tras dicha reforma se duplicó. Una nueva reforma efectuada en 1867, que volvió a rebajar el censo, supuso elevar el número de electores a dos millones.³⁷⁴

Cabe tener en cuenta, sin embargo, que la restricción del sufragio no dependía únicamente de los requisitos limitativos impuestos para ser ciudadano activo, sino del hecho de que en ese período, la elección de los representantes era indirecta, es decir mediante colegios electorales, cuyos miembros eran elegidos por los ciudadanos con capacidad de sufragar. Estos, por consiguiente, no elegían a dichos representantes, sino solamente a quienes debían elegir a estos. Las normas de la época imponían requisitos adicionales, más estrictos, para ser miembro del Colegio Electoral o “elector”: tener una propiedad con una renta igual a doscientas jornadas de trabajo en ciudades con más de seis mil almas, o igual a ciento cincuenta jornadas en ciudades con menos de seis mil almas o en el campo. El efecto reduccionista del derecho a elegir a los representantes lo ilustra el hecho de que en Francia, en 1791, sobre un cuerpo electoral de más de 4 millones de ciudadanos “activos”, los electores eran apenas 43,000.

En nuestro país rigieron criterios similares a la hora de fijar las reglas electorales. La Constitución de 1823, estableció, en su artículo 17, además de saber leer y escribir, el requisito de *“Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en*

³⁷³ Cfr. GUENIFFEY, Op. cit., p. 65.

³⁷⁴ Cfr. HAURIOU, Op.cit., pp.286-287

clase de sirviente o jornalero”³⁷⁵ para adquirir la ciudadanía, que otorgaba el derecho de votar (art.32). Como el sistema electoral era indirecto, según la usanza de la época, para ser elector, era menester *“Tener una propiedad que produzca trescientos pesos cuando menos, o ejercer cualquiera arte, u oficio, o estar ocupado en alguna industria útil que los rinda anualmente, o ser profesor público de alguna ciencia.”*³⁷⁶ El requisito de propiedad es suprimido por la Constitución de 1828 (art.4º) para tener la condición de ciudadano y votar en la elección de los “electores”. Los requisitos para tener esta condición se mantuvieron iguales que en la constitución anterior, de acuerdo al artículo 13º de esta constitución. Similares criterios observó la Constitución de 1834, la cual remitió a la ley señalar los requisitos para ser miembro del colegio electoral y, así, la ley electoral del 29 de agosto de 1834 estableció, alternativamente, pagar alguna contribución o ejercer una profesión o industria.³⁷⁷

La Constitución de 1939 representó un retroceso al volver a establecer como requisito para la ciudadanía el de *“pagar alguna contribución”* (art.8º, inc.3º).³⁷⁸ En cambio, la de 1856 representó un cambio radical, al eliminar este requisito y establecer, en su artículo 37, el sufragio popular directo, el cual *“lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen una propiedad raíz, o se han retirado, conforme a la ley, después de haber servido en el ejército o armada.”*³⁷⁹ Sin embargo, la Constitución conservadora de 1860, restableció el pago de alguna contribución como una alternativa a los otros ya enunciados por su predecesora. La ley electoral del 4 de abril de 1861, restauró, asimismo, el sufragio indirecto, que la anterior y la ley electoral de 1857 habían abolido.³⁸⁰

Un aspecto importante a tener en cuenta para comprender la extensión del sufragio en el Perú es el relativo al voto indígena. A este sector mayoritario de la población se le exceptuó, desde la Constitución de 1823, y en las posteriores a

³⁷⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Op.cit., p .97.

³⁷⁶ Ibídem, p.99.

³⁷⁷ Cfr. PANIAGUA CORAZAO, “El derecho de sufragio en el Perú”, Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Año 2, número 2, Lima, 2003, p.72.

³⁷⁸ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Op.cit., pp.240-241.

³⁷⁹ Ibídem, p. 276.

³⁸⁰ Cfr. PANIAGUA, Op.cit., p.76.

ésta, del requisito de saber leer y escribir para votar, por lo que los indígenas que eran propietarios o contribuyentes, tuvieron acceso al sufragio hasta las reformas de 1895.³⁸¹ Considerando el carácter poco exigente de los requisitos establecidos para la ciudadanía y la legislación de excepción que favoreció el sufragio de los indígenas ³⁸², Paniagua considera que en el Perú no existió, propiamente, el sufragio censitario, aunque reconoce que para integrar los colegios electorales, mientras existió el sufragio indirecto, o ser elegido representante era preciso ser mayor contribuyente o propietario ³⁸³, lo cual, sin duda, representa, a nuestro juicio, una importante restricción basada en la desigualdad.

La aspiración al sufragio universal estuvo presente, no obstante, antes de las revoluciones liberales europeas, en el pensamiento de alguno de sus precursores ideológicos como Rousseau, quien partiendo de su concepción de la soberanía, que atribuye a cada ciudadano una fracción de la misma, deduce el derecho de votar casi como un derecho natural. En un pasaje del Contrato Social, afirma: *“Tendría que hacer aquí muchas reflexiones sobre el simple derecho a votar en todo acto de soberanía, derecho que nadie puede quitar a los ciudadanos.”*³⁸⁴ De esta afirmación, Carré de Malberg concluye por la opción del filósofo ginebrino a favor del sufragio universal:

“La conclusión que se deduce de todos estos razonamientos es que el derecho de sufragio, para todos los ciudadanos indistintamente, es un derecho, un derecho natural, inherente a la cualidad de miembro del Estado y anterior a cualquier Constitución estatal, un derecho que tiene su

³⁸¹ *Ibidem*, pp.69-70.

³⁸² Similares razonamientos a los que los primeros liberales europeos desarrollaron para excluir del derecho de sufragio a las personas social, económica o moralmente dependientes de otras, por carecer de independencia de criterio, fueron formuladas en el Perú respecto del voto de los indígenas. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución de 1931, formulado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, se explicó su oposición a restaurar el voto de los indígenas en los siguientes términos: *“La razón decisiva contra el sufragio de los indios analfabetos ha sido muchas veces expuesta. El voto les es inútil y nocivo. No votan porque no saben votar; les hacen fingir un voto los que tienen sobre ellos una potestad irresistible. Con el concurso de sus aparentes sufragios resultan elegidos no los amigos del indio, sino sus enemigos y dominadores.”* (VILLARÁN, Manuel Vicente, *“Ante-Proyecto de Constitución de 1931”*, Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., Lima, 1962, p.27.)

³⁸³ *Ibidem*, pp.71-72.

³⁸⁴ ROUSSEAU, Op.cit., p. 132.

*fundamento en la misma definición de la soberanía, un derecho en fin cuyo goce no puede quedar subordinado a ninguna condición restrictiva de cualquier naturaleza que ésta sea.”*³⁸⁵

Estas ideas tuvieron su concreción en la Constitución francesa del año III (1793), aprobada por la Convención, dominada por los jacobinos y sus aliados. Tuvo en Robespierre su más firme y elocuente defensor, pues este, contrariando el criterio hasta entonces imperante, sostuvo el carácter inversamente proporcional entre la fortuna y el apego a la cosa pública, afirmando que la primera corrompe mientras que la indignancia conduce a la virtud al no estar subordinada a los intereses particulares. Cuestionaba, por ello, que el orden público pudiera organizarse en torno a los intereses particulares, bajo el supuesto –para él equivocado- que la defensa de estos podía transformarse indirectamente en virtud, al buscar cada quien el bien común para proteger sus propios intereses. Para el jefe de los jacobinos, por el contrario, la virtud nacía del sacrificio de los intereses particulares en aras de la felicidad común.³⁸⁶

La Constitución del año III, estableció el sufragio universal masculino, al establecer como únicos requisitos para el ejercicio de la ciudadanía la edad de 21 años y estar domiciliado (art. 4).³⁸⁷ Este sistema no se aplicó nunca al no llegar a regir esta constitución, debido a las convulsiones internas y la guerra exterior del período de la Convención y fue derogada al aprobarse la Constitución de 1795. Francia llegará al sufragio universal (masculino) en 1848 y, luego, le seguirán otras naciones europeas (Supra I,1.3.). La verdadera universalización, con el voto femenino, será una conquista del siglo XX, aunque Nueva Zelanda lo alcanza en 1893 (Supra, I, 1.3.)

³⁸⁵ CARRÉ DE MALBERG, Op.cit., p.1110.

³⁸⁶ Cfr. GUENIFFEY, Op.cit., pp. 87-88. Agrega el autor: “A los decretos adoptados por sus colegas constituyentes, Robespierre oponía los principios que ellos mismos habían consagrado. “Son vuestros propios principios y vuestra propia autoridad lo que invoco”, les lanzó antes de establecer que si la nación soberana está compuesta por individuos iguales en derechos, entonces éstos deben participar libremente y por igual en la elaboración de la ley que los obliga, a fin de que ésta sea la expresión real de la voluntad general y no el deseo de una camarilla particular que reduzca a la nación a la condición de súbdito. Robespierre planteaba con esto una formulación radical del principio conforme al cual nadie está representado si no participó personalmente, por medio de su sufragio, en la elección de sus representantes.” (Ibidem, p.85.)

³⁸⁷ Ibidem, p.115.

En el Perú el voto universal, también masculino, llega con la reforma constitucional de de 1895 impulsada por el gobierno de Nicolás de Piérola. La ley de 12 de noviembre de 1895, modificó el artículo 38° de la Constitución de 1860, adoptando el siguiente texto: *“Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir,”* suprimiendo, por tanto, los requisitos, alternativos, de ser jefe de taller o tener una propiedad raíz o pagar alguna contribución, establecidos en su tenor original. Posteriormente, la ley electoral del 20 de noviembre de 1886, suprimió los colegios electorales y, con ellos, el sufragio indirecto. El efecto que tuvieron las reformas de Piérola, no obstante, fue la reducción del cuerpo electoral, pues la exigencia de saber leer y escribir eliminó el derecho de sufragio de la población indígena, que era mayoría y que hasta ese momento lo había tenido.³⁸⁸ La Constitución de 1979 (art.65°) suprimió este requisito señalando como el único exigible ser mayor, de 18 años, pero para ese momento, la población analfabeta ya constituía una minoría.

El derecho de la mujer al sufragio se conquista mediante la reforma de la Constitución de 1933, introducida por la Ley 12391, del 7 de septiembre de 1955, por la cual se concedió la condición de ciudadanas a las mujeres, antes reservada a los varones (art.84° y otorgó a estas el derecho de sufragio en las elecciones políticas, pues el texto original del artículo 86° de la Constitución de 1933, sólo se los concedió para las elecciones municipales.³⁸⁹

Es indudable, por ello, que el derecho de sufragio, tal como hoy lo conocemos y ejercemos dista mucho de la concepción del sufragio que tuvieron la mayor parte de los “padres” y realizadores de las revoluciones liberales. La conquista del sufragio universal ha significado la de la democracia y esta fue posible sólo cuando emergieron nuevas fuerzas sociales, distintas de la burguesía, que unieron sus aspiraciones sociales de justicia e igualdad a las exigencia

³⁸⁸ Señala PANIAGUA, que muchos años después, en 1963, cuando ya el analfabetismo había disminuido significativamente, apenas la mitad de las personas en edad de sufragar tenían derecho de hacerlo: los electores eran dos millones y los analfabetos adultos cinco millones. (Op.cit., p.70).

³⁸⁹ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Op. cit., pp.385-386.

democrática de una participación en el proceso político, haciendo de esta última una condición de la primeras. La historia ha demostrado que esta simbiosis fue correcta pues en la medida que el sufragio universal permitió la participación en el proceso político a nuevas fuerzas sociales, en particular los partidos de masas, el Estado liberal se transformó y dio paso al Estado social. De este modo, democracia y Estado Social son la resultante de dos procesos convergentes que hoy día han alcanzado su concreción en la fórmula, elegida por numerosas constituciones, del Estado democrático y social de derecho.



2.2. La extensión del catálogo de derechos fundamentales: los derechos sociales.

2.2.1. Fuentes de los derechos sociales fundamentales.

2.2.1.1. La constitución como fuente de los derechos sociales.

La catalogación de los derechos sociales, como derechos fundamentales, tiene su punto de partida en el reconocimiento de éstos por las constituciones, al mismo nivel que los tradicionales derechos fundamentales de libertad.

Este proceso se remonta a la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919, las cuales tuvieron como inmediata continuadora a la Constitución de la República española de 1931. A la trascendencia de estas tres constituciones en la construcción del Estado social y, por ende, de los derechos sociales, nos hemos referido ampliamente con anterioridad (Supra, I, 2.3.).

Concluida la segunda guerra mundial, y cuando de las tres constituciones antes mencionadas únicamente permanecía vigente la de México, el proceso de constitucionalización fue retomado en las nuevas constituciones que surgieron en Europa occidental. La primera de éstas fue la de Francia, de 1946, en cuyo preámbulo –el cual, tras la derogación de esta constitución, continúa vigente por disposición expresa de su sucesora, la de 1958- se enumeran diversos derechos sociales, como la igualdad del hombre y la mujer, el deber y el derecho de trabajar, la acción y la libertad sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, la obligación del Estado de proporcionar al individuo y su familia las condiciones necesarias para su desarrollo, la protección de la salud y la enseñanza pública gratuita en todos los niveles.³⁹⁰

³⁹⁰ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp. 665-666.

Poco después la Constitución Italiana ³⁹¹ acometió con igual o mayor decisión la proclamación de principios y derechos de contenido social. Entre sus Principios Fundamentales, el artículo 1 establece: *“Italia es una República democrática fundada en el trabajo”*, y en el artículo 3 señala lo siguiente:

“Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de las personas, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”

Entre los “principios fundamentales” enuncia asimismo, el derecho al trabajo y la obligación de la República de promover *“las condiciones que hagan efectivo este derecho.”* En el título relativo a las “relaciones ético-sociales”, establece el apoyo económico y de otro tipo a las familias, en especial las numerosas, la protección de la maternidad, la infancia y la juventud, el derecho a la salud y el derecho a la educación primaria gratuita, que es obligatoria, así como el derecho de las personas con méritos y capacidad a cursar estudios superiores, aún careciendo de medios económicos.

Esta Constitución, en el título referido a las “relaciones económicas”, reconoce la protección al trabajo, el derecho a una remuneración suficiente para asegurar al trabajador y a su familia una existencia libre y digna, a la duración máxima de la jornada de trabajo y al descanso semanal y vacaciones pagadas. Asimismo a la igualdad de derechos de la mujer trabajadora con el varón, la protección del menor que trabaja y de los ciudadanos impedidos de trabajar, así como la de los trabajadores en caso de accidente de trabajo, enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación involuntaria.

En el ámbito de las relaciones colectivas laborales, afirma la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga; y, finalmente, el derecho de los trabajadores a participar en la gestión de las empresas.

³⁹¹ Ibídem, pp. 545-555.

La Constitución portuguesa de 1976³⁹², se inscribe en la misma tendencia e incluye una larga relación de derechos laborales, sociales y económicos. Entre los primeros, destacan la estabilidad en el trabajo, la libertad sindical, la contratación colectiva y la huelga y la mayoría de los derechos individuales relativos a jornada máxima, descanso semanal, en días feriados y vacaciones, salario suficiente, la protección contra el desempleo, etcétera. Los derechos económicos comprenden normas de protección al consumidor, la libre constitución de cooperativas y el derecho a la autogestión y entre los derechos sociales, enumera los derechos a la seguridad social, a la salud, a la vivienda, a un ambiente sano, la protección de la familia, de la paternidad y maternidad, de la infancia, de la juventud, de las personas discapacitadas y las de la tercera edad. En el ámbito de los derechos culturales, reconoce el derecho a la educación y a la cultura, la promoción de la democratización de la educación y la cultura, y, por último, la igualdad de oportunidades en el acceso a la universidad y a la enseñanza superior.

En 1978, la Constitución española ³⁹³, después de casi 40 años sin democracia, asume un claro sesgo social, no sólo por autoproclamarse explícitamente como un *“Estado social y democrático de derecho”* y asumir entre sus valores superiores *“la justicia y la igualdad”*, sino por reconocer, en su Título Preliminar, a los sindicatos de trabajadores –así como a las asociaciones de empresarios– como factores que *“contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios.”* Luego, en el enunciado de los “derechos fundamentales y libertades públicas”, reconocerá los derechos a la libre sindicación y a la huelga; y en el de los “derechos y deberes de los ciudadanos”, menciona el derecho al trabajo, a la promoción a través de trabajo, a la remuneración suficiente, a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Esta constitución se caracteriza por incluir un capítulo sobre “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, que contiene

³⁹² CONSTITUICAO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, Actualizada 1995, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

³⁹³ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Editorial Técnos S.A., Madrid, 1995.

“normas programáticas” relativas a la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos y la de los niños, la obligación de los poderes públicos de mantener un “régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”, el derecho a la protección de la salud, el fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte, la promoción y tutela del acceso a la cultura a la que todos tienen derecho, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, el de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la garantía de que las personas de la tercera edad cuenten con pensiones adecuadas y actualizadas y la protección de los consumidores.

Tras la huella trazada por estas leyes fundamentales, otras constituciones europeas y latinoamericanas, algunas de ellas explicitando la fórmula política del “Estado social” y otras aún sin hacerlo, han recogido, con mayor o menor extensión, los derechos sociales en sus textos, contribuyendo a la generalización de este fenómeno jurídico.³⁹⁴

Como también hemos tenido oportunidad de exponerlo con anterioridad (Supra I, 2.3) el fenómeno de la constitucionalización de los derechos sociales asoma, de forma incipiente, en la Constitución de 1920, se plasma plenamente en la de 1979 y subsiste, con algunos recortes, efectuados en obsequio de un modelo económico neo-liberal, en la actual constitución.

2.2.1.2. Los tratados internacionales: la universalización de los derechos sociales.

El fenómeno del reconocimiento de los derechos sociales no se agota en el ámbito interno de los Estados, al quedar estos plasmados en sus constituciones, sino que se proyecta al ámbito internacional, al ser recogidos en las declaraciones y tratados adoptados por la comunidad internacional.

³⁹⁴ Una visión panorámica de los derechos laborales reconocidos en las constituciones hispanoamericanas, puede verse en CARRILLO CALLE, Martín, “Los Derechos Laborales en las Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado”, ADEC/ATC, asociación laboral para el desarrollo, Lima, 1993, p. p., 63-82.

Podemos, distinguir al respecto, entre los instrumentos de ámbito universal y los de ámbito regional o continental, interesando, en nuestro caso, los aplicables al continente americano.

2.2.1.2.1. Tratados de ámbito universal.

Adquiere especial significación, en el plano universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)³⁹⁵, adoptada en París, el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta enumera diversos derechos sociales, como el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, a igual salario por igual trabajo, a una remuneración equitativa y satisfactoria, a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, al descanso, a la limitación de la jornada de trabajo y a vacaciones pagadas, entre los de carácter laboral. Asimismo, enuncia el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, a la salud y el bienestar, a la alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios, así como el derecho a los seguros por desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, a la protección de la maternidad y la infancia y a la igualdad de la protección social de todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio. De igual manera, consagra el derecho a la educación y el de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, el de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Es digno de destacar el artículo 28 de la DUDH que consagra un derecho muy especial: *“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”*

³⁹⁵ COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, Congreso de la República, Comisión de Derechos Humanos y Pacificación, Lima, 2001, pp. 45-51. Esta declaración ha sido aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13282, del 9 de diciembre de 1959.

En 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, conjuntamente, dos Pactos Internacionales, destinados a concederle plena eficacia jurídica a los principios y derechos formulados en la Declaración de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁹⁶, aunque concentrado en los derechos mencionados en su título, enumera sin embargo algunos de contenido social, como el de fundar sindicatos y afiliarse a ellos, el derecho de la familia a ser protegida por la sociedad y el Estado y el derecho del niño a ser protegido por su familia, la sociedad y el Estado, sin discriminación alguna.

Sin embargo, como es natural, será el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)³⁹⁷, el que contendrá un amplio enunciado de estos derechos y de sus rasgos esenciales. Es interesante, antes de ver ese enunciado, reparar en uno de los fundamentos del PIDESC expresado en su Preámbulo, en el cual se puede encontrar, resumida, la filosofía que inspira el reconocimiento de los derechos sociales. Dice así el tercer párrafo del Preámbulo *“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”*

Esta afirmación, permite sostener la unidad esencial de todos los derechos humanos, en cuanto todos concurren a la misma finalidad, que es la de liberar el ser humano del temor y de la miseria, dejando en un segundo plano, las clasificaciones de éstos derechos, las cuales no pretenden establecer una diferencia de naturaleza, sino de contenido y de características, en función al ámbito en el que actúan preferentemente.

El PIDESC enumera el derecho al trabajo y propugna la ocupación plena y productiva; reconoce, asimismo, el derecho de toda persona a un salario

³⁹⁶ *Ibidem*, pp.67-89. Este pacto fue aprobado por el Perú por la Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978 y está en vigencia para nuestro país desde el 28 de julio de 1978.

³⁹⁷ *Ibidem*, pp.53-65. El PIDESC fue aprobado por el Perú por la Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978 y está en vigencia para nuestro país desde el 28 de julio de 1978.

equitativo e igual por trabajo de igual valor y a condiciones dignas de existencia para el trabajador y su familia; a la seguridad e higiene en el trabajo; a la igual oportunidad de ser promovido a la categoría superior y al descanso, al tiempo libre, la limitación de la jornada, las vacaciones pagadas y la remuneración de los días festivos. En cuanto se refiere a los derechos colectivos, afirma los de fundar sindicatos y afiliarse a ellos y el de huelga. También proclama el derecho a la seguridad social y el de la familia a ser protegida y asistida y la especial protección a las madres en el período pre y post-parto y a los niños y adolescentes. Además, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, el derecho al *“más alto nivel posible de salud física y mental”*, el derecho a la educación, debiendo ser gratuita y obligatoria la enseñanza primaria, y lograrse progresivamente la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior. Finalmente, reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico.

2.2.1.2.2. Tratados de ámbito continental americano.

En nuestro continente, la Carta de la Organización de Estados Americanos, aprobada en Bogotá en 1948, señala en su artículo 34, el compromiso de los Estados de adoptar medidas de orden interno para promover la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, mencionando entre otras metas a alcanzar las siguientes: salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables, erradicación del analfabetismo, nutrición y vivienda adecuadas. A su vez, en el artículo 45, se enuncian los derechos al bienestar material y al desarrollo espiritual, el derecho al trabajo que también es un deber social, el derecho de asociación sindical, el de negociación colectiva y el de huelga. También afirma este precepto, la necesidad de una “política eficiente de seguridad social” y el derecho a la educación, debiendo la primaria ser obligatoria y gratuita cuando la imparta el Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹⁸, también conocida como “Pacto de San José”, debido a la ciudad en que se aprobó, no contiene, en cambio, una enumeración de derechos sociales, limitándose en el artículo 26 a establecer el compromiso de los Estados partes a adoptar medidas *“para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”* a que se refiere la Carta de la Organización de los Estados Americanos, precisando que ello se hará *“en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

No obstante, el año 1988, la Asamblea General de la OEA, aprobó el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, asimismo conocido como “Protocolo de San Salvador.”³⁹⁹ En su Preámbulo, el Protocolo afirma la unidad entre todos los derechos humanos:

“Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras a la realización de otros.”⁴⁰⁰

Este importante instrumento reconoce un amplio elenco de derechos. Entre ellos, enumera el derecho al trabajo y el compromiso de los Estados de darle plena efectividad, incluyendo el logro del pleno empleo; reconoce, asimismo, que el mencionado derecho al trabajo, comprende, el derecho a una remuneración que

³⁹⁸ Ibídem, pp. 235-264. La CIDH fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. El Perú la aprobó mediante el Decreto Ley N° 22231, del 11 de julio de 1978 y fue ratificada por la Asamblea Constituyente mediante la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, incluyendo las cláusulas facultativas de los artículos 45 y 62.

³⁹⁹ Ibídem, pp.265-276. El Perú lo aprobó mediante Resolución Legislativa N° 26448, del 27 de diciembre de 1994, promulgada el 8 de marzo de 1995. Entro en vigencia para el Perú el 16 de noviembre de 1999.

⁴⁰⁰ Ibídem, p.265

asegure condiciones de subsistencia digna y decorosa para el trabajador y su familia y un salario equitativo e igual por trabajo igual, a la promoción y al ascenso; a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, debiendo repararse el despido injustificado mediante una indemnización o la readmisión en el empleo u otra prestación; a la seguridad e higiene en el trabajo; la prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años, debiendo subordinarse el de los menores de 16 a las disposiciones sobre educación obligatoria; a la limitación razonables de las horas de trabajo, diarias y semanales, debiendo reducirse la jornada en el caso de las labores peligrosas, insalubres o nocturnas; y al descanso, al tiempo libre, las vacaciones pagadas y la remuneración de los días feriados. Respecto a los derechos colectivos, afirma los de organizar sindicatos y afiliarse a ellos y el de huelga. Enuncia, también el derecho a la seguridad social, para la protección frente a la vejez y la incapacidad, debiendo éste comprender, asimismo, la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional y la licencia por maternidad; el derecho a la salud; el derecho a un medio ambiente sano; el derecho a la alimentación y el derecho a la educación, debiendo ser gratuita y obligatoria la enseñanza primaria y lograrse progresivamente la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior. En materia cultural, reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y artística de la comunidad y a gozar de los beneficios del progreso científico. Finalmente, establece el derecho a la protección de la familia, especialmente de la madre durante la gestación y después del parto, el derecho de los niños a ser protegidos, la adopción de medidas progresivas para hacer efectivo el derecho de los ancianos a ser protegidos y, de igual manera, el de los minusválidos, a contar con los recursos y el ambiente necesario para alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

Los tratados internacionales, ratificados, por el Perú, como es el caso de los que acabamos de mencionar, forman parte del derecho nacional, según lo que establece el artículo 55º CP. Pero, además, cuando estos versan sobre las normas constitucionales relativas a derechos y libertades, ha de aplicarse la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución que establece que

dichas normas constitucionales “se interpretan de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” En tal virtud la operación hermenéutica de aquellas normas, que corresponde realizar a los jueces, y a otros aplicadores del derecho, está obligada a integrar los principios y las normas contenidas en dichos tratados.

2.2.2. Significado y Ámbito de los derechos sociales.

La extensión del catálogo de los derechos tradicionales, construido alrededor del valor de la “libertad”, respondió a la necesidad de realizar en el ámbito social otro valor igualmente relevante como es el de la “igualdad”. Al no haber podido las libertades proclamadas en la revolución liberal-burguesa y desarrolladas jurídicamente, como derechos individuales, durante el siglo XIX, asegurar a todas las personas la satisfacción de sus necesidades materiales básicas y, por el contrario, haber posibilitado la acentuación de situaciones de injusticia y desigualdad en perjuicio de gran parte de los miembros de la sociedad, la afirmación de un cuadro de derechos sociales, tuvo por finalidad restablecer el equilibrio social y ofrecer a esos sectores postergados la oportunidad de superar dicha situación. De este modo, como lo anota De Vergottini:

“La idea de derecho “social” se origina como consecuencia de la aspiración a prestaciones públicas en favor de sujetos considerados necesitados de ayuda. El derecho social tiene a sus espaldas, por consiguiente, situaciones de necesidad, de disparidad de posibilidades económicas, de discriminación. De aquí las demandas de solidaridad y de intervención pública tendente a eliminar una situación de “diversidad” que la voluntad y la iniciativa de la persona afectada no están en grado de eliminar.”⁴⁰¹

Nacen así, los derechos sociales para dotar de una dimensión jurídica a esas pretensiones de los sectores sociales que fueron excluidos del progreso, al

⁴⁰¹ DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La Constitución frente al progreso económico y social” en Revista Vasea de Administración Pública Nº 33, Mayo-Agosto 1992. Oñati (Gipuzkoa). p. 141.

bienestar, a condiciones de vida dignas, a la educación y a la cultura y, en general, a gozar de igualdad de oportunidades para poder alcanzar su progreso individual. De este modo los derechos sociales convierten las exigencias y aspiraciones de aquellos sectores en pretensiones jurídicamente tuteladas, que, de uno y otro modo, el ordenamiento jurídico-político se encuentra obligado a satisfacer. Opina Pérez Luño, acerca de esta función de los derechos sociales, que aplicando a éstos la tipología tradicional de los derechos fundamentales formulada por Jellineck- el cual los agrupaba en los *status libertatis*, *status civitatis* y *status activae civitatis* – los derechos sociales vendrían a ser la expresión del “*status positivus socialis*”.⁴⁰² Este “status”, a juicio del mismo autor, es el producto de la creciente intervención del Estado en el terreno económico social al establecer estos derechos, los cuales ya no pueden entenderse, como los tradicionales, como límites de la acción estatal sino, por el contrario, como fines de la acción del Estado; concluye, por ello sosteniendo que los derechos sociales “(...) *adquieren de este modo una significación abiertamente polémica respecto a la cómoda ideología individualista del laissez faire, y a su incapacidad para evitar o corregir las tensiones sociales fruto de las desigualdades económicas.*”⁴⁰³

Ahora bien, no obstante existir un alto grado de coincidencia respecto de la función y finalidad a la que apuntan los derechos sociales, no existe el mismo consenso a la hora de encontrar una expresión capaz de comprender el conjunto de derechos específicos que inicialmente fueron calificados como “sociales”. El citado Pérez Luño considera que la ausencia de un sentido unívoco a la expresión “derechos sociales” deriva en que bajo este rótulo se engloba a categorías muy heterogéneas, unidas por ser expresiones del principio de la igualdad.⁴⁰⁴ Carmona Cuenca, afirma que la denominación “derechos sociales” obedece al hecho de que su constitucionalización coincidiera con el proceso histórico de reivindicación de las clases más desfavorecidas contra el orden liberal-burgués⁴⁰⁵; y Cossío Díaz, lo atribuye a su origen histórico, el cual estuvo

⁴⁰² PÉREZ LUÑO, Op. cit., pp.-87-88.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁰⁵ CARMONA CUENCA, Op. cit., p.150.

ligado a la lucha política destinada a lograr su reconocimiento, situación en la que la contraposición individual/social expresaba apropiadamente el conflicto existente. Para éste autor, al haberse incorporado a las constituciones las exigencias subyacentes a la noción de “derechos sociales”, las razones para mantener dicha contraposición han desaparecido, debiendo ser reemplazadas por otras más acordes con los valores que expresan o con sus condiciones de exigibilidad. Expresa al respecto *“Hablar de derechos de igualdad o de prestación, por el contrario, permite ajustar el problema de fondo, tanto en lo que se refiere al desarrollo de los valores postulados por la Constitución, como al reconocimiento de los modos previstos para realizarlos.”*⁴⁰⁶

Es indudable que existen argumentos, de diferente orden- históricos, axiológicos, teleológicos, etcétera- para inclinarse por una u otra denominación que caracterice correctamente a esta nueva generación de derechos que supuso la ampliación del catálogo tradicional de los derechos fundamentales. Sin pretender simplificar, ni tampoco, asumir una posición ecléctica, la verdad es que la operación de elegir una denominación adecuada dependerá, en mucho, de la perspectiva que se adopte para ello. En este sentido es verdad que si atendemos a su contenido valorativo, es lícito distinguir entre derechos de libertad y derechos de igualdad; si, en cambio, lo que queremos destacar, es la mayor o menor prevalencia del interés particular o general (que no de su titularidad, que generalmente es individual), puede admitirse la dicotomía derechos individuales/derechos sociales; y, si finalmente, el criterio elegido, reside en la clase de obligación que cada grupo de derechos adjudica al Estado, la diferenciación entre derechos a la acción negativa del Estado y derechos a la acción positiva o a prestaciones, también resulta correcta.

El ordenamiento jurídico internacional, así como los nacionales, a la hora de elegir alguna expresión que englobe a estos derechos, han seguido caminos múltiples. Como ya lo hemos podido advertir (Supra 1), el PIDESC así como el Protocolo de San Salvador han optado por referirse a “derechos económicos,

⁴⁰⁶ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., pp.46-47.

sociales y culturales”, rechazando una expresión genérica, al optar por una denominación que enumere a los principales grupos de derechos comúnmente denominados “sociales”. Constituciones como la de Portugal y Colombia, han adoptado esta misma posición.⁴⁰⁷

Nuestra Constitución de 1979, que fue la primera en hacer una amplia enumeración de esta categoría de derechos, renunció a una enumeración genérica, y en el Título I (Derechos y deberes fundamentales de la persona), destino el Capítulo II a la familia, el Capítulo III a la seguridad social, salud y bienestar, el IV a la educación, la ciencia y la cultura y el V al trabajo, enumerando en cada uno de ellos los derechos atinentes a dichos ámbitos. Por otro lado, los derechos económicos, propiamente dichos, como el de propiedad, libertad de empresa, etcétera, se encuadraron en el Título III “Del Régimen Económico”.

La actual Constitución sigue un sistema parecido, aunque más simple, ya que el epígrafe del Capítulo II del Título I (De la persona y de la sociedad) es “De los derechos sociales y económicos”, incluyendo bajo este rubro los diversos derechos de carácter social. A pesar de ello, y de forma semejante a la anterior constitución, los derechos económicos están enumerados en el Título III “Del Régimen económico”.

Los “derechos sociales” por su directa vinculación con las necesidades primarias y vitales de la persona comprenden varios grupos de derechos. Por su origen histórico, el primer grupo es el conformado por los derechos laborales, ya estos fueron la avanzada de los demás, al ser el objeto de las primeras reivindicaciones populares y, por ende, los primeros, en alcanzar reconocimiento constitucional e internacional. Luego, pueden ubicarse los derechos a la seguridad social y a la salud, que siempre estuvieron muy ligados a los anteriores, habiendo alcanzado los primeros de estas manifestaciones tempranas en la Alemania de Bismarck

⁴⁰⁷ La Constitución de Portugal (1976) denomina al Título II de la Parte Primera, “Derechos y deberes económicos, sociales y culturales”; la de Colombia denomina al Capítulo 2 del Título II “De los derechos sociales, económicos y culturales”.

(Supra I, 2.2). Otro bloque definido lo constituyen los derechos culturales, que tienen como núcleo a los derechos a la educación y al acceso a la cultura. Finalmente, en una categoría más amplia, podemos ubicar a los derechos al bienestar que comprenden los derechos a la vivienda, a la protección de la familia, de la maternidad, de la niñez, de las personas discapacitados y de los adultos mayores. Pueden agregarse otros, como el derecho a la sepultura gratuita en cementerios públicos de los muertos de las familias que carecen de recursos económicos, enunciado en el artículo 11º de la Constitución de 1979.

Un bloque especial de derechos que ambas constituciones encuadran dentro del título referente al “régimen económico” son los relativos al régimen agrario, que incluyen normas de protección a la propiedad ancestral de las comunidades campesinas y nativas, garantizando la propiedad comunal o la de cualquiera otra forma asociativa. Desde luego, la actual carta, ha suprimido las referencias de la anterior a la reforma agraria y diversas normas que prohibían el latifundio y fomentaban la pequeña y mediana propiedad rural y el desarrollo de las empresas cooperativas.⁴⁰⁸

2.2.3. Naturaleza jurídica de los derechos sociales.

El reconocimiento de los derechos sociales, ha dado lugar a intensos debates e investigaciones acerca de su naturaleza jurídica, los cuales se han centrado en torno a tres cuestiones: i) si estos son derechos-libertad, como los primigenios derechos fundamentales, o derechos-prestación; ii) si son verdaderos derechos, de eficacia inmediata o meras normas programáticas; y, finalmente, si son derechos individuales o derechos colectivos.

2.2.3.1 Derechos-libertad o Derechos-prestación.

⁴⁰⁸ Cfr. Estas normas se pueden ver en los Capítulos VII y VIII del Título III de la Constitución de 1979 y en el Capítulo VI del Título III de la actual Constitución.

El catálogo tradicional de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones, estaba conformado por aquellos derechos que al decir de Mirkine-Guetzevitch ⁴⁰⁹, reconocen *“la independencia jurídica del individuo”*. Son derechos que *“suponen en general una actitud pasiva o negativa del Estado, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre y no discriminatorio goce de esos derechos”* ⁴¹⁰; o, más aún, como lo precisa Schneider *“derechos de defensa frente al Estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal: están llamados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a los ataques del poder público”* ⁴¹¹

A los derechos sociales suele atribuirse, en cambio, un carácter distinto, que deriva de su contenido, y que se traduce en la obligación del Estado de actuar a fin de que su goce sea efectivo, para asegurar al individuo su *“independencia social”* ⁴¹²

Lowenstein afirma que estos derechos *“No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado. El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales”* ⁴¹³ El mismo autor llega a sostener que estos derechos no lo son en un sentido jurídico pues no pueden ser exigidos judicialmente del Estado en tanto no hayan sido institucionalizados por una acción estatal.

Como lo destaca Bidart Campos ⁴¹⁴, la relación entre el sujeto titular de los derechos sociales y el Estado social de derecho es una relación en la que el

⁴⁰⁹ MIRKINE-GUETZEVITCH, Op. cit. p. 37.

⁴¹⁰ GROS SPIELL, Héctor, Op. cit., p. 10.

⁴¹¹ SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Revista de Estudios Políticos, N° 7 (nueva época), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Enero-Febrero, 1979.

⁴¹² MIRKINE-GUETZEVITCH, Op. cit., p. 10.

⁴¹³ LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”. Publicaciones del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Barcelona. Editorial ARIEL, Esplugues de Llobregat, Barcelona, 1976. Op. cit., pp. 400-401.

⁴¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán, “Teoría General de los Derechos Humanos”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 347.

primero interviene como parte *creditoris* y el segundo como parte *debitoris*. Dicho de otro modo, el deber omisivo o de abstención que corresponde al Estado respecto de los derechos civiles y políticos, nucleados en torno al valor de la libertad, se transforma, cuando se trata de su posición respecto a los derechos sociales, en una obligación de índole positiva, en un deber de dar o hacer, a fin de que las prestaciones contenidas en estos derechos se hagan efectivas en beneficio de sus titulares.

De lo anterior puede concluirse que mientras que cuando se trata de los derechos-libertad la injerencia del Estado suele considerarse nociva y perjudicial, pues de suyo implica la afectación de la esfera de libertad de la persona, en cambio, cuando se trata de los derechos sociales, -conceptuados, igualmente, como derechos-prestación- en la inacción o abstención del Estado reside el perjuicio o la vulneración del derecho para su titular, pues sin la actividad de aquel no resulta posible la realización de aquellos.

Esta idea, que está ampliamente difundida y aceptada, expresa, bastante bien, la naturaleza y sentido de muchos de los denominados “derechos sociales” pero, no obstante, por tratarse de una noción general, no resulta válida para caracterizar el conjunto de los derechos englobados en esa categoría ni para establecer una diferencia tajante entre estos y los derechos civiles y políticos.

En efecto, distinguir entre los derechos fundamentales clásicos y los derechos sociales, en función a la omisión o la acción del Estado, no constituye un criterio consistente, al menos por las siguientes dos razones: i) porque la acción del Estado es también necesaria para la efectividad de los derechos clásicos, y ii) porque, asimismo, entre los derechos sociales, los hay que no reclaman la intervención del Estado sino su abstención.

Alexy acuña la expresión “derecho a algo”, para referirse a aquellos derechos que permiten dirigirse a otro para exigirle una determinada conducta que puede consistir en una acción o en una omisión, pudiendo equipararse esta expresión a la noción de “pretensión.” Señala al respecto que:

*“Si se prescinde de las controversias acerca del concepto de pretensión, en las cuales de lo que se trata es, por ejemplo, de la actualidad, determinación del adversario y demandabilidad, naturalmente el derecho a algo puede, sin más, ser designado como “pretensión”. Por lo demás, cabe señalar que el discurso de derecho a algo pierde un poco de su carácter insólito cuando se trata de la formulación de determinados derechos. “a tiene frente a b un derecho a G” no es inferior, desde el punto de vista lingüístico, a “a tiene frente a b una pretensión con respecto a G”.*⁴¹⁵

Como se ha señalado, en los “derechos a algo”-o “prestaciones”- el objeto de éstos es la acción del destinatario, cuyo contenido puede ser negativo o positivo, siendo este el criterio principal para diferenciar entre esta clase de derechos. Para Alexy, cuyo pensamiento seguimos en esta materia, los derechos a acciones negativas se identifican con los llamados “derechos de defensa”, en tanto que los dirigidos hacia acciones positivas coinciden, pero sólo de modo parcial, con los “derechos a prestaciones”.⁴¹⁶ Los primeros, a su vez, se dividen entre i) derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho, ii) derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho, y iii) derechos a que el Estado no suprima determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.⁴¹⁷

Por su parte, entre los derechos a acciones positivas, puede distinguirse entre aquellos que exigen una acción fáctica y los que demandan una acción normativa. La diferencia estriba en que, en el primer caso, el titular del derecho debe recibir un beneficio material tangible, que represente para él disponer de medios o recursos para satisfacer su derecho, mientras que en el segundo la acción se traduce en la emisión de una norma, cuyo objeto es garantizar el derecho del cual se es titular. El hecho de que en el primer caso –derecho a acciones fácticas- la entrega u otorgamiento del beneficio material se habilite mediante una norma legal, no autoriza a confundir ambas clases de derechos,

⁴¹⁵ ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.186.

⁴¹⁶ Cfr. ALEXY, Robert, Op. cit., p.188.

⁴¹⁷ Ibídem, p. 189.

pues en las acciones fácticas lo relevante será la entrega del beneficio material al titular del derecho, siendo la norma habilitante tan sólo un medio, mientras que en el segundo el objeto mismo de la acción normativa consiste en la expedición de una norma. Ejemplo del primero caso, para Alexy, es la entrega de una subvención estatal a una escuela privada para que cree nuevas plazas de estudio; y del segundo, las normas de derecho penal que protegen al *nasciturus*, en cuanto estas garantizan los derechos fundamentales de los que éste es titular.⁴¹⁸

Regresando a la equiparación hecha por Alexy entre los “derechos a algo” y las “prestaciones”, señala este autor lo siguiente:

“Cuando se habla de “derechos a prestaciones” se hace referencia, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que están referidos a aportes fácticos que, en principio, también podría proporcionar un sujeto particular, serán llamados “derechos a prestaciones en sentido estricto”. Se puede hablar no sólo de prestaciones fácticas sino también normativas. Cuando tal es el caso, los derechos a acciones positivas normativas adquieren también el carácter de derechos a prestaciones. Serán llamados “derechos a prestaciones en sentido amplio”.⁴¹⁹

De este modo, el concepto de “derecho a prestación” ya no podrá ser entendido, en adelante, sólo aquel que exige del Estado – o de cualquier otro destinatario del derecho- una acción positiva fáctica, un beneficio material tangible, sino también aquel que reclama una acción positiva normativa, aún cuando en esta segunda perspectiva sólo es posible hablar de derechos a prestaciones en sentido amplio, reservando a la primera su consideración como derechos a prestaciones en sentido estricto.⁴²⁰

⁴¹⁸ *Ibíd*em, p. 195.

⁴¹⁹ *Ibíd*em, pp. 195-196.

⁴²⁰ *“Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.” (Ibíd*em, p.482.).

La utilidad de esta diferenciación consiste en que permite aprehender la realidad de la mayoría de los derechos de primera generación o clásicos, como derechos cuya realización también demanda determinadas prestaciones por parte del Estado, particularmente las de orden normativo, descartando la imagen tradicional de que la efectividad de tales derechos se alcanza, exclusivamente, con la abstención o inacción del Estado. Así, se ha señalado que nada supondría el derecho de asociación sin la correlativa obligación estatal de dictar las normas que le otorguen reconocimiento jurídico a las asociaciones creadas en virtud al ejercicio de este derecho; o, que carecería de efectividad el derecho de sufragio, sin las normas organizadoras de los procesos electorales, incluyendo los requisitos para ser candidato, el rol de los partidos, etcétera.⁴²¹

Cossío Díaz, desde otra perspectiva, conceptúa que el elemento prestacional de un derecho no constituye el criterio esencial para diferenciar entre los derechos clásicos y los derechos sociales, y por ende, para definir la naturaleza de estos, en función a sus supuesto carácter prestacional, pues a su juicio el verdadero criterio diferenciador debe encontrarse en los valores constitucionales que inspiran a cada grupo de derechos. Este criterio lo conduce, inclusive, a postular el reemplazo de la expresión “derechos sociales” por otra, que haga referencia al valor constitucional que estos tienen en común y a cuya realización se dirigen:

*“De la variedad de elementos referidos con el término “derechos sociales” (de los cuales sólo resaltamos los más significativos) parece posible separar dos constantes: el reconocimiento de prestaciones a cargo del Estado y la aceptación del valor igualdad como finalidad. (...) La igualdad, lo hemos señalado ya, no pretende realizarse en el ordenamiento de cualquier manera, sino garantizando ciertas condiciones mínimas para la población. Si admitimos que el modo tradicional (y único posible dentro de nuestra economía) de realización de ese valor es a través de prestaciones estatales, podremos concluir diciendo que los “derechos sociales” se resuelven en prestaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer los llamados “mínimos vitales”. Más que de derechos sociales, creemos posible hablar de **derechos de igualdad** cuando aludamos a la*

⁴²¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta, S.A., 2002 Madrid, p. p.33-34.

*significación axiológica (o teleológica) del tema, y de **derechos prestacionales** cuando nos refiramos a su dimensión activa o material.*⁴²²

De este modo, los “derechos a la igualdad” se traducirían en la exigencia de prestaciones estatales, pero su verdadero carácter o naturaleza consiste en que mediante ellos se viabiliza la realización efectiva de la igualdad en el ordenamiento social. O, dicho de otra manera, los derechos sociales vendrían a representar las posiciones jurídicas reconocidas a los individuos para lograr, mediante su efectivización, la igualdad real que constituye el objetivo fundamental del Estado social. En esta noción, la prestación estatal es, como lo dice Cossío Díaz, el medio para la realización del derecho pero no su contenido esencial, aún cuando, lo reconoce, por ser este aspecto el más visible de estos derechos tiende a producirse su apreciación como derechos de prestación.⁴²³

Las prestaciones no obstante, están presentes en todos los derechos fundamentales – no sólo en los de “igualdad”- aunque en diferente grado de intensidad o de importancia: en unos ocupan un lugar complementario y en otros este es principal. Dice, al respecto, Cossío Díaz, lo siguiente:

*“(…) existe un conjunto de derechos fundamentales cuyo objeto primordial consiste en la abstención de los poderes públicos y en donde, aun cuando exista una faceta prestacional, la misma guarda un carácter complementario o instrumental; por otro lado, existen derechos fundamentales mediante los cuales se busca la elevación, o al menos el mantenimiento, de ciertas condiciones de vida, que prevén prestaciones a cargo del Estado o la posibilidad de obtenerlas de los particulares, de manera que en ellos el elemento prestacional se entiende nuclear.”*⁴²⁴

En razón a la intensidad de la prestación estatal para la realización de un derecho fundamental, Cossío Díaz establece una distinción entre dos categorías de derechos:

⁴²² COSSIO DÍAZ, José Ramón. “Estado Social y Derechos de Prestación”. Centro de Estudios Constitucionales. 1989 Madrid, p.46.

⁴²³ Ibídem, p.181.

⁴²⁴ Ibídem, p. 180.

*“(...) el conjunto donde la prestación constituye sólo una **faceta de los derechos fundamentales**, que acompaña y hasta posibilita el desarrollo de la libertad, y aquel otro en que, por el papel que juega la prestación en la consecución de la igualdad, denominaremos **derechos fundamentales prestacionales**.”*⁴²⁵

En el caso de los derechos fundamentales vinculados al valor “libertad” la función de la prestación estatal se puede considerar subsidiaria o de acompañamiento al derecho, muchas veces traducible en acciones positivas normativas o en derechos a organización y procedimiento.⁴²⁶ Pero cuando se trata de los derechos relacionados a la “igualdad”, la situación es muy distinta, pues en este caso *“las prestaciones no se reducen a apoyar o acompañar el cumplimiento de obligaciones, sino que fungen como elemento determinante y central de este tipo de derechos fundamentales.”*⁴²⁷

En cualquier caso, lo que interesa destacar – y en ello existe coincidencia entre Alexy y Cossío Díaz- es que la noción de prestación no es suficiente para establecer una diferenciación neta entre los derechos clásicos de libertad y los sociales o de igualdad, ni, por consiguiente, para encontrar en ella el elemento característico de estos últimos, por cuanto el elemento prestacional, aun cuando con carácter secundario o complementario, también se haya presente en los primeros.

Ahora bien, establecida la categoría de los “derechos fundamentales prestacionales” ¿cabe identificarla con la de “derechos de igualdad”, que antes analizamos? Como ya vimos antes, esta identificación ha sido bastante frecuente entre los autores y Carmona Cuenca cree que explica la naturaleza jurídica de los derechos sociales:

“Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición

⁴²⁵ *Ibíd.*

⁴²⁶ Cfr. ALEXY, *Op .cit.*, pp. 454-482.

⁴²⁷ *Ibíd.*, p.184. *“En todo caso, importa insistir en que mientras en los derechos fundamentales de prestación la prestación constituye el objeto de la obligación estatal, en los derechos fundamentales de libertad ésta es sólo un apoyo al derecho del ciudadano y de ahí que la obligación estatal cuente con dos objetos.”* (*Ibíd.*)

jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir no ya una abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación.”⁴²⁸

Sin embargo, otros autores ofrecen una visión más amplia, al considerar que los derechos sociales no se limitan ni agotan en el elemento prestacional. En este sentido, Pérez Luño sostiene:

“(…) pueden entenderse tales derechos en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.”⁴²⁹

Por su parte Preuss, considera que los estos derechos a los que denomina “derechos distributivos”, comprenden un haz de obligaciones del Estado y no sólo prestaciones en sentido estricto:

“En otras palabras, se basan en intervenciones del gobierno que abarcan medidas obligatorias (como la prohibición del trabajo infantil, normas de seguridad para los trabajadores, prohibiciones de contaminar el agua o el aire, etc.); prestaciones sociales en especie (como la provisión de jardines de infancia, escuelas secundarias, universidades, servicios sanitarios) y prestaciones dinerarias”⁴³⁰

⁴²⁸ CARMONA CUENCA, Op.cit., p.150.

⁴²⁹ PÉREZ LUÑO, Op. cit., p.84.

⁴³⁰ PREUSS, Ulrich K, “El Concepto de los Derechos y el Estado de Bienestar” en “Problemas de legitimación en el Estado social”. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Olivas Enrique, AA.VV. Editorial Trotta, S.A., 1991, Madrid, p.80. Según este autor “Los derechos distributivos son intereses que se satisfacen por medio del cumplimiento de los correspondientes deberes por parte del gobierno o cualquier otra parte obligada. En esto no hay diferencia respecto de cualquier otro derecho. Pero son diferentes en un aspecto importante: interfieren en el proceso de asignación eficiente de bienes y servicios, protegen a los trabajadores, los consumidores, los clientes, los inquilinos, etc., frente al poder de los empresarios, los productores, los caseros, etc., y modifican –directa o indirectamente- la estructura de recompensas de la economía capitalista.” (Ibidem).

Una opinión, tan autorizada como contundente, es la de De Vergottini, quien considera que:

“Definir los derechos sociales como derechos a obtener prestaciones públicas es incompleto y en ocasiones equívoco. En el ámbito de los derechos sociales se insertan derechos contruidos de modo similar a los tradicionales derechos de libertad. Así, el derecho de huelga, el derecho a la emigración y el derecho a la educación, presuponen la decisión del titular del derecho para ser operativos e implican la necesaria abstención de intervenciones ajenas tendentes a obstaculizarlos.”

La opinión del constitucionalista italiano se basa en la realidad que ofrece el cuadro de los derechos sociales. Hay, en efecto, entre estos, algunos que, de la misma manera que los derechos de libertad, exigen la abstención, el respeto y garantía del Estado para asegurar su eficacia, siendo nociva e inconveniente cualquier acción positiva o intervención estatal. Es el caso, -paradigmático, por cierto- de la Libertad Sindical, respecto de la cual Constituciones y Tratados Internacionales, proclaman como su garantía máxima la no ingerencia del Estado y de los empleadores en la constitución, funcionamiento, actuación y disolución de los sindicatos. Por el contrario, los casos en que el Estado ha intervenido la vida sindical, restringiendo el ámbito de su autonomía o promoviendo directamente organismos sindicales se identifican, históricamente, con la experiencia de Estados totalitarios o autoritarios.

Similar es el caso del derecho de huelga, el cual por reclamar la no ingerencia del Estado, y del empleador, podría asimilarse a los derechos-libertad, opción que Cossío Díaz rechaza categóricamente:

“Este argumento nos parece rechazable por entremezclar el valor o fin perseguido por el derecho con la obligación a que se someten los poderes públicos. De este modo, parecería ser más acertado incluir el derecho de huelga entre los de igualdad, toda vez que: primero, la búsqueda de este valor lo introdujo en los textos constitucionales, y segundo, porque, al parecer, mantiene el propósito de alcanzar la realización de su propios

*contenidos como es, esencialmente, la elevación mediante prestaciones de las condiciones de vida de un sector de la población.”*⁴³¹

Otro ejemplo, extraído también del ámbito laboral, es el de la Negociación Colectiva, cuya virtualidad y eficacia como derecho social está condicionada al respeto por parte del Estado de la “autonomía colectiva”, esto es la facultad de empleadores y trabajadores de reglamentar, mediante acuerdos, las condiciones de trabajo.⁴³²

Finalmente, es, también, el caso de la Igualdad de Trato en el Trabajo, cuya efectivización y respeto supone la no discriminación en el trabajo, derecho que no exige, por consiguiente, prestación alguna, sino tutela, por parte del Estado.

En todos estos supuestos, estamos ante verdaderos “derechos-libertad”, antes que “derechos-prestación”, sin que ello nos autorice a asimilarlos a los derechos individuales clásicos, debido a que su ámbito está circunscrito a los miembros de una determinada categoría social –los trabajadores-, y a que si bien, en sentido estricto, se trata de libertades, éstas constituyen el substrato para que ese grupo social, al que pertenecen sus titulares, alcance mejores condiciones de trabajo y bienestar.

⁴³¹ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., p.223. Apunta este autor que el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981 señala que la consagración constitucional del derecho de huelga “es coherente con la idea del Estado social y democrático de derecho establecida por el artículo 1.1 de la Constitución, que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de los grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales...” (Ibídem, p.91).

⁴³² Con relación a la caracterización de este derecho, Cossío Díaz opina que: (...) se está frente a un derecho adscribible al valor igualdad, aun cuando plantea el mismo problema que el de huelga, ya que, si bien su objeto es posibilitar la elevación de las condiciones de trabajo, a los poderes públicos les impone conductas de abstención 88. Atendiéndonos primordialmente al valor, podemos decir que, siendo el derecho a la negociación colectiva de igualdad, por no conllevar actividad prestacional a cargo del Estado sólo podemos reconocerle carácter de derecho fundamental de igualdad.” (Ibídem, p. 225.)

Fuera del ámbito de los derechos laborales, en el de la educación, el derecho de los padres a escoger los centros de educación de sus hijos, previsto en el artículo 13º de nuestra constitución, es otro ejemplo de un derecho que reclama el respeto y la no intervención del Estado. Son estas razones, las que llevan a Cossío Díaz a considerar que los derechos vinculados al valor igualdad pueden diferenciarse entre “derechos fundamentales de igualdad” y “derechos fundamentales prestacionales”, como dos subespecies del mismo grupo de derechos.⁴³³ A su juicio, los derechos de huelga, negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto son, en el caso español, derechos de igualdad sin contenido prestacional, participando los demás de este contenido.⁴³⁴

De este modo, la tesis según la cual la naturaleza jurídica de los derechos sociales reside en su carácter prestacional se revela insuficiente para dar una respuesta a esta cuestión y establecer, así, una línea demarcatoria respecto de los derechos civiles y políticos. Lo evidente es que si bien un número importante de derechos sociales poseen un innegable contenido prestacional, no todos lo tienen y estos últimos, por el contrario, se aproximan a los derechos clásicos en cuanto a su contenido de libertad que reclama al Estado abstención y respeto. La realidad, es por consiguiente, que bajo la genérica denominación de “derechos sociales” o “derechos de igualdad” conviven derechos que participan de características distintas en cuanto a su modo de alcanzar efectividad y realizarse y cuyo vínculo común consiste en los valores que los inspiran, y explican su nacimiento.⁴³⁵

⁴³³ Cfr. Cossío Díaz, Op.cit., p.233.

⁴³⁴ Señala al respecto, este autor, que *“En los tres casos se reconocen instrumentos o mecanismos de acción por cuyo ejercicio los trabajadores pueden intentar la modificación de sus condiciones laborales (y de vida), traducibles en prestaciones. Esta conclusión nos permite apuntar la presencia de tres elementos de este subtipo de derechos: primero, la ausencia de una obligación prestacional a cargo de los poderes públicos; segundo, la existencia de una obligación de abstención para los propios poderes públicos, y tercero, el reconocimiento de medidas de fuerza tendentes a lograr que los empresarios concurren a una negociación que eventualmente permita el reconocimiento de determinadas condiciones de trabajo.”* (Ibídem, p.234.)

⁴³⁵ *“Sólo desde la perspectiva de su contenido, cabe diferenciar derechos económicos, sociales o culturales. Pero no desde la perspectiva de una diversa naturaleza, como derechos de prestación en contraposición a los clásicos derechos de libertad, porque esta categoría cubre sólo parcialmente el elenco constitucional de derechos sociales. Hay derechos económicos, sociales y culturales entre los derechos de libertad negativa; hay derechos económicos, sociales y culturales como derechos de libertad positiva; hay derechos económicos, sociales y culturales como derechos de participación; hay derechos económicos, sociales y culturales*

Bien puede, por ello, concluirse, que entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos no existe una diferencia de naturaleza, es decir, como lo afirma González Moreno, que no se trata de dos tipos estructurales de derechos, sino de un criterio clasificatorio⁴³⁶ que atiende antes a su contenido que a su naturaleza intrínseca, siendo todos por igual derechos fundamentales, con independencia de los medios previstos para garantizar su eficacia.

Por lo demás, como lo recuerda esta autora, desde la perspectiva, trazada por la jurisprudencia constitucional alemana, según la cual los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos del individuo sino normas objetivas de derecho que expresan los valores del ordenamiento constitucional

“(...) ya no existe sólo una obligación negativa de respeto y abstención en la esfera de las libertades de signo individual, sino también una obligación positiva encaminada a hacer posibles los derechos constitucionalmente reconocidos a la participación en la formación de la voluntad política y a la concesión de prestaciones estatales, asegurando un status jurídico material al ciudadano en el más amplio sentido que sirva para la realización de los derechos fundamentales, aun cuando no haya una pretensión subjetiva por parte de aquél.”⁴³⁷

2.2.3.2. Derechos de eficacia inmediata o normas programáticas. La cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales.

Una de las cuestiones más importantes en relación a la naturaleza jurídica de los derechos sociales es la de su eficacia, es decir, la posibilidad de ser aplicados directamente, sin necesidad de ninguna mediación legislativa, política o administrativa y, consiguientemente, la de exigir judicialmente su realización en caso de incumplimiento del sujeto obligado a su satisfacción.

como derechos de prestaciones positivas, pero ni siquiera son mayoría; hay principios rectores de la política social y económica que tienen, naturalmente, contenido económico, social o cultural. Y hay programas de actuación estatal, normas programáticas en sentido puro, con un contenido económico, social o cultural.” (GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, “El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales. Universidad de Vigo. Civitas Ediciones, S.L. 2002 Madrid, pp.160-161.)

⁴³⁶ *Ibidem*, pp. 160-161.

⁴³⁷ *Ibidem*, pp. 137-138.

Debido a la visión generalizada de que la realización de los derechos sociales se traduce en obligaciones de dar o de hacer por parte del sujeto obligado, a diferencia de lo que ocurre con los clásicos derechos de libertad, cuya garantía impone al Estado obligaciones de no hacer, es decir, de abstención u omisión, se ha pretendido establecer una nítida separación entre ambas clases de derechos, en cuanto se refiere a su eficacia, según la cual estos últimos poseen una eficacia inmediata o directa, es decir no condicionada a la expedición de normas, al desarrollo de políticas o a la prestación de servicios, en tanto que los primeros sólo tendrían una eficacia mediata o diferida, en tanto su realización sí se encontraría supeditada a esta clase de acciones por parte del Estado.

Se les ha denominado, por ello, “normas programáticas”, esto es, disposiciones que no generan, de forma inmediata, una pretensión directamente exigible, sino un mandato o directiva a los poderes públicos para que establezcan las pretensiones concretas inherentes a determinados objetivos sociales que el Estado desea alcanzar en beneficio de sus miembros.⁴³⁸ Como lo indica Pérez Luño “*A lo sumo constituyen un programa de acción para el legislador, pero en tanto éste no organiza los servicios necesarios para su satisfacción sólo son libertades virtuales.*”⁴³⁹

Este carácter “programático” de los derechos sociales, derivaría, según quienes adoptan esta posición, en primer lugar del hecho de que la satisfacción de éstos derechos depende del grado de desarrollo económico de un país determinado, pues al concretizarse mediante prestaciones, imponen al Estado obligaciones de

⁴³⁸ Afirma al respecto De Vergottini: “*Bajo la denominación de derechos sociales se consideran algunas técnicas de protección indirecta y futura de intereses individuales, de las que pueden emanar derechos, pero que por sí mismas no reconocen ni garantizan derechos. En muchas Constituciones se fijan objetivos para el Estado; objetivos de cuya realización puede derivarse –pero no necesariamente se deriva- la tutela de una expectativa. Estas disposiciones son habitualmente definidas como “programáticas” y necesitan de la intervención del legislador para su realización: es preciso, por consiguiente, analizar la legislación de desarrollo para constatar si al ciudadano se le ha reconocido un derecho.*” (DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La Constitución frente al progreso económico y social” en Revista Vasca de Administración Pública N° 33, Mayo-Agosto 1992, Oñati (Gipuzkoa, p.142).

⁴³⁹ PÉREZ LUÑO, Op.cit., p.85.

hacer o de dar, las cuales implican costos que podrán ser solventados o no, dependiendo de la capacidad económica y material de aquel. También se apunta, que otra de las dificultades que presentan estos derechos, consiste en que requieren un desarrollo legislativo *–interpositio legislatoris–* para adquirir su plena eficacia, pues será la ley la que configure propiamente el derecho aplicando las directivas generales contempladas en la constitución. Se señala, finalmente, que estos derechos, no son justiciables al carecer de la concretización necesaria que defina con exactitud el contenido de la pretensión a ser exigida.⁴⁴⁰

De allí, que se haya podido negar a los derechos sociales su carácter de “derechos”, a diferencia de los derechos de libertad. Al respecto, Biscaretti, señala que no se trata de verdaderos derechos subjetivos, sino, tan sólo de intereses legítimos, muchas veces incapaces de ser tutelados jurisdiccionalmente.⁴⁴¹ Pérez Luño, quien no comparte este criterio, resume, sin embargo esta posición:

“La amplitud y heterogeneidad de esta nueva categoría de derechos, junto a la nueva significación práctica que reviste su contenido, ha impulsado a un determinado sector doctrinal a trazar una neta separación entre estos derechos y las tradicionales libertades de signo individual. Se señala que, mientras los derechos individuales se dirigen a determinar una esfera dentro de la cual los individuos pueden actuar libremente, los derechos sociales tienden a obtener la intervención del Estado para satisfacer algunas exigencias de los ciudadanos que se consideran fundamentales. A partir de esta distinción se ha pretendido negar el carácter jurídico de estos derechos.”⁴⁴²

Acaso uno de los exponentes más caracterizados de esta posición adversas al reconocimiento de los derechos sociales como derechos subjetivos, es Forsthoff, quien como ya sabemos es un agudo crítico de la noción de Estado social (Supra, II, 1.3.). Esta autor, crítica duramente las normas sociales de la

⁴⁴⁰ Estos argumentos, esgrimidos contra la caracterización de los derechos sociales como verdaderos derechos, la efectúa Carmona Cuenca, sin compartirlas necesariamente. (Cfr. **CARMONA CUENCA, Op.cit., pp.151-156.**)

⁴⁴¹ BISCARETTI DI RUFFIA, Op. cit., pp. 191-192.

⁴⁴² PÉREZ LUÑO, Op.cit., p. p .84-85.

Constitución de Weimar, señalando que son un “conglomerado de programas de partido.”⁴⁴³ Y, con referencia al concepto de Estado social de derecho contenido en la Ley Fundamental de la R.F.A., formula la siguiente crítica:

*“A diferencia de las libertades, los derechos de participación carecen de un contenido constante, susceptible de reglamentación previa. Necesitan modulación y diferenciación puesto que sólo son razonables en el marco de lo oportuno, necesario y posible, según el caso concreto. La fijación de este patrón debe ser abandonado a la ley y a los actos administrativos que desarrollan ésta.”*⁴⁴⁴

Concluirá por ello, que derechos sociales como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la enseñanza, educación, protección de la familia, maternidad o juventud “no se pueden captar en una norma abstracta, susceptible de aplicación.”⁴⁴⁵ Bajo su criterio, los mencionados derechos no pueden ser considerados como tales, toda vez que no son susceptibles de aplicación directa, ya en estos “(...) es función del legislador concretar la norma constitucional de tal modo que su ejecución sea posible con aplicación misma de la ley así elaborada.”⁴⁴⁶

Creemos, no obstante, que esta posición, que supone descartar por completo, y de forma totalizadora, el carácter de “derechos fundamentales” de los derechos sociales, reduciéndolos a meras normas programáticas o simples intereses, debe ser rigurosamente examinada atendiendo al complejo universo de los derechos sociales, en el cual coexisten derechos de muy diverso contenido, y, de modo particular, en función a dos criterios: i) el objeto del derecho y ii) el sujeto obligado por el derecho.

⁴⁴³ FORSTHOFF, Ernest, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernest; DOEHRING, Karl, “El Estado Social”, Colección “Estudios Constitucionales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p.77.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p.87.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pp.87-88.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 88.

2.2.3.2.1. La eficacia de los derechos sociales en razón al objeto del derecho.

Como ya antes lo señalamos (Supra 3.1.), siguiendo a Alexy, los “*derechos a algo*”, comprenden los derechos a acciones negativas o a acciones positivas del Estado. Los primeros, implican, derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho, a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho, y a que el Estado no suprima determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. Los segundos, son los derechos a prestaciones.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse, en primer lugar, si dentro del catálogo de derechos sociales, existen algunos cuya realización está condicionada a la acción negativa del Estado, esto es, si, al modo de lo que ocurre con los derechos de libertad, ciertos derechos sociales exigen la abstención, el no hacer del Estado y puede ser justiciables cuando esta su obligación e interfiera o limite la libertad de acción del titular del derecho.

Un ejemplo de esta clase de derechos lo constituye la “libertad sindical”, precisamente denominada de esta forma por tener por objeto, la abstención del Estado y de los empleadores, como requisito para su ejercicio. Esta característica, además de obedecer al desarrollo histórico de las organizaciones sindicales, está claramente expresada en el Convenio N° 87° de la Organización Internacional del Trabajo, el cual señala que “*Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal*”⁴⁴⁷ y, consecuentemente, establece que las organizaciones sindicales “*no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.*”⁴⁴⁸ Por eso, la Constitución señala que el Estado garantiza dicha libertad (Art.28.1). Un caso similar es el de la Negociación Colectiva, derecho éste que consagra la autonomía colectiva, de trabajadores y empleadores, para regular las

⁴⁴⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios y Recomendaciones 1919-1984, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1985, p.708.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

condiciones económicas y de trabajo en las empresas o industrias y cuya satisfacción no implica ninguna prestación, requiriendo, más bien, la no intervención del Estado.⁴⁴⁹ En este sentido, el artículo 28.2 de la Constitución indica que el Estado *“Fomenta la negociación colectiva (...)”*

Otro derecho laboral de gran importancia, es el de huelga, considerado como una prolongación de la libertad sindical el cual, como éste y el de negociación colectiva, no necesita de prestación alguna para realizarse, sino, únicamente, de la abstención estatal y la no ingerencia del empleador. Tan intensa es esta característica en los derechos que se acaba de enumerar, que algún autor es partidario de clasificarlos entre los derechos de libertad y no entre los derechos sociales.⁴⁵⁰ Cossío Díaz no suscribe esta posición, porque considera que son derechos de igualdad aunque no derechos prestacionales, pero reconoce *“la atipicidad de unos derechos que, siendo fundamentales, no se ejercitan respecto de los poderes públicos para alcanzar su fin último.”*⁴⁵¹

Sin embargo, los laborales no son los únicos derechos sociales, que carecen de contenido prestacional y, por el contrario, tienen como objeto la conducta negativa del Estado. El artículo 13º de la Constitución garantiza a los padres de

⁴⁴⁹ En este sentido, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, ha establecido que *“El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa.”* (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, **“La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, Quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, p.189, num.881.)**

⁴⁵⁰ Al respecto, afirma CARMONA CUENCA: *“Lo que sucede es que entre los derechos que se engloban bajo la denominación de derechos sociales se sitúan figuras jurídicas de naturaleza diversa que hay que considerar separadamente. Así, en primer lugar, hay que separar de esta categoría los derechos de sindicación y de huelga pues, aunque tradicionalmente se entienden incluidos entre los derechos sociales, resulta más adecuado a su naturaleza encuadrarlos entre los llamados derechos de libertad, cuya característica fundamental radica en que configuran una esfera de autonomía del individuo que el Estado debe respetar o, al menos, no obstaculizar, representando verdaderos límites al poder del Estado.”* (Op.cit., p.150.)

⁴⁵¹ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., p.224.

familia “(...) el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”, de sus hijos.

Es innegable que en todos estos casos, estamos en presencia de genuinos derechos sociales o derechos de igualdad, que no tiene un contenido prestacional y que, a semejanza de los derechos de libertad, tienen como condición para su goce la acción negativa del Estado, su abstención, la cual constituye, precisamente la garantía de su ejercicio. De consiguiente, puede sostenerse el carácter inmediato o directo de la eficacia de estos derechos y, asimismo, su justiciabilidad en cualquier caso que la autoridad estatal los limite y afecte.

No obstante lo dicho, tampoco puede desconocerse que la mayor parte de los derechos sociales conllevan la exigencia de una prestación ante el Estado, lo que obliga a examinar, con mayor detenimiento, la situación de estos, a fin de concluir si son verdaderos derechos o sólo disposiciones programáticas, de eficacia diferida o mediata.

Para abordar esta cuestión, interesa plantearse si las obligaciones o deberes del Estado respecto de los derechos fundamentales, en general, se agotan en las categorías abstención/acción o no hacer/hacer o dar y, de forma particular, si estas se bifurcan rígidamente en función a las dos grandes categorías de derechos, de modo que se establezcan los siguientes binomios:

Derechos de libertad: obligaciones de no hacer/abstención.

Derechos sociales: obligaciones de dar y hacer/acción.

Una perspectiva diferente plantean Fried van Hoof y Asbjorn Eide, para quienes las obligaciones estatales se estructuran en “niveles”, los cuales pueden reconocerse en cada derecho, con mayor o menor intensidad o importancia, con independencia de que se les clasifique como derechos civiles y políticos o derechos sociales. Estos niveles son 4: obligaciones de respetar, obligaciones

de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho.⁴⁵² Estas obligaciones consisten en lo siguiente:

*“Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.”*⁴⁵³

Para van Hoof, estos niveles, permiten superar la caracterización de los derechos fundamentales en función a la distinción entre obligaciones negativas y obligaciones positivas del Estado, aunque cabe reconocer que las obligaciones de respetar se vinculan, básicamente, a las obligaciones negativas o de abstención, en tanto que las obligaciones de proteger, asegurar y promover se asocian con las obligaciones positivas o de acción por el Estado. Este esquema, a su juicio, reduce la separación entre los derechos de libertad y los de igualdad, pues las referidas obligaciones pueden hallarse en ambos grupos de derechos, poniendo como ejemplo de ello que la libertad de expresión no se realiza únicamente por el hecho de que se proscriba la censura sino que exige crear condiciones favorables para su ejercicio, como la protección policial a las personas para manifestarse o el pluralismo de la prensa y los medios de comunicación social.⁴⁵⁴

Abramovich y Courtis, adhiere a este esquema, pero lo simplifican, estableciendo tres niveles de obligaciones: las de respeto, las de protección y las de satisfacción, incluyendo en estas últimas las de “garantía” y “promoción”, enumeradas por von Hoof.⁴⁵⁵

⁴⁵² Cfr. ABRAMOVICH Y COURTIS, Op.cit., pp.27-29.

⁴⁵³ Ibídem, p.29.

⁴⁵⁴ Ibídem.

⁴⁵⁵ Ibídem, p.31.

Respecto a las obligaciones positivas, ahora reconducidas a las de “satisfacción”, estos autores consideran que estas no se agotan en el hecho de que el Estado disponga de recursos presupuestarios para otorgar una prestación, sino que el goce del derecho puede alcanzarse a través de otros medios en los que, incluso, pueden tomar parte activa otros sujetos obligados. Estos medios son i) el establecimiento de una regulación, sin la cual el ejercicio del derecho no tiene sentido, por ejemplo el reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos; ii) la imposición de límites restricciones u obligaciones a las facultades de personas privadas, situación que se verifica en el caso de los derechos laborales, así como en las normas de protección del consumidor y del medio ambiente; la regulación de las tasas de interés en materia hipotecaria para promover el acceso a la vivienda o las normas que establecen topes o congelan temporalmente el valor de los arrendamientos; y iii) la provisión de servicios a la población, en forma exclusiva o con cobertura mixta, incluyendo, además de un aporte estatal, restricciones, limitaciones y obligaciones de personas privadas. Es el caso del servicio de justicia, los defensores de oficio, y los sistemas públicos de educación y salud, entre otros.⁴⁵⁶

Este esquema coincide parcialmente con el que formula Alexy para quien

“La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes.”⁴⁵⁷

Para el profesor alemán, en un sentido amplio, los derechos a prestaciones comprenden 3 grupos: i) los derechos a protección, ii) los derechos a organización y procedimiento y iii) los derechos a prestaciones en sentido estricto. Los derechos a protección son aquellos que facultan al titular del derecho a exigir al Estado que proteja ante intervenciones de terceros y pueden tener como objeto bienes muy diferentes, pasibles de ser protegidos, como la

⁴⁵⁶ Ibídem, pp.32-36.

⁴⁵⁷ ALEXY, Op.cit., p.427.

vida, la salud, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. Los derechos a organización y procedimiento comprenden, desde los derechos a una protección jurídica efectiva hasta normas como la composición de los órganos colegiados de las universidades. Por su parte, los derechos a prestaciones en sentido estricto “(...) son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares.”⁴⁵⁸

Aunando ambas perspectivas, se puede concluir que respecto de los derechos sociales, el ejercicio de éstos puede, en algunos, alcanzarse cuando el Estado cumple su obligación de protección, en otros, cuando lo hace respecto de su obligación de garantía – que podemos vincular, aunque no subsumir, en la de organización y procedimiento, a que se refiere Alexy, y en otros, será indispensable que cumpla con su obligación de satisfacción otorgando prestaciones en sentido estricto. Ahora bien, los derechos sociales, pueden presentar diversos aspectos o facetas, a cada una de las cuales podría corresponder una de aquellas obligaciones.

Por ejemplo, en el caso de la libertad sindical, además de la obligación de respeto que le es esencial, la cual implica la abstención del Estado, este, además, tiene una obligación de protección que dimana del texto del artículo 28.1 CP, según el cual el Estado garantiza este derecho, lo que implica que este deberá adoptar medidas –legislativas y administrativas- para asegurar que los trabajadores puedan acceder a este derecho, por ejemplo: reducir al mínimo los requisitos para su constitución, facilitar su registro, proteger a los representantes sindicales, sancionar las conductas antisindicales del empleador, etcétera. El derecho a la salud, si bien presenta una faceta prestacional en cuanto se refiere al acceso a los servicios de salud, que está supeditado a la política nacional de salud, conforme al artículo 9º CP, tiene otros aspectos no estrictamente prestacionales, principalmente el de la obligación del Estado de proteger la salud, enunciado en el artículo 7º en términos muy claros: “*Todos tienen derecho a la*

⁴⁵⁸ Ibídem, p.482.

protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa."⁴⁵⁹ El derecho que se reconoce en el segundo párrafo del mismo precepto, a la persona incapacitada para velar por sí misma debido a una deficiencia física o mental, al "*respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad*" representa un claro ejemplo de un derecho social que, virtualmente, comprende todas las obligaciones posibles del Estado: las de respeto, protección y satisfacción. En el lenguaje de Alexy, este derecho abarca los aspectos de protección, organización y procedimiento así como a prestaciones en sentido estricto.

Respecto al derecho a la educación, también se aprecian varias facetas, pues en tanto que el acceso a la escuela pública, esta condicionado a la política educativa y a la creación de escuelas (CP, art.17º), y, de igual manera, la obligación de subvencionar la educación privada depende de la disponibilidad de recursos fiscales, en cambio, a nuestro juicio, el ya mencionado derecho de los padres a escoger el centro de educación de sus hijos (CP, art.13º), implica una obligación de respeto; el del educando a recibir una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico (CP, art.15º), supone una obligación de protección; y el de no ser impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas, conlleva, además de la anterior, una obligación de satisfacción como garantía que confiere el Estado a favor de dichas personas.

De allí que la consideración de los derechos sociales como meras normas programáticas, a partir de destacar su contenido prestacional en sentido estricto, dejando de lado otros contenidos que estos presentan, no sea la más adecuada para establecer una conclusión acerca del alcance de su eficacia. Como bien puede advertirse, estos derechos ofrecen diversos aspectos, siendo muchos de

⁴⁵⁹ La Ley General de Salud, Ley N° 26842, es la regulación legal que desarrolla las normas de protección. En el Artículo II de su Título Preliminar señala: "*La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.*" ("El Peruano", Normas Legales, 20 de Julio de 1997, pp.151245-151252.)

ellos directamente eficaces y susceptibles, por este motivo, de ser exigidos judicialmente.

El Tribunal Constitucional también se ha manifestado descartando la reducción de los derechos sociales a la condición de normas programáticas:

*“No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente.”*⁴⁶⁰

Para el TC, *“(…) los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución.”*⁴⁶¹

De esta afirmaciones no cabe, sin embargo deducir que el tribunal afirma de modo general la exigibilidad en sede judicial de estos derechos, pues, matiza, señalando que

*“(…) los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, ya que dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido; lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento.”*⁴⁶²

⁴⁶⁰ STC Expediente N° 2016-2004-AA/TC, FJ.10. Sostiene por ello *“ Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derechos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.”* (Ibídem, FJ.11).

⁴⁶¹ Ibídem, FJ.12.

⁴⁶² Ibídem, FJ. 31.

En este sentido, el TC precisa:

*“Debe entenderse, empero, que cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.”*⁴⁶³

De esta manera, el TC, no obstante negar la condición de normas programáticas a los derechos sociales, considera que no son exigibles judicialmente, reservando por tanto su exigibilidad a un requerimiento no judicial al Estado para que adopte las medidas necesarias para hacer operativo su enunciado constitucional, es decir a una cuestión política.

Más aún, el TC va presentarnos a los derechos sociales como “derechos de configuración legal”, es decir supeditados a la “*interpositio legislatoris*” para adquirir eficacia real.⁴⁶⁴ Así lo señala en una sentencia del año 2005:

“De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos

⁴⁶³ Ibídem, FJ.9.

⁴⁶⁴ *“La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas ente “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.” (STC, Expediente N° 1417, 2005-AA/TC, FJ.11)*

subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[!] las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.⁴⁶⁵

También señala el órgano de control de la constitución, que los derechos sociales tienen la condición de derechos fundamentales pero no la de un derecho de aplicación directa, *“Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.”*⁴⁶⁶ Considera, no obstante que:

*“Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.”*⁴⁶⁷

En suma, según esta posición, los derechos sociales existen como derechos fundamentales al estar reconocidos por la Constitución, no tienen la condición de normas programáticas, por tanto obligan a los poderes públicos a adoptar medidas para realizarlos, subordinadas a la disponibilidad presupuestal, pero, no obstante, dichas obligaciones no son exigibles judicialmente por los ciudadanos hasta que la ley no dicte un mandato confirmándolos y regulándolos.

El criterio adoptado por el TC parece coincidir con el de la doctrina alemana, con la salvedad de que la constitución federal alemana no enumera derechos sociales, por lo que éstos son deducidos por el legislador de la cláusula de Estado social de derecho. Al respecto, Hesse, afirma que *“Sólo a partir de una regulación acometida por el legislador pueden nacer pretensiones jurídicas bien*

⁴⁶⁵ Ibídem, FJ.13.

⁴⁶⁶ Ibídem, FJ.14.

⁴⁶⁷ Ibídem, FJ.14.

*determinadas e invocables ante los poderes públicos.”*⁴⁶⁸ Comentando esta situación, que también se ha configurado en la constitución holandesa de 1983, De Vergottini, opina que *“Si los derechos sociales exigen la previa presencia de normas de desarrollo de los principios constitucionales, puede afirmarse que se confían a la discrecionalidad del legislador. Los derechos sociales son, por consiguiente, “derechos legislativos”.*

Pérez Luño considera que no es aceptable la teoría según la cual mientras los derechos de libertad se encuentran plenamente positivizados, los derechos sociales sólo pueden enunciarse programáticamente y no adquirirán carácter jurídico-positivo hasta no ser desarrollados legislativamente. Señala, al respecto, que el derecho comparado ofrece muchos ejemplos de derechos sociales cuya actuación no requiere la mediación legislativa, como el derecho al salario equitativo previsto en el artículo 36 de la Constitución italiana, según lo interpreta la jurisprudencia de ese país; y, anota, finalmente, que en muchos casos, también los derechos de libertad requieren la intervención del legislador para ser directamente exigibles.⁴⁶⁹

En el mismo sentido, De Vergottini también considera que existen constituciones que reconocen derechos directamente accionables y menciona, a título de ejemplo, el caso de la Constitución portuguesa la cual, en su artículo 18.1, establece, de forma general, que los derechos sociales “son directamente aplicables y vinculantes para las entidades públicas y privadas”. Concluye, por ello, el profesor italiano que existen, por tanto, derechos sociales “constitucionales” que emanan directamente de la Constitución, sin “interpositio legislatoris”, mencionando como ejemplo, la elección de profesión, la formación

⁴⁶⁸ **HESSE, Conrado** “Significado de los derechos fundamentales”, Capítulo III en **BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE.** “Manual de Derecho Constitucional”, Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, Barcelona, p.98. Agrega el autor: *“Sólo una vez que se haya cumplido legislativamente el programa de derechos sociales fundamentales pueden estos derechos, sobre todo en el terreno del aseguramiento social, surtir efectos de garantía constitucional amparadora de derechos adquiridos. En principio no pueden tales derechos fundamentales sociales cobrar el carácter de derechos subjetivos individuales. A la postre, apenas si son distinguibles de las normas constitucionales definidoras de tareas del Estado, hoy en el centro de debate.”* (Ibídem).

⁴⁶⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Op.cit., p.92.

de una familia, la procreación y la educación.⁴⁷⁰ También Cossío Díaz, descarta que los derechos fundamentales de igualdad sean de “pura” configuración legal, por el hecho de que requieran de una mayor intervención legislativa que los de igualdad y afirma que estos “(...) operan de manera inmediata frente a la totalidad de los poderes públicos de diversas maneras, y gracias a su contenido esencial actúan sobre el legislador al punto de preverse los procedimientos de inconstitucionalidad para lograr su reconocimiento.”⁴⁷¹

En nuestra constitución, que contiene una enumeración amplia de derechos sociales, existen numerosos de ellos cuya aplicación no requiere la mediación legislativa para ser exigibles, sin perjuicio de que esta pueda dictarse y ello ser conveniente para su adecuado ejercicio. Es el caso de la mayoría de los derechos individuales que integran el bloque de laboralidad de la Constitución, como la jornada máxima de trabajo, el derecho a la remuneración equitativa y suficiente, el derecho al descanso semanal y anual pagados y la participación en las utilidades de las empresas. También es el caso de la protección de la salud, el derecho de las personas discapacitadas a un sistema legal de atención de su salud, el de los padres a elegir el centro de educación de sus hijos, el del educando al respeto de su identidad y a no recibir buen trato psicológico y físicos y el de la persona carente de recursos económicos o limitada física o mentalmente a no ser impedida de recibir educación adecuada.

Por estas razones, los criterios señalados por el TC en las sentencias antes mencionadas, resulta sumamente restrictivos, además de contradictorios, porque no atienden a la realidad del texto constitucional que no sólo reconoce

⁴⁷⁰ DE VERGOTTINI, Op. cit., p.143. Refiriéndose a la situación en Italia expresa lo siguiente: “(...) en el ordenamiento italiano, resulta pacífica la existencia de derechos sociales que derivan directamente de la Constitución (sin interpositio legislatoris), tutelables inmediatamente por el juez (por ejemplo, el derecho a la salud, al descanso, a las vacaciones, a una retribución justa.” (Ibídem, p.148.)

⁴⁷¹ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., p.89. Para este autor “Los derechos fundamentales de igualdad son primeramente derechos fundamentales o, lo que es igual, gozan de un contenido indisponible. Si por desarrollar el valor igualdad ese contenido se integra por prestaciones, no puede decirse que los mismos sean de disposición legislativa. Es evidente que estos derechos requieren de mayor intervención legislativa que los de libertad, toda vez que hay más problemas en determinar los supuestos y condiciones de otorgamiento que los de abstención. Sin embargo, esa circunstancia no autoriza a entender que nos encontramos frente a derechos de “pura” configuración legal.” (Ibídem).

derechos sociales de aplicación inmediata sino que en aquellos otros que poseen un marcado contenido prestacional, como el derecho a la salud y a la educación, contempla diversas facetas de estos que son susceptibles de ser exigidas, no sólo políticamente, sino, también, en sede judicial, como, por lo demás, la misma jurisprudencia del tribunal lo demuestra.

No obstante la discusión que puede suscitarse acerca del grado y la vía para la exigibilidad del núcleo prestacional que tienen algunos de los principales derechos sociales, como los derechos a la salud y a la educación, es innegable que existen diversos supuestos en los que dicha exigibilidad puede transitar por la vía judicial.

Un primer supuesto se configura al operar todo derecho social como un parámetro de constitucionalidad, toda vez que su contenido esencial servirá como criterio para evaluar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales que pudieran atentar contra él, con motivo de regular otra materia o, incluso, cuando el objeto de estas sea regular el propio derecho. Es evidente que ante normas legales que afecten los derechos sociales, incluso cuando estos aún no hayan sido regulados, es posible interponer la acción de inconstitucionalidad.⁴⁷²

Un segundo supuesto es aquel en que el derecho social actúa como límite negativo respecto de disposiciones públicas o decisiones privadas. El TC ha destacado esta dimensión al señalar que tales derechos “(...) *generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.*”⁴⁷³ Lo que en este caso se exigirá por vía judicial no es el otorgamiento de una prestación sino la anulación de aquella disposición o decisión cuya ejecución conllevaría la vulneración del derecho. Un ejemplo de este supuesto, se encuentra en una sentencia del TC que anula la jornada de trabajo atípica doce horas diarias en sistemas de 4 días de labor por 2 días de descanso o 4 de labor por 3 de descanso establecida por una empresa minera,

⁴⁷² Ibídem, pp.249-250.

⁴⁷³ STC Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

por considerar que, a pesar de que el artículo 25º de la Constitución admite esta clase de jornadas, en la actividad minera ellas resultan atentatorias contra el derecho a la salud.⁴⁷⁴

Un tercer caso puede plantearse cuando las prestaciones en que consiste un determinado derecho social ha sido otorgadas sólo en beneficio de determinados sectores, discriminando a otros grupos sociales, por ejemplo en materia de salud, educación o vivienda, supuesto en el cual la conducta discriminatoria del Estado puede ser impugnada judicialmente, a fin de obtener la extensión del servicio o prestación.⁴⁷⁵ Este criterio, según De Vergottini, ha sido enérgicamente afirmado por la Corte Constitucional italiana, incluso si provoca efectos dramáticos sobre el presupuesto del Estado.⁴⁷⁶

Existe una cuarta posibilidad que justifica acudir a la vía judicial, la cual tiene lugar cuando se produce una violación individualizada y concreta, en lugar de genérica. Esta afirmación corresponde a Abramovich y Courtis quienes la exponen así:

“La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la

⁴⁷⁴ STC Expediente N° 4635-2004-AA/TC. Dicha sentencia afirma lo siguiente: “(...) desde la perspectiva del derecho a la salud, el problema central de los trabajadores mineros es la reducción de su esperanza de vida.(...) Consiguientemente, tomando en cuenta las especiales condiciones de trabajo en las minas, el permanente riesgo de la disminución de la esperanza de vida a que están expuestos los trabajadores mineros, así como al constante deterioro de la salud de este grupo de trabajadores, este Colegiado estima que la jornada laboral de doce horas seguidas es incompatible con los derechos mencionados.” (FJ.32.)

⁴⁷⁵ Cfr. ABRAMOVICH y COURTIS, Op.cit. p.43.

⁴⁷⁶ Señala al respecto: “Para conocer mejor el alcance otorgado por la Corte Constitucional a algunas disposiciones constitucionales en materia de prestaciones asistenciales puede recordarse la importancia de la jurisprudencia constitucional italiana dirigida a evitar discriminaciones. La Corte se ha dado cuenta de que ciertas intervenciones están condicionadas por la disponibilidad de ingentes medios financieros y ha censurado igualmente las omisiones del legislador en los casos de tratamiento objetivamente discriminatorio: cuando la ley prevé beneficios en favor de una categoría, la Corte considera que el legislador debe operar una extensión de los mismos a categorías que se encuentran en una situación similar, incluso si esto provoca efectos dramáticos sobre el presupuesto del Estado.” (DE VERGOTTINI, Op.cit., p.149).

educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social.”⁴⁷⁷

En nuestra jurisprudencia constitucional, encontramos algunos casos ilustrativos. En dos sentencias, el TC ordena al Ministerio de Salud admitir en el programa especial de prevención y tratamiento del SIDA y proporcionarles medicinas gratuitamente a dos pacientes que se encontraban impedidos de costear su tratamiento por carecer de recursos económicos.⁴⁷⁸ Entre los fundamentos expuestos en las citadas sentencias, destaca el siguiente:

“(…) este Tribunal concluye que cabe conceder protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan.

Este pronunciamiento a favor del recurrente se justifica no sólo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia, que ha dispuesto las previsiones para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de pobreza o necesidad, en cuyo grupo debe ser considerado el recurrente ”
479

En otra sentencia, relativa al derecho a la salud, el TC ordena la anulación de la orden de alta médica y dispone que un hospital de Essalud otorgue hospitalización permanente e indefinida y la provisión constante de medicamentos, así como la realización de exámenes periódicos, a una paciente aquejada de esquizofrenia paranoide. En esta sentencia, el tribunal considera que no obstante que el derecho a la salud es de carácter progresivo en función de las posibilidades presupuestales, la exigibilidad de un derecho social depende de tres factores: a) la gravedad y razonabilidad del caso; b) su vinculación con otros derechos fundamentales; y c) la disponibilidad presupuestal. Afirma, que la vinculación entre la vida y la salud es tan estrecha que *“(…) las carencias*

⁴⁷⁷ ABRAMOVICH y COURTIS, Op.cit., p.43.

⁴⁷⁸ STC Expediente N° 2016-2004-AA/TC y STC Expediente N° 2945-2003-AA/TC.

⁴⁷⁹ STC Expediente N° 2016-2004-AA/TC, FJ.49.

*presupuestas no pueden ser un obstáculo ni un argumento válido para concluir para negarle a una persona las prestaciones de salud, de tal manera que se ponga en riesgo su derecho a la vida.”*⁴⁸⁰

Una quinta posibilidad, que se deduce de la jurisprudencia del TC, está referida a aquellas situaciones en que se despoja a una persona del derecho o se le impide acceder a él. En una sentencia del 17 de octubre de 2007, se ordena a un centro educativo matricular a tres estudiantes a quienes se había negado la matrícula a causa de la deuda de sus padres con dicha escuela.⁴⁸¹ En relación al derecho a la seguridad social, el Tribunal Constitucional ha establecido que se produce la afectación del contenido esencial de este, habilitando al afectado para accionar judicialmente por la vía del proceso de amparo, cuando i) se niegue a la persona que ha cumplido los requisitos legales acceso al sistema de seguridad social, ii) se niegue la pensión a la persona que ha alcanzado los requisitos para obtenerla, iii) se otorgue una pensión inferior a la “pensión mínima”, que asciende a la suma de S/ 415.00), iv) se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia a las personas con derecho a esta, v) se dispense un tratamiento desigual, carente de bases razonables, proporcionales y objetivas, a personas que tienen derecho a una pensión.⁴⁸²

2.2.3.2.2. La eficacia de los derechos sociales en función al sujeto obligado por el derecho.

También desde la perspectiva de quien es el sujeto obligado al cumplimiento o satisfacción de los derechos sociales, es posible abordar la cuestión de su

⁴⁸⁰ *Ibidem*, FJ. 23.

⁴⁸¹ STC Expediente N° 4646-2007-PA/TC. En el fundamento 54 esta sentencia indica lo siguiente: “*En el caso de autos, queda claro que la decisión asumida por el emplazado (...) no responde al estándar de conducta o desenvolvimiento que el Estado impone a quienes tienen a su cargo la administración del proceso educativo; ello incluso independientemente de que se trate de particulares, pues los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza o alcance, vinculan en su respeto u observancia tanto a los sujetos de derecho público como a los de derecho privado, no siendo posible aceptar que los centros educativos se constituyan en campos aislados del ordenamiento, en función de su carácter público o privado.*”

⁴⁸² STC Expediente N° 1417-2005-AA/TC, FJ. 37.

exigibilidad. Como ya lo hemos visto, la imagen inicial, y todavía preponderante, de los derechos sociales es la de ser derechos-prestación cuya realización depende de la acción positiva del Estado.

No obstante, la relación jurídica de alteridad, que es propia de todo derecho subjetivo, no está limitada en el caso de los derechos sociales al Estado, como único sujeto pasivo obligado a satisfacer la prestación contenida en el derecho. En efecto, del examen de los diversos grupos de derechos que se ubican bajo la denominación genérica de “derechos sociales” podemos encontrar algunas diferencias importantes en relación al sujeto pasivo de la relación jurídica. De este modo, tratándose de los derechos laborales –que son el grupo inicial y nuclear de los derechos sociales- Quiroga Lavié sostiene que estos *“se tienen contra el empleador –de ahí su condición de derechos civiles- y no contra el Estado, razón por la cual no pueden ser considerados derechos públicos subjetivos”*⁴⁸³

Otro jurista argentino, Bidart Campos⁴⁸⁴, considera que estos derechos son ambivalentes porque además del sujeto pasivo Estado, también son oponibles a los demás particulares, que se sitúan, por ello, como otros sujetos pasivos, obligados a efectuar las prestaciones u obligaciones de dar o hacer, tales como pagar el salario justo y suficiente o la de brindar condiciones de trabajo dignas.

En el mismo sentido, Cascajo razona que *“Aunque en la construcción habitual de esta figura, aparece el Estado a parte debitoris de la relación jurídica que vincula a los destinatarios obligados por la misma, lo cierto es que también los terceros particulares pueden venir afectados por esa situación”*. Agrega, el mismo autor que *“nada impide entender, con la doctrina más reciente, que en determinadas situaciones, el destinatario obligado de estos derechos es fundamentalmente el sujeto privado”*⁴⁸⁵

⁴⁸³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto. “Derecho Constitucional”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 158.

⁴⁸⁴ BIDART CAMPOS, Germán, Op. cit., p. 341.

⁴⁸⁵ CASCAJO, José Luís, “Pasado y presente del constitucionalismo social”, Blancas Carlos, Landa César y Rubio Marcial, Derecho Constitucional General, Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial, 1992, T.I., pp. 451-452.

Estos criterios resultan claramente aplicables a los derechos laborales, que regulan relaciones jurídicas entre dos particulares: el empleador y el trabajador, a los que, como parte, es ajeno el Estado. Sin embargo, por la innegable trascendencia social de estas relaciones, debido a *“la implicación de la persona del trabajador y de intereses de éste de suma importancia en la prestación de trabajo; y, de otro, la posición habitualmente desventajosa de los trabajadores asalariados en el mercado de empleo”*⁴⁸⁶, la manifestación más importante, si no la única del Estado social, es el Derecho del Trabajo, cuyas normas protectoras del trabajador son de orden público y, por consiguiente, imperativas para el empleador e irrenunciables para el propio trabajador.

En este sentido, si bien los derechos laborales no son exigibles ante el Estado, la intervención de éste resulta necesaria a efectos de establecer el marco jurídico en que deben desenvolverse las relaciones entre el capital y el trabajo, actuando como factor corrector, - a través de la norma reguladora -, del desequilibrio que inevitablemente se produce entre ambos si quedaran librados a las leyes del mercado. Con gran agudeza, Cascajo acota que *“con frecuencia, el Estado realiza sus obligaciones sociales no ya ejecutando directamente las correlativas prestaciones, sino más bien imponiendo su cumplimiento a otros sujetos. Son los terceros quienes vienen obligados a posibilitar el ejercicio de situaciones subjetivas de carácter activo, protegidas constitucionalmente...”*⁴⁸⁷

La más importante concreción jurídica de esta función reguladora y ordenadora del Estado social en el ámbito de las relaciones de trabajo es la constitucionalización del Derecho del Trabajo en virtud de la cual *“los derechos y deberes laborales básicos acceden a la parte dogmática de las Constituciones, reconociéndose de este modo su capital importancia para el orden político”*.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA. Op.cit. p. 140.

⁴⁸⁷ CASCAJO, Op.cit., 451.

⁴⁸⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Derecho del Trabajo”, Editorial Tecnos, undécima edición, Madrid, 1990, p. 85.

Sin embargo, los derechos sociales del trabajo, no son los únicos que pueden ejercerse respecto de un sujeto privado. Hay otros que aun cuando en su faceta prestacional deben exigirse al Estado, en otras facetas de su contenido pueden, también, ejercerse ante sujetos privados. Es el caso del derecho del educando a recibir una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico, previsto en el artículo 16º CP, que puede ser exigido al centro educativo en el que estudia, aunque este sea privado; o el derecho a la educación, en su faceta de no ser privado de él, por motivos irrazonables y desproporcionados, como lo señala la STC 4646-2007. También sería el caso de la denegatoria de la denegación de una pensión, a quien cumplió los requisitos para obtenerla, por parte de una entidad del sistema privado de pensiones.

En todos estos supuestos, la exigibilidad del derecho tiene como destinatario a un sujeto privado, el cual puede ser emplazado judicialmente para que cumpla o satisfaga el derecho social respectivo.

2.2.3.3. Derechos colectivos o derechos individuales.

Otro aspecto a considerar, con el objeto de establecer la naturaleza jurídica de los derechos sociales, es el relativo a la titularidad del derecho, esto es a quienes son los sujetos activos de estos derechos. A partir del carácter marcadamente individual que presentan los derechos civiles y políticos, no es infrecuente identificar los “derechos sociales” con derechos “colectivos”.

Es de sobra conocido que en la formulación de los derechos de libertad como derechos subjetivos públicos se enfatiza la idea de estos como derechos de titularidad individual, que corresponden a la persona como tal y le aseguran un status en su relación con el Estado. Jellineck, define los “derechos públicos subjetivos” en la siguiente forma:

“Todas estas disposiciones o facultades describen la relación permanente entre el individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos. Toda exigencia de derecho público

nace, pues, inmediatamente, de una determinada posición de la persona respecto al Estado, posición que tomando como modelo el derecho antiguo puede ser designada como un status."⁴⁸⁹

Alexy encuentra en esta nota una diferencia con los derechos sociales:

"Sola la subjetivización de los derechos a protección hace justicia al "sentido originario y permanente de los derechos fundamentales" como derechos individuales. A diferencia de los derechos fundamentales sociales, es decir los derechos a prestaciones en sentido estricto, los derechos a protección calzan perfectamente en la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales."⁴⁹⁰

La idea de que los derechos sociales son colectivos, obedece, en primer lugar, a una razón histórica, pues *"Es indudable que, en sus inicios, las demandas en el orden social provenían de las clases marginadas o menos favorecidas."*⁴⁹¹ y al hecho, también indudable, de que los nuevos derechos constitucionales estuvieron vinculados durante mucho tiempo a las exigencias y aspiraciones de clases y grupos sociales determinados, anteriormente postergados, como los trabajadores, los campesinos o ciertas minorías. Desde esta perspectiva, se ha sostenido que *"Las garantías sociales son aquellas que protegen al hombre como integrante de un grupo social; en cambio las garantías individuales protegen a todo hombre. Se protege a los grupos sociales más débiles, a los que históricamente han vivido oprimidos"*.⁴⁹²

⁴⁸⁹ JELLINECK, George, "Teoría General del Estado", Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000, pp.387-388. El concepto central de la teoría de Jellineck es el de "status", el mismo que contempla tres aspectos: el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status activae civitatis*. El *status libertatis* o *status negativo*, está referido al ámbito de libertad que el Estado reconoce a la persona; *"la esfera de libertad del individuo la constituye aquello que resta para él, abstrayéndonos de las limitaciones jurídicas que le son impuestas"*. (Ibidem, p.388.)

⁴⁹⁰ ALEXY, Op.cit., p.440.

⁴⁹¹ GONZÁLEZ MORENO, Op.cit., p.163.

⁴⁹² CARPIZO, Jorge, Op. cit., p. 161. En relación a estas concepciones, restrictivas, apunta GONZÁLES MORENO: *"Otra corriente doctrinal es aún más restrictiva, y considera que los derechos económicos, sociales y culturales sólo corresponden a una clase social determinada, la de los trabajadores asalariados. Quienes sostienen esta titularidad restringida de los derechos económicos, sociales y culturales, subrayan dos razones fundamentales: por una parte, tales derechos deben ser reconocidos a los trabajadores por causa de la función social que desempeñan dentro de la organización: pero mayor énfasis se pone en la otra razón, en que tales derechos protegen sus intereses en una situación de lucha o confrontación con los intereses de otras clases sociales."* (Op.cit., pp.165-166.)

Siendo correcta esta afirmación, en cuanto identifica los sectores sociales principal y directamente favorecidos por la positivación de estos derechos, no es suficiente para sostener, desde una perspectiva jurídica, que los derechos sociales son “colectivos”, es decir que únicamente tienen por titular a un sujeto colectivo y sólo pueden ejercerse en forma colectiva.

Basta revisar el catálogo de estos derechos para advertir que muchos de ellos se titularizan en un sujeto individual, que puede ejercerlos como tal, sin subordinarse al grupo social. Así, por ejemplo, el derecho a la Libertad Sindical tiene dos planos: 1) la libertad sindical individual, que tiene como titulares a los trabajadores individualmente, y que consiste en su derecho de fundar sindicatos, el de afiliarse a un sindicato o desafiliarse (libertad positiva), el de no afiliarse (libertad negativa), y a la libre actividad sindical, y 2) la libertad sindical colectiva que reconoce como titular a la organización sindical y que supone el derecho de esta a gozar de autonomía interna y externa para el ejercicio libre de su actividad, así como a constituir o afiliarse a organismos sindicales de ámbito superior.

Lo propio puede aseverarse del derecho de huelga que, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español es *“un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos”*⁴⁹³. La mayor parte de los demás derechos laborales que suelen consignar las constituciones, -y que la nuestra reconoce- como el derecho a una remuneración justa y al salario mínimo vital, a la igualdad de trato, a no ser despedido sin causa justa, a la jornada máxima de trabajo o al descanso semanal y vacacional, tienen un carácter individual, que permite a su titular -el trabajador- ejercerlo directamente y exigir su protección en caso de agravio o amenaza.

En otra esfera de la vida social, el derecho de los padres a intervenir en la educación de sus hijos y a escoger el tipo y centro de educación de sus hijos

⁴⁹³ PALOMEQUE, Manuel Carlos. “Derecho Sindical Español”, Editorial Tecnos, 3ra. edición, Madrid, 1990, p. 247.

(Const. art. 23º), el del educando a recibir formación que respete su identidad y buen trato psicológico y físico o acceder a un centro de educación pública gratuita, o el del enfermo de SIDA carente de recursos a recibir tratamiento y medicinas del Estado, ilustran otros casos, en los que propia norma constitucional o la jurisprudencia, afirma la titularidad individual de determinados derechos sociales. Igualmente lo es, el derecho del trabajador que ha cumplido los requisitos para jubilarse a percibir una pensión.

Por ello, Pérez Luño sostiene que:

“(...) la titularidad de los derechos sociales no debe considerarse privativa de los grupos, sino que, como ya se ha indicado, puede corresponder también a los individuos. Ya que la función de los derechos sociales no es tanto la de hacer titulares de sus facultades a los grupos, sino más bien la de proyectar su titularidad al individuo que actúa y desarrolla su existencia concreta integrado en determinadas agrupaciones sin que, por tanto, sus intereses puedan marginarse por completo del bien colectivo.”⁴⁹⁴

Hoy día las constituciones enumeran los derechos sociales, como derechos de carácter universal, es decir como derechos de todos los miembros del Estado y no de una clase o sector social determinado. Es indudable que los derechos a la protección de la familia, al trabajo, a la salud, a la educación y a la vivienda, entre otros, no reconocen fronteras trazadas por las diferencias entre los grupos sociales y, por tanto, pueden ser exigidos, por todas las personas. Como lo señala Mazziotti *“(...) el derecho de un anciano y de un inválido a la asistencia tiene por fin inmediato la tutela del interés individual a la subsistencia y no la tutela del interés colectivo a la pervivencia de la categoría de los ancianos o de los inválidos.”*⁴⁹⁵ De esta manera, se ha producido una separación entre el origen histórico de estos derechos y su formulación actual en el catálogo de derechos fundamentales del Estado Social de Derecho,⁴⁹⁶ en razón de lo cual no resulta posible afirmar la titularidad colectiva de los derechos sociales, como una nota característica de estos, definidora de su naturaleza jurídica.

⁴⁹⁴ PÉREZ LUÑO, Op.cit., p. 94.

⁴⁹⁵ Cfr. GONZÁLEZ MORENO, Op.cit., p.168.

⁴⁹⁶ Ibídem.

No puede ignorarse, sin embargo, que aquel origen aporta un dato importante para comprender el significado de estos derechos, en cuanto que, aún descartando su titularidad colectiva, es innegable que su reconocimiento viene a convertirse en un instrumento para que los grupos sociales postergados o excluidos, a través de su ejercicio individual por parte de los miembros que los integren, alcancen la igualdad material y, de ese modo, puedan superar su condición marginal. Por ello, si bien es correcto sostener que, jurídicamente, los derechos sociales no se atribuyen a categorías o clases sociales, sino a las personas, cumplen, respecto de éstas *“una misma función: conseguir el pleno y efectivo ejercicio de las libertades civiles y políticas y eliminar las desigualdades sociales en las condiciones básicas de la existencia.”*⁴⁹⁷

En tanto que derechos de igualdad, los derechos sociales fueron reconocidos para que los individuos pertenecientes a los grupos sociales a quienes la desigualdad económica, social y cultural condenó a la exclusión, puedan gozar de las mismas oportunidades de progreso que los miembros de los grupos o clases dominantes. En ese sentido, el derecho a la educación es un buen ejemplo de como el acceso a la escuela pública gratuita, ha significado en muchas sociedades, y en la nuestra, la posibilidad de ascenso social personal a los miembros de esos grupos postergados; o, como la seguridad social, ha liberado a los trabajadores de la miseria al culminar su vida laboral o quedar incapacitado.

En el caso específico de los derechos laborales, es indudable que estos sólo se poseen y se ejercen en tanto se tiene la condición de trabajador, sin que ello signifique que estos derechos pertenecen a una determinada clase social, pues el concepto de trabajador supera hoy los estrechos límites de la concepción clasista. Sin embargo, este hecho, no los convierte en derechos colectivos, pues el titular de los derechos laborales sigue siendo el trabajador, con la salvedad de

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p.172.

que el ejercicio eficaz de algunos de ellos como la huelga o la negociación colectiva exige la acción colectiva.

En suma, como lo anota Pérez Luño,

*“La relevancia dada por los derechos sociales a quienes forman parte de determinados grupos deriva del presupuesto de que así se pueden satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger. Pero, en todo caso, no se trata de proteger a los grupos en cuanto tales, sino a los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad.”*⁴⁹⁸

2.3. Los derechos fundamentales como normas objetivas de derecho

Otro aspecto medular en la transformación experimentada por la teoría de los derechos fundamentales, en el marco del Estado social, reside en la concepción de éstos como normas objetivas de derecho y no sólo como derechos públicos subjetivos.

Esta nueva perspectiva, supone reconocer a los derechos fundamentales un doble carácter *“...por un lado como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales, y, por otro -y al mismo tiempo-, como normas objetivas de principio (...) y decisiones axiológicas (...) que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho.”*⁴⁹⁹

Los derechos fundamentales, sostiene Haberle, representan “valores supremos” y, por tanto,

“...son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte

⁴⁹⁸ PÉREZ
p.84.

LUÑO,

Op.cit.,

⁴⁹⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, “Escritos sobre Derechos Fundamentales”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.p. 95.

*de todos. Estos derechos resultan ser elementos constitutivos del cuadro constitucional y del ordenamiento inspirado en los principios de libertad de la Grundgesetz.”*⁵⁰⁰

El reconocimiento de los derechos fundamentales por el orden constitucional, supone, de esta manera, que a través de las normas que los establecen, no sólo se atribuye a la persona una facultad subjetiva que puede ejercer libremente y que el Estado está obligado a respetar y proteger, sino que, asimismo, el ordenamiento se adscribe e identifica con los valores que subyacen en cada uno de ellos, de forma tal que la realización de estos valores se constituye en un deber del Estado y no sólo en una facultad de las personas. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la libertad individual supone que el valor de la libertad es un elemento constitutivo del Estado y que este se encuentra obligado a garantizar la existencia de una sociedad libre. Cosa semejante podemos afirmar de los derechos a la igualdad, a la propiedad y, en general, de todos los derechos fundamentales.

Y es que, como bien anota Hesse, la Constitución (Ley Fundamental alemana) *“...no quiere ser de ningún modo un orden neutral ante los valores”* y, por ese motivo, *“ha erigido en la sección correspondiente a los derechos fundamentales un orden axiológico objetivo y en él se expresa con valor de principio un robustecimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales”*.⁵⁰¹

A juicio de este autor, bajo esta perspectiva, los derechos fundamentales *“...dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para*

⁵⁰⁰ HABERLE, Peter. “La libertad fundamental...” Op.cit. pp. 55-56.

⁵⁰¹ HESSE, CONRADO. “Significado de los derechos fundamentales”. Capítulo III en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. “Manual de Derecho Constitucional”, Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, Barcelona, p.92. Agrega que *“Este sistema de valores, cuya médula radica en la personalidad humana actuando libremente en el seno de la sociedad constituida así como en la dignidad de la persona, debe regir como decisión constitucional básica en todas las esferas del Derecho: de él reciben orientación e impulso la legislación, la administración y la actividad jurisdiccional.”*(Ibidem.). En el mismo sentido, Vid, Alexy, Op.cit., p. 507.

transformarse en principios superiores del Ordenamiento jurídico en su conjunto."⁵⁰²

Para Pérez Luño, la nueva concepción de los derechos fundamentales resulta, lógica en un Estado de Derecho que se define como social y democrático en el cual no cabe que estos se interpreten sólo como esferas subjetivas de libertad sino como *"elementos constitutivos de un sistema unitario de libertades "patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente", cuya extensión y eficacia máximas aparecen como la irrenunciable meta a alcanzar.*"⁵⁰³

En este sentido, se ha podido decir que los derechos fundamentales al formar parte del sistema axiológico positivizado por la Constitución constituyen *"los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico"*⁵⁰⁴ y, por ello mismo, *"cumplen "funciones estructurales" de suma importancia para los principios conformadores de la Constitución.*"⁵⁰⁵

Sin objetar esta concepción, Haberle advierte, sin embargo contra la posible devaluación o relativización de la noción de derecho subjetivo, enfatizando que los derechos fundamentales son, sin embargo, *"esencialmente derechos subjetivos públicos. Una concepción "funcional" de los derechos fundamentales no puede desarrollarse en menoscabo de su significado de tutela del individuo.*"⁵⁰⁶ Hecha esta salvedad, el propio Haberle destaca que los derechos fundamentales poseen una dimensión que los sustrae a una comprensión

⁵⁰² BÖCKENFÖRDE, Op.cit., p.128.

⁵⁰³ PÉREZ LUÑO, Op.cit., p.316.

⁵⁰⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. "La Dogmática de los derechos Humanos" (A propósito de la Constitución Española de 1978). Ediciones Jurídicas, Lima-Perú 1994, p.48.

⁵⁰⁵ *Ibidem.*, p.57.

⁵⁰⁶ HABERLE, "La libertad fundamental...", Op.cit., p.63. Insistirá HABERLE en que *"Los derechos fundamentales no están garantizados sólo para alcanzar un "resultado global" (Gesamterfolg), sino que también están garantizados en determinados sectores de la vida para permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual. Muy fácilmente una acentuación unilateral de la función social de los derechos fundamentales podría degradar el individuo al rol de "funcionario" o "destinatario", o bien reducir el ejercicio individual de los derechos fundamentales a un hacer organicista."* (*Ibidem.*). Sobre la concepción "funcional" de los derechos fundamentales, Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en "Escritos ...", *Op.cit.*, pp. 44-71.

exclusivamente limitada al perfil de derecho individual, pues *“A causa de su función social, los derechos fundamentales se afirman como elementos constitutivos del sistema constitucional de valores...”*⁵⁰⁷

Al conceptuarse a los derechos fundamentales como disposiciones que objetivan el sistema axiológico que subyace a la Constitución ello no debe suponer, en modo alguno su desvalorización como derechos públicos subjetivos, aspecto este que continúa siendo esencial en la noción del Estado democrático de derecho. Antes bien, añade, sin quitar nada, una nueva función o significado que, por otro lado, lógicamente, en vez de contraponerse a su significado inicial como derechos de defensa ante el Estado, por el contrario lo refuerza y consolida, al afirmar que los valores subyacentes a cada derecho integran el ordenamiento objetivo del Estado, lo que, como se verá, impone a éste el deber de realizarlos como una de sus tareas principales. Precisa por ello, Hesse, que los derechos fundamentales, en su doble carácter, *“muestran diferentes niveles de significación que respectivamente se condicionan, apoyan y complementan...”*

508

Como una consecuencia necesaria de esta doble condición subjetiva-objetiva que se reconoce en los derechos fundamentales, surgirá como uno de sus efectos principales la afirmación de su eficacia general o universal, su irradiación hacia todos los sectores del ordenamiento jurídico, ya que *“...los derechos fundamentales se desvinculan de la relación inmediata Estado-ciudadano, no sólo rigen allí donde- por emplear la expresiva formulación de Konrad Hesse- el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas, sino que rigen más bien de “modo universal”, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho...”*⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ HABERLE, “La libertad...”, Loc.cit.

⁵⁰⁸ HESSE, “Significado de los derechos...”, p.90.

⁵⁰⁹ BÖCKENFÖRDE, Op.cit., p.109. *“Si se atribuye a los derechos fundamentales un contenido jurídico-objetivo en la forma de normas-principios, esto es, de mandatos de optimización con validez universal que trasciende a la relación Estado-ciudadano, vuelven entonces los fines del Estado -que ya se estaban perdiendo- como mandatos de actuación orientados a un fin y referidos a ámbitos materiales o vitales de derecho fundamental.” (Ibidem.,p.128)*

Esta eficacia universal significará que los derechos fundamentales influirán en todo el Derecho “(...) *no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares*”⁵¹⁰

En el mismo sentido, aunque con algunos matices, Peces Barba sostiene que los derechos fundamentales, tanto en su función objetiva, como parte del sistema de valores de la Constitución, cuanto en su función subjetiva como derechos subjetivos, son aplicables a las relaciones entre particulares.⁵¹¹ Sin embargo, considera que la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones privadas “*no es un problema de eficacia, sino de validez. Se trata en efecto del ámbito de validez personal de los derechos, de los titulares de los mismos y de la validez material, es decir, de las relaciones jurídicas a las que se aplican.*”⁵¹²

En el origen histórico de los derechos humanos reside, para Peces Barba, la validez universal de los derechos fundamentales, en el cual no encuentra base alguna para excluirlos del ámbito de las relaciones privadas, sino por el contrario, en su condición de derechos naturales, convertidos en individuales y civiles, reconocer su validez ante los particulares.⁵¹³

⁵¹⁰ HESSE, “Significado...”, p.93. “*Considera que, por ello, los derechos fundamentales “...sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales” (Ibidem.)*.”

⁵¹¹ PECES BARBA, Op.cit., p.631. Precisa, el profesor español, que “*Otra cosa es que unos estén concebidos claramente y principalmente para actuar en ese ámbito, otros indistintamente en uno y otro y finalmente un último grupo exclusivamente frente a los poderes públicos.*” (Ibidem.) En esta dirección, el Tribunal Constitucional español estableció, en su sentencia 53/1985 que “*los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art.10 de la Constitución “el fundamento del orden jurídico y de la paz social”... BILBAO UBILLÚS, Juan María, 1997. “La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.*Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. **p.322, cit.210)**

⁵¹² Ibidem., p.618. Concluye, por ello, que “*No se debe hablar tanto de eficacia frente a terceros, lo que no es correcto, sino de ámbito de validez de los derechos fundamentales extendido a todas las relaciones jurídicas” (Ibidem.)*.”

⁵¹³ Ibidem., p.620.

Del carácter dual de los derechos fundamentales se deduce otra consecuencia importante que conlleva una transformación de la obligación del Estado hacia éstos. La tradicional actitud de abstención, de no injerencia en los derechos fundamentales, es reemplazada por un compromiso activo con su realización, cuyo punto de partida es *“...la teoría de los derechos fundamentales como principios objetivos que obligan al Estado a poner de su parte los medios necesarios para hacerlos efectivos.”*⁵¹⁴ Para Böckenförde, los derechos fundamentales en su carácter de normas de principio o decisiones axiológicas *“denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos.”*⁵¹⁵

Ello representa un cambio sustancial respecto a la actitud y funciones del Estado respecto a los derechos fundamentales, que transita de un inicial deber de respeto y abstención, así como de protección, hacia un deber de realización, de actuación positiva para garantizar la plena eficacia de estos derechos en el conjunto del ordenamiento jurídico. Al ser los derechos fundamentales valores superiores del ordenamiento jurídico, la realización de aquellos constituye una condición esencial del desarrollo de éste, razón por la cual surge para el Estado *“...una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluido cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos.”*⁵¹⁶

No puede soslayarse la trascendencia que ello supone en relación a la realización, en particular, de los derechos sociales, muchos de los cuales, entrañan obligaciones específicas, en forma de prestaciones por parte del Estado. En la medida que estos derechos expresan valores fundamentales del ordenamiento jurídico, en particular, el principio de la igualdad –que subyace en todos ellos-, el Estado está en la obligación de actuar para que se realicen

⁵¹⁴ HESSE, “Significado...” Op.cit., p.104.

⁵¹⁵ BÖCKENFÖRDE, “Escritos...”, Op.cit., p.115. Completando su pensamiento, este autor afirma que *“Los derechos fundamentales como mandatos de acción y deberes de protección resultan también como una consecuencia del carácter de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio/decisiones axiológicas”* (Ibidem., p.114)

⁵¹⁶ HESSE, “Significado...”, p.94.

efectivamente, independientemente de que ello implique satisfacer directamente o no una determinada prestación, tema al que antes nos hemos referido (Supra 3,1)

En el marco de nuestro Estado social de derecho, el Tribunal Constitucional ha sostenido la concepción dual respecto del carácter de los derechos fundamentales que reconoce nuestro ordenamiento:

“La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.”⁵¹⁷

Este criterio, lo asume, igualmente la Corte Suprema de Justicia, al expresar lo siguiente:

“...Que, los derechos fundamentales deben ser concebidos no sólo como derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un status negativo oponible al Estado, sino también como verdaderos valores supremos que constituyen el componente estructural básico del orden constitucional en razón de ser su expresión jurídica que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción, que reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso, lo que significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos

⁵¹⁷ STC Expediente N° 3330-2004-AA/TC, F.J.9

*subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos...”*⁵¹⁸

2.4. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Otro planteamiento, de la mayor importancia en la construcción de la teoría de los derechos fundamentales del Estado social, lo representa aquel que afirma la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales, esto es, la extensión de su eficacia a las relaciones entre particulares y no sólo a la relación entre el ciudadano y el Estado, se ha desarrollado en tiempos relativamente recientes, a partir de la construcción formulada por la doctrina y los tribunales alemanes.

La afirmación de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados, tiene su origen más remoto, según De Vega, en los tiempos de la República de Weimar,⁵¹⁹ cuando Heller acuña la noción de Estado social y se comienza a atisbar que los derechos fundamentales son susceptibles de ser lesionados por sujetos privados, frente a lo cual sería responsabilidad del ordenamiento jurídico procurar su defensa no sólo ante los actos del poder público, sino respecto de los actos lesivos de los particulares.⁵²⁰

No será sin embargo hasta época posterior a la segunda guerra mundial, cuando, ya bajo la vigencia de la Ley Fundamental, la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares o *Drittwirkung* se abrió paso y pudo

⁵¹⁸ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Apel. N° 3205-2007, del 08 de mayo de 2008.

⁵¹⁹ Denominación con la que se identifica a la República alemana, surgida tras la caída del Imperio Alemán, en 1918, y que fue regida, por la Constitución aprobada por la Asamblea constituyente elegida en Enero de 1919, la cual tuvo como sede la ciudad de Weimar, capital del gran ducado de Saxe-Weimar. La Constitución, - frecuente mencionada como Constitución de Weimar- fue promulgada el 11 de Agosto de 1919 y rigió hasta la llegada al poder de Hitler, que la sometió a una serie de reformas y manipulaciones que desvirtuaron su sentido democrático y progresista.

⁵²⁰ DE VEGA, Pedro, “La eficacia Frente a Particulares de los Derechos Fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung Der Grundrechte*)”, en AA, “Derecho Procesal Constitucional”, T.II, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México DF. 2002, p.1822.

desarrollarse. El hito inicial de este proceso se atribuye al jurista Nipperdey, quien, en el marco de una controversia acerca de la igualdad salarial entre el varón y la mujer, postuló el efecto directo de los derechos fundamentales, afirmando la aplicación al ámbito de las relaciones laborales del principio constitucional de igualdad de derechos entre ambos sexos, consagrado en el artículo 3.2 de la Ley Fundamental. Esta tesis fue acogida, por vez primera, por el Tribunal Federal de Trabajo marcando “...un hito revolucionario en la doctrina jurídica tanto del derecho privado como del derecho público y contribuyó a zanjar victoriosamente para el bando de los partidarios de la *Drittwirkung* la controversia inicial...”⁵²¹

Considera De Vega, que el nacimiento de esta doctrina obedece a lo que llama “escandalosas omisiones de los textos constitucionales”, los cuales, durante mucho tiempo, y pese a la ampliación del número y contenido de los derechos fundamentales, olvidaron dotarlos de mecanismos efectivos de tutela no obstante que en los ámbitos de actuación de estos derechos “...la intervención del Estado es limitada, y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares.”⁵²² Como ejemplo de derechos que pueden ser lesionados por particulares menciona el derecho a una información veraz, que vincula a cualquier medio de difusión, y no sólo a los públicos, así como los derechos sindicales y, en especial, el de huelga, que se ejercen frente a sujetos privados. De igual manera, se refiere a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuya lesividad puede provenir tanto del ámbito privado cuanto del público, pero que mayormente se origina en el primero. Alude, finalmente, a derechos que sólo son exigibles entre particulares, como la libertad de cátedra y la de crear centros docentes.⁵²³

Sin embargo, la victoria inicial de Nipperdey y los partidarios de la *Drittwirkung* no significó la pacífica aceptación de esta doctrina, que pronto fue contestada por sus oponentes y que, además, vio alzarse una versión moderada o

⁵²¹ ESTRADA, Alexei Julio, “La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p.96.

⁵²² DE VEGA, “La eficacia frente a particulares...”, Op.cit., p.1830.

⁵²³ Ibídem.

intermedia que recorta, en importante medida, sus aspectos más controvertidos, como lo analizamos más adelante. (Infra 2.2.1)

Pero, antes de analizar el contenido y los alcances de este planteamiento, así como las diversas posiciones formuladas al respecto, es conveniente examinar las razones que llevaron a sustentar la necesidad de adoptarlo con el objeto de lograr la plena eficacia de los derechos fundamentales.

2.4.1. Razones para extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares

2.4.1.1. El fenómeno de los poderes fácticos

La concepción tradicional de los derechos fundamentales veía en el Estado el único poder social y político capaz de amenazarlos y vulnerarlos. Una razón histórica avalaba esta posición, ya que las revoluciones burguesas, que dieron nacimiento al Estado Liberal, lucharon por afirmar las libertades individuales contra el absolutismo monárquico y por este motivo, al diseñar la nueva constitución del poder político, privilegiaron garantizarlas y protegerlas del Estado, al cual, pese a la transformación producida, siguieron identificando como el único factor de peligro para aquellas.

Es evidente, que la realidad inicial del Estado Liberal, caracterizado por un acendrado individualismo y la reacción contra toda forma de organización social autónoma, ha cedido el paso a una situación radicalmente distinta en la cual la sociedad se ha ido estructurando como una red compleja y vasta de organizaciones de distinta índole y objetivos: económicas, sociales, gremiales, políticas, religiosas, culturales, deportivas, etc. La sociedad individualista idealizada por el liberalismo se ha transformado en una sociedad pluralista en la que, como lo señala Bobbio,

*“...los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente pertinentes; las grandes organizaciones, las asociaciones de la más diferente naturaleza, los sindicatos de las más diversas actividades, los partidos de las más diferentes ideologías y, cada vez menos, los individuos. No son los individuos sino los grupos los protagonistas de la vida política en una sociedad democrática...”*⁵²⁴

De este modo, a su juicio, frente al ideal liberal de una sociedad “centrípeta”, la sociedad moderna se presenta como una sociedad “centrífuga”, dotada de numerosos centros de poder, lo que ha permitido que se la califique como “policéntrica” o “poliárquica”.⁵²⁵

La multiplicación de los centros de poder ha significado no sólo, la pérdida de protagonismo del individuo, como lo afirma Bobbio, sino el surgimiento de una nueva relación social, la que tiene lugar entre el individuo y las organizaciones sociales, -los nuevos poderes-, en la medida que la vida de las personas no puede desarrollarse sin la relación entre éstas y aquellas, relación que, en muchos casos, es una relación de sujeción o subordinación. De este modo, la relación individuo-Estado, sobre la que descansa la concepción tradicional de las libertades individuales, - la cual, obviamente sigue siendo una relación básica en toda sociedad-, ahora coexiste con numerosas otras relaciones individuo-organización social, muchas de las cuales resultan indispensables para el desarrollo individual y, por ello mismo, pueden constituir un factor condicionante de sus libertades y derechos.

La reorientación de los centros de gravedad del poder produce un efecto importante sobre la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. Como lo indica Peces-Barba, esa reorientación, también ha diversificado el origen de los peligros para los derechos fundamentales, de modo tal que esos poderes sociales, e incluso otros individuos, pueden ser “...capaces de producir maleficios y daños de los que debemos protegernos con los derechos fundamentales”⁵²⁶

⁵²⁴ BOBBIO, Norberto, Op.cit., pp.17-18.

⁵²⁵ Ibídem., p.18.

⁵²⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Op.cit., p.624-625. Señala este autor que “La vida, la integridad física, las condiciones de trabajo, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y de manifestación, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, no son derechos que deban temer principalmente del poder político en una sociedad

Para Hesse⁵²⁷, la necesidad de brindar amparo estatal frente a perjuicios o amenazas a la libertad de las personas por poderes ajenos al Estado, constituye un aspecto de la problemática contemporánea de los derechos fundamentales. Para este autor, la interpretación de los derechos fundamentales como simples derechos de defensa frente al Estado no brinda solución a la cuestión de la amenaza de la libertad humana por poderes no estatales, ya que *“La libertad sólo se garantiza efectivamente como un todo unitario. Dado que no debe ser sólo para los poderosos, debe protegerse también frente a influencias sociales.”*

528

Se pone así, de relieve, que en la sociedad actual, el Estado no es la única fuente posible de amenazas y agresiones a los derechos fundamentales, ya que la *“La posición de superioridad y la consiguiente propensión al abuso o la arbitrariedad no es una característica exclusiva del poder público. Ni lo es ahora ni lo ha sido nunca.”*⁵²⁹ De allí que, como lo expresa De Vega, la protección de los derechos fundamentales no debe reducirse a la hipótesis de su violación por los poderes públicos, sino que debe contemplar las posibles lesiones provenientes de los particulares que, *“...operando desde posiciones de privilegio, y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad.”*⁵³⁰

Este criterio, la amenaza de los derechos fundamentales por los poderes privados, fue reconocido por la Corte Suprema de Argentina, al pronunciarse en el caso “Kot” a favor del recurso de amparo, al señalar que:

democrática. Un análisis de las violaciones de esos derechos, a través por ejemplo de las estadísticas sobre comisión de delitos pone de relieve la presencia de los particulares entre los infractores de los mismos...” (Ibídem., p.625).

⁵²⁷ HESSE, Konrad, Op. cit, p. 104.

⁵²⁸ Ibídem., p. 95.

⁵²⁹ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.250

⁵³⁰ DE VEGA GARCÍA. Pedro, “Dificultades y problemas para la construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad (En caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales.)”, en AA “Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, pp., 269-270.

*“Además de los individuos humanos y del Estado hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representen, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales...”*⁵³¹

Frente a esta realidad, la de la vulnerabilidad multidireccional de los derechos fundamentales, surge la necesidad de garantizar su eficacia y, por consiguiente, su defensa respecto de los particulares, es decir, pasar de su eficacia “vertical”, ante el Estado, a su “*eficacia horizontal*” ante los particulares.⁵³²

Tradicionalmente, y como fundamento del derecho privado, se ha descartado la posibilidad de una vulneración de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, por considerar que, a diferencia de la relación persona-Estado, que se caracteriza por la subordinación del primero al segundo, en las relaciones entre sujetos particulares no existe tal sujeción sino una situación de libertad e igualdad jurídica, que permite a cada individuo cuidar sus intereses y pactar libremente. Bajo esta perspectiva, en las relaciones privadas el “poder” es un factor irrelevante, pues estas se constituyen entre sujetos dotados de libertad y jurídicamente iguales, que al contratar ejercen la autonomía de su voluntad y, por consiguiente, asumen, libremente obligaciones y responsabilidades.

La igualdad de las partes contratantes, es, ciertamente, la igualdad jurídica, que la Constitución y las leyes reconocen a toda persona, pero no coincide, necesariamente con la situación real de aquellas, la cual puede ser muy diferente desde el punto de vista social y, especialmente, económico. La desigualdad real no es, por ello, infrecuente en las relaciones privadas razón por la cual se considera que *“La presunción de igualdad entre las partes implicadas en un*

⁵³¹ Cf. LAZZARINI, José Luís, “El Juicio de Amparo”, La Ley S. A., Buenos Aires, 1987, p.29.

⁵³² BILBAO UBILLÚS, objeta esta expresión: “...no nos parece exacta la expresión “*eficacia horizontal*”, o en las “*relaciones horizontales*” de los derechos fundamentales. La relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal.”(Op.cit., p.244).

*negocio jurídico privado no puede sostenerse. No son pocos los negocios jurídicos realizados bajo el imperativo de una forma desigual”*⁵³³ Cuando una de las partes de la relación privada es económicamente débil, por encontrarse en estado de necesidad, su libertad contractual resulta prácticamente anulada, tal como ocurre con el caso del asalariado que se ve obligado a aceptar las condiciones que le impone el empleador en el contrato de trabajo.⁵³⁴

Se postula, por ello, la ruptura del “dogma de la autonomía de la voluntad privada” ya que *“frente al utópico credo liberal de un mundo de individuos libres e iguales en derechos, lo que la realidad presenta son situaciones de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales.”*⁵³⁵ La existencia de situaciones de asimetría entre los sujetos privados, por el hecho de que algunos de ellos tengan una posición de poder económico y social, no sólo afecta la presunta igualdad de las partes en la celebración del negocio jurídico privado, sino que, al aceptar el contratante débil las condiciones que le impone el fuerte, refuerza la posición de éste y, en contraposición, acentúa su propia posición de dependencia y sometimiento. Se configura, así, un *“poder de supremacía privada”* que relega a la contraparte a una posición de virtual *“sujeción, cuando no de indefensión”*⁵³⁶ Ante esta realidad, el derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado y deberá afrontarla para dar una respuesta apropiada *“que no podrá venir, desde luego, por la vía de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada.”*⁵³⁷

La respuesta que se ha desarrollado para contrarrestar la potencialidad lesiva de los poderes privados consiste, precisamente, en reconocer la eficacia horizontal, o entre particulares, de los derechos fundamentales. Ello supone cuestionar la tradicional separación radical entre el derecho público y el derecho privado, que acantona la eficacia de los derechos fundamentales al ámbito del primero

⁵³³ *Ibidem.*, p.241.

⁵³⁴ *Ibidem.*, p.243-244.

⁵³⁵ DE VEGA, Pedro, *Dificultades y problemas...* Op.cit., pp.268-269.

⁵³⁶ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.245.

⁵³⁷ *Ibidem.*, p.250. *“La sacralización de este principio, que hoy aparece seriamente erosionado en la experiencia del tráfico jurídico privado, ha servido tradicionalmente para apuntalar la inmunidad de estos poderes, privando de garantías efectivas a quienes ven menoscabada injustificadamente su libertad.” (Ibidem.).*

excluyéndola del ámbito del segundo, regido exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, a fin de extender a este la eficacia de los derechos fundamentales.

Para Pérez-Luño esta es, en primer lugar, una exigencia lógica referida a la coherencia interna del ordenamiento jurídico que, en última instancia, es una consecuencia del principio de seguridad jurídica. Para este autor:

*“...el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran.”*⁵³⁸

La segunda razón que a juicio de este autor sustenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales consiste, precisamente, en el hecho de que a la amenaza potencial contra las libertades provenientes del poder público *“...le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales.”*⁵³⁹

La extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares se vislumbra, de este modo, como un límite efectivo frente a la “arbitrariedad privada”, al sujetar las relaciones entre sujetos privados a reglas y límites jurídicos, de forma similar a los límites que el orden jurídico impone al poder del Estado a fin de impedir el abuso del poder.⁵⁴⁰

Por consiguiente, si bien la eficacia horizontal no pretende suprimir el principio de la autonomía de la voluntad, le impone límites y marcos dentro de los cuales este debe desenvolverse, esto es, respetando los derechos fundamentales de las partes, toda vez que la libertad de contratación que es un derecho

⁵³⁸ PÉREZ-LUÑO, Op.cit., p.314.

⁵³⁹ Ibídem.

⁵⁴⁰ Cf. BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.266.

fundamental no puede erigirse en un derecho superior a los demás derechos fundamentales ni, por tanto, ejercerse en desmedro de estos.

Sobre la relación entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad, el Tribunal Constitucional español ha tenido la ocasión de señalar, en su sentencia 177/88, lo siguiente:

*“(...)las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes debe respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas de rango constitucional u ordinario de las que se derive la necesidad de igualdad de trato.”*⁵⁴¹

Con ello se deja sentado que los derechos fundamentales si bien continúan siendo derechos de defensa frente al Estado, también son oponibles a los sujetos privados, sin que la diferencia de naturaleza entre el Estado y éstos delimite el ámbito de eficacia de los derechos y, consiguientemente, la aplicación del sistema de garantías creado para su defensa, ya que *“el carácter público o privado no es una nota del derecho en sí, sino del medio con que se agrede”*⁵⁴² La Corte Suprema argentina ha afirmado este mismo criterio al expresar en la sentencia del caso “Kot” que las garantías de los derechos *“no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales.”*⁵⁴³

2.4.1.2. La Constitución como norma fundante y unificadora del ordenamiento jurídico.

El replanteamiento acerca de la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales, encuentra, asimismo, otro fundamento en la concepción de la

⁵⁴¹ Cf. PECES-BARBA, Op.cit., p.633.

⁵⁴² BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.274

⁵⁴³ Cf. LAZZARINI, Loc.cit.

Constitución como una verdadera norma, fundante y unificadora del ordenamiento jurídico.

Esta concepción superando la visión inicial de la Constitución como mera “norma política” que contenía, exclusivamente, mandatos dirigidos al legislador, a quien, en última instancia, correspondía la conformación del ordenamiento jurídico⁵⁴⁴, asume que la Constitución es verdadera norma jurídica, cuya función consiste en establecer los fundamentos del orden jurídico y, mediante ello, asegurar su unidad. Sostiene por ello García de Enterría que “...*la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*”⁵⁴⁵ Esta posición de la Constitución, deriva, en primer lugar, de su carácter de “fuente de fuentes”, en la medida que define el sistema de fuentes formales del Derecho y, en segundo lugar, por ser “...*la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa.*”⁵⁴⁶

En esta línea de pensamiento, Hesse expone un concepto amplio y totalizador de Constitución a la cual concibe como “*el orden jurídico fundamental de la Comunidad*”⁵⁴⁷. La Constitución fija los principios rectores para formar la unidad política y asumir las tareas del Estado, establece los procedimientos para

⁵⁴⁴ DE OTTO Y PARDO explica como en la experiencia europea, a diferencia de la norteamericana, la constitución no fue entendida como “norma jurídica”: “...*por una serie de razones políticas poderosísimas- entre ellas la existencia de monarquías- en Europa no llegó a afianzarse claramente la idea de que esa Constitución escrita es efectivamente una norma jurídica que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción resulta antijurídica. La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna - por decirlo así- al aparato del poder del Estado, de modo que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos.*” En cambio, en el constitucionalismo norteamericano, “...*las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del mismo.*” (OTTO Y PARDO, Ignacio de, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1987.)

⁵⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, p.49

⁵⁴⁶ *Ibidem.*, p.50. Estas razones, dice GARCÍA DE ENTERRÍA, aseguran a la Constitución “una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido” (*Ibidem.*)

⁵⁴⁷ HESSE, Konrad, “Escritos de Derecho Constitucional (Selección)”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p.16.

resolver los conflictos en la comunidad, regula la organización y procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal y, asimismo, crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto.⁵⁴⁸ La misma idea es expresada por Böckenförde para el cual *“...la Constitución deja de ser un Ordenamiento jurídico fundamental del Estado para convertirse en Ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad. El ordenamiento jurídico en su conjunto ya está contenido-al nivel de las normas-principios con tendencia de optimización-en la Constitución”*⁵⁴⁹

Hesse resalta las consecuencias de esta concepción que supone que la Constitución, en cuanto orden jurídico fundamental de la comunidad *“...no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también - de forma especialmente clara en garantías tales como las del matrimonio y la familia, la propiedad, la educación o la libertad del arte y la ciencia- las bases de la ordenación de la vida no-estatal.”*⁵⁵⁰

Haberle profundiza los efectos de esta noción refiriéndola a los poderes sociales y las relaciones del ciudadano con éstos: *“Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de estos con el ciudadano (¡tolerancia!).”*⁵⁵¹ Para este autor, las expresiones típicas que derivan de esta concepción, son la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder, como el derecho de la competencia económica o antimonopolios, todas las cuales *“se encuentran sin duda en sus comienzos, pero ya existen”*.⁵⁵²

La tradicional separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, que acantona la eficacia de la Constitución al campo del primero, dejando al segundo

⁵⁴⁸ Ibídem.

⁵⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Op.cit., p.129.

⁵⁵⁰ HESSE, “Escritos...”, Op.cit. p.17.

⁵⁵¹ HABERLE, Peter, “El Estado Constitucional”, Universidad Nacional Autónoma de México/ Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2003, Lima, 2003, p.3.

⁵⁵² Ibídem., p.4.

librado a las normas del Código Civil, pierde todo fundamento, pues, desde esta perspectiva, se reconoce que las normas de aquella penetran e informan el derecho privado. Se produce, entonces, la “*constitucionalización de todas las ramas del Derecho*” mediante la irradiación de las normas constitucionales en el derecho privado.⁵⁵³ La Constitución deja de ser, por tanto, una norma paralela al derecho privado, limitada a regular la organización del Estado y las relaciones entre éste y los ciudadanos, para convertirse en una norma fundante de todo el ordenamiento jurídico, cuyos diferentes sectores o “ramas” encuentran en ella, en mayor o menor grado, las bases de su propia regulación, además de normas y valores de carácter general que están obligadas a respetar al conformar su ámbito singular.

Por ello, Bilbao Ubillús considera que no se puede hablar ya de dos ordenamientos completamente autónomos y, en apoyo de esta tesis, cita la opinión de Gomes Canotilho en el sentido de que “*el Derecho civil no es materia extraconstitucional, es materia constitucional.*”⁵⁵⁴

Contra la parcelación y aislamiento de las ramas del ordenamiento jurídico se pronuncia, finalmente, Hesse, para el cual la Constitución al convertirse en elemento de unidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad en su conjunto, “*... viene a impedir tanto el aislamiento del Derecho constitucional de otras parcelas del Derecho como la existencia aislada de esas parcelas del Derecho entre ellas mismas.*”⁵⁵⁵

2.4.2. Posiciones sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

⁵⁵³ BILBAO UBILLÚS, p. 258.

⁵⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 258-259. “*Esto no quiere decir, puntualiza inmediatamente, que la Constitución se transforme en un super-Código, y el Derecho civil se reduzca a un Derecho constitucional concretizado.*” (*Ibidem.*, p.259, cit.58).

⁵⁵⁵ HESSE, “Escritos...”, Op.cit., p.17.

2.4.2.1. La posición contraria a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones “interprivatos”

La negación a reconocer eficacia horizontal a los derechos fundamentales parte de quienes todavía conservan inalterada la clásica concepción de estos derechos como “garantías” frente al Estado, descartando, por ello, que puedan aplicarse a las relaciones entre sujetos privados. En éstas, según dicha perspectiva, no existe peligro alguno para la libertad, pues los sujetos privados carecen de poder en sentido propio, es decir político, y, además, se encuentran en posición de igualdad para entablar y desarrollar sus relaciones jurídicas, amparados por el principio de igualdad ante la ley. No cabe, por ello, introducir en estas relaciones a los derechos fundamentales cuyo ámbito propio, y exclusivo, de actuación son las relaciones individuo-Estado.

De este modo, la pretensión de ampliar el ámbito de actuación de los derechos fundamentales a las relaciones *inter privatos*, aparece no sólo con una extensión indebida del campo de acción de éstos sino, más aún, como el intento de subvertir el orden jurídico nacido del Estado liberal el cual, como lo señala De Vega, consagró la separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de ellos un estatuto jurídico diferente: la Constitución para el Estado y el Código Civil para la sociedad.⁵⁵⁶

Refiriéndose a estas posiciones, Bilbao Ubillús, afirma que su común denominador “...es, sin lugar a dudas, el énfasis con el que se denuncian los riesgos de esta doctrina extraña para la libertad contractual y la seguridad jurídica.”⁵⁵⁷ Indica este autor que quienes defienden la tesis negativa de la eficacia horizontal sostienen que el Derecho civil está impregnado de una “lógica de libertad”, por lo cual sus normas se presentan como un “*modelo de equilibrio en la defensa de las libertades individuales*”, de modo tal que la irrupción de los derechos fundamentales en ese ámbito de “paz social y libertad” resultaría

⁵⁵⁶ DE VEGA, “La eficacia frente a particulares...”, Op.cit., p.1822.

⁵⁵⁷ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.283.

perturbadora, provocaría entrecruzamientos y colisiones y llevaría, en última instancia, a una *“inflación protectora”*.⁵⁵⁸

Desde este punto de vista, las relaciones privadas se rigen, exclusivamente, por la *“autonomía privada”*, basada en la independencia e igualdad de fuerzas de ambas partes, lo que conlleva que el propio marco contractual ofrezca, como lo dice Schmidt-Rimpler⁵⁵⁹ una *“certeza de corrección”*, que reside en que las obligaciones contraídas son las adecuadas porque cada parte cuida de su propio interés.

Quienes rechazan la eficacia horizontal con estos argumentos, no reconocen, obviamente, las profundas transformaciones que han sufrido tanto la sociedad como el Estado en más de dos siglos desde las revoluciones liberales, especialmente la aparición de los poderes privados o *“fácticos”*, la concepción de la Constitución como base de todo el ordenamiento jurídico, la noción de los derechos fundamentales como derecho objetivo y, finalmente, el desarrollo del Estado social de derecho, cambios, todos ellos, que demuestran ampliamente la necesidad de superar la concepción tradicional de los derechos fundamentales como derechos oponibles únicamente frente al Estado y, por tanto, carentes de eficacia en las relaciones entre particulares.

Por eso, estas posiciones han quedado rezagadas y, finalmente, la idea de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha prevalecido. Sin embargo, los argumentos formulados contra ésta no han caído en el vacío y si bien no han tenido la fuerza necesaria para impedir su avance y consolidación, si han tenido, en cambio, la capacidad de influir en su construcción, contribuyendo a crear una teoría intermedia o una versión limitada de la *“Drittwirkung”*, que se traduce en la tesis de la *“eficacia mediata”*.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ Citado por ESTRADA, Alexei Julio, *Op.cit.*, p.118. Sin embargo, esta tesis formulada en 1941, que gozó durante algún tiempo de acogida entre los jusprivatistas alemanes, fue corregida por su autor, quien la reemplazó por la de *“presunción de corrección”*, al considerar que la *“certeza de corrección”* no es inherente al mecanismo contractual” (**Estrada, Alexei Julio , Op.cit., p.118, cit.88**)



2.4.2.2. Las posiciones favorables a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

2.4.2.2.1. La tesis de la eficacia mediata

Esta tesis no niega sino, por el contrario, afirma la eficacia horizontal de los derechos fundamentales pero, como se señala “(...) *condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso.*”⁵⁶⁰

De este modo, según Bilbao Ubillús, el problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales “...se convierte (se enmascara, más bien) en un problema de tutela frente a injerencias que serían, en último término, estatales”⁵⁶¹ En esta misma perspectiva, Hesse considera que los derechos fundamentales operan como “principios rectores” del ordenamiento jurídico que pueden ser determinantes para la configuración de las relaciones jurídicas privadas, pero que no fundan derecho subjetivo alguno en esas relaciones al amparo de los cuales se pueda exigir a la otra parte una conducta conforme a los derechos fundamentales.⁵⁶² En ese sentido, Stein sostendrá que los derechos fundamentales imponen al Estado “*la obligación de configurar la situación jurídica de los terceros de acuerdo con éstos.*”⁵⁶³ Así, la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales se alcanza en la medida que “*el contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se*

⁵⁶⁰ BILBAO UBILLÚS, Loc.cit.

⁵⁶¹ *Ibidem.*, p. 287. Para BILBAO UBILLÚS uno de los exponentes de esta doctrina en el derecho alemán es Schwabe para quien “*No existen dos áreas de vigencia de los derechos fundamentales en el Derecho Público y en el Derecho Privado, sino una única vigencia frente al Derecho del Estado y frente a aquellos que lo crean y lo aplican. Visto así, concluye Schwabe, el problema de la legitimidad de la “Drittwirkung” es un problema “ficticio”. Partiendo de la concepción expuesta, todos los intentos de rebuscada fundamentación a favor o en contra de la vigencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado llevan al vacío, a ninguna parte*” (Op.cit.,p.287, cit.129)

⁵⁶² HESSE, “Significado de los derechos...”, Op.cit., p.107.

⁵⁶³ Citado por BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.284.

despliega en el Derecho Privado mediante los preceptos directamente reguladores en este campo, especialmente las cláusulas generales y los conceptos indeterminados..."⁵⁶⁴ La obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales, también frente a lesiones provenientes de terceros, se concibe, entonces, como una *"función del legislador"*.⁵⁶⁵

En el derecho español, Jiménez Campo también sostiene que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha de entenderse como eficacia "indirecta", o mediata, partiendo del hecho de que, a su juicio, la norma constitucional que vincula a los poderes públicos a la Constitución y los derechos fundamentales *"vale sólo para las relaciones jurídico-públicas de sujeción general. En estas relaciones, no en otras, se inserta de modo directo el derecho fundamental, del que nace así una vinculación, igualmente directa, entre el individuo y el Estado."*⁵⁶⁶ Esta vinculación directa es, sin embargo, compatible con la irradiación de los derechos fundamentales más allá del ámbito o relación -directa-, entre individuo y Estado, la misma que se traducirá en *"un deber constitucional para el legislador."*⁵⁶⁷ Concluye, por ello, que la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones jurídico-privadas debe asegurarla el legislador y que al juez, ordinario y constitucional, corresponde garantizar la observancia de dicha vigencia.⁵⁶⁸

Desde esta perspectiva, como lo precisa bien Bilbao Ubillús, los derechos fundamentales desplegarían eficacia frente a particulares *"cuando y en la medida en que el legislador ordinario así lo hubiese previsto"*, correspondiendo, en tal

⁵⁶⁴ HESSE, "Significado de los derechos...", Loc.cit.

⁵⁶⁵ *Ibidem.*, p.108.

⁵⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Derechos Fundamentales, Concepto y Garantías", Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1999, p.34.

⁵⁶⁷ *Ibidem.*, p.35.

⁵⁶⁸ *Ibidem.* Precisa que *"Lo que aquí planteo no pone en discusión nada de esto, sino, tan sólo, que tal proyección del derecho fundamental en el seno de las relaciones entre particulares sea "directa", esto es derivada, sin mediación legal, de un precepto (art.53.1) que se dirige sólo al poder público. Lo que este precepto hace explícito en nuestro ordenamiento es que los derechos fundamentales son ante todo derechos frente al Estado (...) o frente al poder (...), afirmación cuyo fundamento no está, o no está sólo, en la historia, sino, en lo que aquí más importa, en el sentido mismo de lo que es, y para lo que sirve, una Constitución."* (*Ibidem.*)

caso, a la ley fijar las pautas para la correcta articulación entre el derecho de que se trate y los bienes o derechos con los que puede entrar en conflicto.⁵⁶⁹

Además de la mediación del legislador, a quien compete “acoger” en la ley los valores contenidos en los derechos fundamentales para que, de esta manera, actúen en el campo del derecho privado, la mediación de los derechos fundamentales también tiene lugar mediante el juez. Al negarse la eficacia inmediata de los derechos fundamentales,

“...el juez no reconoce la oponibilidad erga omnes del derecho subjetivo constitucional. Se limita a ponderar los bienes e intereses en juego teniendo presente ese efecto de irradiación. Los derechos fundamentales informarían la práctica judicial como simples parámetros interpretativos, a los que se acude, sobre todo, cuando existen lagunas que integrar o la ley está redactada de forma imprecisa.”⁵⁷⁰

Emerge, de este modo, lo que para Estrada Alexei Julio constituye el supuesto central de esta posición: las cláusulas y conceptos generales del derecho privado como instrumentos normativos idóneos que deben ser “colmados”, o irradiados, con el contenido de los valores típicos de los derechos fundamentales, siendo este el vehículo para que estos logren operatividad en el campo del derecho privado.⁵⁷¹ Para ello, el juez tiene que realizar una doble labor hermenéutica en el caso concreto: extraer del derecho fundamental correspondiente el principio que este contiene, introducirlo, luego, en el contenido de la cláusula general para, finalmente, aplicar ésta a la solución del conflicto jurídico-privado.⁵⁷²

⁵⁶⁹ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.289-90.

⁵⁷⁰ BILBAO UBILLÚS, p.312. *“Se trataría de una influencia correctora o matizadora en sede interpretativa, característica de todos los principios generales del Derecho. Una influencia que afectaría, en primer lugar, a aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen reglas imperativas y forman parte, por ello, del orden público, en el sentido más amplio del término.” (Ibídem., pp. 312-313).*

⁵⁷¹ ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.111.

⁵⁷² Ibídem., p.116. Agrega el autor que *“Sólo a través de este amplio rodeo se hace posible, según la teoría de la mittelbare Drittwirkung, la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas.” (Ibídem.).*

No existe, por consiguiente, la posibilidad de accionar directamente ante el juez reclamando la tutela de un derecho fundamental cuando este ha sido lesionado por un particular, de la misma forma en que puede hacerse, mediante los procesos constitucionales, cuando dicha lesión tiene por autor al Estado. El derecho fundamental sólo intervendrá en la solución del conflicto entre particulares como una “valor” o “principio” a observar, en la medida que sea factible, incorporar dicho valor o principio en el contenido de las cláusulas generales o conceptos indeterminados del derecho privado. Esta posición es que, tras largos debates doctrinales, ha adoptado el Tribunal Constitucional Alemán.⁵⁷³

No obstante, Böckenförde, matiza esta posición, ya que sin objetar la tesis de la eficacia mediata, relativiza sus efectos y deja las puertas abiertas para la eficacia inmediata, al sostener que si, realizadas las operaciones hermenéuticas antes descritas, faltan los puntos de conexión, esto es, no resulta posible “colmar” las cláusulas generales o las normas legales con el contenido axiológico de los derechos fundamentales, ello no impedirá que, en tal caso, los derechos fundamentales se apliquen directamente. En suma, en principio, el juez deberá realizar todos los esfuerzos posibles para “interpretar” el derecho privado conforme a las normas iusfundamentales de la Constitución pero si ello no es posible, no tendrá otra opción que aplicar el derecho fundamental.⁵⁷⁴

En esta perspectiva, la tesis de la “eficacia mediata” no aparece como necesariamente contrapuesta a la de la “eficacia inmediata”, sino como un paso

⁵⁷³ Señala al respecto BILBAO UBILLÚS, que “El TC alemán rechaza, pues, las soluciones “extremas”. Admite que los derechos fundamentales no operan sólo frente a los poderes públicos, pero descarta la vigencia inmediata e incondicionada de éstos en las relaciones privadas. Se amplía el área original de incidencia de los derechos fundamentales, pero esa extensión se efectúa en su dimensión de valores que el juez ha de interiorizar, y no en su calidad de derechos subjetivos.” (Op.cit., p.312.).

⁵⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, Op.cit., p. 113. Sostiene el profesor alemán que “...si los derechos fundamentales garantizan determinados contenidos (axiológicos) jurídico-objetivos del Ordenamiento jurídico-privado, su realización no puede depender de una configuración infraconstitucional suficiente del Ordenamiento jurídico-privado. En la medida en que parece posible el desarrollo de estos contenidos a través de cláusulas generales u otras reglas legales del correspondiente ámbito jurídico, puede llevarse a cabo por la vía de la interpretación y aplicación de esta prescripción, esto es, por la vía de la eficacia indirecta frente a terceros. Si faltan tales puntos de conexión no cesa la actuación de los derechos fundamentales, sino que se impone directamente...” (Ibidem.).

previo a ésta, a la cual, sólo podrá recurrirse cuando mediante la primera no es posible solucionar un conflicto entre sujetos privados con arreglo a los valores contenidos en los derechos fundamentales. Con esta posición, pretende Böckenförde salvaguardar el ámbito propio del derecho privado, evitando que sus normas sea postergadas por la sola invocación y aplicación directa de los derechos fundamentales, ya que, a su juicio *“Donde el principio de derecho fundamental puede realizarse llenando de contenido conceptos y cláusulas ya existentes no es preciso hacer saltar por los aires el sistema de normas jurídico-privado. Donde este camino sea impracticable puede resultar obligado un recurso inmediato al Derecho constitucional.”*⁵⁷⁵

Para algunos autores esta posición, lejos de afirmar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la niega, ya que al interponerse necesariamente la ley o cláusula general *“lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho privado (...) El derecho ordinario es el punto de conexión. Las partes sólo pueden hacer valer los derechos e intereses que les reconocen las leyes civiles, mercantiles o laborales.”*⁵⁷⁶

De Vega considera que la tesis de la eficacia horizontal sólo a través de la legislación carece de fundamento y no es sino un modo de eludir la cuestión ya que el problema no es de reconocimiento legal o desarrollo legal de los derechos fundamentales *“sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente.”*⁵⁷⁷ Con parecida contundencia, Bilbao Ubillús, afirma que cuando el reconocimiento de un derecho depende del legislador, este no es un derecho fundamental sino,

⁵⁷⁵ *Ibidem.*, p.114.

⁵⁷⁶ BILBAO UBILLÚS, *Op.cit.*, pp.313-314. Al respecto, este autor, en relación a la obligación del legislador de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas señala lo siguiente *“No cabe duda que la inhibición del legislador, el encargado de regular las relaciones jurídicas entre particulares en consonancia con los valores constitucionales, no es fiscalizable en sede jurisdiccional (en ningún ordenamiento se admite este tipo de control). Las omisiones del poder legislativo sólo podrán ser objeto de un juicio político, dando lugar, en su caso, a una responsabilidad de carácter político.”* (*Ibidem.*, p. 285)

⁵⁷⁷ DE VEGA, “Dificultades y problemas...”, *Op.cit.*, p.272. Para De Vega, *“... de lo que se trata es de discutir si las situaciones de oligopolio social de los grupos y poderes privados no determinan que la autonomía de la voluntad quede reducida, en el plano real, sólo a la autonomía de esos poderes privados, y la igualdad ante la ley se convierta en pura justificación y legitimación de las desigualdades de hecho”* (*Ibidem.*)

tan sólo, de rango legal, pues la característica definitoria del derecho fundamental es su indisponibilidad por el legislador. En tal sentido, *“No parece compatible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide.”*⁵⁷⁸

Si las normas que se aplican a la solución de los conflictos entre particulares no son, por consiguiente, normas iusfundamentales sino derechos de origen legal, entonces la noción misma de “eficacia mediata de los derechos fundamentales” resulta contradictoria. Para Bilbao Ubillús se trata, por ello, de un término “equivoco” ya que quienes *“defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, en realidad, la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales, en cuanto tales.”*⁵⁷⁹

No menos objetable resulta la “eficacia mediata” a través de la interpretación judicial ya que la supuesta operación integradora de las cláusulas generales del derecho privado con los “valores” implícitos en los derechos fundamentales, choca con el hecho de que estas

*“(…) fueron previstas por el legislador del derecho privado con un sentido y contenido propio, el cual, si bien es abierto y por ende corresponde al intérprete concretarlo, en ningún caso puede ser entendido como una mera cubierta que permite irrumpir a las normas iusfundamentales en el ámbito privado”*⁵⁸⁰ Por ello, se considera que la eficacia mediata a través del juez es *“ilusoria”*⁵⁸¹ ; *“un aspecto -particularmente cualificado- de la negación de la “Drittwirkung”.*⁵⁸²

⁵⁷⁸ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.297.

⁵⁷⁹ *Ibidem.*

⁵⁸⁰ ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.124. Precisa este autor que *“Algo muy distinto es que puedan coincidir los conceptos de moral social que encarnan las cláusulas generales con el contenido valorativo de los derechos fundamentales, pero esto no tiene porqué ocurrir siempre, ni tampoco puede cubrir por completo la amplia gama de derechos y libertades previstas por el ordenamiento constitucional.”* (***Ibidem.***)

⁵⁸¹ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.318.

⁵⁸² LOMBARDI, citado por BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.318.

De la evidencia de las contradicciones e insuficiencias que ofrece la teoría de la “eficacia horizontal mediata”, se concluye, por un sector de la doctrina, que esta *“aparece en última instancia viciada por graves contradicciones internas, que la hacen difícilmente sostenible”*.⁵⁸³

2.4.2.2.2. La tesis de la eficacia inmediata

Nipperdey, que inició la corriente favorable al reconocimiento de la eficacia inmediata entre particulares de los derechos fundamentales, considera que esta consiste en reconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el derecho privado, basándose en que el orden jurídico es una unidad y que, por tanto, todo derecho rige en base a y en el marco de la Constitución. Afirma, al respecto:

*“El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación”*⁵⁸⁴

Apunta Alexy que, en este sentido, *“los derechos fundamentales habrían de tener un efecto absoluto.”*⁵⁸⁵ Nipperdey rechaza, por ello, la tesis de la eficacia mediata sosteniendo que *“Para que los derechos fundamentales, a modo de normas objetivas, rijan el derecho privado, no se requiere ningún “medio”, ningún “punto de infiltración”, como lo pretenden ser las cláusulas generales.”*⁵⁸⁶ De este modo, las normas de derecho privado resultan obligadas, como las demás del ordenamiento jurídico, a subordinar su validez a su conformidad con la Constitución, quedando descartado, como en la noción tradicional de ésta que puedan configurar un ordenamiento paralelo, de lo cual se deduce que en caso

⁵⁸³ ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.125.

⁵⁸⁴ ALEXY, Op. cit., p.513.

⁵⁸⁵ Ibídem.

⁵⁸⁶ Citado por ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.106.

de colisión con las normas iusfundamentales, éstas prevalecerán sobre las disposiciones del derecho privado.

La tesis de la eficacia inmediata frente a terceros supone, por consiguiente afirmar la “virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras” de los derechos fundamentales de modo tal que con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como “razón primaria o justificadora” (no necesariamente la única) de una determinada posición. Es decir, no como *“regla hermenéutica, sino (como) norma de comportamiento apta para incidir también en el contenido de las relaciones entre particulares.”*⁵⁸⁷

Alexy precisa el alcance de esta posición comparándola con la de la eficacia horizontal mediata al señalar que en ésta la influencia de las normas iusfundamentales en el derecho privado resulta de su propiedad como *“derecho constitucional objetivo, vinculante”*, mientras que en la eficacia inmediata los principios objetivos no afectan la relación ciudadano-ciudadano mediante su influencia en la interpretación de las normas de derecho privado “sino en el sentido de que de ellos *“fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo.”*⁵⁸⁸

En el mismo sentido, según Bilbao Ubillús, *“...lo que rige en la relación jurídico privada, lo que el órgano judicial ha de tutelar cuando se solicita su intervención, es el derecho fundamental, en tanto que derecho subjetivo, y no el valor subyacente.”*⁵⁸⁹ Un ejemplo, extraído de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ayuda a esclarecer esta posición: al declarar fundado el amparo interpuesta por varias trabajadoras contra la decisión del empleador de suspender su relación laboral por el hecho de contraer matrimonio, el TC sostuvo que el acto discriminatorio era nulo *ex Constitucione*, esto es, por oposición al

⁵⁸⁷ BILBAO UBILLÚS, Op.cit. p.327.

⁵⁸⁸ ALEXY, Op.cit., p.512.

⁵⁸⁹ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.323. Este autor refuerza su argumentación con un ejemplo: *“Cuando declara la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental está reconociendo que ese derecho ha sido vulnerado por el empleador en el marco de la relación laboral, no está reconociendo el derecho del trabajador a que el órgano judicial interprete la legislación laboral con arreglo a los valores constitucionales ni su derecho a la correcta aplicación del sistema de fuentes.”(Ibiden).*

artículo 14º de la Constitución española, que prohíbe la discriminación en general, y no, en primer lugar, por su contradicción con la ley laboral que, específicamente, la prohíbe en las relaciones laborales, de modo que aún si esta última norma no existiera el derecho fundamental podría ser invocado y amparado.⁵⁹⁰

Concretados los alcances y efectos de la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros, corresponde ahora referirnos a sus fundamentos y función en el ordenamiento jurídico.

Para Nipperdey, la razón de ser de esta posición radica en la existencia de los poderes sociales, económicos o de otra índole, susceptibles de ejercer formas de dominación sobre el individuo, generando un estado de cosas que, para el iniciador de la *Drittwirkung*, “*de hecho equivale a la sujeción del individuo al poder soberano*”.⁵⁹¹ Se trata de una analogía con la posición del individuo frente al Estado, en la que la diferencia de poder entre uno y otro y la sujeción del primero al segundo, justifica plenamente establecer límites específicos y concretos al poder estatal, materializados en el reconocimiento, y garantías de protección, de los derechos fundamentales, concebido, por este motivo, como “derechos públicos subjetivos” (*Supra* I.1).

En la relación entre sujetos privados, cuando uno de ellos carece de poder y el otro, por el contrario, lo tiene, sostendrá Nipperdey que la autonomía privada no existe y, por ende, tampoco la libertad contractual: pretender que ésta prevalezca en condiciones de desigualdad fáctica de las partes sería concebir la libertad contractual en términos formales y no reales, desconociendo y encubriendo la

⁵⁹⁰ *Ibidem.*, p.327-328. La sentencia, refiriéndose a la Constitución española indica que “*de ésta y no del Estatuto de los Trabajadores nace con plenitud el derecho fundamental de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de su sexo*”. BILBAO UBILLÚS, a su vez, acota que la posición del TCE es indiscutible, “*pues la tesis contraria consistiría, una vez mas...en afirmar que los derechos fundamentales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su “concreción legislativa”, tesis que va en contra del artículo 53.1 de la Constitución y de la jurisprudencia unánime y reiterada de este Tribunal (Ibidem)*”.

⁵⁹¹ Citado por ESTRADA, Alexei Julio, *Op.cit.*, p.107.

realidad social.⁵⁹² En sentido coincidente, De Vega considera que la presencia de corporaciones y grupos sociales capaces de imponer su voluntad y dominio con igual o mayor fuerza que el Estado, origina que *“la relación poder-libertad no podrá ya ser interpretada en los términos en que restrictivamente lo hacía el constitucionalismo clásico”*, siendo necesario replantear dicha relación bajo un concepto nuevo y de *“más amplio entendimiento”*⁵⁹³ La desigualdad de poder entre los sujetos privados, conduce a la *“situación de indefensión”* del individuo, lo que supone, a su juicio, la necesidad de un *“cambio radical en el entendimiento de la problemática constitucional”*⁵⁹⁴ Cambio que, - no es difícil extraer las consecuencias- ha de suponer habilitar la protección de los derechos fundamentales de las personas ante los peligros o lesiones a su ejercicio provenientes de esos crecientes poderes privados.

De este modo, la *“función”* de la eficacia inmediata ante terceros, consistirá en *“la efectiva realización de la igualdad”*,⁵⁹⁵ como *“correctivo de unas formas de organización social que, en el plano real, chocan frontalmente con el sistema de valores que, en el plano ideal, definen al ordenamiento constitucional”*⁵⁹⁶; más aún, se la concibe como uno de los instrumentos útiles, en el marco del Estado social- que supone la evolución del constitucionalismo de la libertad al constitucionalismo de la igualdad- *“para garantizar la igualdad real(...) sobre las antiguas construcciones aseguradoras de la libertad- a las que responde la autonomía privada”*⁵⁹⁷

En suma, frente a las debilidades e insuficiencias de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual para garantizar la igualdad de las partes, en un contexto social de desigualdad fáctica, caracterizado por la existencia de poderes privados que, frecuentemente, someten al individuo a sus propios intereses y objetivos, la eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales,

⁵⁹² ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.108.

⁵⁹³ DE VEGA, “La Eficacia Frente a Particulares...”, p.1823. El profesor español reproduce, en este caso, el pensamiento del autor italiano Giorgio Lombardi.

⁵⁹⁴ Ibídem., p.1826.

⁵⁹⁵ ESTRADA, Alexei Julio, p.108.

⁵⁹⁶ DE VEGA, “Dificultades y problemas...”, Op.cit., p.277.

⁵⁹⁷ ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.119.

aparece como un instrumento eficaz para promover la igualdad real y, de esta forma, asegurar, igualmente, la libertad real. Reconocer este grado de eficacia a los derechos fundamentales, supone acabar con lo que De Vega denomina “esquizofrenia jurídica”, que consiste en que los derechos fundamentales son eficaces ante el Estado por su condición de derechos públicos subjetivos, pero carecen de esa misma eficacia cuando su lesión proviene de sujetos particulares.⁵⁹⁸

No obstante lo hasta aquí expuesto, lejos está la teoría de la eficacia inmediata frente a terceros de postular una eficacia general, absoluta e indiscriminada de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. El propio Nipperdey reconoce la necesidad de estudiar cada derecho en particular a fin de establecer su aplicabilidad en el ámbito jurídico privado y, aún en el caso de aquellos que resulten aplicables, la de apreciar caso por caso su procedencia respecto del conflicto específico.⁵⁹⁹ De la misma opinión es Gomes Canotilho, quien defiende la eficacia inmediata pero “*con soluciones materiales diferenciadas*”, que se concreten en un esfuerzo de “*concordancia práctica*”, a fin de evitar que la “*eficacia irradiadora de los derechos fundamentales llegue al punto de forzar la capitulación de los principios del orden civil*”⁶⁰⁰. Y, en la doctrina italiana, Lombardi también se opone a que la eficacia inmediata sea indiscriminada o se despliegue indiferentemente, sin exigir la concurrencia de condiciones especiales.⁶⁰¹

El temor, presente, con mayor o menor intensidad, en las posiciones que niegan la eficacia horizontal o la aceptan sólo como eficacia “mediata”, a que la eficacia ante terceros de los derechos fundamentales, destruya los fundamentos mismos del derecho privado, esto es la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, para reemplazarlas por la aplicación directa del Derecho constitucional, es el que conduce, a los partidarios de la eficacia inmediata, a introducir elementos de cautela y moderación en esta tesis, con el objeto de encauzarla en los cánones

⁵⁹⁸ DE VEGA, “La Eficacia Frente a Particulares...”, Op.cit., p. 1831-1832.

⁵⁹⁹ Cfr., ESTRADA, Alexei Julio, Op.cit., p.122.

⁶⁰⁰ Citado por DE VEGA, Pedro, “La Eficacia Frente a Particulares...”, Op.cit., p.1832.

⁶⁰¹ Ibídem.

para los cuales ha sido concebida, evitando que su utilización indiferenciada o general, genere esa temida “invasión” del derecho privado por el derecho público.⁶⁰²

El punto de partida de esta aplicación ponderada de la eficacia inmediata consiste en reconocer que los derechos fundamentales, como lo señala Bilbao Ubillús, no integran una “categoría homogénea”, sino que, por el contrario, presentan una “*diversidad estructural*”⁶⁰³. Hay derechos que, a juicio del mismo autor, son “polivalentes”, esto es que pueden hacerse valer, por igual, ante el Estado y ante los particulares, aunque algunos de ellos se despliegan, básicamente, en el ámbito privado. Menciona, refiriéndose al campo de las relaciones laborales, los casos del derecho de huelga que “quedaría vacío de contenido prácticamente si no vinculara a los empleadores privados”, y la libertad sindical “que comprende lógicamente el derecho a la actividad sindical dentro de la empresa”. Considera, asimismo, en esta categoría, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen o la cláusula de conciencia que los profesionales de la información pueden oponer a sus empleadores.⁶⁰⁴

En el extremo opuesto se encuentran aquellos derechos que, por su propio contenido, sólo son oponibles frente al Estado, tales como los derechos de participación política y acceso en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la asistencia letrada o un proceso público sin dilaciones indebidas, la prohibición de la tortura, las penas inhumanas y degradantes y de la pena de muerte, el derecho de

⁶⁰² Indica al respecto, BILBAO UBILLÚS, que “*No hay que olvidar que lo que está en juego es el frágil equilibrio entre estos derechos y libertades y el principio de autonomía negocial, sobre el que pivota todo el Derecho privado. Ya hemos indicado que este principio no puede concebirse hoy como un axioma absoluto, como una patente de corso para justificar imposiciones arbitrarias (aunque se siga hablando del “dogma” de la autonomía privada). Se presenta ahora sometido a nuevas limitaciones, que relativizan su alcance. Se reformula, en cierto modo, a la luz de los nuevos valores constitucionales. Pero no se disuelve, ni mucho menos. Es más, tiene un claro anclaje constitucional*” (Op.cit., p.361.)

⁶⁰³ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.355.

⁶⁰⁴ *Ibidem.*, pp., 356-357. “*En estos supuestos, puede decirse que el reconocimiento constitucional del derecho se identifica con el reconocimiento de su eficacia frente a terceros. Esa eficacia formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental, indisponible para el legislador. La idea de que el derecho de libertad sindical, por ejemplo, es un derecho fundamental cuando se ejerce frente al Estado y un derecho de rango infraconstitucional cuando el sujeto obligado es el empleador no me parece de recibo...*” (*Ibidem.*,p.357)

petición, la objeción de conciencia al servicio militar y otras que, en definitiva, sólo son invocables, con exclusividad, ante los órganos del Estado.⁶⁰⁵

Además de la necesidad de diferenciar los derechos a fin de establecer respecto de cuales es posible invocar la eficacia horizontal inmediata, se admite la existencia de ciertos límites a la hora de aplicarla; límites que derivan de la necesidad de respetar, hasta donde ello sea compatible con el respeto del derecho fundamental, la autonomía privada y la libertad contractual. La tesis de la eficacia inmediata frente a terceros, ya se ha dicho, no pretende destruir o anular aquellos principios que fundamentan el derecho privado, sino, tan sólo, garantizar que su aplicación no genere o profundice situaciones de desigualdad e injusticia, que podrían ser evitadas o, cuando menos, aminoradas mediante la eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales.

Pero éstos, por tanto, sólo deberán ser aplicados directamente, cuando ello resulte necesario, esto es, cuando las normas de derecho privado, legales o contractuales, no sean capaces de asegurar la igualdad real de las partes y, por ello mismo, mantengan, consagren e, incluso, agudicen esquemas contrarios a ésta. En caso contrario, esto es, cuando los derechos fundamentales se aplican *per se*, sin acreditar su necesidad, estaríamos ante el peligro, advierte Hesse, de que *“el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos*

⁶⁰⁵ *Ibidem.*, p.358. En un campo intermedio, BILBAO UBILLÚS sitúa a los derechos fundamentales previstos en la sección 2ª del capítulo II del título I de la Constitución española, como el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, el derecho de propiedad, el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la negociación colectiva, la libertad de empresa y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. La razón de esta diferenciación, obedece al hecho de que la Constitución española sólo reconoce (art.53.2) el derecho al recurso de amparo para la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 14º y en la sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) del capítulo segundo del título primero, y no para los proclamados en la sección 2ª (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”) del mismo capítulo. Pero, como es obvio, en función a la naturaleza de estos derechos, un sector de la doctrina española, mencionado por el propio Bilbao Ubillús, entre ellos García Torres y Jiménez Blanco, postulan que, cuando menos, la eficacia inmediata debería plantearse respecto de todos los derechos del capítulo II del título I ya que, por ejemplo *“la libertad de matrimonio puede verse restringida en virtud de cláusulas contractuales que habría que considerar incompatibles con la Constitución.” (Ibidem., p.359, cit.294.)* En el caso de la Constitución peruana tal distinción carecería de todo fundamento en razón de que la acción de amparo está prevista respecto de todos los derechos constitucionales distintos de la libertad, que es tutelada, específicamente, por el hábeas corpus.

*fundamentales se convierta en la plaga de una inflación” y que, por ello, “el Derecho Privado tendría poco que ganar y los derechos fundamentales y su significado mucho que perder.”*⁶⁰⁶

Por eso, en el fondo, no le falta razón a Böckenförde cuando relativiza la disputa entre las tesis de la eficacia mediata o inmediata, señalando que *“Hasta donde alcanza el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, tal efecto ofrece de suyo el fundamento para derechos o deberes entre particulares, amplía o limita su autonomía; si lo hace directa o indirectamente, nada supone...”*⁶⁰⁷

En otras palabras: si la configuración legal del ordenamiento legal o su aplicación es conforme a los principios constitucionales y, por tanto, no supone contradicción alguna ni limitación al pleno ejercicio de los derechos fundamentales, no será necesario acudir a la eficacia directa de éstos para resolver cualquier controversia privada; pero, si por el contrario, tal contradicción o limitación existen, la aplicación inmediata de éstos resulta necesaria y, por tanto, inevitable, sin que quepa ampararse en la autonomía privada y la libertad contractual para impedirlo.

Por ello, para Bilbao Ubillús, la eficacia inmediata frente a terceros ha de graduarse, debe matizarse para no sacrificar innecesariamente la libertad contractual que comprende *“la libertad de contratar o no, la de elegir el co-contratante y la de determinar el contenido del contrato.”*⁶⁰⁸ Sentado esto, considera que la capacidad de penetración de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, dependerá de la presencia de determinados factores entre los cuales, el más relevante, se presenta cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara supremacía fáctica frente a la otra, mencionando como paradigmático el caso de la posición del

⁶⁰⁶ HESSE, Konrad, citado por Bilbao Ubillús, Op.cit. p.363.

⁶⁰⁷ BÖCKENFÖRDE, Op.cit., p.114. Precisa este autor que *“La disputa vehementemente mantenida durante largo tiempo sobre su eficacia -sólo indirecta o también directa- frente a terceros resultó ser, bien mirado, un problema secundario, sino marginal. La diferencia entre ambas formas de la eficacia frente a terceros se relativiza en gran medida sobre la base de la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales” (Ibidem., p.112.)*

⁶⁰⁸ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p.363.

empresario frente al trabajador o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en si misma un *“bien escaso”*⁶⁰⁹ De este forma, concluye que la eficacia inmediata frente a particulares *“...será, pues, más intensa, cuando estemos en presencia de relaciones asimétricas o no igualitarias. Dicho de otro modo, el grado de autonomía real de las partes puede ser un criterio válido y útil para resolver los posibles conflictos. Cuanto menor sea la libertad de la parte “débil” de la relación, mayor será la necesidad de la protección”*⁶¹⁰

Sin embargo, este criterio, que se presenta como un “límite”, coincide con el fundamento de la posición favorable a la eficacia inmediata frente a terceros, esto es, la existencia de poderes privados o fácticos y la configuración de relaciones jurídicas asimétricas entre el individuo y tales poderes, fuera de las cuales dicha eficacia entre particulares carece de sentido. Viera de Andrade que, igualmente postula que la eficacia directa sólo puede invocarse cuando los individuos y las organizaciones dispongan de un poder especial, considera, sin embargo que *“...en las relaciones entre iguales, regidas por el principio de libertad, no parece que se pueda decir que los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, se dirigen también contra los particulares”*⁶¹¹

Otra posible limitación consistirá en condicionar la eficacia inmediata frente a terceros o, cuando menos, su grado de intensidad, en función al derecho fundamental o bien constitucional que podría resultar afectado en las relaciones entre sujetos privados. Así, *“la eficacia vinculante de los derechos será más intensa (...) cuando sea la propia dignidad de la persona humana la que se vea afectada”*.⁶¹² De esta manera, en la controversia que pudiera suscitarse, el juez habrá de ponderar cuales son los derechos fundamentales o bienes

⁶⁰⁹ *Ibidem.*, p.368.

⁶¹⁰ *Ibidem.*, pp., 368-369. Agrega que *“Así, cuando entra en escena un poder privado, se desmorona el esquema de paridad formal característico del Derecho privado y pierde legitimidad el principio de autonomía negocial como criterio absoluto y excluyente, como único parámetro para medir la validez de las diversas manifestaciones de esa libertad contractual.” (Ibidem).*

⁶¹¹ Citado por BILBAO UBILLÚS, *Op.cit.*, p .332, cit.237. Agrega dicho autor que *“Esto no quiere decir que los preceptos constitucionales relativos a esta materia no se apliquen en las relaciones interprivadas o que los particulares puedan violar estos derechos impunemente...” (Ibidem.)*

⁶¹² BILBAO UBILLÚS, *Op.cit.*, p.369.

constitucionales que están en juego, a fin de determinar si procede invocar la eficacia inmediata de estos para darle solución.

En cualquier caso, con estas limitaciones, que en nada disminuyen su contenido y función, sino que, únicamente, contribuyen a delimitar los supuestos para su operatividad, evitando su aplicación excesiva e innecesaria, la eficacia inmediata frente a terceros aparece como la verdadera garantía de respeto y protección de los derechos fundamentales en el conjunto de las relaciones jurídicas, afirmando la idea de que estos tienen eficacia “erga omnes” *“o lo que es igual, han de ser tuteladas a los ciudadanos frente a las actuaciones agresoras tanto de los poderes públicos como de otros particulares.”*⁶¹³

Finalmente, y a modo de conclusión, la opción por la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros, conlleva, como lo sostiene De Vega, la admisión de la eficacia horizontal del recurso de amparo como garantía jurídica para la protección de los derechos fundamentales ante particulares⁶¹⁴, ya que, a su juicio, limitar dicho recurso solamente a los actos de autoridad *“implica dar por bueno el presupuesto de que las lesiones de los derechos fundamentales sólo pueden motivarlas los poderes públicos.”*⁶¹⁵ En tal sentido, la mayor o menor amplitud del proceso de amparo, o cualquier otro proceso constitucional, en cuanto a su utilización sólo contra actos de la autoridad pública o, también, contra los de personas privadas, será un reflejo, en el campo procesal constitucional, de la decisión del ordenamiento jurídico de reconocer o no, la eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales.

2.4.2.3. La posición a favor de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁶¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Op.cit., p.75. La opinión es del tratadista italiano A. Pace, quien sostiene que esta es la posición adoptada por la Corte Constitucional italiana.

⁶¹⁴ DE VEGA, “Dificultades y problemas...”, Op.cit.,p.275

⁶¹⁵ DE VEGA, “La Eficacia Frente a Particulares...”, Op.cit., p.1822.

El Tribunal Constitucional, en las sentencias del 11 de Julio de 2001 y 13 de Marzo de 2003, ha establecido su posición respecto de la eficacia de los derechos particulares entre particulares.

En la primera de ellas, el TC se basa en lo dispuesto por el Artículo 38° de la Constitución, al señalar que:

*“De conformidad con el artículo 38° de la Constitución “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece que la vinculatoriedad 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 la establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.”*⁶¹⁶

Del artículo 38° de la Constitución, el TC deduce la vinculación general de todas las personas a los derechos fundamentales, y no sólo la vinculación de los poderes públicos a éstos. Agrega, por ello, como necesaria consecuencia, que *“...cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos (...) resulta inexorablemente inconstitucional”*⁶¹⁷

Hasta aquí, la posición del TC respecto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es, en estos términos, totalmente clara, no así, en cambio, si esta debe entenderse como eficacia mediata o inmediata, aunque el hecho de que el caso que motiva la sentencia sea un proceso de amparo, en el cual la parte demandante solicita la tutela de sus derechos constitucionales vulnerados por la demandada ⁶¹⁸ y, siendo el fallo favorable a dicha pretensión, demostraría la

⁶¹⁶ STC Expediente N° 1121-2001-AA/TC., FJ.6

⁶¹⁷ Ibídem.

⁶¹⁸ Se trata del despido masivo de trabajadores de la demandada (Telefónica del Perú S.A.), sin expresión de causa, al amparo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), el mismo que fue impugnado, vía acción de amparo, por las organizaciones sindicales de dicha empresa, por considerar que se había vulnerado el “derecho al trabajo” y la “libertad sindical” de los trabajadores afectados. En la sentencia, que declaró fundado el amparo, el TC, además de ordenar la reposición de los trabajadores despedidos, declaró “inaplicable” por incompatible con la Constitución la parte del referido precepto que permite

opción del tribunal por la tesis de la eficacia inmediata, toda vez que dicha acción de garantía se encuentra reservada para la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Será en la sentencia del 13 de Marzo de 2003, en la que el TC precise, con toda claridad, su opción a favor de la eficacia inmediata entre particulares al decir lo siguiente:

“En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico N° 6 de esta sentencia, y, además, del inciso 2) del artículo 200°, donde se preceptúa que “la acción de amparo (...) procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier (...) persona.”⁶¹⁹

Efectivamente, la formulación de las acciones de garantía constitucional por nuestra Constitución, ha superado la tradicional concepción de éstas como remedios jurídicos o procesales reservados para proteger al individuo frente a los actos del Estado o autoridades públicas lesivos de sus derechos fundamentales, para extenderlas, también, a las agresiones provenientes de los particulares. El criterio fue introducido por la Constitución de 1979, en cuyo artículo 295° se estableció la procedencia de las acciones de “habeas corpus” y “amparo”, no sólo contra actos de autoridades y funcionarios, sino, también, de cualquier persona, temperamento éste que, sin ningún cambio, fue conservado en el artículo 200°, en el caso de las acciones de “habeas corpus”, “amparo” y “habeas data”.

Con fundamento en estas disposiciones constitucionales, el TC afirma

el despido sin expresión de causa a condición de que se abone al trabajador la indemnización por despido arbitrario, por considerar que la ausencia de causa justificatoria del despido vulnera el “derecho al trabajo”, reconocido en el artículo 22° de la Constitución.

⁶¹⁹ STC Expediente N° 976-2001-AA/TC, FJ. 8.

*“Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privados, y, precisamente, porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.”*⁶²⁰



⁶²⁰ Ibidem.

CAPITULO 3 : LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

Después de haber analizado en el capítulo anterior la situación de los derechos fundamentales en el Estado Social y, en particular, el reconocimiento de los “derechos sociales fundamentales” como uno de los rasgos característicos de esta forma de estado, abordaremos en el presente estudio el análisis tópico de los derechos correspondientes a uno de los grupos de derechos que integran el elenco de los “derechos sociales”. Este grupo es el que corresponde a los derechos laborales o derechos del trabajo, y lo hemos elegido, cuando menos, por dos razones: una de carácter histórico, al tratarse del grupo de derechos que en primer lugar logró su reconocimiento en las constituciones, dando con ello inicio al denominado “constitucionalismo social” que se expandió, luego, al reconocimiento de otros derechos sociales (Supra Cap. Primero, I, 2.3); y, otra, por su significación como el grupo más relevante de los derechos sociales, la “*rama más paradigmática*” del Estado Social de Derecho ⁶²¹, como lo demuestra el rol que en diversas constituciones, entre ellas la nuestra, se atribuye al trabajo como bien jurídico fundamental para la concepción del Estado y de la economía.

En este sentido, Monereo Pérez sostiene que “(...) *a las tareas del Estado social moderno (o Estado del Bienestar) pertenece la regulación del mercado de trabajo y de las condiciones de trabajo mediante medidas de protección dirigidas a los trabajadores. Se trata de un tipo de intervención jurídica y política para mejorar la posición jurídica del ciudadano en su condición de trabajador asalariado.*” ⁶²² Esta intervención del Estado en el llamado “mercado de trabajo”, va a alcanzar su máxima expresión al ser incorporados a las constituciones - e investidos, por

⁶²¹ VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. 2003, “Manual de Derecho del Trabajo”, Granada: Editorial Comares, S.L., p.49.

⁶²² MONEREO PÉREZ, Op.cit., p.45. Señala este autor que “Desde esta perspectiva la “invención” del mercado de trabajo se ha hecho acompañar de una amplia dosis de heteroregulación, que ha evitado la pura circulación del trabajador como una mercancía más racionalizando y limitando los derechos de utilización y todo un sistema de reglas jurídicas (e institucionales) que definen las posiciones respectivas de los agentes económicos implicados y configuran ese mercado cuya naturaleza es muy especial, pero que también ha permitido enmascarar la explotación del hombre por el hombre “bajo velo de ignorancia” formal de los mecanismos de explotación subyacentes. (Ídem, p.46.)

ello mismo, de la condición de derechos fundamentales - los derechos laborales más significativos, los cuales, antes de ocurrir este hecho, figuraban parcialmente reconocidos en algunas normas legales o apenas constituían meras aspiraciones o expectativas de los trabajadores, motivo por el cual, en estos casos, el enunciado constitucional de los derechos laborales no significó la “elevación” de éstos desde el rango legal al constitucional, sino su creación como derechos.⁶²³ Por ello, señala Monereo Pérez que:

*“El fenómeno de asimilación en los Textos Constitucionales de los principios jurídicos y derechos laborales fundamentales tiene una trascendencia extraordinaria para la consolidación del Derecho del Trabajo como pieza clave del sistema político del Estado social formalizado en dichas normas fundamentales, especialmente si se tiene en cuenta el valor político y jurídico de la Constitución en la sociedad moderna.”*⁶²⁴

⁶²³ Al respecto, es importante desterrar la idea de que en todos los casos - y particularmente en los de aquellos países que fueron los primeros en constitucionalizar los derechos laborales-, dicho proceso representa algo así como la “coronación” o culminación de un proceso de positivación de los derechos laborales, en virtud del cual éstos luego de ser reconocidos en el ordenamiento jurídico fueron, por decirlo así, “elevados” o “ascendidos” al rango de normas constitucionales, escalando a la jerarquía mas alta de dicho ordenamiento. Prueba de que no se trató de un proceso progresivo o lineal, es que la Constitución mexicana de 1917, la primera que reconoció los derechos laborales, no estuvo precedida de una legislación laboral, generalizada y amplia, por lo que el célebre artículo 123 de esta constitución, dispuso que la legislación del trabajo debía ser expedida por el Congreso de México y las Legislaturas de los Estados *“sin contravenir a las bases siguientes (...)”*. Como es bien sabido, las referidas “bases” vinieron a representar una suerte de breve código laboral, al referirse a todas las instituciones principales del derecho individual, colectivo e, incluso, procesal, del trabajo. De acuerdo con estas bases constitucionales, se dictó en 1931 la Ley Federal del Trabajo, aunque poco antes de aprobarse la Constitución de 1917, pero ya triunfante la revolución constitucionalista, los gobiernos de algunos Estados dictaron leyes del trabajo, de contenido variado. **(Vid, DE BUEN, Tomo Primero, Op.cit., pp. 312-340.)** Algo parecido ocurrió en Alemania, pues a pesar del creciente vigor del movimiento sindical, que había conquistado espacios de acción importantes, y de la legislación sobre seguridad social, incluyendo la relativa a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como la de protección del menor, no existía una verdadera legislación laboral, ni tampoco se encontraban garantizados los derechos de coalición, negociación colectiva y huelga, a pesar de la existencia de numerosos e importantes sindicatos, la celebración de convenios colectivos y la realización de huelgas. La Constitución de Weimar (1919) vino a consagrar los derechos de coalición y el de negociación colectiva, aunque no el de huelga; asimismo, estableció la obligación del Estado de dictar un “derecho obrero uniforme.” Con ello, esta constitución representó un poderoso estímulo para el desarrollo ulterior del derecho laboral. **(Vid. DAUBLER, Wolfgang. 1994, “Derecho del Trabajo”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pp.105-114.)**

⁶²⁴ Idem, p. 117. Mediante éste proceso - afirma el mismo autor- *“(...) la Constitución “forma” el Derecho del Trabajo en tanto que la constitucionalización (o proceso de incorporación) de los principios del ordenamiento laboral es un dato básico para conocer su caracterización como un sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general. La recepción constitucional de determinados derechos subjetivos del ciudadano-trabajador y la consagración de principios jurídico-laborales en la norma fundamental o fuente que constituye el ordenamiento jurídico general va a implicar que los principios y derechos*

La Constitución se convierte, de este modo, en fuente del Derecho del Trabajo⁶²⁵, al establecer las normas básicas de este sector del ordenamiento jurídico. Martín Valverde pone de relieve como siendo la Constitución ley suprema para todas las ramas del ordenamiento jurídico, sin embargo su efecto específico respecto a la configuración de cada una de éstas difiere en razón de su mayor o menor conexión o dependencia respecto de los elementos nucleares del contenido de la Constitución. De este modo, cuando se trata de la estructura y funcionamiento de los poderes públicos, la Constitución incide directamente en la configuración detallada y particular de éstos, en tanto esta configuración es parte esencial del “modelo de Estado” adoptado. Pero, en cambio, cuando se trata de las relaciones entre los individuos y los grupos sociales, la Constitución se limita a sentar las bases o principios generales a partir de los cuales habrá de desarrollarse la normativa propia de cada rama del derecho. No obstante, considera que existe una posición intermedia en la que se ubican algunas ramas del derecho respecto de las cuales la Constitución si bien no llega a configurar por completo su contenido, cumple un rol más específico que el de servir sólo de cimiento o base, por cuanto llega a establecer un marco de regulación, que sin impedir al legislador ordinario trazar las instituciones que integran una determinada rama, delimita y prefigura considerablemente el contenido de sus normas legales. Dentro de este grupo de ramas se ubica el Derecho del Trabajo.⁶²⁶

La razón de ser de la profunda incursión que realiza la Constitución en el derecho del trabajo obedece a que ésta expresa, uno de los rasgos distintivos del Estado Social:

laborales adquieran el mismo rango formal y material que los que venían inspirando el ordenamiento general” (Ídem, pp. 118-119)

⁶²⁵ Sostiene, al respecto, Alonso Olea: “La Constitución, además de configurar formalmente el sistema de fuentes, se erige a sí propia en ocasiones en fuente directa del Derecho, bien prefigurando mediatamente el contenido material de las normas que deban o puedan emanar del nuevo sistema de producción, bien normando inmediatamente para ciudadanos y jueces, prescindiendo de desarrollos ulteriores que estima innecesarios ante lo claro y directo de su propio mandato o concibiendo aquellos como en efecto simples desarrollos de una norma ya vigente por el mero dato de su incorporación al texto constitucional, o porque éste de suyo ya positive un principio jurídico.” (ALONSO OLEA, Manuel. 1982 “Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución, 2da edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., p.20.)

⁶²⁶ Cfr. MARTÍN VALVERDE et al, Op.cit., pp.105-106.

“Las relaciones de trabajo son un campo abonado para la aplicación de estas manifestaciones del Estado social, a causa de dos rasgos de las mismas (...); de un lado la implicación de la persona del trabajador y de intereses de éste de suma importancia en la prestación de trabajo; y, de otro; la posición habitualmente desventajosa de los trabajadores asalariados en el mercado de empleo. De ahí que el Derecho del Trabajo, inspirado en buena parte de sus preceptos por fines tuitivos y de compensación de desigualdades materiales, sea hoy por hoy uno de los instrumentos principales del Estado social.”⁶²⁷

Incluso, -aunque, desde luego, no se trate de un criterio determinante para medir la importancia que la Constitución atribuye a una materia-, desde el punto de vista cuantitativo puede reflejarse la importancia que la Constitución atribuye al trabajo: de los 25 artículos que conforman el Capítulo II “De los derechos sociales y económicos”, del Título I de la Constitución, 8 artículos (22º a 29º) se refieren a la materia laboral, lo que representa la tercera parte del total de los dedicados a los derechos sociales y sin que ningún otro grupo de estos (educación, salud, etcétera) supere en cantidad de preceptos los referidos al trabajo.

Para exponer esta materia, hemos agrupado, siguiendo la sistemática de la Constitución, los derechos laborales que esta enumera, en 4 grupos: i) normas protectoras generales, ii) principios de la relación de trabajo, iii) derechos colectivos, y iv) derechos individuales.

3.1. Normas protectoras generales

Bajo este epígrafe estudiamos diversas normas a través de las cuales se define el rol que la Constitución asigna al trabajo, las mismas que no necesariamente se refieren al derecho “del” trabajo, como rama específica del ordenamiento - aunque todas se proyectan sobre ésta-, sino, también, al trabajo en un sentido más amplio, es decir, aquel que se desenvuelve al margen de una relación de trabajo subordinada. En este sentido, nuestro estudio se refiere a: i) la protección

⁶²⁷ Ídem, pp.140-141.

del trabajo por el Estado, ii) la libertad de trabajo, iii) el derecho al trabajo, iv) el deber de trabajar, y v) la garantía de indemnidad de los derechos de la persona del trabajador.

3.1.1. La protección del trabajo por el Estado.

La Constitución, en su artículo 23º señala lo siguiente: *“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.”*

Una primera forma de analizar este precepto consiste en compararlo con su antecedente inmediato, el artículo 42º de la Constitución de 1979 que de forma más rotunda señalaba que *“El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado (...).”* Del texto de ambas normas, se puede advertir que la Constitución de 1979 establecía claramente la obligación del Estado de brindar protección al trabajo, en todas sus modalidades, mientras que la actual sólo le impone el deber de brindarle “atención prioritaria” y limita la protección a tres categorías de trabajadores: la madre, el menor de edad y el discapacitado.

Comentando esta norma, hemos señalado que *“Al limitar el alcance del Principio Protector a sectores minoritarios de los trabajadores como la trabajadora-madre, el menor de edad y el impedido, se abre la puerta a una legislación “flexibilizadora”, que rebaje a su mínima expresión el sentido protector de la legislación laboral, para los trabajadores no comprendidos en esas categorías.”*

628

En efecto, la disposición del artículo 23º - como su antecesora- hacen referencia al denominado “principio protector” o, también, “principio tuitivo” que es considerado como un principio característico - y el más importante-, del derecho del trabajo. Este principio, según Palomeque, alude *“(...) a la función esencial que cumple el ordenamiento jurídico laboral y que se manifiesta, precisamente,*

⁶²⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 1993 “Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución”. Lima: Asesoría Laboral Año III, pp. 7-10, N° 34, p.8.

*en un desigual tratamiento normativo de los sujetos de la relación de trabajo asalariado que regula, en favor o beneficio del trabajador.*⁶²⁹ A diferencia de lo que sucede en el derecho común, nos dice Plá Rodríguez, en el cual existe una preocupación constante para asegurar la paridad jurídica de los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central es proteger a una de las partes, para alcanzar una igualdad sustantiva y real entre las partes.⁶³⁰ A juicio de este autor, la razón de ser del principio protector radica en la desigualdad real existente entre las partes del contrato de trabajo, por lo que la libertad de contratación entre personas con desigualdad poder económico conducía a formas diversas de explotación *“Incluso las más abusivas e inicuas”*⁶³¹ Frente a esta realidad, sostiene el maestro uruguayo, *“El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador.”*⁶³² Explica el mismo autor, que esa desigualdad, que justifica la necesidad de protección del trabajador, proviene de su dependencia jurídica al estar éste sometido a las órdenes del empleador, lo que afecta a la persona del trabajador, y, asimismo, a su dependencia económica de aquél que, aún no siendo conceptualmente necesaria, suele estar presente en la mayoría de los casos.⁶³³

Este principio, según Alonso García, puede tener dos manifestaciones, una legal y otra judicial, pero a su criterio sólo la primera es admisible:

*“Es al legislador a quien corresponde ordenar las posibles relaciones nacidas de la prestación del trabajo libre por cuenta ajena de manera que en las mismas se dé la justicia. Y, por consiguiente, es a él a quien toca fijar la regulación de aquéllas otorgando una mayor protección a una de las partes de la relación cuando estime que el tratamiento igual de ambas engendraría, de hecho, situaciones verdaderamente injustas.”*⁶³⁴

⁶²⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. 2003 “El Principio de Favor en el Derecho del Trabajo”. En “Los Principios del derecho del Trabajo”, Luis Enrique de la Villa Gil y Lourdes López Cumbre (dir) Capítulo I: pp. 17-38. Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.17.

⁶³⁰ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 1978 “Los Principios del Derecho del Trabajo”, 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p.23.

⁶³¹ Ídem, p.25.

⁶³² Ibídem.

⁶³³ Ídem, p.28.

⁶³⁴ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p. 251.

Es por tanto el Estado, en su dimensión de legislador, aunque también en el ejercicio de su potestad reglamentaria, quien debe aplicar el “principio protector”, estableciendo aquellas normas que garanticen la tutela efectiva del trabajador en el conjunto de sus relaciones con el empleador a quien presta sus servicios. La aplicación de este principio, no comporta, sin embargo la vulneración del principio de igualdad ante la ley, pues obedece a una finalidad compensadora de la desigualdad real existente, con el objeto de realizar la igualdad real o material, cuyo logro es la meta esencial del Estado social. En este sentido, Palomeque nos dice que:

*“(…) la tutela normativa del trabajador frente a la posición contractualmente dominante del empleador, lejos de integrar un supuesto ilícito de desigualdad injustificada ante la ley, se convierte por contra en una exigencia del propio principio de igualdad material. La norma laboral, que trata así de modo desigual a contratantes materialmente desiguales, se propone con esta operación normativa compensar o corregir, al menos de manera parcial, las desigualdades fundamentales de partida de ambos sujetos, llevando por ello a sus términos adecuados los requerimientos del derecho de igualdad y no discriminación.”*⁶³⁵

La Constitución a pesar de contener en el artículo 26° el enunciado de los “principios” que deben respetarse en la relación laboral, no enuncia expresamente el “principio protector” sino sólo una de sus manifestaciones, el principio “*in dubio pro operario*”, no obstante lo cual es innegable, como lo afirma Boza Pro, que aquel se encuentra reconocido en el primer párrafo del artículo 23°.⁶³⁶ Considera este autor que no obstante la diferencia de lenguaje entre la Constitución anterior y la actual, ambas se refieren al principio protector:

“Si bien hay una diferencia de orden semántico entre una norma y otra, no nos parece que la misma sea sustancial, si entendemos que la “atención prioritaria” supone tener un especial cuidado o poner el énfasis en la protección de las categorías de trabajadores establecidas por el

⁶³⁵ PALOMEQUE. “El principio...” Op.cit., p.18.

⁶³⁶ Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo. 2004 “La Madre Trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano”. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. pp. 75-96, Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p.77

*constituyente. Aunque el término “protección” nos parecía más propio, consideramos que la expresión utilizada por la Constitución vigente no implica un desconocimiento de la función protectora del ordenamiento laboral.*⁶³⁷

Considera Boza Pro que cuando la Constitución establece una protección “especial” a la madre, al menor de edad y al impedido, no dispone una protección exclusiva sino preferente a favor de estos grupos, en razón de sus características peculiares, lo cual significa una tutela adicional que persigue equipararlos con el resto de los trabajadores, pero no en perjuicio de éstos.⁶³⁸

El Tribunal Constitucional afirma, asimismo, la presencia del “principio protector” en la Constitución, la cual deduce de diversas disposiciones de ésta en la que aquel subyace y de la cláusula de “Estado social”:

*“La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º (“República” “social”) y 3º de la Constitución, respectivamente.”*⁶³⁹

Respecto a estas categorías específicas de trabajadores, objeto de una protección especial, la legislación laboral se ha ocupado de desarrollar el

⁶³⁷ Ídem, p.78.

⁶³⁸ Ídem, pp.78-79.

⁶³⁹ STC Nº 1124-2001-AA/TC, FJ. Nº 12,b). Otra sentencia del Tribunal Constitucional, para afirmar la presencia en la Constitución del principio tuitivo, reproduce la doctrina del Derecho del Trabajo: *“El Derecho del Trabajo surgió a comienzos del siglo XX ante la constatación histórica de que la desigualdad económica entre trabajador y empleador conducía a un desbalance en el poder de negociación de ambas partes, inclinándose la balanza a favor del empleador, lo cual traía como consecuencia la imposición de condiciones precarias para el trabajador, colindantes con la explotación. Como respuesta a esta situación, el Derecho del Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes, mediante la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador. No se debe perder de vista que la prestación en un contrato laboral entraña una importancia especial, en tanto el trabajador pone a disposición de su empleador una prestación personal y como contraprestación recibe una remuneración que se constituye en medio para su subsistencia.”* (STC Nº 10777-2006-PA/TC, FJ.4.)

mandato constitucional, estableciendo normas destinadas a hacerla efectiva. En el caso de la madre trabajadora ⁶⁴⁰ existen disposiciones que le permiten eximirse de realizar labores peligrosas para su salud y el desarrollo normal del embrión y el feto durante la gestación ⁶⁴¹, las que le otorgan licencia pre y postnatal ⁶⁴², permiso por lactancia ⁶⁴³ y, finalmente, aquellas que tutelan su permanencia en el trabajo, sancionando con nulidad el despido de la trabajadora que tenga por motivo el embarazo.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ Boza Pró destaca que la “protección especial” la concede la Constitución a la mujer trabajadora en su condición de madre y no por el hecho de ser mujer, como en normas anteriores que otorgaron ciertos beneficios específicos a la trabajadora mujer: *“Si bien dichos preceptos pudieron inscribirse en la línea de las denominadas acciones positivas, a fin de lograr una igualdad sustancial entre el varón y la mujer, la Constitución actual ha optado por eliminar cualquier referencia que supusiera alguna ventaja o protección especial a la mujer que se funde exclusivamente en su condición de tal y no en consideraciones objetivas (como la maternidad), que en lugar de favorecer pudieran terminar siendo contraproducentes para la inserción y mantenimiento de la mujer en el mercado de trabajo 28. En cualquier caso, el principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 2º de la Constitución, que prohíbe la discriminación por razón del sexo, concordado con el artículo 103º del propio texto constitucional, que impide la dación de leyes especiales fundadas en la diferencia de las personas, deberían ser elementos suficientes para impedir cualquier tipo de discriminación de la mujer en el acceso, promoción y conservación del empleo.” (Op.cit., p.89.)*

⁶⁴¹ La Ley N° 28048 reconoce el derecho de la trabajadora gestante a solicitar al empleador no realizar esa clase de labores peligrosas, debiendo éste asignarle labores que no conlleven peligro para la gestación. Esta ley ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 009-2004-TR.

⁶⁴² La Ley N° 26644 concede a la trabajadora gestante 45 días de descanso pre-natal y 45 días de descanso post-natal, permitiéndole que el descanso pre-natal sea diferido parcial o totalmente y acumulado al post-natal a decisión de la trabajadora. En los casos de nacimiento múltiple el descanso post-natal se extenderá por treinta días naturales; asimismo, la trabajadora que haya adquirido el derecho al descanso vacacional tiene derecho a que este se inicie desde el día siguiente de vencido el descanso post-natal. Durante el mencionado período, la trabajadora percibirá del Seguro Social de Salud un Subsidio por maternidad, equivalente al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses, conforme lo señala el artículo 12º de la Ley N° 26790, según su texto modificado por la Ley N° 28791, pues la normativa anterior lo estableció en monto igual al promedio de los últimos 4 meses (D.S. N° 009-97-SA, art.16º)

⁶⁴³ Este permiso es otorgado por la Ley N° 27240 y consiste en una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que el hijo tenga un año de edad. La norma contempla que puede ser fraccionado en dos parte iguales y que será otorgado dentro de la jornada laboral. La trabajadora y el empleador podrán convenir el horario de este permiso. También el Seguro Social de Salud otorga a la trabajadora un Subsidio por Lactancia.

⁶⁴⁴ El artículo 29º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR), establece, en su inciso e) que es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, si aquel se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se establece una presunción legal de que el motivo del despido es el embarazo, en caso que el empleador no acredite la existencia de una causa justa para despedir, lo que tiene el efecto de trasladar a éste la carga de la prueba. La nulidad del despido conlleva la reposición de la trabajadora en su puesto de trabajo, u otro de igual categoría y remuneración, así como el pago de las remuneraciones devengadas durante el período que duró su cese.

Respecto al menor de edad, el Código de los Niños y Adolescentes⁶⁴⁵, en concordancia con el Convenio N° 138° de la OIT⁶⁴⁶, ha establecido varias normas protectoras de su integridad física y moral así como de su salud y formación escolar. En tal sentido, se ha regulado la edad mínima para trabajar⁶⁴⁷, la reducción de la jornada de trabajo,⁶⁴⁸ la prohibición del trabajo nocturno ⁶⁴⁹ y, asimismo, la prohibición de trabajar en labores peligrosas y penosas.⁶⁵⁰

Un aspecto particularmente importante en lo atinente a la tutela especial del menor de edad que trabaja es el que se refiere al trabajo infantil. Al respecto, el Perú ha ratificado el Convenio N° 182 OIT sobre *“La prohibición de las peores formas de trabajo infantil”* ⁶⁵¹. En su artículo 3°, el Convenio califica como tales las siguientes:

⁶⁴⁵ Ley N° 27337, modificada por la Ley N° 27571.

⁶⁴⁶ Aprobado por la Resolución Legislativa N° 27453.

⁶⁴⁷ Esta varía según las actividades: 15 para labores agrícolas no industriales, 16 para labores industriales, comerciales y mineras, 17 para la pesca industrial, 14 para otras modalidades de trabajo y, por excepción, 12 años, siempre que las labores no perjudiquen su salud o desarrollo ni limiten su asistencia a centros educativos y permitan su participación en programas de formación profesional. Respecto a este último límite, Boza Pro critica la opción de nuestro Código, señalando que: *“(…) el Convenio permite rebajar la edad mínima (que como regla es quince y excepcionalmente, puede reducirse a catorce) a trece años para trabajos ligeros, siempre que la actividad a realizar no sea susceptible de perjudicar la salud del menor o su desarrollo y que no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su formación escolar (artículo 7°, numeral 1). Nuestra legislación acoge los requisitos antes señalados para hacer viable el trabajo a partir de los doce años, pero omite la referencia a los “trabajos ligeros”. Esta es una omisión grave del Código, que tendría como consecuencia que la edad mínima para el trabajo no pueda ser inferior a los catorce años de edad que ya de por sí resulta excepcional.” (BOZA PRO, Op.cit., p.82.)*

⁶⁴⁸ El mismo Código, establece límites a la duración máxima de la jornada de trabajo en función a la edad del menor: de 12 a 14 años, no será mayor de 4 horas diarias, de 15 a 17, no debe superar las 6 horas diarias o 36 semanales (art.56°).

⁶⁴⁹ El artículo 57° del mismo código prohíbe el trabajo nocturno, entre las 19.00 hrs. y las 07.00 hrs. de los menores de edad, pero el Juez puede autorizar a los menores entre 15 y 17 años a laborar en este turno hasta 4 horas diarias.

⁶⁵⁰ Conforme al artículo 58° del Código de los Niños y Adolescentes, los menores de edad están impedidos de prestar servicios en el subsuelo, en labores que conlleven manipulación de pesos excesivos o sustancias tóxicas y en actividades en las que su seguridad o la de otras personas esté bajo su responsabilidad. Se establece la obligación de los Ministerios de la Mujer y Desarrollo Humano y de Trabajo de establecer periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de los adolescentes en las que no deberá ocupárseles.

⁶⁵¹ Aprobado por la Resolución Legislativa N° 27543.

- 1) La esclavitud, venta y tráfico de niños, servidumbre por deudas y la condición de siervo y trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento para conflictos armados.
- 2) La utilización, reclutamiento u oferta de niños para prostitución, producción o actuaciones pornográficas.
- 3) La utilización, reclutamiento u oferta de niños para actividades ilícitas, como tráfico de estupefacientes.
- 4) El trabajo que pueda dañar la salud, seguridad o moralidad de los niños.

El Convenio 182, impone a los Estados la obligación de determinar los tipos de trabajo comprendidos en el numeral 4 del artículo 3º y de revisarla periódicamente (art.4º). Asimismo, aquellos se comprometen a elaborar y ejecutar programas para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil, incluyendo sanciones penales.⁶⁵²

Finalmente, la Constitución dispensa protección especial al impedido que trabaja. En relación a éste sector, la Ley General de la Persona Discapacitada (Ley N° 27050), contiene diversas disposiciones en materia laboral en las que se traduce aquella tutela constitucional.⁶⁵³

⁶⁵² Según datos estadísticos, se considera que al año 2,004 existían en el mundo 218 millones de niños entre 5 y 17 años que trabajaban, de los cuales 126 millones se ubican en algunas de esas “peores formas de trabajo infantil”. (**“La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance”, Conferencia Internacional del Trabajo, 95.ª reunión. 2006 Informe del Director General, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p.7.**) En lo que respecta al Perú mediante Decreto Supremo N° 008-2005-TR, se aprobó el “Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil” (“El Peruano”, 30 de septiembre de 2005, p.301280 y sgts.) que establece las políticas y acciones destinadas a ese objetivo. En este documento se señala que al año 2001 en el Perú había 1 millón 987 mil niños entre 6 a 17 años que trabajaban, lo que representaba el 29% de la población de ese segmento de edad; asimismo, indica que en 1996 el porcentaje de los menores entre esas edades que trabajaban era de 16%, por lo que entre 1996 y 2001 se produjo un incremento de 13 puntos. El citado documento señala, también, que no se cuenta con un registro detallado de la magnitud y tipos de ocupaciones calificadas como las “peores formas de trabajo infantil.”

⁶⁵³ Esta ley, en su artículo 31º, establece que la persona discapacitada gozará de todos los beneficios y derechos que otorga la legislación laboral a los trabajadores, garantizando así la igualdad de trato con los demás trabajadores. Asimismo, prohíbe cualquier forma de discriminación a estos trabajadores y sanciona con la nulidad todos los actos discriminatorios que afecten el acceso, permanencia y condiciones de empleo del trabajador discapacitado. Se establece con ello, un supuesto adicional de nulidad del despido, respecto de la enumeración del artículo 29º LPCL. La norma en mención establece adicionalmente un conjunto de programas e incentivos a favor de estos trabajadores, entre ellos, la obligación del Estado de desarrollar planes permanentes de capacitación, actualización y reconversión profesional; adoptar medidas de fomento del empleo y programas especiales para personas

Llegados a este punto, interesa preguntarnos si el ámbito subjetivo del “principio protector”, se agota en el campo reservado a las relaciones laborales, esto es la relación empleador-trabajador surgida del contrato de trabajo, o si, también se extiende a otras formas de trabajo, en las cuales la totalidad de los elementos característicos de aquella forma contractual - prestación personal, subordinación, remuneración-, principalmente la subordinación, no se encuentra presente.

Al respecto, debemos partir de la propia literalidad del referido artículo 23º, cuya primera oración señala que *“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...)”* En este texto, la expresión “diversas modalidades” suscita dudas. Una interpretación posible es que con ella el constituyente haya querido englobar no sólo el régimen común laboral sino, asimismo, los regímenes especiales (construcción civil, empleados del hogar, trabajo pesquero, etcétera): otra es que haya querido comprender, todas las modalidades de contratación propias del derecho laboral (contrato de duración indeterminada, de duración determinada, contratación a través de intermediarios, etcétera). En cualquiera de estos dos casos, e, incluso, comprendiendo en la expresión “diversas modalidades”, todos los supuestos a que ambas interpretaciones aluden, siempre estaríamos en el ámbito de la relación de trabajo regulada por el derecho laboral, en la medida que, más allá

con discapacidad, creando al efecto, en el Ministerio de Trabajo, la Oficina Nacional de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad; promover y supervisar la normatividad de los programas de accidentes laborales y contaminación ambiental; la obligación del Poder Ejecutivo y demás organismos del Estado, incluyendo los gobiernos regionales y municipales, de contratar personas con discapacidad, que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no menor al 3% del total de su personal; el otorgamiento de una bonificación del 15% sobre el puntaje final en los concursos de méritos para cubrir plazas vacantes, beneficio que en virtud a la STC, Expediente N° 337-97-AA/TC, debe extenderse a los exámenes o evaluaciones a que se someta a este personal durante la vigencia de la relación laboral; asimismo, el otorgamiento de créditos preferenciales o financiamiento a las micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad y, de igual manera, el otorgamiento de preferencia en la adquisición de bienes o servicios, manufacturados o suministrados por estas empresas, a igualdad de condiciones con otras ofertas. Con la misma finalidad, la Ley N° 27404, que modifica la Ley de Formación Laboral (TUO del D. Leg. N° 728, aprobado por el D.S. N° 002-97-TR) permite a las empresas ampliar el límite de jóvenes en formación laboral del 10% al 20% siempre que el porcentaje adicional esté conformado, exclusivamente, por jóvenes discapacitados o jóvenes mujeres con responsabilidades familiares.

de sus características singulares - referidas a la temporalidad del trabajo, diferencia de beneficios, sistema de remuneración, estructura sindical, duración del contrato y otras- dichas relaciones están caracterizados por la nota de subordinación.

Sin embargo, es posible ensayar otra interpretación, conforme a la cual las “diversas modalidades” del trabajo se refieren a otras formas de prestación de servicios personales distintas a aquellas que se originan en el contrato laboral y que constituyen el objeto típico o clásico de regulación del derecho del trabajo. A éstas formas, muy presentes en la realidad socio-laboral actual, se les suele denominar o encuadrar bajo el concepto genérico de “trabajo autónomo”, el cual alude a aquellas personas, que sin estar encuadradas en la organización empresarial o de un empleador ni subordinadas a éste, realizan personalmente una actividad económica o prestan un servicio cuya retribución constituye su medio de vida.

Reconociendo las notables diferencias que existen entre los diversos grupos de trabajadores autónomos, Arce Ortiz considera que estos han de reunir, cuando menos tres requisitos *“actividad profesional cumplida de modo personal y directo, autonomía en su organización y propietario de sus instrumentos de trabajo y depender económicamente de la actividad profesional mencionada.”*⁶⁵⁴

Por su parte, Freedland, considera que más allá del contrato de trabajo clásico, existen diversas formas de contratos de prestación personal en lo que denomina “nexo laboral personal”, el cual justifica la ampliación del ámbito del derecho del trabajo hacia estas nuevas modalidades laborales. Enfatiza este aspecto en la siguiente forma:

“(…) habría que subrayar que la categoría de los contratos de trabajo personales, aunque considerablemente mayor que la del contrato de trabajo asalariado, no deja de limitarse a contratos que, en su totalidad o principalmente, debe ejecutar el trabajador en persona. En ello, estos contratos se contraponen a los contratos comerciales de servicios, que no

⁶⁵⁴ ARCE ORTIZ. 2008, “Derecho individual de trabajo en el Perú, Desafíos y deficiencias”. Lima: Palestra Editores, p.89.

*debe ejecutar necesaria, ni incluso principalmente, el trabajador de manera personal.”*⁶⁵⁵

Dentro del rubro de lo que se considera “trabajador autónomo” se pueden encuadrar distintas formas de trabajo personal, agrupadas en función a la ajenidad de la labor y a la continuidad del vínculo jurídico, que van desde las más lejanas al ámbito del derecho laboral como la del trabajador autónomo por cuenta propia y la del trabajador/empresario, hasta la más próxima a aquel, como es el caso del trabajador autónomo por cuenta ajena con vínculo permanente⁶⁵⁶, el cual también puede ser caracterizado como trabajador “semiautónomo”.⁶⁵⁷ En todos estos casos, en mayor o menor medida, la línea que puede separar claramente a un trabajador autónomo de un empresario, se encuentra en el carácter personal de la labor y en la dependencia económica del que la presta. Cruz Villalón destaca la presencia determinante de estos elementos en dichas formas de trabajo:

⁶⁵⁵ FREEDLAND, Mark. 2007 “Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo” en Revista Internacional del Trabajo, Vol.126, num.1-2, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p.4.

⁶⁵⁶ Cfr. ARCE ORTIZ, pp.89-95. Para este autor, el rubro “trabajador autónomo” engloba 4 grupos de trabajadores: los que laboran por cuenta propia, los que laboran por cuenta ajena con vínculo esporádico, los que laboran por cuenta ajena con vínculo permanente y los trabajadores/empresarios por cuenta ajena. (**Ibidem**). Freedland, por su parte, considera que existe 6 tipos de relaciones de trabajo personales: 1) la relación de trabajo del “asalariado clásico”, 2) la de los funcionarios públicos, 3) la de quienes ejercen profesiones liberales, 4) la de los trabajadores emprendedores individuales (como los “trabajadores por libre” y los “consultores”, 5) la de los trabajadores “marginales” (eventuales, temporeros, a tiempo parcial y voluntarios), y 6) la de los “recién llegados al mercado laboral” como los trabajadores en prácticas y los aprendices. (**FREEDLAND, Op.cit., pp.6.**) De estos seis tipos de relaciones, las que corresponden a los numerales 3 y 4 vendrían a coincidir con la noción de “trabajador autónomo”.

⁶⁵⁷ *“Por semiautónomos entendemos a quienes, siendo formalmente autónomos y, en consecuencia, debiendo pertenecer a la categoría anterior (autónomos) porque su relación jurídica con los clientes es de índole mercantil, quedan sometidos, no obstante a una dependencia económica, al tener un sólo cliente o muy pocos clientes cuyos pedidos les son vitales. No se sujetan a horarios ni ejercen su trabajo en los locales de la empresa, ni sufren el control personal del empresario, y hasta sus datos aseguratorios y fiscales los describen como empresarios: trabajan de forma personal e independiente, pero para una sola firma, de la que dependen económicamente (...). Los indicios de subordinación faltan, y de ajenidad del resultado laboral también, pero aparece la ajenidad subyacente en el hecho de trabajar continuada y principalmente para otro, que viene impulsando a la doctrina a propugnar su inclusión total o parcial en el Derecho del Trabajo.”* (**OJEDA AVILES, Antonio. 2002, “La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos”, en “Sindicatos y Cambios Económicos y Sociales “Agustín García Laso y Wilfredo Sanguinetti Raymond (Editores). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp.188-189.)**

*“Por una parte se suele tratar de prestaciones de servicios efectuadas de manera personal y directa por el sujeto vinculado contractualmente, al tiempo que suele ser la actividad básica de este sujeto y, por consiguiente, de la que obtiene su medio principal de subsistencia. De otra parte, concurren de forma aislada alguno de los elementos que suelen tomarse como sintomáticos de la prestación laboral- sometimiento a instrucciones, control del trabajo realizado, sistema predeterminado de cuantificación de la contraprestación económica-, pero con ausencia absoluta de otros datos. Todo ello da un resultado final de dependencia económica, que no jurídica, del contratante que desarrolla el servicio y, sobre todo, de marcado desequilibrio en cuanto a la fuerza contractual de las partes de la relación jurídica (...)”*⁶⁵⁸

En la dependencia económica de esta clase de trabajadores radica el desequilibrio de poder contractual respecto del cliente o usuario a quien brindan sus productos o servicios, situación que, de forma similar, a la que se presenta en el contrato de trabajo típico entre un empleador y un trabajador, justifica la aplicación a estas relaciones del “principio protector”, como una mecanismo compensador de dicha desigualdad la cual, vista, desde otro ángulo, es el resultado de la estructura propia de la economía de mercado y del régimen de apropiación capitalista que esta conlleva.

En cierta manera, la discusión acerca de la extensión del principio protector hacia el sector de los “trabajadores autónomos” ha sido parcialmente resuelta por nuestra legislación, cuando ésta ha procedido a regular cierta clase de labores, ya sea con normas de protección o incluso de carácter laboral, como es el caso de las leyes dictadas para trabajadores autónomos por cuenta ajena con vínculo esporádico. Tales normas han regulado el régimen del trabajador ambulante⁶⁵⁹,

⁶⁵⁸ Citado por ARCE ORTIZ, Op.cit., pp.89-90.

⁶⁵⁹ Mediante el Decreto Supremo N° 005-91-TR se dispone “Reconocer al trabajador ambulante la calificación jurídica de trabajador autónomo ambulante” (art.1°). Establece, igualmente, que en tanto se dicte la Ley de Comercio Ambulatorio que establezca las sanciones por incumplimiento de sus obligaciones por estos trabajadores, queda suspendido el decomiso de los bienes materia de dicho comercio. Finalmente, establece incentivos para la constitución de cooperativas de ahorro y crédito por estos trabajadores.

de los lustradores de calzado⁶⁶⁰, de los estibadores terrestres⁶⁶¹ y del porteador⁶⁶².

Por ello, puede establecerse que el principio protector se irradia también hacia este tipo de trabajos, aun cuando, por la diversidad de éstos, no sea posible establecer una regulación igual o uniforme ni, por tanto, el mismo nivel de protección. En ese sentido, Arce Ortiz considera que es posible distinguir dos niveles de protección de los trabajadores autónomos, uno de carácter general y otro de carácter específico. El primero de ellos será aplicable al universo de los trabajadores autónomos y estará integrado por cuatro derechos fundamentales, a saber, a) el mandato de no discriminación, b) la protección de la seguridad y salud laboral, c) la tutela de sus intereses colectivos y d) la garantía de cobro de la retribución. El segundo nivel, otorgará una protección específica a aquel grupo de trabajadores autónomos más cercano al ámbito del derecho laboral: los que laboran por cuenta ajena con vínculo permanente - a los que un sector de la doctrina califica como semiautónomos -, la cual puede consistir en el

⁶⁶⁰ La Ley N° 27475 señala en su artículo 2° que “Los lustrabotas son trabajadores que prestan servicios de mantenimiento de calzado a la comunidad en la vía pública, en puestos debidamente autorizados o de manera ambulatória.” Su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2002-TR, establece la obligación de los gobiernos locales de realizar programas de promoción a favor de estos trabajadores, así como la de brindarles protección en los lugares de la vía pública autorizados para la realización de su labor. Asimismo, instituye el día 17 de junio como fecha conmemorativa del “trabajador lustrador de calzado.”

⁶⁶¹ A estos trabajadores, también denominados como “transportistas manuales en carretillas y triciclos”, que laboran en los mercados, terminales terrestres y establecimientos análogos, que no dependen exclusivamente de un empleador, la Ley N° 25047, les reconoce el derecho a gozar de un mes de descanso por cada ciclo anual de trabajo y, asimismo, a una compensación por tiempo de servicios con valor equivalente a la suma que perciban por su mes de descanso anual. Les reconoce, también, la condición de beneficiarios de la seguridad social.

⁶⁶² El artículo 1° de la Ley N° 27607 señala que “porteador” es aquella persona que “con su propio cuerpo transporta vituallas, equipo y enseres de uso personal y otros bienes necesarios para expediciones con fines turísticos, deportivos o de otra índole por lugares donde no ingresan vehículos motorizados.” En el artículo 2° se define laboralmente al porteador como “el trabajador independiente que presta servicios personales de transporte de carga bajo contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico.” En los restantes artículos esta ley establece las condiciones mínimas de trabajo, prohíbe la intermediación, señala las características de su labor, fija el monto de la retribución mínima que será igual al uno punto dos de la Unidad Impositiva Tributaria (1.2 de UIT) por día de trabajo de 8 horas, así como la edad mínima que se señala en 18 años y reconoce su derecho a afiliarse voluntariamente a los regímenes de seguridad social sobre pensiones y prestaciones de salud como trabajadores independientes.

reconocimiento de derechos específicamente laborales, como los relativos a jornada de trabajo, descanso, extinción del vínculo y retribución, entre otros.⁶⁶³

3.1.2. La libertad de trabajo.

3.1.2.1. Su reconocimiento en las declaraciones de derechos y constituciones.

La libertad de trabajo, a diferencia del "derecho al trabajo" que es un derecho social, forma parte del catálogo tradicional de derechos, también denominados clásicos o de "primera generación". La Constitución la enuncia en dos preceptos distintos: en el numeral 15 del artículo 2º (*"Toda persona tiene derecho a... 15. A trabajar libremente, con sujeción a la ley"*), ubicado éste dentro del Capítulo I Derechos Fundamentales de la Persona, del Título I de la Constitución, es decir dentro del enunciado de los clásicos derechos civiles; y, en el párrafo final del artículo 23º, ubicado este en el Capítulo II del mismo título, referido a los Derechos Sociales y Económicos (*"Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento."*).

Como lo hemos señalado al referirnos a la libertad de trabajo como origen de las libertades económicas (de empresa y de comercio), (Supra, Cap. Segundo, I, 3) hito inicial en la proclamación de la libertad de trabajo fue el Edicto de Turgot de 1776, el cual dictado por el Ministro de Luís XVI, Anne Robert Jacques Turgot, tuvo por finalidad abolir el régimen corporativo medieval, conforme al cual para ejercer cualquier oficio, arte, profesión o actividad toda persona debía pertenecer al gremio o corporación respectiva y someterse a sus regulaciones. Con esa finalidad, definió la libertad de trabajar como *"libertad para ejercer en nuestro reino la especie de comercio y profesión de artes y oficios que les plazca y hasta ejercer varias..."*⁶⁶⁴

⁶⁶³ ARCE ORTIZ, Op. cit, pp.95-106.

⁶⁶⁴ Cfr. CABANELLAS, T.I, Vol.1, Op. cit. p.191.

Triunfante la revolución francesa, se expidieron los decretos d'Allarde, del 2-17 de marzo de 1791, los cuales dispusieron que *"...será permitido a toda persona...ejercer aquella profesión, arte u oficio, que encuentre conveniente..."*⁶⁶⁵, reafirmando así la prohibición del Edicto de Turgot a la pertenencia a gremios o corporaciones como condición para trabajar. Poco después, la Asamblea Nacional, ante el temor del resurgimiento de las corporaciones, aprobó, a iniciativa del diputado Yves Le Chapelier, el 14 de Junio de 1791, una ley prohibiendo todo tipo de corporaciones así como la reunión de ciudadanos del mismo estado social o profesional, los obreros y compañeros de un arte cualquiera, así como la reglamentación de sus intereses comunes. Esta ley, como es conocido, sirvió a lo largo del siglo 19 (fue derogada en 1884) para impedir la organización de los sindicatos, llegando a considerarse como delito participar en ellos y declararse en huelga. Reafirmando, esta noción de la libertad de trabajo, la segunda Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 24 de junio de 1793 por la Convención, estableció en su artículo 17º: *"Ninguna clase de trabajo, de cultivo, de comercio, puede estar prohibida a la industria de los ciudadanos."*⁶⁶⁶

En este trabajo hemos expuesto con amplitud la forma en que las constituciones liberales del siglo 19 y luego las del siglo 20, recogieron la libertad de trabajo, así como la evolución que esta experimentó hasta dar origen a libertades económicas de contenido específico como las libertades de empresa y la de comercio (Supra, Cap. Segundo, I, 3), por lo que no volveremos ahora sobre ese tema.

3.1.2.2. Noción de la libertad de trabajo.

Precisamente como consecuencia de la evolución que ha experimentado, puede hacerse alusión a una noción amplia y a una noción estricta de la libertad de trabajo. En el primer sentido, se considera que la "libertad de trabajo" engloba a la libertad de empresa, la libertad de trabajar por cuenta propia y la de trabajar por cuenta ajena, aunque, al mismo tiempo, se

⁶⁶⁵ Cfr. CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G., 1974 "Derecho del Trabajo", Primera edición española., Madrid: Aguilar S.A. de ediciones, p. 7.

⁶⁶⁶ Cfr. DÍAZ REVORIO, Op.cit., pp.179-183,

reconozca que estos aspectos de dicha libertad tienen poco que ver entre sí.⁶⁶⁷

Nuestro Tribunal Constitucional parece decantarse por esta posición amplia como se desprende de algunas de sus sentencias. En una de ellas, afirma lo siguiente:

“La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.

Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que

“el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”.

De otro lado, porque la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual, a su vez, es una manifestación del derecho fundamental al trabajo.”⁶⁶⁸

No obstante, el hecho de que la libertad de empresa se “incardine” dentro de la libertad de trabajo, no significa que su contenido sea el mismo. Así se deduce, cuando menos, de lo que afirma otra sentencia:

“(...) la libertad de trabajo es el derecho que tiene toda persona de elegir en qué desempeñarse y bajo qué condiciones desea hacerlo (...). La libertad de empresa, en cambio es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica (...).”⁶⁶⁹

Según esta sentencia, la diferencia entre la libertad de trabajo y la de empresa radicaría en la unicidad o multiplicidad de las actividades a realizar, criterio este de escasa consistencia, pues tanto es posible que la persona natural realice

⁶⁶⁷ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, Manuel-Ramón. 1979, “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, en: Revista de Política Social N° 121, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales pp. 33-36. Analiza Alarcón Caracuel en este artículo el artículo 35° de la Constitución española que consagra “la libre elección de profesión u oficio”, derecho este equivalente a la “libertad de trabajo”.

⁶⁶⁸ STC N° 3330-2004-AA/TC, FJ.11.

⁶⁶⁹ STC N° 1972-2007-AA/TC, FJ. 6.

múltiples actividades cuanto que una empresa posea un objeto social exclusivo. La unidad o multiplicidad de actividades del sujeto activo del derecho no es, por ello, una característica que permita distinguir entre la libertad de trabajo y la de empresa.

Quiñones Infante sostiene un criterio distinto, que restringe la libertad de trabajo, excluyendo de su ámbito la libertad de empresa:

*“(...) resulta acertado afirmar que la original fórmula de la libertad de trabajo comprendía de una manera amplia la libertad para ejercer todo tipo de actividad laboral, incluso la empresarial. Pese a ello, no es menos cierto que lo que en un momento histórico pudo ser adecuado, no necesariamente tiene que serlo en el actual. Así, como consecuencia del desarrollo doctrinal, normativo y jurisprudencial en materia de derechos fundamentales, se nos impone la necesidad de efectuar una diferenciación a efectos de comprender en la actualidad a la libertad de trabajo: ésta protegerá exclusivamente la libertad para elegir y ejercer actividades laborales por cuenta propia o por cuenta ajena, mas no comprenderá a la libertad de empresa, la cual constituye un derecho fundamental de contenido y desarrollo propio (...)”*⁶⁷⁰

Para Neves Mujica, en cuanto se refiere al contenido específico de la libertad de trabajo, -que nos permitirá diferenciarla del "derecho al trabajo", con el cual también se le confunde a menudo-, respecto de la relación laboral, aquella opera en dos momentos: en su fase inicial y en su fase final. En la primera, en cuanto el trabajador ejerce su libertad para decidir si trabaja o no lo hace, en qué actividad ha de trabajar, si lo hace por cuenta propia o ajena y, en este último caso, al servicio de quien lo hace.⁶⁷¹ Al respecto, Quiñones Infante considera que en esta etapa, la libertad de trabajo es *“el derecho de los individuos a que no se presenten interferencias externas en la elección y ejercicio de una actividad humana productiva; (...)”*⁶⁷²

⁶⁷⁰ QUIÑONES INFANTE, Sergio. 2007 “La libertad de trabajo: Vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú “. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Palestra Editores S.A.C., pp.67-68.

⁶⁷¹ NEVES MUJICA, Javier, 2002, “Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo”, *Asesoría Laboral* N° 137: pp. 10-12, Lima, p.10.

⁶⁷² Quiñones Infante. Op.cit., p.68. En ese sentido, considera que *“(...) califican como vulneraciones a la libertad de trabajo establecer impedimentos para el ejercicio de una actividad u obligar a las personas a ejecutar determinados trabajos, toda vez que estas*

Por consiguiente, si la persona decide desarrollar una actividad propia, independiente, ya sea ejerciendo una profesión, arte u oficio, o desempeñando cualquier otra labor para la cual se encuentre calificado o tenga experiencia, esta decisión estará igualmente amparada por la libertad de trabajo, de la misma manera que si hubiera optado por celebrar un contrato de trabajo con un empleador. Asimismo, la libertad de trabajo se proyectará sobre la actividad que desarrolle el trabajador por cuenta propia garantizándole, entre otras, la facultad de cambiar de actividad, la de emprender nuevas actividades, ya sea en sustitución o en adición a la inicialmente elegida, así como la de ponerle fin para dejar de trabajar o para sustituirla por una relación de trabajo por cuenta ajena, pues como lo ha señalado el TC *“El contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental constituye la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona.”*⁶⁷³

Sin embargo, en algunos casos, como el ejercicio de las profesiones liberales, el desarrollo de estas actividades estará condicionado a la afiliación del profesional al colegio profesional o gremio, lo que constituye, en nuestros días, un resabio del régimen corporativista.⁶⁷⁴ Y, en todos, el ejercicio de la libertad de trabajo debe efectuarse, según lo señala el inciso 15 del artículo 2º de la Constitución, “con sujeción a la ley”, lo que no sólo implica la prohibición de actividades que carezcan de un objeto lícito, sino, además, la obligación de cumplir con los requisitos y condiciones que en función a la clase de actividad de que se trate suelen establecer las normas legales y administrativas.⁶⁷⁵

atentan contra el contenido y los alcances del derecho a la libertad de trabajo tal como los hemos definido.” (Ídem, p.74).

⁶⁷³ STC Expediente N° 1972-2007-AA/TC, FJ. N° 5.

⁶⁷⁴ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, Op.cit., p.35. El artículo 20º de nuestra constitución, tras otorgar una garantía institucional a los colegios profesionales, señala que corresponde a la ley señalar los casos en que la colegiación es obligatoria.

⁶⁷⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“El contenido o ámbito de este derecho constitucional constituye la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona. El ejercicio válido de este derecho requiere, sin embargo, la observancia del marco legal vigente, siempre y cuando este no implique una restricción o limitación desproporcional (sic) o haya sido expedido con inobservancia de principios constitucionales, v.gr., principio de legalidad, debido proceso, publicidad “ (STC N° 10287-2005-PA/TC).*

Para la persona que opta por trabajar por cuenta ajena, la libertad de trabajo, en el momento constitutivo de la relación laboral, además de legitimar esa decisión se traduce en la facultad de elegir para quien se trabaja y se opone al establecimiento de limitaciones que impidan a la persona emplearse, salvo que se trate de exigencias objetivas vinculadas a la idoneidad y aptitud del trabajador para la labor a realizar, sin que estas puedan importar, en ningún caso, una forma de discriminación.⁶⁷⁶ Proscribe, igualmente, el trabajo forzoso o impuesto, salvo las excepciones constituidas por el servicio militar obligatorio, el trabajo penitenciario, las obligaciones cívicas y los casos de fuerza mayor, que según diversos instrumentos internacionales no lesionan la libertad de trabajo.⁶⁷⁷ De igual manera, el Convenio 105 de la OIT ⁶⁷⁸, relativo a la abolición del trabajo forzoso, prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por expresar opiniones políticas u oponerse ideológicamente al orden establecido, b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico, c) como medida

⁶⁷⁶ En este sentido, la libertad de trabajo se emparenta con el derecho a la no discriminación en el empleo, respecto a la cual el Convenio 111 de la OIT precisa que constituye discriminación *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"* (Artículo 1, 1, a). Precisa el Convenio 111, no obstante, que *"Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación!"* (Artículo 1, 2.). Este Convenio ha sido aprobado mediante el Decreto Ley N° 17687 del 6 de Junio de 1970 y ratificado ante la OIT el 30 de Agosto de 1970. En nuestro país, la Ley N° 26772, modificada por la Ley N° 27270, establece que *"La oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato."* (Art.1°) Asimismo, mediante la Ley N° 27270, ha incorporado al Código Penal el delito de discriminación, por motivos étnicos, raciales, religiosos o sexuales, el cual será sancionado con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas. Si el infractor es funcionario público la prestación de servicios a la comunidad se elevará a entre sesenta y ciento veinte días, agregándose la sanción de inhabilitación por tres años. De igual manera, esta ley señala que, en este supuesto, el Juez podrá disponer la clausura temporal del establecimiento, conforme al artículo 105° del Código Penal, la cual, sumada a la sanción administrativa, no podrá exceder de cinco (5) años. De igual manera, el reglamento de esta ley, Decreto Supremo N° 002-98-TR, establece la facultad de la autoridad administrativa de imponer multas hasta el valor equivalente a 5 Unidades Impositivas Tributarias y el derecho de la persona discriminada en un procedimiento de selección o admisión a un puesto de trabajo o aun medio de formación educativa, a demandar una indemnización por daños y perjuicios. Esta, conforme al artículo 9° del decreto, en el caso del acceso a un puesto de trabajo, deberá tener en consideración el monto de la remuneración anual ofertada.

⁶⁷⁷ Cfr. Convenio OIT N° 29 (1930) aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284 del 9 de Diciembre de 1959 y ratificado ante la OIT el 1 de Febrero de 1960.

⁶⁷⁸ Este Convenio, sancionado por la OIT en 1957, fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13467 del 18 de Noviembre de 1960 y ratificado ante la OIT el 6 de Diciembre de ese año.

de disciplina en el trabajo, d) como castigo por participar en huelgas y e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa. (Artículo 1).

En la fase final, la libertad de trabajo confiere al trabajador el derecho a dejar el trabajo por su sola voluntad.⁶⁷⁹ Como lo afirma el mismo Neves Mujica *"...la libertad de trabajo protege la voluntad del trabajador de entrar y permanecer, pero no actúa si lo sacan al trabajador. Puede impedir que se fuerce al trabajador a ingresar o que se le prohíba salir, más no el despido"*.⁶⁸⁰

En el momento final de la relación laboral, la libertad de trabajo se contrapone a cualquier decisión de una autoridad o empleador que pretendiera obligar al trabajador a permanecer laborando contra su voluntad, salvo los casos en que la ley exige un prudencial plazo de preaviso antes de que el trabajador materialice su retiro o cuando medie un pacto de permanencia, dentro de límites razonables, en caso el empleador haya facilitado o, incluso contribuido económicamente, a la formación profesional del trabajador, concediéndole licencia para asistir a cursos en el país o en el extranjero.⁶⁸¹ Se afirma por ello, que fuera de estos supuestos, que representan límites a la libertad de trabajo,

⁶⁷⁹ NEVES MUJICA. "Libertad de trabajo..." Loc.cit.

⁶⁸⁰ *Ibídem*.

⁶⁸¹ Los pactos de permanencia deben, no obstante, estar sujetos a límites estrictos, principalmente de orden temporal, ya que no pueden prolongarse más allá del tiempo indispensable para que el empleador recupere la inversión que realizó por el tiempo sin laborar concedido al trabajador o, incluso, por el financiamiento que pudo otorgarse para su especialización. Al respecto, Weiss, señala los lineamientos que según la Corte Federal Laboral de la República Federal de Alemania, deben considerarse para juzgar la legitimidad de tales pactos: *"(...) la Corte Federal Laboral, al examinar dicha cláusula a la luz del derecho fundamental que garantiza la libertad de profesión, todavía concluye en que son permitidas. Sin embargo, todavía hay límites significativos. El periodo que el empleado debe permanecer en su trabajo es limitado. El marco temporal depende del monto pagado y de la pregunta sobre si la calificación laboral que se le dio al empleado es una a ser utilizada internamente en la empresa o si es atractiva en el mercado laboral en general. Además, el periodo también depende de las modalidades de devolución: si, por ejemplo, no importa el momento en que el empleado renuncie, igual debe devolver todo el monto, o si dicha devolución se reduce paso a paso (monto completo si renuncia el primer año, menos si lo hace el segundo, aún menos el tercero, etcétera)."* (WEISS, Manfred. 2008 "La Conexión entre la Constitución y el Derecho Laboral en Alemania". En Themis 55, Revista de Derecho, Asociación Civil Themis. Lima: Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p.250.) Al respecto, el Estatuto de los Trabajadores de España, señala en su artículo 21, numeral 4, que este pacto durará el tiempo que las partes estipulen, el cual no podrá exceder de dos años y que en caso el trabajador abandone el trabajo antes del plazo pactado el empleador tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios. (Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, 2006, Madrid:Ediciones CEF)

existirá una “presunción de inconstitucionalidad” respecto de cualquier acto o hecho normativo o no normativo que impida al trabajador dejar su empleo o le obligue a continuar en el.⁶⁸²

La manifestación típica de la libertad de trabajo en la fase final de la relación laboral es, por consiguiente, la renuncia, también llamada, desistimiento, acto unilateral por el cual el trabajador decide desvincularse de la relación laboral con su empleador. Como fundamento de esta facultad se afirma con autoridad que *“No es una libertad “del contratante”; es una libertad de la persona”,* porque *“Sin libertad de desvinculación del trabajador se podía llegar a una auténtica servidumbre contractual, de ahí que esa facultad aparezca como una garantía de libertad (...)”*⁶⁸³

En los orígenes de la era liberal, cuando las relaciones de prestación de servicios se regulaban por el Código Civil, la forma de garantizar la libertad de trabajo en la fase de salida fue prohibir la celebración de contratos de arrendamiento de servicios de duración indeterminada, imponiendo la temporalidad de éstos. De este modo, el trabajador no podía ser obligado a permanecer en el trabajo al concluir el plazo estipulado para su prestación, lo que, según el criterio de la época, era una solución adecuada para impedir que el trabajador quedara obligado a trabajar *ad vitam* para un empleador.⁶⁸⁴ Sin embargo, como lo señala Plá, *“Posteriormente, se advirtió que el peligro real era el inverso: la inestabilidad que es sinónimo de inseguridad.”*⁶⁸⁵ De este modo, si bien la temporalidad de los contratos de trabajo alejaba el peligro de contratos vitalicios, contrarios a la libertad humana, por otro lado, instalaban un peligro igual o mayor, que era la inseguridad económica del trabajador, al privarlo de su empleo al vencimiento del plazo del contrato, a pesar de la continuidad de la empresa a la que prestaba

⁶⁸² QUIÑONES INFANTE. Op.cit., p.172.

⁶⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a FERNANDA.1998 “La Voluntad del Trabajador en la Extinción del Contrato de Trabajo”. Madrid: La Ley-Actualidad, S.A., p.23.

⁶⁸⁴ Ídem, pp.26-27. Señalan estos autores que: *“Para asegurar esa prohibición, el Código de Napoleón, muy inspirado en el modelo agrario, de contratación anual en unos casos o día a día en otros, imponía para el arrendamiento de servicios el contrato por tiempo o por empresa determinada, estableciendo, en ausencia de tal previsión, una limitación al perdurar de la relación (24). También en el Commom law la regla tradicional para asegurar la temporalidad fue la del contrato por tiempo cierto, que se extinguía por cumplimiento o “performance”, y la del “yearly hiring”, que a falta de pacto suponía el contrato concertado por un año, y sólo posteriormente se aceptaría la idea de un contrato por tiempo indefinido.” (Ibidem).*

⁶⁸⁵ PLÁ RODRÍGUEZ. Op.cit., p.151.

servicios y de la naturaleza permanente de la función que en ella desempeña. Por ello, bajo la inspiración del “principio de continuidad”⁶⁸⁶ y la idea de la estabilidad en el empleo, el derecho del trabajo se orientó hacia la permanencia del trabajador en la empresa, estableciendo como regla general la contratación de duración indeterminada y como excepción la contratación de duración determinada.

En este nuevo contexto, la libertad de trabajo sólo puede garantizarse, mediante el reconocimiento de la figura de la renuncia del trabajador, *ad nutum*, esto es, sin expresión de causa, por la cual este pone fin a la relación laboral, sin incurrir en responsabilidad contractual alguna, ni requerir aceptación del empleador a su decisión, salvo la obligación de dar a éste un prudencial aviso de su determinación. De este modo, la renuncia “(...) asegura la libertad de la persona tan directamente comprometida en el contrato de trabajo, con lo que conecta, desde el punto de vista constitucional, con la libertad de trabajo.”⁶⁸⁷

No obstante, Quiñones Infante, con una interesante perspectiva, considera que la libertad de trabajo no se hace presente únicamente en las fases constitutiva y extintiva de la relación laboral, es decir como “libertad de entrada” y “libertad de salida” sino, también, durante el desarrollo de aquella, ya que, a su juicio, en esta etapa dicha libertad puede ser definida como “(...) el derecho de los trabajadores a que no se presenten interferencias externas en la elección y ejercicio de una nueva ocupación, adicional a la relación laboral que ya ejecutan;”⁶⁸⁸ Por ello, la libertad de trabajo durante la ejecución de la relación de trabajo se manifiesta

⁶⁸⁶ Vid. PLÁ RODRÍGUEZ. Op.cit., pp.151-242 y BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 1991 “El derecho de estabilidad en el trabajo”. Lima: Asociación Laboral para el desarrollo”, ADEC-ATC.

⁶⁸⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ. “La Voluntad del Trabajador...” Op.cit., p.28. Apoyan estos autores su afirmaciones en la opinión de Martín Valverde: “Como recuerda MARTÍN VALVERDE, el trabajador se compromete a la prestación continuada de sus servicios, lo que supone una implicación personal tan intensa “que sólo resulta admisible sobre la base de la total voluntariedad de los actos de cumplimiento de ejecución del contrato”, de modo que si el trabajador no tuviese esta posibilidad el desistimiento *ad nutum*, la celebración del contrato de trabajo podría suponer una restricción excesiva del principio de libertad profesional o incluso un atentado a la libertad de la persona. Para asegurar esa libertad, tanto en su sentido de libertad contractual, como también en su sentido de libertad de la persona en la elección de su trabajo y en el empleo de su actividad, ha de admitirse esa libertad de desistimiento.” (Op.cit. p.29).

⁶⁸⁸ QUIÑONES INFANTE. Op.cit., p.135. Señala, asimismo que “(...) en virtud de la libertad de trabajo, ni el Estado, ni empleador alguno, podrá impedir u obligar a una persona -que ya es parte de una relación laboral- a elegir y ejercer una actividad laboral adicional.” (Ibídem).

como el derecho del trabajador al pluriempleo o pluriactividad, ya que el hecho de desempeñar una labor para un empleador no le impide poder hacerlo, simultáneamente, para otro o desempeñar una actividad por cuenta propia, siempre que respete las obligaciones propias de su contrato de trabajo.⁶⁸⁹

Sin embargo, en esta fase, la libertad de trabajo ha de reconocer ciertos límites, como los pactos de exclusividad o el régimen de incompatibilidades vigente en el sector público para el desempeño de ciertas funciones oficiales, excepciones éstas que como lo apunta Quiñones Infante, encuentran legitimación en otros derechos o bienes constitucionales como la libertad de contratación, la buena fe contractual o la protección de la libertad de empresa y libre competencia en una economía de mercado.⁶⁹⁰

Como se puede apreciar del examen del rol de la libertad de trabajo en las distintas fases de una actividad o relación laboral, esta se configura como una verdadera "libertad" en el sentido clásico. En el momento inicial de aquella, se configura como una garantía a la libre decisión de la persona de iniciar una actividad por cuenta propia o emplearse para un empleador, proscribiendo cualquier impedimento o restricción que carezca de una base objetiva, ya sea relativa al carácter ilícito de la actividad o la ausencia en el trabajador de las condiciones o aptitudes exigidas para el desempeño de un puesto de trabajo. Durante la relación laboral, garantiza que el empleador no prohíba al trabajador realizar otra actividad por cuenta propia o por cuenta ajena, siempre que cumpla con su contrato de trabajo. Finalmente, en el momento extintivo de la relación, la libertad de trabajo asegura al trabajador su potestad de

⁶⁸⁹ *Ibidem*. En este sentido, afirma que "(...) manifestaciones del ejercicio de la libertad de trabajo en esta fase (manifestaciones del pluriempleo) serían los supuestos en los cuales - con las debidas limitaciones derivadas de una jornada laboral completa y de las oportunidades de empleo que ofrezca al país-: (i) un trabajador que mantiene una relación laboral con su empleador "A", pueda libremente prestarle servicios -subordinados o autónomos, de su misma profesión o de otras en las que esté capacitado- a "B", "C" y/o "D"; (ii) un trabajador que mantiene una relación laboral con su empleador "A", pueda libremente prestar sus servicios de manera autónoma -en su misma profesión o en otras en las que esté capacitado- al mismo empleador "A"; o (iii) un trabajador que mantiene una relación laboral con su empleador "A", pueda libremente emprender una actividad productiva -vinculada a su profesión o a otras en las que esté capacitado- por cuenta propia. (*Ídem*, pp.136-137).

⁶⁹⁰ *Ídem*, p.143. Es de interés revisar el análisis de estos pactos en relación a la libertad de trabajo que realiza el mismo Quiñones Infante en su obra citada, pp.144-160

desvincularse, por su libre voluntad, de la relación laboral, sin que el empleador pueda obligarlo a permanecer en ésta.

Se trata en suma de una libertad que, como todas, carece de contenido positivo; por el contrario, su contenido es negativo, en cuanto se limita a garantizar que no se obligue al trabajador a trabajar contra su voluntad (momento inicial y momento final) o que no se le impida hacerlo (momento inicial y fase de ejecución). Y ello es así, porque la libertad de trabajo no es otra cosa que la proyección de la libertad personal al ámbito del trabajo y de la profesión, en los cuales actúa como factor impeditivo de toda interferencia o ingerencia, contraria o impuesta a la voluntad de la persona, que pretenda decidir por ésta el desarrollo de su actividad económico-laboral. Es por ello, un derecho constitucional de preceptividad inmediata⁶⁹¹, cuyo contenido es exigible desde el momento mismo de su enunciación constitucional.

En este sentido, en ninguna de aquellas fases, la libertad de trabajo comprende, la protección, o satisfacción, de la expectativa de obtener un puesto de trabajo o a la de permanecer en el que se tiene, aspectos estos que implican un contenido positivo por lo cual, como veremos a continuación, conforman el contenido esencial del "derecho al trabajo".

3.1.3. El derecho al trabajo.

3.1.3.1. Reconocimiento constitucional e internacional.

⁶⁹¹ Cfr. Neves Mujica, "Libertad...", Op. cit., p.11.

3.1.3.1.1. Declaraciones de derechos y Constituciones.

El "derecho al trabajo" no aparece mencionado en las primeras declaraciones o catálogos de derechos de la persona. En particular, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa⁶⁹², no contiene ninguna referencia específica al trabajo ni, menos aún, al "derecho al trabajo".

Suele considerarse el año 1848, con ocasión de la revolución de Febrero en Francia, la oportunidad histórica en que, por primera vez, se enuncia el "derecho al trabajo"⁶⁹³ como parte de las demandas del movimiento de trabajadores que promovió esas jornadas, que condujeron a la instauración de la II República.⁶⁹⁴ Fue en esa circunstancia histórica cuando el gobierno provisional francés, mediante un decreto del 25 de Febrero, reconoció el "*derecho al trabajo*" y se comprometió "*a dar trabajo a todos los obreros*", para lo cual creó, por iniciativa del Ministro de Trabajo, Louis Blanc, los Talleres Nacionales, en los que el Estado empleó a los franceses desprovistos de un puesto de trabajo.⁶⁹⁵

No obstante, ya antes de estos episodios de la historia de Francia, la idea de un "derecho al trabajo" había sido formulada por la corriente de los llamados "socialistas utópicos" o, más exactamente, pre-marxistas, en particular por Charles Fourier, considerado el "padre" del derecho al trabajo, quien sostuvo que el "derecho al trabajo" es el primero y fundamental de los derechos humanos⁶⁹⁶. A su vez, para el discípulo de Fourier, Víctor Considérant "*el contenido del derecho al trabajo vendría dado por la garantía de un mínimo existencial, al*

⁶⁹² Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de Agosto de 1789 y sancionada por el Rey, Luis XVI, el 5 de Octubre del mismo año.

⁶⁹³ Sin embargo, algunos autores consideran que esta idea ya estuvo presente en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 24 de Junio de 1793, por la Convención Nacional. por iniciativa de Maximiliano de Robespierre, en la cual se indicaba que "*La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo o sea asegurándoles los medios de existir a los que no estén en aptitud de trabajar*" (DE BUEN, Tomo Primero, Op.cit. p. 77.) Vid, en el mismo sentido, ALARCÓN CARACUEL, Op.cit., pp.17-18.

⁶⁹⁴ Vid. SASTRE IBARRECHE, Rafael. 1996."El derecho al trabajo". Madrid: Editorial Trotta S.A. p.30.

⁶⁹⁵ Cfr. CABANELLAS, T. I, Vol. 1, Op.cit., pp.340-341.

⁶⁹⁶ Cfr. SASTRE IBARRECHE, Rafael, op.cit., p. 29.

*menos en la misma medida en que este era garantizado al hombre salvaje por sus derechos a la caza, a la pesca, al pastoreo y a la recolección".*⁶⁹⁷

A pesar de la significación que tuvo en la revolución de 1848 la demanda del "derecho al trabajo", al elaborarse la Constitución francesa de ese mismo año, aquel no quedó consagrado como un derecho fundamental. El artículo 8º de dicha constitución se limitó a establecer el deber de la República de *"asegurar con asistencia fraternal la existencia de los ciudadanos necesitados, bien procurándoles trabajo en la medida de sus medios, bien prestando ayuda, cuando carezcan de familia, a los que no son capaces de trabajar"*.⁶⁹⁸

Habrán de transcurrir, desde entonces, más de setenta años hasta que el "derecho al trabajo" aparezca por primera vez formulado en un texto constitucional: la Constitución de Alemania de 1919, más conocida como la Constitución de Weimar, cuyo artículo 163 , segundo párrafo, señaló: *"A todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo. En caso en que una ocupación conveniente no pueda serle procurada se le aseguran los medios de existencia necesarios"*⁶⁹⁹

A pesar de la enorme influencia que, sobre todo en el campo de los derechos sociales y económicos, ejerció la Constitución de Weimar, no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial, cuando esta constitución ya no regía, que algunas importantes constituciones de Europa Occidental incluyeron en sus catálogos de derechos el "derecho al trabajo". La primera, fue la Constitución francesa de 27 de Octubre de 1946 cuyo Preámbulo, -que conjuntamente con la Declaración de derechos de 1789 viene a configurar el catálogo de derechos

⁶⁹⁷ Loc.cit.

⁶⁹⁸ Fórmula ésta semejante a la aprobada por la Convención Nacional en 1793. Señala Sastre Ibarreche: *"Sin embargo, pocos días antes e su clausura, el proyecto de Constitución presentado el 19 de junio aún contenía un reconocimiento expreso del derecho al trabajo, al afirmar que, entre otras cosas, "la Constitución asegura a todos los ciudadanos [...] el trabajo". Tal previsión desapareció ya del nuevo proyecto de Constitución, de 29 de agosto, que se limita a aludir al derecho a la asistencia. La enmienda que, durante la discusión del texto definitivo, propondrá Mathieu de la Drôme para asegurar el derecho al trabajo, no prosperó (...)"* (SASTRE IBARRECHE, Op.cit. p.30.)

⁶⁹⁹ MIRKINE-GUETZEVITCH. Op.cit., p.89.

fundamentales- estableció que *"Cualquier persona tiene el deber de trabajar y el derecho de tener un empleo"*. Poco después, la Constitución de Italia, del 31 de Enero de 1947, dispuso, en su artículo 4º, que *"La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho"*.

Ya en época posterior, otras constituciones europeas como las de Grecia (art. 22.1), Luxemburgo (art.11.4), Portugal (art.59) y España (art. 35.1) reconocen explícitamente el "derecho al trabajo". Las nuevas democracias surgidas en Europa del este, después de la caída del muro de Berlín y el derrumbe del régimen comunista también se inscriben en esta tendencia como es el caso de la Constitución de la Federación Rusa (art. 37.3), la de Rumania (art. 38) y la de Ucrania (art.43).

Asimismo, 15 Constituciones latinoamericanas proclaman el derecho de toda persona al trabajo: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

3.1.3.1.2. Su reconocimiento internacional.

El proceso de constitucionalización del derecho al trabajo, fue acompañado por un coetáneo proceso de internacionalización, en la medida que los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo acogieron en sus textos.

En primer lugar, debemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), cuyo artículo 23.1 proclama que *"Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"*. Tras esta declaración, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), reconoce igualmente el *"derecho a trabajar"* en su artículo 6.1.

En el ámbito continental americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), señala en su artículo XIV que *"Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo"*. Complementariamente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" formula, en los artículos 6 y 7, una amplia referencia sobre el "derecho al trabajo", sobre la cual volveremos más adelante. (Infra.3.4.3.).

También en el ámbito continental europeo, la Carta Social Europea (18 de Octubre de 1961) contiene varias menciones al "derecho al trabajo, en la Parte I, 1 y en la Parte II, 1, señalando entre otras expresiones, que los Estados se comprometen *"A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido."* (Parte II, 1,2).

3.1.3.1.3. El derecho al trabajo en el constitucionalismo peruano.

Aun cuando se ha considerado que en el Perú la Constitución de 1920 inició tímidamente la constitucionalización del derecho del trabajo⁷⁰⁰ al incluir en su texto normas relativas al trabajo (Supra Cap. Primero, III, 1.1.), la recepción constitucional del "derecho al trabajo" se produce tardíamente, pues recién tiene lugar en la Constitución de 1979. Esta consolida de manera muy amplia y clara este proceso pero, además, relleva en forma muy especial el "derecho al trabajo".

⁷⁰⁰ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo", en DERECHO, Revista del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 36 Diciembre de 1982, p.10.

Este aparece enunciado como tal en dos partes de la carta: en el Preámbulo, que proclama *"Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional"*, y en el artículo 42º, correspondiente al Capítulo V "Del Trabajo", que establece *"El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social"*. También en el Título III, relativo al Régimen Económico, se señala que este *"se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana"*, aunque, en este caso, el concepto de trabajo a que se apela es más amplio, en nuestra opinión, que aquel a que refiere el "derecho al trabajo".

La actual Constitución, ha preservado, en términos generales, la fórmula de su antecesora, al consignar en el artículo 22º: *"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"*. No obstante, eliminó toda referencia al trabajo en las normas relativas al régimen económico, salvo la garantía a la "libertad de trabajo", mencionada en el artículo 59º, lo cual, evidentemente tiene un sentido distinto.

3.1.3.2. Contenido del derecho al trabajo.

En un primer momento, en la época de la revolución francesa y las primeras declaraciones de derechos, el "derecho al trabajo" fue confundido con la "libertad de trabajo". Las primeras, y escasas alusiones, a este derecho que se remontan a ese período, le atribuían un significado completamente distinto al que se le reconoce actualmente:

"(...) en el célebre Edicto Turgot de 1776, la consagración de la "libertad de industria", ariete dirigido contra las trabas gremiales, aparece de la mano de un más amplio "derecho al trabajo" de base iusnaturalista y hasta bíblica. Decía el Edicto: "En la medida en que Dios crea las necesidades de los hombres y les ha obligado al mismo tiempo a trabajar para satisfacer esas necesidades, ha hecho del derecho al trabajo un patrimonio de cada hombre... Nosotros consideramos uno de nuestros primeros deberes de

justicia y uno de los hechos que más nos dignifican el liberar a nuestros súbditos de las trabas que limitan este derecho humano irrenunciable.”⁷⁰¹

Como se puede apreciar de este enunciado, el contenido del “derecho al trabajo” consistía en la “libertad de trabajo”, es decir, en el derecho a trabajar libremente, sin la subordinación al encuadramiento corporativista propio de la edad media. No había en esa expresión ningún elemento, ni intención, que denotara su relación con la satisfacción efectiva de la aspiración de las personas a contar con un trabajo que les procurara la subsistencia personal y familiar. Por ello, Sastre Ibarreche destaca que un sentido, o interpretación en clave liberal, del “derecho al trabajo” lo concibe como “(...) *una garantía de la libertad personal, en virtud de la cual todo ciudadano podría reclamar que los poderes públicos se abstengan de llevar a cabo cualquier intervención que se dirija a impedir la actividad profesional de los individuos, su elección y la forma de desarrollarla.*”⁷⁰² Desde este punto de vista, no existía diferencia alguna entre la “libertad” y el “derecho” al trabajo, pues ambas expresiones aludían al mismo contenido y garantizaban el mismo bien jurídico, esto es, el derecho del individuo a elegir y ejercer libremente una actividad económica o un trabajo.⁷⁰³

Esta identidad de conceptos no duró demasiado tiempo. Ya hemos visto como en época tan temprana como 1793, existieron atisbos para garantizar jurídicamente el derecho de toda persona a la subsistencia y la obligación del Estado de procurarle los medios para ello. Pero, el proceso de separación del “derecho del trabajo” de esa inicial identidad con la “libertad de trabajo”, que condujo a vincular al primero con la satisfacción de la necesidad de trabajar que tiene toda persona, recibió un impulso decisivo de los acontecimientos históricos, pues fue en la Francia revolucionaria de 1848 cuando este derecho fue enarbolado por las masas desocupadas y reconocido por el gobierno provisional

⁷⁰¹ ALARCÓN CARACUEL, Op.cit., p.16.

⁷⁰² SASTRE IBARRECHE, Op.cit., p.88. Indica este autor que desde esta perspectiva dicha garantía podría oponerse a actuaciones privadas con lo que se podría justificar, con base a ese derecho, la práctica del esquirolaje en situaciones de huelga.

⁷⁰³ *Ibidem.*

que lo asumió como una obligación propia, plasmada en ese momento en la creación de los Talleres Nacionales.

Durante el siglo XIX y gran parte del XX esta noción siguió predominando, y acabó por imponerse, desvinculando, así, la “libertad de trabajo” del “derecho al trabajo”, en razón al diferente rol que correspondía al Estado en orden a la realización de cada uno de estos derechos: la abstención o no ingerencia, en el primer caso, y una actuación positiva o prestacional en el segundo.

3.1.3.2.1. Naturaleza del derecho al trabajo: ¿norma programática o derecho de eficacia inmediata?

Emancipada la noción del “derecho al trabajo” de la “libertad de trabajo”, en función a su vinculación directa con la expectativa de las personas a obtener un empleo como medio de subsistencia, se planteó de inmediato la cuestión relativa a su naturaleza jurídica, surgiendo, al respecto, dos tesis contrapuestas. Una primera, cataloga este derecho como uno de carácter programático o de eficacia mediata o diferida, de igual manera que los demás “derechos sociales”, los cuales a diferencia de los clásicos derechos civiles y políticos, -concebidos como libertades exigibles y protegibles ante al Estado-, al implicar prestaciones se encuentran supeditados a la actuación positiva del Estado, no resultando, por ello, inmediatamente eficaces, al depender de políticas y recursos públicos así como de legislación para su cabal realización. (Supra. Cap. Segundo, II, 3.2.) En este sentido, Carl Schmitt, considera que el “derecho al trabajo”, no tiene la condición de derecho fundamental al no estar configurado como un derecho absoluto -atributo que sólo reconoce a los derechos de libertad- sino como un derecho condicionado y, por consiguiente, relativo.⁷⁰⁴

⁷⁰⁴ Cfr. SCHMITT. Op.cit., p.174. Sostiene este autor que “Cuando una ley constitucional proclama el “derecho al trabajo”, no puede pensarse con ello en un derecho ilimitado en principio. Sólo puede consistir tal “derecho al trabajo” en un sistema de organizaciones, inscripciones, investigaciones médicas, certificado de trabajo, talones de trabajo y deberes de prestar el trabajo asignado, como asistencia organizada o en la forma de una bolsa de trabajo o seguro contra el paro, a la manera de la ley alemana del 16 de julio de 1927 (Gaceta, 292

Desde esta perspectiva, el derecho al trabajo antes que un derecho subjetivo exigible por cada ciudadano, vendría a configurar una obligación social del Estado respecto de aquel sector de personas carentes, y necesitadas, de un puesto de trabajo, la misma que se realizaría mediante políticas, acciones y normas susceptibles de generar esos puestos de trabajo. A esta acepción se refiere Montoya Melgar cuando señala que:

*"La proclamación constitucional del derecho al trabajo no va en rigor más allá de mostrar la intención del Constituyente de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para ir haciendo posible el ejercicio efectivo de tal derecho. Por eso no surgen de la solemne declaración ni derechos subjetivos estrictos de los ciudadanos ni deberes estrictos del Estado en orden a la facilitación de puestos de trabajo, cosa especialmente clara en un sistema económico-social en el que el Estado no asume la función de director y planificador exclusivo".*⁷⁰⁵

Para Alarcón Caracuel, esta acepción del derecho al trabajo "(...) implica una auténtica obligación jurídica para los poderes públicos y muy especialmente para el legislativo, cuyo cumplimiento es susceptible de un control negativo por la vía del recurso de inconstitucionalidad contra las normas que infrinjan esa obligación."⁷⁰⁶

La acepción del "derecho al trabajo", como un mero derecho programático, de preceptividad aplazada, que es la perspectiva tradicional desde la cual se ha interpretado sus alcances coincide con el sentido reducido, limitado o restringido del mismo, acuñado por ciertos sectores de la doctrina, conforme al cual aquel estaría referido únicamente a "un genérico mandato del legislador dirigido a

I, pág.187) Según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de "derechos fundamentales". (Ibidem.)

⁷⁰⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo. 1980. "La protección constitucional de los derechos laborales". En "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 287.

⁷⁰⁶ ALARCÓN CARACUEL. Op.cit., p.20. Sin embargo, este mismo autor cuestiona la eficacia de esta posición al señalar que "(...) a nadie se le oculta la enorme dificultad de argumentar materialmente un semejante recurso, habida cuenta de la variedad de criterios políticos que pueden incidir en el tema y de la inveterada resistencia de los tribunales a entrar, a través de su labor enjuiciadora, en valoraciones políticas." (Ibidem.)

intentar conseguir el pleno empleo".⁷⁰⁷ Existe, incluso, una posición que llega a considerarlo inoperante, cuestionando su propia condición de derecho.⁷⁰⁸

Desde esta concepción, el "derecho al trabajo", como exigencia ante el Estado sólo puede traducirse en la correlativa obligación de éste de realizar una eficaz política de empleo, capaz de generar el conjunto de los puestos de trabajo que requiere la PEA. Una exigencia de este tipo fue incluida en el artículo 110º de la Constitución de 1979 que imponía al Estado la obligación de promover *"el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso"*. La actual constitución, también asigna al Estado la obligación de desarrollar una política de empleo: así, el artículo 23º, segundo párrafo, señala que: *"El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"*; y, el artículo 58º, localizado en el Título III "Del Régimen Económico", establece que *"(...) el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."* Por consiguiente, mediante estas fórmulas constitucionales se plasma la obligación del Estado en orden a la realización del artículo 22º de la Constitución que reconoce al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona.

No obstante, el objetivo del pleno empleo, esto es el de equiparar la oferta de trabajo con la demanda y, de este modo, asegurar a cada persona en edad de trabajar un puesto de trabajo, no puede, en absoluto, ser garantizado por el Estado en sociedades que, como la nuestra, se rigen por una economía de mercado basada en la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa, pues en éste régimen la creación de puestos de trabajo es, principalmente, función del sector privado, correspondiendo al Estado, únicamente, estimular a éste, mediante políticas económicas adecuadas, para

⁷⁰⁷ SASTRE IBARRECHE, Op.cit., p. 129.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

que incremente su inversión, lo que habrá de traducirse en la expansión de la oferta de empleo.

La otra posición acerca de la naturaleza del “derecho del trabajo” afirma su condición de derecho de crédito contra el Estado “(...) *constitucionalmente otorgado a todos los ciudadanos por el hecho de serlo y directamente accionable frente a los poderes públicos con la pretensión de obtener un puesto de trabajo que, en las construcciones más exigentes, tendría que ser además adecuado a la capacidad profesional del accionante.*”⁷⁰⁹ Como apunta Martín Valverde, esta concepción sólo es viable en una economía socialista, centralmente planificada, en la que, por haberse establecido la propiedad colectiva de los medios de producción, el Estado puede controlar de manera directa la oferta y la demanda de trabajo y realizar las adecuaciones necesarias entre una y otra.⁷¹⁰ Sin embargo, como antes se ha señalado esta concepción no resulta jurídicamente viable en una economía de mercado, basada en la libertad de empresa⁷¹¹ por lo que se considera que hoy carece de defensores, llegándose a cuestionar, incluso, su verdadera eficacia en las economías socialistas.⁷¹²

⁷⁰⁹ ALARCÓN CARACUEL, Op.cit., p.21.

⁷¹⁰ Cfr. MARTÍN VALVERDE, et al. 1980: "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española". En "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución", pp. 187-204. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p.197.

⁷¹¹ *“La cláusula constitucional de libre empresa descarta, pues, la posibilidad económica de que los poderes públicos garanticen sin fallos la satisfacción del derecho al trabajo. En última instancia la creación de puestos de trabajo depende de los poderes públicos sólo en la medida limitada en que lo permitan las “reglas de coexistencia” entre el sector público y el sector privado, o, visto el fenómeno desde el anverso: la determinación del volumen, cualidad y circunstancias de la oferta de trabajo está en función de decisiones económicas privadas, que ciertamente pueden ser limitadas y orientadas por los poderes públicos, pero que exigen un campo mínimo de juego de interferencias (“libre empresa...”), respondiendo, además, a una lógica propia diferente de la que inspira a los poderes públicos (“...en una economía de mercado”).” (Ídem, pp.197-198.)*

⁷¹² Cfr. ALARCÓN CARACUEL, Loc.cit.

3.1.3.2.2. El derecho del trabajo más allá de lo programático.

El descarte de la noción del derecho del trabajo como derecho de crédito, de exigibilidad o eficacia inmediata, no significa, sin embargo la aceptación de su noción restringida o limitada como mera norma programática. Existe, al respecto, otra posición, que postula un alcance amplio o extenso del "derecho al trabajo", según el cual este, considerado en sí mismo u operando concurrentemente con otros derechos o principios, presentaría una pluralidad de manifestaciones, vinculándose directamente a cuestiones tales como *"ingreso al trabajo, ocupación efectiva, cláusulas de seguridad sindical, huelga, extinción del contrato, protección por desempleo, etc."*.⁷¹³ Desde una perspectiva similar, se señala que el derecho al trabajo, presenta , además de su aspecto tradicional, uno mas "operativo" que se traduce en *"deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, exigibles judicialmente..."*, entre los cuales se mencionan *"las exigencias de no discriminación en el empleo, de causalidad del despido individual y de ser informado por oficinas de colocación de las ofertas de empleo existente, las cuales se derivarían directamente del reconocimiento del derecho al trabajo (...), aunque no existiese tutela subconstitucional sobre tales extremos"*.⁷¹⁴

Por ello, no parece necesario resolver la controversia acerca de la naturaleza del derecho del trabajo en base a la oposición derecho de eficacia aplazada-derecho de eficacia inmediata, optando por una de estas posiciones y descartando la opuesta, sino, por el contrario, analizando el rol que juega este derecho en los distintos supuestos de hecho en los que cabe su aplicación, para determinar cual de dichas posiciones resulta aplicable en cada caso.

Conviene señalar que esta concepción amplia ha sido recogida y desarrollada, crecientemente, por la jurisprudencia y la doctrina de numerosos Estados y, también, en importantes instrumentos internacionales. En lo que concierne a nuestro continente, adquiere especial importancia el Protocolo Adicional a la

⁷¹³ SASTRE IBARRECHE, Op.cit., p.128.

⁷¹⁴ MARTÍN VALVERDE, Op.cit., p.204.

Convención América sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Pacto de San Salvador", cuyo artículo 7º señala que **"...el derecho al trabajo (...) supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:..."**. Enuncia, a continuación, en los literales a) al h), los derechos a la remuneración, a la libre elección de profesión, a la promoción y al ascenso, a la estabilidad del trabajador en el empleo y otros, los cuales, en el sentido del texto, vendrían a configurarse como verdaderas manifestaciones específicas del derecho al trabajo. La amplitud de esta formulación, que virtualmente coincide con el núcleo normativo del derecho individual del trabajo, podría dar lugar a algún cuestionamiento acerca de la extensión tan amplia que se concede al "derecho al trabajo", por lo que, a reserva de ahondar en su oportunidad tal discusión, por ahora nos centraremos en presentar aquellas expresiones del derecho al trabajo que, tanto la jurisprudencia como la doctrina, suelen vincular o considerar directamente derivadas del mismo.

Para ello es necesario, como en el caso de la "libertad de trabajo", distinguir tres momentos en los que el "derecho al trabajo" se proyecta con manifestaciones propias, aunque de diferente contenido y significación: el inicio, el desarrollo y la extinción de la relación laboral.

3.1.3.2.2.1. El inicio de la relación laboral: El acceso al empleo.

El debate tradicional acerca de la naturaleza del "derecho al trabajo" se ha escenificado en torno al acceso de las personas al empleo, por considerar que en ella consiste la expectativa del común de éstas de obtener un trabajo como medio para la subsistencia propia y la de su comunidad familiar. Las dos grandes posiciones que dividen las opiniones, esto es, su consideración como un derecho de eficacia diferida a aplazada, cuya satisfacción, por tanto, sólo puede lograrse, indirectamente, mediante el fomento de la inversión y del crecimiento económico

por el Estado, o, por el contrario, como derecho de crédito que habilita al ciudadano a exigir, incluso judicialmente, al Estado que le procure un puesto de trabajo, giran, precisamente, en torno a este momento inicial de toda relación de trabajo, en el cual, en una economía de mercado, será éste el que determinará la dimensión de la oferta de trabajo.

En esta fase inicial o constitutiva de la relación laboral, hay que distinguir, según Neves Mujica, dos situaciones diferentes: el acceso al empleo en un sentido genérico y en un sentido específico. El primero se refiere al derecho de toda persona a tener un empleo, aspecto éste en el cual, por las razones antes anotadas (Supra 3.1.3.2.1.) el derecho al trabajo es de preceptividad aplazada, ya que dicha expectativa sólo podrá ser satisfecha de forma indirecta, mediante el desarrollo de políticas públicas que incentiven la inversión para incrementar la oferta de empleo.⁷¹⁵ En el segundo caso,

*“(...) el derecho se concreta en su puesto cierto. Esto ocurre, desde mi punto de vista, cuando un trabajador postula en un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal hipótesis, tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Si el concurso fuera público, es decir, abierto a la participación de individuos ajenos a la entidad, estaríamos en estricto ante el ejercicio del derecho al trabajo, en su fase de acceso al mismo.”*⁷¹⁶

El trabajador al postular a un empleo y obtener el puesto ofertado en un concurso, examen o cualquier otro procedimiento abierto y transparente de selección, actualiza su “derecho al trabajo” que pasa a ser de un derecho genérico, no exigible, a un derecho específico, plenamente exigible ante el empleador que efectuó la oferta de empleo y estableció las condiciones y requisitos que el trabajador satisfizo al resultar seleccionado para la plaza concursada. Por ello, concluye Neves Mujica, que *“(...) en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida*

⁷¹⁵ NEVES MUJICA, “Libertad de...” Op.cit., p.11.

⁷¹⁶ *Ibidem. Vid. Al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de Junio de 1997 (STC Nº 008-97-AA/TC-Callao) recaída en la Acción de Amparo seguida por Enrique Barcena Rivera contra Corpac S.A., que declara fundada la demanda y ordena se asigne al demandante el puesto que había obtenido mediante concurso interno, previa reposición en la empresa, la cual lo había despedido por exigir se respete el resultado del concurso.*

*cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata cuando recae sobre un puesto específico.*⁷¹⁷

3.1. 3.2.2.2. El desarrollo de la relación laboral: La ocupación efectiva y el ascenso.

Constituida la relación laboral, el “derecho al trabajo” despliega sus efectos, a través de los derechos i) a la ocupación efectiva y ii) al ascenso.

i) Una visión tradicional del contrato de trabajo, de sesgo civilista, que destaca su función de contrato de cambio, consideraba que las obligaciones de las partes se agotaban, por el lado del trabajador, en poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador y, por el lado de éste, en cancelar a aquel su remuneración, no teniendo, por consiguiente obligación alguna de dar al trabajador una ocupación determinada.⁷¹⁸

Prescinde esta noción del contrato laboral de consideraciones que van más allá de la simple necesidad del trabajador, que le obliga a vender, cual mercancía, su fuerza de trabajo para conseguir los ingresos que su subsistencia, así como, generalmente, la de su familia, requiere, aspecto este que, desde luego, queda satisfecho - en términos estrictamente jurídicos, que no sociales - con el pago del salario. En efecto, además de un medio para subsistir, el trabajo cumple para la persona otras funciones de índole no económica, pero no por ello menos importantes. Baste recordar que nuestra Constitución predica del trabajo que es *"base del bienestar social y un medio de realización de la persona"* (Const.93, art.22º), lo que conlleva asumir una perspectiva más amplia del trabajo, no sólo como factor esencial de la economía, sino, igualmente, como vehículo para que la persona se "realice", esto es, despliegue sus capacidades, potencialidades e iniciativa, y, asimismo, encuentre satisfacción en lo que hace.⁷¹⁹ De otro lado,

⁷¹⁷ Ibídem.

⁷¹⁸ Cfr, MARTÍN VALVERDE, et al, p. 500.

⁷¹⁹ Para la Doctrina Social de la Iglesia *"...el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la tierra"*, pues mediante él contribuye *"a la realización de su humanidad, al perfeccionamiento de esa vocación de persona, que tiene en virtud de su*

pero complementariamente, es indiscutible que el trabajador mediante el trabajo perfecciona y amplía sus conocimientos, profundiza su especialización y adquiere experiencia en la ocupación, oficio o profesión que desempeña, lo que, en definitiva significa que el desempeño efectivo y permanente de una ocupación es requisito esencial de su desarrollo profesional.

De allí que algunas legislaciones, como la española, reconozcan expresamente el derecho del trabajador "a la ocupación efectiva" ⁷²⁰, el cual, según se ha expresado, "se agota con su "efectividad", es decir, con la obligación empresarial de proporcionar al trabajador los medios e instrumentos que le permitan materializar su prestación laboral".⁷²¹

Correlativamente, este derecho *"genera para el empresario todas aquellas obligaciones de hacer y no hacer que sean necesarias para su satisfacción: todo aquello que haga posible la efectiva prestación de servicios del trabajador. Así, obliga al empresario a asignar al trabajador puesto concreto de trabajo, dar las órdenes e instrucciones concretas para su ejecución, proporcionar la información, los útiles y las herramientas necesarias, y cuidar que las circunstancias ambientales sean las adecuadas para la efectiva prestación de servicios. De otra parte, el empresario está obligado a eliminar aquellos obstáculos o impedimentos que repercutan en el desarrollo de la actividad laboral"*.⁷²²

La inactividad forzosa del trabajador, derivada de la falta de asignación de tareas o funciones específicas, salvo que esta obedezca a situaciones objetivas, de carácter general y ajenas a la voluntad del empleador, es considerada contraria al "derecho al trabajo" aun cuando ella no afecte la percepción del salario por el trabajador. Es que, la moderna doctrina del contrato de trabajo, atribuye a este, cuando menos, una doble finalidad: la económica, que se satisface con el pago

misma humanidad" (Sumo Pontífice Juan Pablo II. 1981. Carta Encíclica Laborem Exercens. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción Social. **pp.20-30, Nos. 4 y 6**)

⁷²⁰ Estatuto de los Trabajadores, artículo 4º, 2, a).

⁷²¹ GUANCHE MARRERO, Alberto. 1993. El derecho del trabajador a la ocupación efectiva. Madrid: Editorial Cívitas S.A. p.27.

⁷²² MARTÍN VALVERDE, et al, Op.cit., p. 501.

del salario, y la humana y profesional, que sólo puede cumplirse si a través del trabajo la persona desarrolla sus capacidades y perfecciona su formación profesional. De allí que el sólo pago de su salario a un trabajador al que se obliga a permanecer inactivo, no satisfaga todos los fines del contrato de trabajo y vulnere, por consiguiente, el derecho al trabajo.

No sólo se afecta la finalidad del contrato de trabajo cuando se priva al trabajador de labor efectiva sino que se atenta contra su dignidad personal y el derecho al desarrollo de su personalidad como lo ha puesto de relieve la Corte Federal Laboral alemana:

*“Este acercamiento se tornó mas incompatible con los principios de los primeros dos artículos de la Constitución, es decir la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El desenvolvimiento de la personalidad de cada uno mediante el trabajo, al menos en el contexto alemán, es considerado como un elemento esencial de este derecho. Es por esto que la Corte Federal Laboral ha establecido los derechos del empleado a trabajar y no simplemente su derecho a recibir una remuneración. Al comienzo, este derecho se le otorgó solamente a algunas profesiones; no obstante, ahora es una regla general e imposible de rebatir.”*⁷²³

También es importante la vinculación del derecho a la ocupación efectiva con la protección de la profesionalidad del trabajador, en la medida que la inactividad de este afecta su promoción y formación profesional. De hecho, el trabajador forzado a la inactividad es separado de la dinámica de la empresa y postergado en sus expectativas de promoción y ascenso, ya que difícilmente podrá reunir las calificaciones requeridas para ello, vinculadas al desempeño efectivo de una función. De la misma manera, quedará marginado de la formación profesional,

⁷²³ WEISS, Op.cit., p.248. Agrega este autor que “Sólo bajo condiciones muy restringidas (por ejemplo, si se sospecha que el empleado ha incurrido en una falta grave), es que el empleador puede unilateralmente declarar la suspensión y por lo tanto, se libera del deber de permitir al empleado trabajar de acuerdo con el contrato.” Por su parte, Guanche Marrero destaca, los evidentes perjuicios que dicha conducta empresarial acarrea al trabajador por “(…) entrañar además un atentado contra su dignidad personal al verse privado de un instrumento esencial en la realización de su personalidad. La elevación de los valores morales al primer plano del orden jurídico, quedarían directamente violentados si el trabajador se viera forzado a mantener una ociosidad incompatible con su deber constitucional de trabajar...” (GUANCHE MARRERO, Op.cit., pp.34-35.)

que es ingrediente necesario para su futura promoción. Incluso, en la perspectiva de dejar la empresa, una previa inactividad prolongada puede causar la pérdida o disminución significativa de su competitividad en el mercado de trabajo.

Se relaciona, igualmente, la ocupación efectiva con la interdicción de la discriminación, en la medida que puede considerarse que negar trabajo a uno o varios trabajadores mientras los demás que integran la empresa lo tienen, constituye una conducta discriminatoria.⁷²⁴

Por estas razones, se ha puesto de relieve que así como el desconocimiento de este derecho comporta la vulneración del derecho fundamental al trabajo, de la misma manera genera, como consecuencia directa, la vulneración de otros derechos laborales, como a la promoción y formación profesional.⁷²⁵

La implicación del trabajo, como actividad humana, con otros valores y principios constitucionales, determina que además de considerarse al "derecho al trabajo" como la fuente directa e inmediata del derecho a la ocupación efectiva, este pueda encontrar, concurrentemente, apoyo en aquellos, configurándose, de esta manera, como un derecho tributario de diversos preceptos constitucionales, todos ellos organizados en torno a la idea central de la dignidad humana y del trabajo como medio de realización de la persona.

En nuestro ordenamiento, el derecho a la ocupación efectiva apenas ha logrado reconocimiento en la Ley del Régimen Laboral del Futbolista Profesional (Ley Nº 26566), cuyo artículo 7º, inciso d) lo incluye entre los derechos del futbolista profesional, precisando que en virtud de éste el futbolista no puede, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluido de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva.

⁷²⁴ *Ibidem*, p.36.

⁷²⁵ *Ibidem*, pp.36-37.

ii) De igual manera, en el seno de la relación laboral, el derecho al ascenso puede considerarse otra manifestación concreta del derecho al trabajo. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional:

*“El derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona (artículo 22) y en el principio-derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral. (artículo 26). Mediante este derecho se trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyéndose de este modo a la realización y al desarrollo del trabajador y a la configuración del trabajo decente.”*⁷²⁶

En un sentido genérico, ello supone la obligación de todo empleador de disponer criterios y procedimientos objetivos de evaluación y selección para que el trabajador tenga la oportunidad de ascender cuando se produzcan vacantes o se creen nuevas plazas, así como la proscripción de todo criterio discriminatorio en dicho proceso, que excluya la arbitrariedad.⁷²⁷

En cambio, en un sentido específico, este derecho se traduce en un derecho de crédito, plenamente exigible, cuando el trabajador ha participado en un concurso o proceso de selección y ha sido escogido para desempeñar el puesto superior al que postuló.⁷²⁸ En este caso, el derecho al trabajo ampara su pretensión de que se le asigne dicho puesto o categoría, debiendo considerarse la negativa a

⁷²⁶ STC, N° 04331-2008-PA/TC, FJ.8.

⁷²⁷ Respecto al ejercicio de este derecho en el sector público, el TC ha señalado lo siguiente: *“(…) y si bien el ascenso en la carrera pública no es un derecho automático del administrado, tampoco la discrecionalidad de la Administración es una facultad ilimitada o abierta a la arbitrariedad. Se ingresa a la carrera pública con miras a ocupar gradualmente mayores responsabilidades en función de las calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicios. Aplicar criterios distintos en la promoción o ascenso de un trabajador, no previstos en la ley ni basados en los merecimientos, constituye un abuso del derecho de la autoridad llamada a otorgarlos y reconocerlos.”* (STC, N° 2763-2003-AA-TC, F.J. N° 6.).

⁷²⁸ Cfr. NEVES MUJICA, Loc.cit. Vid. Al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de Junio de 1997 (STC N° 008-97-AA/TC-Callao) recaída en la Acción de Amparo seguida por Enrique Barcena Rivera contra Corpac S.A., que declara fundada la demanda y ordena se asigne al demandante el puesto que había obtenido mediante concurso interno, previa reposición en la empresa, la cual lo había despedido por exigir se respete el resultado del concurso.

ello como una violación de aquel derecho.⁷²⁹ Esta posición encuentra fundamento normativo en dos instrumentos internacionales: el Pacto de San Salvador, artículo 7º, inciso c) y el PIDESC, artículo 7º, inciso c). El primero considera el derecho al ascenso como una manifestación específica del “derecho al trabajo”, reconocido en su artículo 6º; y el segundo, lo enumera como una de las expresiones del derecho de toda persona al “*goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.*”

3.1.3.2.2.3. La extinción de la relación laboral: La conservación del empleo.

Finalmente, el derecho al trabajo se manifiesta como una norma de preceptividad inmediata en la fase extintiva de la relación laboral, al erigirse en límite a la facultad de despido del empleador.

El hito inicial de este proceso se encuentra en la Sentencia N° 45 del Tribunal Constitucional italiano, del 9 de Junio de 1965, que estableció que el artículo 2,118 del Código Civil, que permitía el despido *ad nutum*, con la simple exigencia formal de un preaviso, debía interpretarse conforme a los principios de la Constitución, especialmente los artículos 4 (derecho al trabajo) y 41º (ejercicio de la libertad económica conforme a la utilidad social) de ésta, en el sentido de la conservación del puesto de trabajo.⁷³⁰ La trascendente decisión del Tribunal

⁷²⁹ En la STC N° 2763-2003-AC/TC, Lima, Jesús Eloy Alfaro Rozas y Otros, se ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores el ascenso de los demandantes, quienes no fueron oportunamente ascendidos al grado inmediato superior de la carrera diplomática, a pesar de haber sido recomendados por el acta final de la Comisión de Personal de dicha entidad. En esta sentencia, el TC invoca como fundamento el artículo 7º, inciso c) del Protocolo de San Salvador y, asimismo, el artículo 2º, inciso 2) de la Constitución al considerar que su postergación vulnera el principio de igualdad ante la ley e importa un acto discriminatorio en perjuicio de los demandantes. En este mismo sentido, el TC ha señalado, en otro caso, que “(...) el derecho a la promoción en el empleo se vulnera cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender en base a sus méritos, o cuando se les exige requisitos irrazonables o imposibles de cumplir, o cuando no se les promueve por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a pesar de que cuentan con los méritos suficientes y han aprobado el concurso para ser promovidos.” (STC N° 04331-2008-PA/TC, FJ.8.)

⁷³⁰ Cfr. PIZZORUSSO, Op. cit., p.178. También, **SAGARDOY, Juan Antonio. 1980 "La terminación del contrato de trabajo". Madrid: Instituto de Estudios Económicos, p.86.**

italiano, produjo casi de inmediato un cambio en la legislación laboral al aprobarse el 15 de Julio de 1966 la ley número 604 que introdujo el "justificado motivo" de despido, suprimiendo así el despido *ad nutum*. Continuando este proceso, en 1970, se dictó el Estatuto del Trabajador, ley número 300, que estableció la estabilidad real en el empleo al prever en su artículo 18º la readmisión obligatoria del trabajador despido sin justa causa.⁷³¹

La doctrina española se decantó a favor de este criterio a la hora de realizar la interpretación del artículo 35.1 de la Constitución de 1978, que establece: *"Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo..."*. Analizando esta norma y su relación con la libertad de empresa, Martín Valverde sostiene que *"...las limitaciones más clásicas de la autonomía empresarial como consecuencia del reconocimiento del derecho al trabajo son las que se refieren a la exigencia de una causa grave para la justificación de los despidos individuales"*.⁷³² En la misma dirección, Montoya Melgar reconoce la existencia de una segunda acepción del derecho al trabajo que conceptúa a este como una *"libertad actual e inmediata en el trabajo"* frente a quienes pretendan vulnerarla. Concluyendo su razonamiento, afirma este autor, que uno de los efectos de esta acepción más restringida del derecho al trabajo consiste en que *"el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente debiera jugar a favor de la readmisión forzosa del despido sin causa"*⁷³³

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español recoge, finalmente, esta doctrina en la Sentencia 22/1981, del 2 de Julio de ese año. En esa sentencia el TC precisa que *"...el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que implica algo más: conlleva el derecho a un puesto de trabajo"*

Téngase presente que el artículo 41º de la Constitución italiana señala que *"La iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse contrariamente a la utilidad social o de manera que atente a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humanas"*.

⁷³¹ Recientemente, en virtud de un acuerdo entre el Gobierno y la principal central sindical de Italia, esta norma ha quedado temporalmente en suspenso, con carácter experimental, en tanto se implementan medidas compensatorias, como la mejora de las prestaciones por desempleo.

⁷³² MARTÍN VALVERDE, "Pleno Empleo..." Op.cit., p.202.

⁷³³ MONTOYA MELGAR. "La protección..." Op.cit., pp.287-288.

y, en este sentido, adoptaría una doble faceta. Por un lado - faceta individual concretada en el artículo 35.1 CE -, implicaría el derecho de todas las personas que acrediten la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa. Por otro - faceta colectiva que emana del artículo 40.1-, supondría un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo". ⁷³⁴

Más adelante, en otra importante Sentencia, del 27 de Enero de 1994, el Tribunal Constitucional español señaló que: *"...la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva".*

La doctrina española señala, por ello, que en su vertiente individual el derecho al trabajo se concreta *"en el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es, la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido".*

⁷³⁵

En suma, en su aspecto individual, el derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nutum* o incausado, entendiéndose por tal aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral. En este sentido, *"La supresión de la facultad del empleador de despedir libremente posee así, se ha dicho, no sólo un valor sistemático o de principio, sino que refleja también, de modo emblemático, una concreta opción política de garantía, tanto del derecho a la ocupación, en su contenido económico y profesional, como de la dignidad social"* ⁷³⁶

⁷³⁴ SASTRE IBARRECHE, Op.cit., pp.131-132.

⁷³⁵ Ibídem, pp.133-134.

⁷³⁶ E. GHERA, "Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento", p.464, citado por Sastre Ibarreche, Op. Cit., p.243.

Se ha afirmado también, que en el derecho al trabajo pueden distinguirse dos facetas, teniendo en cuenta quien sea el sujeto pasivo frente al que puede ejercerse o que debe satisfacerlo: la pública y la privada. En su aspecto público, el sujeto pasivo es el Estado, y el derecho se traduce en el deber de este de fomentar el empleo; en su aspecto privado, el sujeto pasivo es el empleador y *"se centraría en el derecho del trabajador a ocupar su puesto de trabajo hasta que haya una justa causa por la que pierda su empleo"*.⁷³⁷ Este enfoque no es, en modo alguno, opuesto al anterior sino coincidente pues la faceta pública vendría a ser el aspecto colectivo del derecho y la privada se identificaría con el aspecto individual.

Por su parte, en la doctrina latinoamericana, De Buen afirma el sentido amplio de este derecho: *"El derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestarse. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo. En segundo lugar, del derecho a conservar un empleo"*.⁷³⁸ Respecto a esta última manifestación señala que *"Se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo."*⁷³⁹

Y, en este ámbito, como antes lo señalamos, el derecho al trabajo, está consagrado en el **"Protocolo de San Salvador"**, el cual, tras enunciar en su artículo 6º el contenido esencial del "derecho al trabajo", desarrolla in extenso todos sus alcances en el artículo 7º que dice:

"Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular:
(.....)

⁷³⁷ GORRELLI HERNANDEZ, Juan. 1995 "El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria". Madrid: Editorial Cívitas S.A. pp.34-35.

⁷³⁸ DE BUEN LOZANO, Néstor, "Derecho del...", Op.cit., p.80.

⁷³⁹ Ibidem.

d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con los características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;"

De este modo en el pensamiento del Protocolo, "derecho al trabajo" y "estabilidad en el empleo" son conceptos implicantes, siendo el segundo una de las manifestaciones concretas del primero.

Específicamente, la "estabilidad en el empleo" a que se refiere el Protocolo se traduce en la exigencia de una causa de "justa separación" para la validez del despido, de lo que se deduce, sin mayor dificultad, que este instrumento descarta el despido sin causa, o *ad nutum*, por ser contrario al derecho al trabajo. En tal sentido, el Protocolo de San Salvador viene a dar sustento, en el ámbito de la normativa internacional, a la tesis amplia del derecho al trabajo que, superando su concepción tradicional de alcance restringido, extiende sus efectos a la protección del trabajador contra el despido incausado.

Al haber sido ratificado por el Estado peruano y en aplicación de la regla de interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ⁷⁴⁰, el Protocolo constituye fuente obligatoria para la interpretación del derecho al trabajo, en la medida que este figure reconocido en el catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución, tal como ocurre en el momento actual con el artículo 22º de la ley fundamental y habrá de suceder en el futuro según el artículo 27º del proyecto. En tal virtud, el derecho peruano, por la vía del Protocolo de San Salvador, incorpora el concepto de "estabilidad en el empleo", entendido, a su vez, como la exigencia de una causa justa para la validez del despido, o "principio de causalidad" del despido.

⁷⁴⁰ Esta regla figura en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, pero en el texto de la nueva Constitución estará consagrada en el Artículo II del Título Preliminar.

Tal concepción amplia del "derecho al trabajo" ha sido, igualmente, recogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia del 11 de Julio de 2002 ⁷⁴¹ en la que expresa:

"El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; (...) El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa".

Así pues, nuestro TC, consagra la interpretación amplia del "derecho al trabajo", en virtud de la cual este se extiende a la protección del empleo, tolerando la pérdida del mismo únicamente cuando medie una causa justa, legalmente establecida y debidamente comprobada. En tal virtud, el "derecho al trabajo", incluye el denominado "principio de causalidad" cuando opera respecto del momento extintivo de la relación laboral, radicando en la exigencia del respeto a este la eficacia de aquel derecho.

3.1.4. El deber de trabajar.

El trabajo como deber fue consignado en el artículo 42º de la Constitución de 1979, cuyo texto fue el siguiente: *"El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde...etc."*. De esta definición debe retenerse que señala que el trabajo es un deber "social". La vigente Constitución, en el artículo 22º establece que *"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"*.

⁷⁴¹ Expediente N° 1124-2001-AA/TC, en proceso seguido entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra esta empresa en relación al despido de más de 500 trabajadores.

Sin duda, cuando la constitución alude a este deber, no se refiere al trabajo forzoso, que se encuentra completamente proscrito, ni al que se presta en virtud a circunstancias especiales o excepcionales y siempre por breve tiempo, como el servicio militar obligatorio, la labor en las mesas de sufragio en los períodos electorales y el servicio civil en situaciones de calamidad o desastre. Por tanto, este deber se refiere al trabajo que se presta libremente, esto es, sin coacción, lo que de suyo ya plantea severas dudas acerca de la naturaleza de este "deber".

El "deber" de trabajar" aparece, en cierta forma, como la otra cara del "derecho al trabajo", pues sólo en la medida que este pueda ser satisfecho y, por consiguiente, toda persona tenga la posibilidad efectiva de acceder a un puesto de trabajo, no sería socialmente justificable que el ciudadano en aptitud de trabajar se niegue a hacerlo. Distinta es la situación cuando aquel derecho constituye apenas una lejana expectativa, que muy difícilmente puede satisfacerse para el conjunto de la denominada "población económicamente activa", como acontece sin excepción, en el mundo subdesarrollado e, incluso, en algunos países desarrollados.

Por ello, con agudeza, Martín Valverde apunta que en los Estados que, en su momento, siguieron lo que fue el modelo soviético o de economía estatizada, el "derecho" y el "deber" de trabajar se fundieron en una figura unitaria:

*"El derecho-deber de trabajar", a cuya satisfacción concurría directamente el Estado mediante políticas de pleno empleo, en su condición no sólo de supremo rector de la política económica, sino de principal, sino único, proveedor de puestos de trabajo. Muy diferente es la realidad en los países que tienen una economía de mercado, en los cuales el Estado no tiene el control de los mecanismos económicos capaces de crear puestos de trabajo, razón por la que no puede garantizar a todos los ciudadanos la ocupación.*⁷⁴²

⁷⁴² Cfr. MARTÍN VALVERDE, Op.cit. pp.193-194.

De allí, que se imponga como conclusión obvia la de que si el Estado no puede garantizar el derecho al trabajo de sus miembros, tampoco pueda imponerles el "deber" de trabajar y, menos aún, sancionar a quienes no trabajan.

Por ello, existe consenso en señalar que el "deber de trabajar" es una obligación en sentido social o moral, pero de ningún modo en sentido jurídico, en la medida que no existen mecanismos que obliguen a las personas a trabajar y las sancionen por no hacerlo, pues, de existir, tales prescripciones serían claramente lesivas de la "libertad de trabajo". Debido a esta ausencia de medios coercitivos anudados al "deber de trabajar", Sastre Ibarreche considera que la norma que lo consagra es una norma jurídica imperfecta, cuya función consiste en formular una llamada a participar en el interés general.⁷⁴³

No obstante, si bien la consagración constitucional de un "deber de trabajar" no conlleva una exigencia jurídica de cuyo incumplimiento pudiera derivarse una sanción, se admite que pueda ser exigible por medios indirectos, como lo señala Rubio Correa, quien menciona, entre estos, el tratamiento tributario y el recorte de ciertos beneficios o derechos.⁷⁴⁴ A través de ellos, se pretende estimular, indirectamente, a que las personas trabajen y, de ese modo, contribuyan al desarrollo económico y al bienestar.

La conceptualización del "deber de trabajar" como deber "social" deriva, no obstante, del rol que en las Constituciones suele atribuirse al trabajo, ya sea como "*fuerza principal de la riqueza*" (Const.79, art.42º), como "*base del bienestar social y un medio de realización de la persona*" (Const.93, art.22º) u otras expresiones semejantes, en relación a las cuales la negación a trabajar, pudiendo hacerlo, aparece como una conducta antisocial e insolidaria. Se ha dicho, por ello, que "*Si libertad profesional y derecho al trabajo hunden sus raíces, respectivamente,*

⁷⁴³ SASTRE IBARRECHE, Op.cit., p.129.

⁷⁴⁴ RUBIO CORREA, Marcial, 1999. Estudio de la Constitución Política de 1993".Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Tomo 2, p.201. En el mismo sentido, Martín Valverde, menciona la imposición de un gravámen fiscal adicional a los rentistas reuñentes a trabajar o la denegación de prestaciones de desempleo a quienes rechazan una oferta adecuada de empleo" (MARTÍN VALVERDE, "Pleno empleo...", Op. cit, p.195.)

*en los dos pilares básicos de la libertad y la igualdad, el deber de trabajar se asienta en el tercero de esos pilares: la solidaridad.”*⁷⁴⁵

3.1.5. La garantía de indemnidad de los derechos de la persona del trabajador.

El tercer párrafo del artículo 23º de la Constitución enuncia lo siguiente: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”* El antecedente inmediato de esta norma se encuentra en el artículo 42º de la Constitución de 1979, cuyo artículo 42º, 2do párrafo, estableció que *“En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad”*; y el de éste se remonta al artículo 44º de la Constitución de 1933 que señaló: *“Es prohibida toda estipulación, en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales.”*

La función de estas normas, en textos constitucionales que, como estos, son más o menos abundantes en disposiciones que consagran derechos laborales, en particular los dos últimos, no puede consistir, obviamente, en establecer que los contratos de trabajo están impedidos de derogar dichas normas, pues es evidente que los preceptos constitucionales se imponen a la voluntad de las partes y representan un límite insuperable para la autonomía de la voluntad. Por ello, una norma constitucional cuya función consistiera en señalar que las demás normas constitucionales son obligatorias e inderogables para las partes de la relación laboral, resultaría absurda y completamente innecesaria. De allí que solo quede concluir que la norma contenida en el artículo 23º no se refiere a los derechos laborales constitucionales sino a los demás derechos fundamentales del trabajador, esto es, aquellos que posee como persona y como ciudadano, tal como los enumeró con precisión el artículo 44º de la Constitución de 1933, al

⁷⁴⁵ ALARCÓN CARACUEL, Op. cit, pp.36-37.

referirse, específicamente a los derechos “civiles, políticos y sociales.” Estos son, por consiguiente, los “derechos constitucionales” que, en el lenguaje de la actual constitución, la relación laboral no puede limitar, en su ejercicio, así como tampoco puede desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Es innegable que por el hecho de enrolarse en una empresa u organización económica, al servicio de un empleador, el trabajador no pierde ni renuncia, ni tampoco deja en suspenso sus derechos como persona y ciudadano. Estos le acompañan siempre, en toda circunstancia y lugar, porque son inherentes a su condición de tal. Pero la cuestión a que alude la norma constitucional es otra: la de si estos derechos son ejercitables en el seno de la relación laboral y si, consiguientemente, el empleador está obligado a permitir o, incluso, facilitar dicho ejercicio y, asimismo, a limitar el ejercicio de sus facultades directivas para garantizar el respeto de aquellos. Así, por ejemplo, en materia de libertad religiosa, no se discute que el empleador esté obligado a respetar las creencias religiosas del trabajador, siéndole vedado discriminarlo por éste motivo (prohibición de discriminación por religión) o ejercer sobre él coacción para que las abandone o las cambie (inmunidad de coacción). Sin embargo, la cuestión es saber si, también está obligado, por ejemplo, a modificar los turnos o el horario de trabajo del trabajador para que este puede observar el día de culto de su confesión, tal como lo resolvió el Tribunal Constitucional en el caso de un médico al servicio del Seguro Social de Salud al disponer que el hospital en que labora no le programará guardias hospitalarias los días sábado, por ser el día destinado al culto para los adventistas.⁷⁴⁶

Esta situación no se presenta, obviamente respecto de todo el elenco de los derechos de la persona y los derechos políticos, sino de aquellos que “...*tienen su vertiente laboral, en el sentido de que pueden emerger u ocurrir, y aún ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo*”, como lo señala Alonso Olea.⁷⁴⁷ El ejercicio, o garantía de éstos, resulta implicado en la relación laboral ya sea en razón del propio

⁷⁴⁶ STC Expediente N° 0895-2001-AA/TC.

⁷⁴⁷ ALONSO OLEA. “Las fuentes...” Op. cit., p.28.

contenido de las obligaciones del trabajador (horarios, turnos, indumentaria, etcétera), que pueden dificultar o impedir su ejercicio, así como del ejercicio del poder de dirección y control del empleador, susceptible de afectar ciertos derechos (el poder de control vs la intimidad del trabajador, el poder de dirección y la imagen etcétera).

En el mismo sentido, Palomeque indicará que además de los derechos laborales,

*“(…) otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que 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 (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo.”*⁷⁴⁸

Inicialmente, y hasta hace relativamente poco tiempo atrás, la idea de que esta clase de derechos pudiera ser ejercitada ante el empleador en el seno de la relación de trabajo, no tuvo cabida ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, produciéndose, como consecuencia de ello, una *“falta de sincronía jurídica en el reconocimiento y disfrute de los derechos de libertad que a los trabajadores corresponde cuando actúan en el ámbito de la sociedad, como meros ciudadanos, y cuando lo hacen en el ámbito de las organizaciones productivas en las que, sin perder su status personae, adicionan su condición de homo laboratorj.”*⁷⁴⁹

Esta situación, que venía a equivaler a la noción de la empresa como una “zona franca y segregada de la sociedad civil”, en la cual al atravesar la puerta de la

⁷⁴⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. 1991. Los Derechos Laborales en la Constitución Española. Madrid: *Cuadernos y Debates* 28. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p.31.

⁷⁴⁹ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. 2003. “Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador”. En Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. p.47.

misma el trabajador dejaba atrás sus derechos como persona ⁷⁵⁰, obedecía, sin duda, a las concepciones prevalecientes en el Derecho Constitucional, según las cuales el ejercicio de tales derechos estaba reservado a las relaciones individuo-Estado y no a las relaciones entre sujetos privados, regidas exclusivamente por el derecho privado. Esta posición tenía obvias consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales:

“Respecto de estos derechos, la actitud tradicional ha sido la de negar su vigencia en el ámbito de las relaciones privadas y, por lo tanto, de la relación laboral en particular, más aún cuando la existencia de derechos laborales fundamentales venía a fortalecer la posición del trabajador ante el empleador, rodeándolo de garantías mínimas para contrarrestar su mayor poder.” ⁷⁵¹

Sin embargo, esta posición, que resultaba aplicable a todo género de relaciones privadas, incluyendo entre éstas, a las de carácter laboral, ha sido superada por aquella que afirma la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares o “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales, la cual tiene como su principal fundamento compensar la desigualdad del individuo en sus relaciones privadas con organizaciones y sujetos dotados de poder social o económico, con el objeto de alcanzar la “igualdad real” o “igualdad sustancial” en el marco del Estado Social de Derecho (Supra, Cap. Segundo, 2.) ⁷⁵²

Se destaca, por ello, que

⁷⁵⁰ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. 1991. “Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador”. En “Autoridad y democracia en la empresa”. APARICIO JOAQUÍN, BAYLOS ANTONIO. Colección Estructuras y Procesos, Serie 1º de Mayo. Editorial Trotta, S.A., 1992. Madrid, p.29. Vid, en el mismo sentido, BAYLOS, Antonio. 1991. “Derecho del Trabajo; modelo para armar, Editorial Trotta S. A. Madrid, pp.95-99.,

⁷⁵¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 2007. “Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p.88.

⁷⁵² Como lo señala Valdés Dal Ré *“En la conformación social que conocemos, los poderes del empresario -o, si se prefiere, la empresa en cuanto poder privado- constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador. Y ello no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúa naturaliter como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.”* (“Los derechos..., Op.cit., p.68.)

*“(...) la lógica que sirve de fundamento a la noción tradicional sobre la eficacia de los derechos fundamentales ante el Estado, es decir, la dialéctica libertad-autoridad, es también aplicable al campo de las relaciones privadas y singularmente al de las relaciones laborales en las que no obstante reconocerse eficacia a los derechos fundamentales laborales, el poder del empleador continúa siendo una realidad, susceptible de afectar los espacios de libertad que los derechos fundamentales no específicamente laborales acuerdan al trabajador, como persona y ciudadano.”*⁷⁵³

En este sentido, ciertos derechos fundamentales de libertad son considerados necesarios para contrarrestar, en el seno de la relación laboral, el poder social y económico del empleador, sin que esta función se agote en la eficacia ante éste de los derechos fundamentales “específicamente” laborales. Se trata, por ello, de derechos, que, no obstante ser atribuidos a las personas con carácter general *“...son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio 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 hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos.”*⁷⁵⁴

Por ello, estos derechos devienen plenamente eficaces ante el empleador, no obstante su condición de derechos de libertad y, por tanto, no específicamente laborales, teniendo como su efecto más significativo el hecho de que el centro de trabajo deje de ser *“...una zona franca en la que el empresario ejercía una autoridad absoluta, indiscutida, con la consiguiente escisión entre el status general de ciudadano y el status de trabajador subordinado”*⁷⁵⁵

La consecuencia de admitir la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales en la relación de trabajo es trascendente, pues *“El poder del*

⁷⁵³ BLANCAS BUSTAMANTE, Loc.cit.

⁷⁵⁴ PALOMEQUE, “Los derechos laborales...” Op. cit, pp.31-32.

⁷⁵⁵ BILBAO UBILLÚS, Op.cit., p. 247. Agrega este autor: *“Poco a poco la Constitución y los derechos fundamentales del trabajador, uti cives, se han abierto paso y han entrado en el interior de las fábricas.” Ibid.*

*empresario resultará, por tal razón, limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador, y no sólo por los específicamente laborales.”*⁷⁵⁶

Dicha limitación, a su vez, representa un instrumento para el logro de la igualdad sustancial que persigue el Estado Social:

*“Al admitirse la eficacia ante el empleador de los derechos fundamentales “inespecíficos” del trabajador, esto es, sus derechos como persona y ciudadano, se completa, cuando menos en el plano jurídico-formal, el proceso de equiparación o igualación entre el poder del empleador, sustentado en su fuerza económica y social, y el del trabajador, basado éste en los derechos fundamentales, laborales e inespecíficos, que le reconoce el ordenamiento jurídico (...)”*⁷⁵⁷

La penetración de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el ámbito laboral, ha sido afirmada por la jurisprudencia, como la del Tribunal Constitucional Español, que llega a considerar este fenómeno como el fin del feudalismo en las relaciones laborales. En una sentencia de 19 de Julio de 1985 (88/1985) dicho tribunal sostiene que:

*“(...) la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano” (...), pues “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa (...) legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art.1.1. CE)”*⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, “Derechos...” Op.cit., p.90.

⁷⁵⁷ Ídem, pp.90-91.

⁷⁵⁸ BILBAO UBILLÚS. Op.cit., p.390. Asimismo, en la Sentencia del 17 de Julio de 1989, el TCE, sostuvo que “la significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias. Esta garantía... puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador...”*⁷⁵⁹

Analizando este importante pronunciamiento, hemos expresado que:

*“En este razonamiento, destaca el argumento según el cual es el propio “derecho constitucional” - incluso, antes que el derecho laboral-, aquel que establece el principio de protección hacia el trabajador, para compensar su situación de desventaja ante el empleador. Por otra parte, señala que de este principio o “sentido tuitivo”, sigue el establecimiento de límites precisos al poder directivo del empleador, el cual si bien está admitido por la ley, debe ejercerse en el marco del respeto a los derechos del trabajador, de modo tal que estos, no resulten vaciados de contenido, por el ejercicio irrazonable de aquel.”*⁷⁶⁰

Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución, en otra sentencia, sostiene que las obligaciones del trabajador y las facultades del empleador no pueden anteponerse al ejercicio de los derechos fundamentales de aquel:

“Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, 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. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del

fundamentales del trabajador” (STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º). (Bilbao Ubillús, **Op.cit.**, p. 293.)

⁷⁵⁹ STC 1124-2001-AA/TC, FJ.7.

⁷⁶⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, “Derechos...” Op.cit., p.95.

trabajador”. Por consiguiente, y en tanto existen 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.”⁷⁶¹

No todos los derechos de libertad, sin embargo, pueden ser catalogados como “derechos fundamentales inespecíficos” del trabajador, sino sólo aquellos que, con mayor o menor intensidad, pueden desplegarse en el ámbito de la relación laboral o, a la inversa, pueden verse afectados por el ejercicio del poder de dirección del empleador. Palomeque, refiriéndose a la Constitución española menciona los siguientes: derecho a la igualdad y no discriminación, derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a no ser sancionado por actos u omisiones que al momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, y derecho a la educación.⁷⁶²

Con apoyo en nuestra Constitución podemos considerar como derechos de la persona especialmente relevantes en la relación laboral los siguientes: a la igualdad y no discriminación, la libertad de expresión, a la intimidad personal, al honor, a la propia imagen y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a la libertad religiosa, a la dignidad e integridad moral y psíquica del trabajador y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁷⁶³

Volviendo a la cuestión planteada al inicio de este tema, podemos concluir, ahora, que la función de esta cláusula constitucional, consiste en reconocer la eficacia de los derechos fundamentales de la personas en el ámbito de las relaciones laborales; a través de ella se produce, la irradiación de estos derechos al campo del contrato de trabajo y de la relación jurídica que nace de él, tornándolos exigibles ante el empleador. En este sentido, dicha norma viene a constituir una verdadera garantía de indemnidad de los derechos fundamentales

⁷⁶¹ STC 1058-2004-AA/TC, FJ.19.

⁷⁶² PALOMEQUE, “Los derechos...” Op.cit., pp.32-34.

⁷⁶³ Vid, nuestra obra “Derechos...” Op, cit., Capítulo III “Derechos fundamentales de la persona especialmente relevantes en la relación laboral.”

de la persona en la relación laboral y un límite al ejercicio del poder de dirección del empleador. De este modo, cualquier duda interpretativa que pudiera suscitarse respecto al reconocimiento por nuestro ordenamiento constitucional de los derechos laborales fundamentales “inespecíficos” y su eficacia inmediata y plena ante el empleador, debe descartarse ante la presencia de un texto cuya literalidad y sentido resultan perfectamente claros.

Sostenemos por ello que:

“(…) los derechos fundamentales del trabajador - específicos o inespecíficos- vienen a constituir el parámetro de constitucionalidad de los actos del empleador. El artículo 23º conduce, inevitablemente, a erigir la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, sobre parámetros con arreglo a los cuales puede determinarse la validez del ejercicio de las potestades directivas del empleador y resolverse, en consecuencia, los conflictos que puedan originarse en el uso irrazonable de la mismas.”⁷⁶⁴

3.2. Principios de la relación de trabajo.

El Derecho del Trabajo cuenta con principios propios, que caracterizan a esta rama del derecho dentro del ordenamiento jurídico, los cuales actúan como criterios rectores tanto para la elaboración de sus normas cuanto al momento de su interpretación y aplicación. Dentro del proceso, antes mencionado, de “constitucionalización del Derecho del Trabajo”, la Constitución peruana no se ha limitado a incorporar en sus normas a los principales derechos del trabajador sino que ha hecho lo mismo respecto de algunos de los principios del Derecho del Trabajo. De este modo, el artículo 26º de la constitución indica que en la relación laboral se respetan los principios siguientes: i) Igualdad de oportunidades sin discriminación, ii) Carácter irrenunciable de los derechos

⁷⁶⁴ BLANCAS BUSTAMANTE. “Derechos...”, Op.cit., p.96. En tal sentido, en otra ocasión, en el conflicto originado por un acto extintivo de la relación laboral, el TC ha dejado claramente sentado este criterio: “La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos, deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad del empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.”(Ibídem).

reconocidos por la Constitución y la ley y iii) Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.⁷⁶⁵

Antecedente inmediato de este precepto, lo son los artículos 42º y 57º de la Constitución de 1979, referidos, aunque con diferencias de expresión, a los mismos principios, siendo, por tanto, esta constitución la primera que, en el Perú, “constitucionalizó” los principios del derecho laboral.⁷⁶⁶

Los principios del derecho laboral, - o de la relación laboral como los denomina nuestra constitución -, constituyen, según Plá Rodríguez, *“Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”*.⁷⁶⁷ Precisa al maestro uruguayo, que estos principios son enunciados básicos que contemplan y abarcan una serie indefinida de situaciones, los cuales poseen mayor generalidad que la norma y sirven para inspirarla, entenderla y suplirla, función ésta que cumplen respecto de un número indeterminado de normas.⁷⁶⁸

Con una visión más restringida, Alonso García, considera que los principios del derecho laboral son *“(…) aquellas líneas directrices o postulados básicos de la tarea interpretativa que inspiran el sentido con que han de aplicarse las normas laborales, ser desentrañado –en caso de duda- el contenido de las relaciones de*

⁷⁶⁵ Anota Carrillo Calle, que 13 constituciones hispanoamericanas han consagrado el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, 12 lo han hecho con el principio de irrenunciabilidad de derechos y 4 respecto del principio “in dubio pro operario”. (Cfr. CARRILLO CALLE, Op.cit., pp.67-68.)

⁷⁶⁶ El artículo 42º de esta Constitución señaló en su tercer párrafo: *“El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.”* Por su parte, el artículo 57º estableció que *“Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo. En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador.”*

⁷⁶⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.Cit., p.9.

⁷⁶⁸ Ídem, p.10. Agrega este autor que dichos principios *“(…) constituyen un cauce general del ordenamiento, un sentido de la legislación, una orientación recurrente en ella, que se trasluce en una pluralidad de disposiciones. De allí que se hable de principios básicos o fundamentales, porque sirven de cimiento a toda la estructura jurídico-normativa laboral.”* (Íbidem.)

trabajo, o desvelada justamente la intención que presidiera la voluntad de los sujetos contratantes.”⁷⁶⁹ Como se puede apreciar, este profesor español, limita el campo de actuación de los principios del derecho laboral a la aplicación y hermeneusis de las normas, mientras que Plá Rodríguez lo extiende, también, al momento de elaboración de éstas.

Esta visión de mayor amplitud la comparte, en la doctrina nacional, Neves Mujica, quien apoyándose en el pensamiento de Plá Rodríguez, señala que los principios del Derecho del Trabajo, operan en diversas fases de la vida normativa:

*“(...) para la producción de las normas, momento en el que debe acudir al carácter protector del Derecho del Trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el in dubio pro operario; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto, mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas, a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración. Asimismo, se utilizan en hipótesis de afectación de derechos, por diversas vías (la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la propia condición más beneficiosa, desempeñan este papel).”*⁷⁷⁰

La constitucionalización de los principios laborales, -es decir su positivación en el más alto rango del ordenamiento jurídico - plantea la cuestión de si resulta necesario, para que tales principios sean reconocidos, su formulación mediante normas jurídicas. Alonso García considera que aquellos se exteriorizan en preceptos normativos, que los formulan expresamente, adquiriendo absoluto valor legal, por lo que se trata de verdaderas normas.⁷⁷¹ Plá Rodríguez, por el contrario, señala que *“Una de las características de los principios del derecho del trabajo es su amorfismo, en cuanto carecen de procedimientos técnicos de exteriorización. No hay, pues, una forma única y exclusiva de manifestarse. Podríamos decir que ni siquiera hay una forma preferente de manifestación.”*⁷⁷² Agrega que, más, bien, existe una marcada tendencia a incorporarse en otras fuentes *“abandonando formulaciones abstractas e imprecisas”* razón por la cual

⁷⁶⁹ ALONSO GARCÍA, Op. cit. p. 250.

⁷⁷⁰ NEVES MUJICA, “Introducción...” Op.cit., p.101.

⁷⁷¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, Loc.cit.

⁷⁷² PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p. 17.

pocas veces el enunciado del principio es directo y en la mayoría de los casos este debe inducirse del texto.⁷⁷³

El mismo autor considera que la expresión de los principios mediante normas no es lo más conveniente:

“Curiosamente la experiencia históricamente universal enseña que la concreción en la ley les quita fecundidad. Se ha señalado que en los países en que no se ha dado una advocación jurídico-positiva a los principios del derecho del trabajo, éstos se han abierto camino con mayor pujanza y decisión que en los restantes. La consagración en virtud de la ley cristaliza y, por eso mismo, congela la función que estos principios pueden tener.”⁷⁷⁴

Considera el profesor uruguayo que las limitaciones que pueden derivarse de la formulación legal de los principios, se refleja tanto en su significación y funciones, cuanto en la enumeración de éstos y comparte la idea de quienes sostienen que una nota característica de aquellos, que explica su influencia sobre el derecho positivo es, precisamente, que están fuera de éste y no se les pueda formular jurídicamente.⁷⁷⁵

Es indudable, como lo sostiene Neves Mujica, resumiendo la posición dominante en la doctrina, que la plasmación de los principios en una norma no es indispensable para aceptarlos en el ordenamiento. Afirma, no obstante, que ello es recomendable, porque los reforzaría, pero sólo a condición de que la fórmula legal no resulte limitativa de sus alcances, que es el riesgo al cual teme Plá Rodríguez. En este sentido, considera que la formulación como norma constitucional de los principios de irrenunciabilidad de derechos y el *in dubio pro operario* adolece de un sentido restrictivo.⁷⁷⁶

⁷⁷³ Ibidem.

⁷⁷⁴ Ídem, pp.17-18.

⁷⁷⁵ Ibidem. “Además, hace notar Gelsi Birdart que esa consagración legal ni siquiera sirve para aclarar definitivamente su alcance y su sentido. La determinación de los principios, como las definiciones legislativas, no concluyen la deliberación de la ciencia, sino que le dan nuevos elementos para su continuación.” (Ídem, p.18.)

⁷⁷⁶ Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, pp.101-102.

Además de ello - lo cual será analizado al tratar cada uno de dichos principios - el enunciado de los principios del derecho laboral que contiene la Constitución es limitado en cuanto a la enumeración de éstos, porque ha dejado de lado otros igualmente reconocidos en la doctrina y la jurisprudencia, como los de norma más favorable, condición más beneficiosa y primacía de la realidad. La exclusión de estos es tan notoria que el Tribunal Constitucional ha reconocido a éste último en el mismo rango que los enumerados en el artículo 26º, afirmando que se trata de un “principio implícito” en el ordenamiento constitucional (Infra, 3.2.4.) e, incluso, ha resuelto algunos procesos constitucionales aplicando el principio de “condición más beneficiosa.”⁷⁷⁷

3.2.1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

3.2.1.1. Igualdad de Oportunidades y de Trato.

Es esta una manifestación del principio-derecho de igualdad, pues a juicio del TC “(...) *la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso, aplicable al ámbito de las relaciones laborales)*”⁷⁷⁸

Además del enunciado constitucional, este derecho halla fundamento en las declaraciones y tratados sobre derechos humanos en materia social⁷⁷⁹, en el

⁷⁷⁷ Cfr. STC 2532-2002/AA/TC, FJ.2 y STC 2256-2003-AA/TC, FJ.2. En rigor, en esos casos no era necesario invocar el principio de “condición más beneficiosa” al no existir un supuesto de sucesión normativa peyorativa, sino el de “primacía de la realidad”, mencionado, también, en la segunda de estas sentencias, al tratarse de situaciones en las que la naturaleza laboral y permanente de la labor realizada, determinaba la aplicación de la norma que protegía a los demandantes contra el despido sin previo procedimiento administrativo.

⁷⁷⁸ STC 008-2005-PI/TC, Op.cit., FJ, 23.

⁷⁷⁹ Adicionalmente a las disposiciones sobre esta materia contenidas en las declaraciones, tratados o convenciones sobre derechos humanos en materia social, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art.2.2), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.3), deben citarse la "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial" (Asamblea General ONU, 21.12.1965. Aprobada por el Perú por D.L. N° 18969 del 21.09.1971. y la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"(Asamblea General ONU, 18.12.1979.

Convenio 111 OIT, "*Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*" , en virtud del cual todo Estado que lo ratifique ⁷⁸⁰ se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva "*la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación*" (art.2º); y en el Convenio 100 OIT "*Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.*" ⁷⁸¹

En la interpretación de esta norma iusfundamental, el Tribunal Constitucional - en sentido coincidente con el Convenio OIT 111- identifica la "igualdad de oportunidades" - que es la expresión utilizada por el artículo 26.1 de la Constitución-, con la "igualdad de trato", cuando sostiene que "*La igualdad de oportunidades- en estricto, igualdad de trato- obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.*" ⁷⁸²

Alude, de este modo, a otra dimensión del principio de igualdad que, trasladada al ámbito laboral, supone el derecho del trabajador a recibir de su empleador un trato igual al que este dispensa a los demás trabajadores. En este sentido, en el ámbito de la relación laboral la igualdad de trato no se mueve, como la igualdad ante la ley, en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado -como poder legislativo, administrativo o judicial-, sino dentro de una relación entre dos sujetos particulares, el empleador y el trabajador, el primero de los cuales está dotado de un poder de dirección respecto de cuyo ejercicio dicho principio debe operar como un límite o control, para evitar diferenciaciones de trato arbitrarias.

En efecto, en el seno de la relación de trabajo, se reconoce al empleador el poder de dirección de la empresa, el cual le confiere un amplio haz de potestades: normativas o reguladoras (dictar el reglamento interno, directivas, órdenes

Perú la suscribió el 23.07.1981). Asimismo, existen numerosas declaraciones en el ámbito internacional.

⁷⁸⁰ El Perú lo ha ratificado el 10 de Agosto de 1970.

⁷⁸¹ Ratificado por el Perú el 1 de Febrero de 1960.

⁷⁸² STC 008-2005-PI/TC, FJ.23.

generales); de dirección y organización (impartir instrucciones específicas); de variación o “ius variandi” (modificación de aspectos de la prestación de servicios); de control (adoptar medidas de vigilancia y control); y, finalmente, disciplinarias (imposición de sanciones), al ejercer cada una de las cuales aquel puede incurrir en diferenciaciones arbitrarias e irrazonables, vulnerando con ello la igualdad de trato. Por ello, Rodríguez-Piñero, sostiene que en el marco de la relación laboral, el principio de igualdad de trato, en la práctica, se traduce sustancialmente en *“(...) el establecimiento de límites sensibles a las decisiones empresariales, permitiendo el control de los mismos a la luz de este principio constitucional, que no se reduce así sólo a la propia constitución y regularización del vínculo contractual, a la autonomía contractual en el sentido restrictivo del término, sino a todos los actos, también no negociales, que son manifestación de los poderes empresariales.”*⁷⁸³

Ello es así, porque aún cuando el contrato de trabajo es un “contrato normado”, esto es, encuadrado dentro de un conjunto más o menos amplio de normas heterónomas o provenientes del ejercicio de la autonomía colectiva, el poder de dirección del empleador cuenta con un margen importante de discrecionalidad para ejercer las facultades que lo conforman, de modo tal que, como lo anota Cremades, *“(...) encima de los mínimos proteccionistas, actúa el empleador con su libertad contractual”, pero al ejercer ésta frente a la colectividad de su empresa, “(...) se encuentra funcionalmente limitado, siéndole prohibida la discriminación injustificada de uno o varios de sus trabajadores.”*⁷⁸⁴

Para este autor, la exigencia del tratamiento igual se ubica una fase posterior a la construcción contractual de la relación laboral, partiendo de la eficacia de lo pactado contractualmente y se refiere, específicamente al ejercicio de las facultades empresariales, *“prohibiéndole tratamientos discriminadamente injustos”*.⁷⁸⁵ Con esta noción, coincide Rodríguez Piñero, para quien este

⁷⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. 1979 “El Principio de Igualdad y las Relaciones Laborales”, en Revista de Política Social N° 121. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p.401.

⁷⁸⁴ CREMADES, Bernardo María. 1988 [1969] “El tratamiento igual en la empresa”. En Javier Neves Mujica. Derecho Laboral, materiales de enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomado de *Revista de Política Social* N° 83, 1969, Madrid. p.175.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, pp.175-176

principio supone un límite fundamental a la autonomía empresarial y consiste “en la prohibición de que el empleador adopte diferenciaciones arbitrarias, habiéndose de justificar toda diferenciación de trato entre los trabajadores en base a su razonabilidad y respecto de la situación concreta de que se trate.”⁷⁸⁶

Cremades destaca el carácter concreto, la mayor vinculación con lo “fáctico”, de este principio, que se aleja, por ello, de la abstracción formalista que caracteriza al principio de igualdad ante la ley. Por el contrario, la igualdad de trato “no se interesa tanto por una igualdad formal, cuanto por una equiparación real de los desiguales.”⁷⁸⁷

Este carácter concreto deriva, asimismo, del hecho de que su ámbito se circunscribe a las relaciones jurídicas del empleador con los trabajadores que prestan servicios en su empresa; es un aspecto de estas relaciones laborales, que atañe al modo de ejercicio de su poder de dirección, imponiéndole límites para evitar la introducción de diferenciaciones arbitrarias entre aquellos.

Sin embargo, no es aplicable a todo tipo de medidas o decisiones, sino sólo a aquellas que tienen “relevancia jurídico-colectiva. En la vida empresarial sólo adquirirá relevancia cuando el empleador deje entrever en su comportamiento un sistema de actuación, si sus medidas poseen relevancia colectiva.”⁷⁸⁸ Es decir que quedan fuera de su campo de aplicación, aquellas decisiones que el empleador adopte como parte de la relación laboral y no como empleador (jefe de empresa). En la fase constitutiva de la relación laboral, el empleador actúa en ejercicio de su libertad contractual de conformación de dicha relación y de la misma manera cuando, posteriormente, adopte medidas que “afecten en forma

⁷⁸⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, “El Principio de Igualdad...”, op.cit., pp. 402-403.

⁷⁸⁷ CREMADES, Op.cit., p.177.

⁷⁸⁸ Ibid. Señala este autor, como ejemplos, las decisiones del empleador relativas a la regulación de la indumentaria en la empresa, a la prohibición de cantar o fumar o de introducir alcohol, al mandato de cacheo al salir del trabajo, ocasionado por los robos existentes. Respecto a este último, expresa lo siguiente: “En tales circunstancias, el tratamiento igual adquiere relevancia en su mismo establecimiento, quedando, así, prohibida la discriminación infundada al determinar quien deba ser cacheado, por ejemplo, o en la forma de ser llevado a cabo: no sería lícita una discriminación en la duración o método del cacheo de no mediar razón justificada.” Ibid., p.181.

*individualizada a sus trabajadores”, de modo que sólo cuando tales medidas tengan “rasgos colectivos entraría en juego el tratamiento igual, limitando la libertad contractual.”*⁷⁸⁹

Ello se plantea en esta forma, porque allí donde puede surgir un tratamiento diferenciado es, precisamente, en las decisiones o medidas que tengan un alcance colectivo o general, las cuales, por su propia naturaleza, de manera análoga a lo que sucede con la ley -respecto de su contenido y aplicación - en el marco del Estado, deben ser iguales para todos los trabajadores, no siendo admisibles diferenciaciones basadas en las personas. El que tales medidas generales, establezcan diferencias de trato entre el colectivo laboral, sin que estas se encuentren justificadas en la “naturaleza de las cosas”, supone la trasgresión de la igualdad de trato.

Es, principalmente, aunque no exclusivamente, en esta clase de medidas en las que aparece en toda su dimensión el poder de dirección del empleador, como “jefe de empresa”, y es por eso que se hace necesario someter sus “actos de gobierno” al control del principio de “igualdad de trato”, con el objeto de comprobar, o desestimar, su legitimidad.

Sin embargo, sin necesidad de objetar el hecho de que son las decisiones empresariales de alcance colectivo el terreno propicio para que se produzcan situaciones discriminatorias, no puede descartarse que estas también puedan ocurrir respecto de decisiones que no tengan ese origen ni alcance, como las que pudieran excluir de un beneficio o, por el contrario, otorgar un privilegio a un trabajador. Por esta razón, Neves Mujica considera que la igualdad de trato comprende tanto las decisiones unilaterales del empleador, cuanto las de la organización sindical o las provenientes de la autonomía colectiva.⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ Ibid., p.178.

⁷⁹⁰ NEVES MUJICA, “Introducción...” Op.cit., pp.108-109. Este autor pone como ejemplo de decisiones del empleador, lesivas de la igualdad de trato, el hecho de no contratar, o no promover o sancionar a un trabajador; del sindicato, la de no admitir, impedir la participación o separar a un afiliados y en el caso de la autonomía colectiva, excluir de los alcances de un convenio colectivo o conferir ventajas mayores a unos trabajadores.

3.2.1.2. La discriminación en la relación laboral.

El ámbito de las relaciones laborales es uno de aquellos en los que la tutela antidiscriminatoria resulta más necesaria, habida cuenta de la intensidad con que el fenómeno de la discriminación suele presentarse.

Precisamente, en relación al ámbito laboral, el Convenio OIT 111, considera discriminación *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"* (Art.1º, párrafo 1.a).

En esta definición se advierten tres elementos que deben concurrir para configurar la discriminación. En primer lugar, un hecho, que establezca una distinción, exclusión o preferencia. También puede tratarse de una "restricción", conforme a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Art. I, inc.1).⁷⁹¹ En segundo lugar, un motivo determinante de dicha diferencia (raza, color, sexo, religión, etc.). Y, en tercer lugar, el resultado objetivo de esa diferencia de trato, que consistirá en la anulación o la alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en el empleo y la ocupación.⁷⁹²

Como se puede advertir el criterio contenido en el convenio 111, coincide con la noción estricta o diferenciada del principio de no discriminación pues en aquel la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato que proscribe es la que tiene por motivo la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia

⁷⁹¹ Aprobada por la Asamblea General de la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS el 21 de Diciembre de 1965 y vigente desde el 4 de Enero de 1969.

⁷⁹² VON POTOBSKY, Geraldo W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G. 1990 "La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales". Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p.436. El propio convenio se encarga de precisar que las expresiones "empleo" y "ocupación" abarcan tanto *"el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo"*. (Conv. OIT.111, art.1.num.3.)

nacional u origen social y no cualquier motivo.⁷⁹³ Ello quiere decir que si bien toda discriminación vulnera la igualdad de trato, no toda lesión de la igualdad de trato puede ser calificada como una discriminación en sentido estricto.

Sin embargo, el término discriminación, especialmente en el campo laboral, puede entenderse en otro sentido, dotado de mayor amplitud. Al respecto, Neves Mujica, considera que el término tiene dos significados de alcances diversos “*Según el primero, hay discriminación toda vez que se practique una distinción arbitraria, esto es, carente de causa objetiva y razonable. Conforme al segundo, sólo la hay si dicho trato se funda en un motivo prohibido por el ordenamiento.*”⁷⁹⁴

Hacia este último sentido, se orientó la jurisprudencia del TC, en un primero momento, al identificar, en general, la discriminación con cualquier vulneración de la igualdad ⁷⁹⁵ y, de modo particular, en el ámbito laboral al sostener que *la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.*”

⁷⁹⁶ O, también, al vincular estrechamente la discriminación en materia laboral con la trasgresión del principio de “igualdad de oportunidades” y al explicar el contenido de la “regla de no discriminación en materia laboral” señalando que “*Esta regla de*

⁷⁹³ No obstante, el Artículo 1.1.b) del citado convenio, admite la posibilidad de que las legislaciones nacional especifiquen otras distinciones, exclusiones o preferencias, previa consulta del Estado miembro con las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores y con otros organismos apropiados.

Entre estas, se pueden considerar algunas que se debatieron durante la elaboración del convenio pero que no llegaron a incluirse en él como: el idioma, la posición económica, el nacimiento, la edad, la invalidez y la afiliación sindical, según lo refieren Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz. Según estos mismos autores, además de esos motivos, que han sido incorporados a sus legislaciones por numerosos países, también se han agregado otros como: acusación o condena por un delito o antecedentes penales, el indulto, grado de instrucción, lugar de nacimiento, carácter legítimo o ilegítimo del nacimiento, lazos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, el acento, la apariencia física, la situación con respecto a la asistencia pública y la herencia celular o sanguínea. **Op.cit., pp.456-458.**

⁷⁹⁴ NEVES MUJICA, “Introducción...” Op.cit., p.109.

⁷⁹⁵ “*En buena cuenta la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato*” (STC de 26.03.2003, Exp. N° 0261-2003-AA/TC, FJ.3.1)

⁷⁹⁶ Ibid.

igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.”⁷⁹⁷

Sin embargo, en sentencias posteriores, el mismo tribunal ha establecido la diferencia entre la vulneración del principio de igualdad y la discriminación:

“La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda “distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” [1]

A su vez, el derecho a ser tratado igual ante la ley, consiste en evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.⁷⁹⁸

Como consecuencia de esta clara distinción entre ambos conceptos, en la misma sentencia, el TC afirma, precisando su pensamiento:

“En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno

⁷⁹⁷ STC 008-2005-PI/TC, Op.cit., FJ.23. En esta misma sentencia, el epígrafe del acápite c.3.2) y del fundamento jurídico 22 reza: “La igualdad de oportunidades” y, a renglón seguido, el citado fundamento indica lo siguiente: “Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral”. A continuación, el acápite c.3.3.) reza: “Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral” y, a renglón seguido, el fundamento jurídico 23 se inicia con la oración materia de esta cita.

⁷⁹⁸ STC 05652-2007-PA/TC, FJ.16

*laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.”*⁷⁹⁹

La manifestación del acto o conducta discriminatoria, reviste diversas modalidades, en función del medio utilizado para producirla. En tal sentido, la discriminación, en general, y desde luego en el ámbito laboral, puede ser directa o indirecta. La primera tiene lugar cuando “(...) se verifica el trato proscrito por el principio sin justificación”⁸⁰⁰ En este supuesto, la discriminación ocurre por “acción directa” la cual tiene lugar cuando “la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.”⁸⁰¹ Tal situación se verifica “(...) cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tener en cuenta sus calificaciones y experiencia laboral.”⁸⁰²

⁷⁹⁹ Ídem, FJ.37. Afirma, asimismo, el TC: “La discriminación laboral consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. De este modo, la discriminación vulnera la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos.” (Ídem, FJ.41.)

⁸⁰⁰ NEVES MUJICA, “Introducción...”, Loc.cit.

⁸⁰¹ STC, Expediente N° 008-2005-PI/TC, FJ.23. Agrega la sentencia “Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el sólo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.”

⁸⁰² STC, N° 05652-2007-PA/TC, FJ. 44. Agrega que ello ocurre “Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o compleción física, es una forma de discriminación directa” (Ibidem.)

Otra modalidad de discriminación es la indirecta, la cual se origina en razón del “(...) *impacto adverso que producen medidas aparentemente neutras sobre un colectivo, en proporción mayor que sobre los demás. Se trata de decisiones que se aplican por igual a todos, pero como entre ellos hay grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diversos.*”⁸⁰³ A este tipo de discriminación, el TC la denomina por “acción indirecta” y se produce cuando “*la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.*”⁸⁰⁴ Esta modalidad se presenta cuando

*“(...) ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual.”*⁸⁰⁵

En este último supuesto, la medida que se objeta por discriminatoria, es formalmente igual para todos, esto es, respeta el principio de igualdad en sentido formal, pero al ignorar la desigualdad imperante en el colectivo al que se dirige, estableciendo exigencias que sólo una parte de éste puede cumplir, tiende a profundizar la disparidad existente, favoreciendo a quienes ya, de antemano, tienen una posición de ventaja o privilegio.⁸⁰⁶ Por ello, la proscripción de la

⁸⁰³ NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.113. Menciona por ejemplo el caso de un empleador que convoca a trabajadores para un puesto de operario de limpieza, con el requisito de tener una estatura mínima de 1.70 metros, exigencia que siendo igual para todos los postulantes, favorece a los hombres sobre las mujeres y, además, carece de justificación razonable porque para la labor de limpieza dicha estatura no es indispensable. También precisa Neves Mujica que la noción de “discriminación indirecta” sólo es válida si se asume el sentido estricto de discriminación, esto es aquella fundada en los motivos enumerados en la Constitución.

⁸⁰⁴ STC, N° 008-2005-PI/TC, FJ. Loc.cit. Esta sentencia pone por ejemplo el caso de “*las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.*” Ibidem).

⁸⁰⁵ STC, N° 05652-2007-PA/TC, FJ. 45.

⁸⁰⁶ “*Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño*

“discriminación indirecta” apunta a la realización de la igualdad sustancial, concediendo oportunidades iguales y reales a los miembros del colectivo.

En función al momento en que ocurre, la discriminación puede ser: discriminación en el acceso al empleo, durante la relación laboral o en la extinción de ésta.⁸⁰⁷ La primera, configura la negación del acceso al empleo, pudiendo esta ser directa o indirecta.⁸⁰⁸

La discriminación durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo tiene lugar, básicamente, en relación a la remuneración y las mejoras salariales, la promoción y el ascenso, las condiciones de trabajo, los traslados de función y de lugar.⁸⁰⁹ El TC ha considerado que utilizar la edad del servidor como criterio para impedirle desempeñar determinados cargos, relegándolo a funciones de asesoría, constituye discriminación.⁸¹⁰ Un aspecto relevante de esta sentencia es que de

es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.” (Ibídem.)

⁸⁰⁷ Señala al respecto el TC “*La discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar éste. Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. Por ejemplo, hay discriminación laboral cuando a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, se le deniega un empleo o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical.*” (STC 05652-2007-PA/TC, FJ. 42.)

⁸⁰⁸ Al respecto, la Ley 26772, ha establecido, en su artículo 1º la prohibición de que la oferta de empleo y acceso a centros de formación educativa contengan requisitos “*que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades y de trato.*”

⁸⁰⁹ El artículo 30º inciso f) del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO-LPCL) califica como acto de hostilidad del empleador, la discriminación “*por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.*” La enumeración legal de estos motivos de discriminación resulta restringida en comparación al texto constitucional, pues no incluye la discriminación en razón de la “*condición económica*” y sobre todo, la referencia a la “*de cualquiera otra índole*”, que opera como cláusula de apertura del precepto constitucional, (Const. Art. 2º.2), posibilitando ampliar el ámbito de la tutela antidiscriminatoria a otros supuestos. Resulta, incluso, limitada respecto del concepto de discriminación contenido en la Ley contra Actos de Discriminación (Ley N° 27270) que considera como motivos discriminatorios la raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

⁸¹⁰ Se trata, específicamente, de lo dispuesto por el Artículo 13º in fine de la Ley del Servicio Diplomático de la República, conforme al cual los funcionarios diplomáticos, a partir de los 65 años, no pueden desempeñar cargos en el exterior ni cargos en órganos de línea, debiendo limitarse a actuar como asesores hasta cumplir la edad de jubilación, conforme lo señala la STC del 23 de Febrero de 2006, Expediente N° 9707-2005-PA/TC. Vid, en el mismo sentido, STC 8200-2005-PA/TC y STC del 5 de Junio de 2006, Expediente N° 01875-2006-PA/T, todas las cuales versan sobre la aplicación de la mencionada norma legal. En la primera de dichas sentencia, afirma el TC que aquella disposición “*...viola la dignidad humana del servidor activo que, como Embajador en el Extranjero, es devuelto al Perú sin*

modo expreso considera incluida la edad en la discriminación de “cualquiera otra índole” a que se refiere la parte final de la segunda oración del artículo 2.2.C, criterio que resulta especialmente importante en la relación laboral, en la medida que permite ir más allá de las restrictivas enumeraciones legales de los motivos de discriminación.⁸¹¹

Asimismo, la discriminación puede manifestarse en la extinción de la relación laboral, en la medida que el empleador utilice criterios proscritos por el ordenamiento como motivos reales para despedir⁸¹² o cesar a un trabajador.⁸¹³

motivación alguna, por el hecho de cumplir los 65 años de edad, otorgándole un sueldo mensual, sin prestación de servicios y sin oficina, vulnerando sus derechos a la igualdad ante la ley, al libre desarrollo y al bienestar social, consagrados en el artículo 1º y los incisos 1 y 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, toda vez que el retiro inmotivado de su puesto de trabajo en el extranjero por razones de edad, para cumplir funciones menores a las que les corresponde por grado y por antecedentes profesionales, lo discrimina.” (STC del 23.02.2006, op.cit., FJ.5)

⁸¹¹ *“El inciso 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú consagra como derecho fundamental la igualdad ante la ley de todas las personas, señalando, expresamente, que nadie será discriminado por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, recayendo evidentemente dentro de esta última, la edad.” (STC del 23.02.2006, op.cit., FJ.7.)*

⁸¹² El inciso d) del Artículo 29º TUO-LPCL, tipifica como motivo de la nulidad del despido, la discriminación, con una enumeración de las causas de esta similar a la del inciso f) del artículo 30º, cuyo contenido restrictivo ya hemos criticado. Además de estas causas de discriminación, debe agregarse la de ser portador del VHS/SIDA, según lo que dispone expresamente el Art. 6º de la Ley N° 26626. Esta norma establece que las personas portadoras del VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones, por lo que, en todo caso, podría producirse su despido por el detrimento de sus facultades físicas o mentales o por ineptitud sobrevenida, conforme al art.23º, inc. a) LPCL, pero no por el hecho de ser portadoras de dicha enfermedad. De manera semejante, en virtud de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 27050), la situación de discapacidad no puede generar una diferenciación perjudicial para quien la sufre, debiendo considerarse tal diferencia como discriminatoria. El artículo 31.2 de esta norma establece que “Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad” y, a renglón seguido, sanciona con la nulidad el acto que basado en motivos discriminatorios “afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.” De este enunciado, se deduce que la discriminación por ser persona con discapacidad no sólo determina la nulidad del despido sino, también, constituye un acto de hostilidad cuando, de cualquier otra forma, se afectan las condiciones de empleo de dicho trabajador.

⁸¹³ Una situación vinculada a la extinción de la relación laboral es la que tiene que ver con la jubilación obligatoria del trabajador por límite de edad, respecto a la cual el TC se ha pronunciado, considerando que es violatoria del “derecho al trabajo”, tanto en el caso de docentes de universidades públicas como de universidades privadas. En ambos casos se trata de docentes universitarios a los cuales la Universidad en que laboran les cesa por alcanzar los 70 años de edad, pero las normas invocadas para justificar esta decisión, en cada caso, son diferentes en función a la naturaleza pública o privada de la universidad. En la primera de estas sentencias, el TC, sostiene que la decisión de cesar al docente por límite de edad, vulnera los derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario “ya que por razones de edad se estaría privando a un docente de ejercer la cátedra universitaria, cuando es evidente que el sólo hecho de llegar a una edad determinada, no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores

3.2.2. Irrenunciabilidad de derechos.

3.2.2.1. Antecedentes.

El artículo 26.2 de la Constitución reconoce como principio de la relación laboral el “*Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*”.

El antecedente de esta disposición se encuentra en el artículo 57° de la Constitución de 1979, cuyo primer párrafo señaló: “*Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo.*”

3.2.2.2. Concepto.

Plá Rodríguez define a este principio como “*(...) la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio.*”⁸¹⁴ Este autor, citando a De la Villa, considera a la renuncia como “*un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento*

propias de un académico; o de desarrollar funciones administrativas que viene cumpliendo así como las de alta dirección que por ley viene le corresponde en el ámbito de sus responsabilidades académicas que se le pueden encargar.” (STC, Expediente N° 594-99-AA/TC, FJ.4. En el mismo sentido, vid, STC, Expediente N° 1161-2005-PA/TC.) La otra sentencia, además de reproducir el fundamento de la anterior citado en el párrafo anterior (FJ.5), señala, que la jubilación es un derecho, por lo que es el trabajador quien “(...) libremente decide a partir de qué momento debe retirarse de la actividad laboral, ya sea porque no puede o porque no desea seguir trabajando, criterio éste potestativo y responsable, que no compatibiliza con la figura de la “jubilación guillotina”, que opera de manera obligatoria y automática, sin contar con la anuencia del trabajador, como es la consignada en forma extralegal en la parte final del artículo 21° del D.S. N° 003-97-TR, que aprueba el TUO del D.Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.” (STC, Expediente N° 1485-2001-AA/TC.) En sentido contrario, Vid, CAS N° 397-2001-Arequipa, del 19 de Junio del 2001, en que la Corte Suprema considera procedente, y, por ello, no constitutivo de despido arbitrario, el cese de un profesor universitario de una universidad privada, que aplicó el artículo 21° del TUO-LPCL. El mismo Tribunal Constitucional, ha considerado que la jubilación obligatoria prevista en el citado precepto, no vulnera derechos constitucionales, en casos en que el demandante no tenía la condición de docente universitario (Cfr. STC, N° 01886-2006-PA/TC y STC N° 02645-2007-PA/TC).

⁸¹⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.66.

*jurídico.”*⁸¹⁵ En base a la definición del profesor español, Plá señala cuales son las notas características de la renuncia: *“(...) es un acto jurídico del tipo de los negocios jurídicos; importa el ejercicio de un derecho potestativo de carácter secundario; es unilateral; implica el abandono, es decir, la pérdida o extinción de un derecho; tiene carácter irrevocable; y resulta eficaz dentro de ciertos límites.”*

816

En la doctrina nacional, Neves Mujica considera que el principio de irrenunciabilidad de derechos *“(...) prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la transgresión de esta regla.”*⁸¹⁷

Una definición de cuño jurisprudencial es la que formula el TC, según la cual el principio *“Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley.”*⁸¹⁸

3.2.2.3. Fundamento.

El principio que venimos estudiando, encuentra su fundamento en el carácter protector, o tuitivo, del derecho laboral, en virtud del cual las normas de éste que otorgan derechos y beneficios a los trabajadores son imperativas y, por consiguiente, no son disponibles por el trabajador ni, desde luego, tampoco por el empleador. Se afirma, por ello, que este principio forma parte del acervo del Derecho del Trabajo desde sus orígenes, pues éste, en su condición de derecho “intervencionista” no se limita a garantizar unos derechos a favor del trabajador, sino que, además, debe impedir que el trabajador disponga de esos derechos, bajo

⁸¹⁵ Ídem, p.68.

⁸¹⁶ Ibídem.

⁸¹⁷ NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.103.

⁸¹⁸ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.24. Agrega la sentencia que *“Al respecto es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos, toda vez que éstos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos (...)”* (Ibídem.)

instancia o presión del empleador, mediante negocios abdicativos que conlleven a su inaplicación.⁸¹⁹

El carácter irrenunciable de las normas del derecho del trabajo, es uno de los rasgos esenciales de esta rama del ordenamiento jurídico, que lo diferencia claramente del derecho privado:

*“En efecto, al contrario de lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de la renunciabilidad, en el derecho del trabajo rige el principio opuesto, que es el de la irrenunciabilidad. O sea, que en las restantes ramas del derecho uno puede voluntariamente privarse de una facultad o de una posibilidad o de un beneficio que posee. Mientras que en este campo ello no es posible: nadie puede privarse de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho.”*⁸²⁰

Algunos autores, como Montoya Melgar, consideran que este principio es un reflejo del principio protector, o tuitivo, del Derecho del Trabajo, en cuanto evita las renunciaciones de derechos que realice el trabajador en su propio perjuicio.⁸²¹ En este sentido parece concebirlo, igualmente el Tribunal Constitucional, al señalar que *“La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral.”*⁸²²

Para otros, el principio de irrenunciabilidad encuentra fundamento en el carácter imperativo o de orden público de las leyes laborales, como lo afirma Caldera: *“Al decir que las leyes del trabajo son de orden público, o que tienen carácter imperativo, está dicho que ellas tienen carácter de irrenunciabilidad.”*⁸²³ Por ello,

⁸¹⁹ VIDA SORIA, et al, Op.cit., pp.326-327.

⁸²⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.69. En el mismo sentido, afirma Montoya Melgar que *“(…) frente al principio general de la renunciabilidad de los derechos consagrado en el Ordenamiento civil, el Derecho del Trabajo se viene inspirando el principio de irrenunciabilidad;(…)”* (MONTROYA MELGAR, Alfredo. 1999 *“Derecho del Trabajo”*, undécima edición. Madrid: Editorial Técnos S.A., p.221.)

⁸²¹ MONTROYA MELGAR, “Derecho...”, Op.cit., p. 221.

⁸²² STC 008-2005-PI/TC, FJ.24.

⁸²³ CALDERA, Rafael. 1972 *“Derecho del Trabajo”* 2ª edición, 3ª reimpresión, Tomo I, Buenos Aires: Librería “El Ateneo” Editorial, p. 193.

para el reputado maestro venezolano, la irrenunciabilidad de los derechos laborales “(...) *más que una regla, se trata de una consecuencia de la verdadera regla que es la del carácter imperativo que generalmente tienen las normas legales en esta materia.*”⁸²⁴

Desde una perspectiva diferente, pero coincidente, Rodríguez Piñero destaca el hecho de que uno de los rasgos sustantivos del Derecho del Trabajo, ha sido la reducción del papel de la autonomía privada en el contrato de trabajo que niega en éste el predominio de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora, oponiéndose al “imperialismo del contrato.” Como consecuencia de ello, el papel regulador de la autonomía privada en el contrato de trabajo se limita significativamente ante la presencia de un alto grado de regulación heterónoma, nacida de la contratación colectiva y de la ley.⁸²⁵ El efecto de esta nueva relación entre autonomía privada y regulación heterónoma es que *“El contrato de trabajo está intensamente “normado” por una regulación legal y colectiva heterónoma que se impone, como reglas “inmutables”, a la voluntad de las partes del contrato y que reduce sensiblemente su espacio de autodeterminación o de disposición.”*

⁸²⁶

La justificación de esta situación, que es peculiar del Derecho del Trabajo, reside en la situación de debilidad y sujeción del trabajador ante el ejercicio de los poderes del empleador en la relación laboral, por lo que lo que pretende es limitar el grado de sujeción del trabajador y evitar los posibles excesos de dichos poderes.⁸²⁷ La imperatividad de las normas laborales y la indisponibilidad de los derechos por el trabajador, serán los medios elegidos para lograr dicho propósito: *“Para restringir la autonomía contractual y el margen de poder empresarial, se utiliza como “antídoto” la heteronomía, mediante las normas inderogables y derechos indisponibles relativamente (...)”*

⁸²⁴ Ídem, p.194.

⁸²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. 2003 “El Principio de la Indisponibilidad de los Derechos Laborales y el Nuevo Papel de la Autonomía Contractual”, en: Los Principios del Derecho del Trabajo. Capítulo 4. De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (directores). Madrid: Centro de Estudios Financieros, pp. 107-108.

⁸²⁶ Ídem, p.108.

⁸²⁷ Ídem, p.112.

Por todo ello, concluye Rodríguez-Piñero que:

*“Las normas laborales son imperativas para garantizar su efectividad. Es decir, se aplican necesaria, directa e inmediatamente al contrato, y se imponen a la voluntad de las partes del contrato sin necesidad de intermediar una declaración previa de nulidad de cláusulas contractuales, o de integrar cláusulas nulas de esos contratos. De ello deriva la indisponibilidad y prohibición de renuncia por el trabajador de los derechos reconocidos por las normas laborales.”*⁸²⁸

Pasco también se cuenta entre quienes consideran que el principio de irrenunciabilidad deriva del carácter imperativo de las normas laborales, por ser estas de orden público. Opina que *“(…) la irrenunciabilidad no deriva del principio protector, sino que lo completa, lo perfecciona, le da eficacia.”*⁸²⁹

Es evidente que la irrenunciabilidad de las normas laborales deriva directamente del carácter imperativo de éstas, el cual impide al trabajador renunciar a sus derechos, así como al empleador incumplir dichas disposiciones. Sin embargo, no puede negarse que dicho carácter imperativo es, a su vez, una manifestación del principio protector que inspira al Derecho del Trabajo, por lo que, en última instancia es legítimo reconducir el fundamento último del principio de irrenunciabilidad al principio protector, el cual para De la Villa, vendría a ser el

⁸²⁸ Ídem, p.113. El efecto de la imperatividad sobre las relaciones laborales consiste, en que *“Las reglas laborales imperativas se aplican al contrato de trabajo por los criterios de ordenación jerárquica de las fuentes reguladoras de la relación de trabajo, que dan al contrato de trabajo un papel de norma secundaria. Se aplican a la relación contractual a partir de la existencia de ese supuesto de hecho de forma automática y sin necesidad de intermediación de voluntad de las partes contractuales. La integración en el programa contractual de las reglas laborales no deriva pues de la voluntad contractual de asumirlas como propias, sino del imperativo legal que las impone como necesaria consecuencia del acuerdo negocial, al margen de toda voluntad contractual.”* (Ídem, pp.114-115.)

⁸²⁹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, 2005 “En Torno al Principio de Irrenunciabilidad”, en: En Torno a los Principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, Pasco Cosmópolis, Mario (coord.) México: Editorial Porrúa, SA de CV. p. 68. Explica esta autor su afirmación: *“En efecto, si la norma laboral, impregnada y nutrida por el principio protector, fuera renunciable, el trabajador en cuyo beneficio se dio quedaría indefenso frente al poder patronal. Por eso se le dota de invulnerabilidad, lo cual, en último término, viene a significar que se protege al trabajador incluso contra sí mismo, al limitarse la autonomía de su voluntad.”* (Ibídem.)

único carácter, antes que principio, específico del Derecho del Trabajo, del cual derivan sus demás notas típicas y principios.⁸³⁰

3.2.2.4. Alcances del principio.

De la afirmación de que las normas laborales son irrenunciables en razón a su carácter imperativo, se deduce que este principio no opera frente a aquellas normas que tienen naturaleza dispositiva, lo que lleva a preguntar si en el Derecho Laboral existen esta clase de normas. Para De La Cueva, el derecho del trabajo es derecho imperativo (*jus cogens*), “(...) pues los derechos sociales, igual que los antiguos derechos individuales del hombre, forman parte del orden público de las comunidades y, en consecuencia, la sociedad, el Estado y los particulares tienen el deber de respetar sus imperativos.”⁸³¹ Matizando, ligeramente, esta aseveración, Caldera opina que la regla general en materia laboral es el orden público por lo que “(...) en principio, todas las leyes laborales son irrenunciables y constituyen rara excepción las de aplicación facultativa.”⁸³² Con criterio coincidente, De Ferrari sostiene que “(...) en general, todas o casi

⁸³⁰. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “Presentación”, 2003, en “Los Principios del Derecho del Trabajo” De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (directores).Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.10. Este autor señala que “*El carácter tuitivo, proteccionista o de favor ha determinado el propio desarrollo de la legislación laboral en un sentido determinado, la aparición de órganos garantes de la operatividad de las leyes laborales, la configuración de las normas laborales como normas imperativas o de derecho necesario inderogables in peius por la autonomía de la voluntad (...)*” (Ibídem.) En el mismo sentido, De Buen sostiene que la irrenunciabilidad “(...) es el medio de que se vale el legislador para proteger al trabajador, en su estado de necesidad, contra sí mismo. El carácter imperativo de las normas de trabajo (*ius cogens*) responde a la misma idea, o sea, que no puede dejarse al arbitrio de los destinatarios de la norma, su observancia. Esta se impone, coactivamente, si es preciso. No podría entenderse, de otra manera, la función tutelar a que antes hicimos referencia.” (DE BUEN, Op.cit., Tomo Primero, p.64.)

⁸³¹ DE LA CUEVA, Mario, “Derecho Mexicano del Trabajo”, 1970, Décima Segunda edición, Tomo I, México: Editorial Porrúa S.A., p.254. Para el maestro mexicano este es un rasgo esencial del Derecho del Trabajo que lo separa del derecho privado: “*El derecho del trabajo pertenece al derecho imperativo y esta característica es uno de los signos de su tránsito al derecho público: La naturaleza imperativa del derecho del trabajo, ciertamente, no es la causa eficiente de su transformación, pues la imperatividad del estatuto laboral es consecuencia de su naturaleza y de sus propósitos, pero sí es un dato que lo distingue esencialmente del derecho privado.*” (Idem, p.253.)

⁸³² CALDERA, Op.cit., p.194.

todas las normas que forman parte del derecho del trabajo son normas de orden público."⁸³³

Sin embargo, como lo anota Plá Rodríguez, recogiendo la orientación prevaleciente en la doctrina, no todas las normas de trabajo están revestidas de carácter imperativo, aunque las que lo poseen sean, sin duda, la mayoría y, desde luego, las más significativas de aquellas.⁸³⁴ Se impone, por ello, clasificar las normas laborales en función de su grado de imperatividad.

Desde este punto de vista, aplicando un criterio general, se puede distinguir entre normas laborales dispositivas (*jus dispositivum*) y normas imperativas (*jus cogens*). Las primeras, permiten que en virtud de la autonomía privada (contrato, pacto individual) o de la autonomía colectiva (convención colectiva) las partes puedan regular libremente sus relaciones prescindiendo de las normas laborales, sin incurrir, por ello, en vicio de nulidad en razón de que en el derecho dispositivo las normas sólo tienen carácter supletorio, esto es que se aplican a falta de regulación acordada por las partes.

En cambio, las segundas, no consienten su derogación ni en virtud de la autonomía privada ni de la autonomía colectiva, debiendo aplicarse por encima de la voluntad de las partes, por lo que cualquier contrato o convenio colectivo que las desconozca será inválido. Sin embargo, aquí el derecho laboral presenta uno de sus rasgos peculiares, el cual consiste en admitir que las partes, al contratar o negociar colectivamente, puedan alejarse del contenido de la norma laboral, pero sólo en un sentido más favorable para el trabajador, esto es, otorgándole derechos o beneficios no contemplados en dichas normas o mejorando, en sus alcances o cuantía, los previstos por éstas. En tal sentido, las normas laborales imperativas operan como "norma mínima", siendo ésta una de los rasgos típicos del ordenamiento jurídico-laboral, como lo precisa Plá Rodríguez citando a Mascaró Nascimento: "*Lo característico del derecho laboral*

⁸³³ DE FERRARI, Francisco, "Derecho del Trabajo", 1976, 2da edición, Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p.357.

⁸³⁴ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, pp.87-91.

es que cada una de sus normas marca niveles mínimos de protección. O sea, que nada impide que por encima de esos niveles –que determinan el piso pero no el techo de las condiciones de trabajo, como dice el mismo autor- puedan irse aprobando otras normas que mejoren aquellos niveles de protección.”⁸³⁵ De la Cueva, destaca este aspecto de la legislación laboral afirmando que “El derecho del trabajo es un mínimo de garantías y no habría sido posible obligar a los trabajadores a que solamente en esas condiciones y no en mejores, prestaran sus servicios.”⁸³⁶ Esta clase de normas pueden calificarse como “relativamente imperativas” o normas de “derecho necesario relativo” - para diferenciarlas de las “absolutamente imperativas” o de “derecho necesario absoluto”- y, se ha dicho, que vienen a constituir un *tertium genus* en la clásica distinción entre normas absolutamente imperativas y absolutamente dispositivas.⁸³⁷

Volviendo a las normas de derecho necesario absoluto, la existencia de estas, debido a la antes anotada característica de la legislación laboral como norma de mínimos, ha de considerarse excepcional. Se trata de normas, absolutamente inmodificables por las partes de la relación laboral, que regulan lo que la doctrina conoce como estructuras básicas de las relaciones laborales y que se refieren a materias tales como la capacidad de los sujetos del contrato, las relativas a la vigencia del principio de igualdad y no discriminación en el empleo y el trabajo y las que establecen las facultades esenciales del poder directivo del empleador.⁸³⁸

De este modo, el principio de irrenunciabilidad actúa respecto a las normas absolutamente imperativas, o de derecho necesario absoluto, y a las

⁸³⁵ Ídem, p.54. Reitera el autor que: “Habitualmente las normas laborales establecen niveles mínimos de protección, por lo que no hay inconveniente en que las partes mejoren la protección, estableciendo mayores beneficios.” (Ídem, p.113.).

⁸³⁶ DE LA CUEVA. “Derecho...” Op.cit., p. 257. Explica su pensamiento el autor mexicano: “La ley considera, no que con el salario mínimo se paga al trabajador el justo precio de su trabajo, sino, únicamente, que es el precio mínimo que puede pagarse; y otro tanto debe decirse del principio de la jornada máxima.” (Íbidem.)

⁸³⁷ SALA FRANCO, Tomás, 2003, “Los Principios de Imperatividad Legal, de Norma Mínima y de Norma más Favorable”, En: Los Principios del Derecho del Trabajo. Capítulo 5, De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (directores). Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.129.

⁸³⁸ Cfr. MARTÍN VALVERDE et al, Op.cit., p.475.

relativamente imperativas o de derecho necesario relativo. Pero, en las segundas, se consiente el acuerdo de partes o decisión unilateral del empleador que supere o mejore los derechos y beneficios establecidos por estas ya que, como lo señala Pasco, dichas normas *“(...) no actúan con carácter residual, sino como norma mínima respecto de los derechos que reconocen a los trabajadores, lo que se traduce en que es válido el acuerdo que los mejore e inválido el que los perjudique.”*⁸³⁹ Para Neves Mujica, lo que sucede con esta clase de normas es que son imperativas hacia abajo pero dispositivas hacia arriba, por lo que son indisponibles para los trabajadores respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva.⁸⁴⁰

Sin embargo, la superación de los mínimos legalmente establecidos, por la autonomía colectiva o individual, no puede ser catalogada, propiamente, como una renuncia de derechos. Según Plá Rodríguez, ello es así porque las normas de derecho necesario relativo *“(...) no establecen para el empleador beneficios de los que se resigne, sino simplemente un grupo de obligaciones mínimas que por su carácter de tales, pueden ser mejoradas o ampliadas si lo estima conveniente cada empleador.”*⁸⁴¹ Al respecto, debemos tener presente que la finalidad del principio que venimos analizando, es la de proteger al trabajador evitando que por la vía de la renuncia a los derechos que le concede la ley, acepte condiciones de trabajo inferiores a las que esta señala. Si, por el contrario, estas condiciones se respetan y sobre ellas las partes convienen mayores o mejores beneficios para el trabajador, no existe en este acto renuncia alguna a los derechos provenientes de la norma imperativa ni, por consiguiente, lesión al principio en mención.

Establecido que los derechos nacidos de normas imperativas - absolutas o relativas- son irrenunciables, cabe plantearse cuales son las normas del ordenamiento jurídico que poseen este carácter. La cuestión es importante, porque el artículo 26º inciso de la Constitución enuncia el principio respecto de

⁸³⁹ PASCO COSMÓPOLIS, “En Torno...”, Op.cit., pp.70-71.

⁸⁴⁰ Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.102.

⁸⁴¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Loc.cit.

“los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. El sentido restrictivo de esta fórmula se puede contrastar con la de mayor amplitud de su antecesora, el artículo 57º de la Constitución anterior: *“Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables.”*

Al interpretar los alcances del precepto constitucional, el Tribunal Constitucional, ha reiterado el sentido limitativo del mismo al indicar *“No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.”*⁸⁴²

La cuestión se plantea de forma particular respecto a la convención colectiva de trabajo, en la medida que es doctrina pacífica en el derecho del trabajo, que esta posee eficacia normativa y que, por consiguiente, es una fuente objetiva de derecho (Infra 3.3.2), cuyas normas son de aplicación imperativa. Siendo, además, la convención colectiva una de las fuentes más importantes de los derechos laborales, la exclusión de los reconocidos por aquella del ámbito material del principio de irrenunciabilidad, devalúa significativamente a éste, al no alcanzar la protección que conlleva a dichos derechos.

Negar carácter irrenunciable a los derechos nacidos de la convención colectiva es contrario al criterio de la doctrina. Plá Rodríguez afirma que:

*“En principio, los derechos procedentes de los convenios colectivos, son tan irrenunciables como los emanados de una ley, ya que son irrenunciables todas las normas laborales. Sólo cabría la posibilidad de la renuncia en la hipótesis, nada probable en la práctica, de que las propias normas del convenio colectivo hubieran autorizado esta renuncia.”*⁸⁴³

En el derecho español, cuya normativa confiere carácter irrenunciable a los derechos reconocidos como indisponibles por el propio convenio colectivo, lo que significa que los demás no tienen ese carácter, voces autorizadas han señalado que

⁸⁴² STC 008-2005-PI/TC, FJ.24.

⁸⁴³ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.110.

*“El convenio colectivo, aunque, como autonomía colectiva sea ejercicio colectivo de libertades colectivas de autorregulación y autotutela privada, se impone al contrato y reduce el margen de la libertad contractual individual. O sea, opera frente al contrato individual como norma heterónoma, como un producto normativo que regula de forma preceptiva e indisponible el contenido del contrato de trabajo, por encima de la voluntad de las partes.”*⁸⁴⁴

El criterio de la doctrina nacional es unánime al reconocer fuerza imperativa a la parte normativa de la convención colectiva y, por consiguiente, otorgar carácter irrenunciable a los derechos que emanan de ésta, a pesar del sentido limitativo de la norma constitucional.⁸⁴⁵ En esta dirección Toyama⁸⁴⁶ considera que el principio de irrenunciabilidad debe comprender a los derechos nacidos de los convenios colectivos y que la irrenunciabilidad opera frente a todo derecho reconocido en una norma. Ferro Delgado⁸⁴⁷, por su parte, opina que la irrenunciabilidad opera respecto de los derechos de los cuales el trabajador es titular, lo que abarca a los que tienen por fuente la ley o el convenio colectivo, pero, en ambos casos, sólo en cuanto se refiere a los derechos de naturaleza

⁸⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, “El principio...”, Op.cit., p.109. En el mismo sentido se manifiestan Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia: “(...) no es esta última desde luego una expresión afortunada del precepto, porque es claro que lo que con respecto al convenio debe entenderse es precisamente lo contrario, que todos los derechos establecidos por él son indisponibles salvo que de forma expresa se diga otra cosa.” (Martín Valverde et al, Op.cit., p.109.) También Alonso Olea, considera que esta interpretación “(...) es inadmisibles porque barrena la naturaleza misma del convenio colectivo como norma “quebrada...la fuerza vinculante y el carácter normativo que tienen legalmente reconocido los pactos sustanciales del convenio”) (...), que se impone a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación.”(ALONSO OLEA, Manuel, CASAS BAAMONDE, María Emilia. 2001 “Derecho del Trabajo”, Décimo novena edición, revisada, Madrid: Civitas Ediciones S.L., p.968.)

⁸⁴⁵ Hemos señalado al respecto, que el precepto constitucional resulta limitativo “(...) porque otorga ese carácter únicamente a los establecidos por la propia Constitución y la ley, omitiendo mencionar los otorgados en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo que la doctrina considera, igualmente, irrenunciables por pacto individual.” (BLANCAS BUSTAMANTE, “Las normas laborales...”, Op.cit., p.8.)

⁸⁴⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. 2001 “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad”, *IUS ET VERITAS*, Nro. 22. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p.168.

⁸⁴⁷ FERRO DELGADO, Víctor. 2004 “El Principio de Irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”, en “Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p.113. Agrega Ferro que “(...) el ejercicio de derechos colectivos, específicamente, la negociación colectiva, resultaría igualmente neutralizada si el producto negocial pudiese ser dejado de lado por la mera voluntad del trabajador.” (Ídem, p.112.)

indisponible por el trabajador. Para Gonzáles Hunt ⁸⁴⁸, debería ser suficiente el hecho de que los derechos establecidos por el convenio colectivo provengan de una norma que forma parte del sistema de fuentes del derecho para que se considere que aquellos, salvo disposición expresa en contrario, representan beneficios indisponibles.

La irrenunciabilidad de los derechos surgidos de la convención colectiva, a riesgo de ser reputada como inconstitucional, ha sido, no obstante, afirmada en la normativa infraconstitucional, pues el Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO-LRCT), señala en el inciso a) de su artículo 43° que los contratos colectivos de trabajo quedan automáticamente adaptados a la convención colectiva *“y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.”*

3.2.2.5. Ámbito.

3.2.2.5.1. Ámbito subjetivo.

Se refiere, esta cuestión a la titularidad de los derechos considerados irrenunciables, es decir, si estos son únicamente aquellos que tienen como titular al trabajador o, también, aquellos cuyo titular es el sindicato.

La noción tradicional, y sin duda la que obedece claramente a la finalidad protectora del principio, es que son irrenunciables los derechos de los que es titular el trabajador, por cuanto lo que se persigue es que este, a causa de su débil posición en la relación laboral, originada en su estado de necesidad, abdique de los derechos y beneficios mínimos que le conceden las normas. Se concede esta protección, para compensar la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador, poniendo al primero a salvo de las presiones y exigencias del segundo.

⁸⁴⁸ GONZÁLES HUNT, César. 2004 “La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos”, en “Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, pp.142-143.

Pero, se afirma, esta situación desigual no existe cuando la titularidad del derecho corresponde a la organización por cuanto ésta surge, precisamente, para suplir la debilidad del trabajador individual con la fuerza de la organización colectiva. En tal caso, la organización sindical representa, en el seno de la relación laboral, un contrapoder capaz de equilibrar y resistir la presión patronal, razón por la cual carece de objeto que los derechos que la ley le otorga como tal no puedan ser objeto de renuncia.

En discrepancia con esta idea, Neves Mujica considera que existen derechos colectivos que son irrenunciables. Pone el caso de una organización sindical que abdicara por convenio colectivo (cláusula obligacional) un derecho que la ley le confiere, por ejemplo, el de negociar colectivamente a futuro, y señala al respecto que *“Aquí –en contra de los que piensan que el principio de irrenunciabilidad de derechos solo tutela a los trabajadores y no a las organizaciones sindicales, porque respecto de estas los poderes se equilibran con los del empleador-, vemos una disposición inválida y, por tanto, una renuncia. (...) Es un campo plenamente apropiado para el desenvolvimiento del principio.”*⁸⁴⁹

El criterio de Neves nos parece correcto, en razón del rol esencial que los derechos colectivos representan en el derecho del trabajo. Acudimos a una idea del maestro De la Cueva para sostener esta posición. El derecho del trabajo, afirma, tiene dos partes fundamentales: el núcleo y su envoltura protectora. La parte nuclear es el conjunto de principios e instituciones que procuran la protección inmediata del trabajador y está integrada por el derecho individual del trabajo, el derecho protector de las mujeres y de los menores y la previsión social. Por su parte, lo que denomina “envoltura protectora” es el conjunto de instituciones que sirven para crear y asegurar la vigencia de la parte nuclear. Esta conformada a su vez por las autoridades del trabajo (administrativas, judiciales), encargadas del cumplimiento de la legislación, y por el derecho colectivo, que reglamenta la formación y funciones de las asociaciones

⁸⁴⁹ NEVES MUJICA, “Introducción...”, p.104.

profesionales de trabajadores y patronos, sus relaciones, su posición frente al Estado y los conflictos colectivos de trabajo.⁸⁵⁰ En relación al derecho colectivo sostiene lo siguiente: *“La finalidad del derecho colectivo del trabajo es permitir la organización de los trabajadores a efecto de que devengan una fuerza poderosa como el Capital y tengan oportunidad de crear y asegurar la vigencia de un derecho individual del trabajo, de un derecho protector de las mujeres y de los menores y de una previsión social justos.”*⁸⁵¹

Lo que conviene destacar de esta idea es el rol de medio o instrumento que otorga al derecho colectivo del trabajo en relación al derecho individual. En este, se concentran los derechos y beneficios que posibilitan al trabajador condiciones de trabajo justas y un nivel de vida acorde con su dignidad. Pero, el derecho colectivo es el instrumento esencial para la creación de tales derechos y, asimismo, para su garantía y defensa, de modo que sin el derecho colectivo, el derecho individual sería débil e inerte. Por ello, los derechos que el orden jurídico otorga a los trabajadores para su organización, acción, negociación y autotutela no pueden ser renunciables ni por el trabajador ni por la organización sindical, como lo sostiene Neves Mujica.

Una cuestión final que se plantea respecto al ámbito subjetivo es la atinente a si el principio de irrenunciabilidad también se aplica a los derechos o facultades del empleador. Caldera opina que no únicamente las disposiciones que favorezcan a los trabajadores son irrenunciables, sino, también, aquellas que favorecen a la sociedad y que no se refieren a los derechos económicos de los empleadores, que son disponibles por éstos en la relación laboral. A su juicio, esas normas favorables a la sociedad, de las que, al parecer, el empleador sería portador, no debería quedar a merced de convenios particulares que pudieran traicionarlas, según afirma el reconocido jurista venezolano.⁸⁵²

⁸⁵⁰ Cfr. DE LA CUEVA. “Derecho...” Op.cit., pp.263-264.

⁸⁵¹ Ídem, pp.264-265.

⁸⁵² CALDERA, Op.cit., pp. 194-195.

Neves tiene una opinión semejante, pues si bien apunta que la doctrina concuerda en que el grueso de los derechos del empleador derivados de las relaciones laborales son disponibles, debe existir una porción mínima de derechos sin los cuales dicha relación quedaría desnaturalizada. Estos son los aspectos estructurales del poder de dirección por lo que estima, a título de ejemplo, que la renuncia del empleador a su poder disciplinario sería inválida.⁸⁵³

Una opinión contraria es la de Toyama, quien considera que por estar basado en la necesidad de compensar la desigualdad entre las partes y proteger al trabajador, el principio de irrenunciabilidad “(...) *está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último.*”⁸⁵⁴

3.2.2.5.2. Ámbito objetivo o material.

Interesa aquí analizar los supuestos en que opera el principio de irrenunciabilidad de derechos, es decir, en que casos cabe invocarlo y en cuales no, ya sea en razón de que la fuente del derecho no tiene fuerza imperativa o de la voluntad en que se origina la decisión que produce la privación o desconocimiento del derecho.

En la primera hipótesis, esto es, en cuanto se refiere a la fuente del derecho amparado por el principio, este, como se ha indicado, sólo opera respecto de aquellos que emanan de normas imperativas, como la Constitución, la ley y la convención colectiva. Por ello, no se aplica respecto de las normas laborales que tengan carácter dispositivo, así como tampoco de los derechos nacidos de productos no normativos (contrato, pactos individuales, decisiones unilaterales del empleador).

⁸⁵³ NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., pp.105-106.

⁸⁵⁴ TOYAMA, Op.cit., p.166. A su juicio, “(...) *si el empleador renuncia a sus facultades de dirección, podría “deslaborizarse” la relación laboral, y encontrarnos ante un vínculo posiblemente de carácter civil, pero no nos encontramos ante un caso referido al principio de irrenunciabilidad.*” (Ibidem.).

Al respecto, Neves Mujica plantea varios supuestos en que opera plenamente el principio:⁸⁵⁵:

- a) Cuando una ley imperativa reconoce al trabajador un derecho que este abandona mediante el contrato de trabajo, por ejemplo la sustitución del derecho legal a dos gratificaciones anuales, de una remuneración cada una, por una sola al año.
- b) Cuando el derecho surgido de un convenio colectivo es objeto de renuncia por el trabajador en un contrato o pacto individual. Ello en razón de que los convenios colectivos poseen imperatividad relativa para la autonomía individual.
- c) Cuando es la organización sindical quien renuncia mediante una convención colectiva a un derecho que le otorga la ley, por ejemplo el de negociar colectivamente a futuro.

En todos estos casos, por aplicación del principio, las renunciaciones efectuadas por el trabajador (caso a y b) o la organización sindical (caso c) son nulas.

Cuando no existe norma imperativa, la situación es diferente. En este caso, Neves Mujica⁸⁵⁶, considera que no se aplica el principio:

- a) Cuando el derecho nace del contrato de trabajo y se modifica o elimina por una variación de éste.
- b) Si el beneficio otorgado a la organización sindical por la cláusula obligacional de un convenio colectivo es suprimido después, por ejemplo, dar un local para la realización de sus actividades. Simplemente, las partes han extinguido una obligación que ellas crearon.

La segunda hipótesis nos conduce a contemplar la aplicación del principio en función de la voluntad que origina la decisión que afecta o desconoce el derecho.

⁸⁵⁵ Cfr. NEVES MUJICA, "Introducción..." Op.cit., p.103-104.

⁸⁵⁶ Ídem, p.105.

En este caso, el principio sólo resulta aplicable cuando existe manifestación de voluntad del trabajador en el sentido de abdicar de un derecho nacido en norma imperativa. Como lo señala Toyama:

“(...) es el trabajador quien prescinde de un derecho: el acto -claro y contundente- no normativo del trabajador que dispone de un derecho previsto en una norma imperativa. El acto unilateral del trabajador puede estar contenido en una declaración unilateral, en un contrato de trabajo, en un acuerdo extrajudicial con el empleador, en un recurso presentado en un proceso judicial, etcétera.”⁸⁵⁷

De la enumeración que hace Toyama se advierte que la irrenunciabilidad de derechos es, en realidad, la indisponibilidad de éstos, porque no sólo comprende su declaración unilateral abdicativa -hipótesis poco frecuente- sino la celebración de acuerdos bilaterales con el empleador en que consta dicha abdicación. En este sentido, Alonso Olea sostiene que el concepto de “indisponibilidad” de derechos, previsto en la ley española, es más amplio que el de “irrenunciabilidad” porque envuelve otros negocios jurídicos bilaterales, aunque reconoce que *“(...) es la idea genérica de la renuncia la que está detrás de la prohibición.”*⁸⁵⁸ Por esta razón, Pasco opina que *“Si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino sólo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. A la inversa, si la ley consagrara la indisponibilidad, implicaría en todos los casos la proscripción de la renuncia.”*

859

La renuncia no se presume, afirma Plá Rodríguez, para quien esta debe *“probarse en forma muy contundente e indubitable.”*⁸⁶⁰ Por ello, la mera aceptación de hecho por el trabajador de condiciones de trabajo inferiores a las previstas por la ley no implica la renuncia tácita de sus derechos, los cuales puede exigir en cualquier momento, dentro del plazo de prescripción correspondiente.

⁸⁵⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Op.cit., p.166.

⁸⁵⁸ ALONSO OLEA et al, Op.cit., p.967.

⁸⁵⁹ PASCO COSMÓPOLIS, “En torno...”, Op.cit., p.74.

⁸⁶⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.101.

El principio de irrenunciabilidad, como se ha sostenido, es una manifestación del carácter imperativo de las normas laborales, pero no es la única forma de proteger los derechos nacidos de éstas. De hecho, el propio carácter imperativo de aquellas, es suficiente para impedir otros supuestos de reducción o privación de derechos que tienen origen en la voluntad de otros sujetos distintos al trabajador. En estos supuestos, no será el principio de irrenunciabilidad el que haya que invocar para establecer la nulidad de una decisión peyorativa de tales derechos, sino la naturaleza imperativa de las normas laborales. Estos supuestos son los siguientes:

a) El incumplimiento o no otorgamiento de derechos por el empleador. Por ejemplo, no conceder el descanso vacacional, no abonar las gratificaciones, etcétera. El cumplimiento de las normas laborales es exigible judicialmente al empleador y todo incumplimiento de éste le acarrea sanciones administrativas. El Estado, a través de la inspección del trabajo ejerce una labor de “policía del trabajo” para garantizar el cumplimiento de dichas normas.⁸⁶¹

b) Cuando el convenio colectivo reduzca derechos o beneficios establecidos por la ley. La norma infraconstitucional (TUO-LRCT), sanciona con la nulidad los laudos arbitrales que establezcan menores derechos que la ley (art.66º). Como apunta Neves Mujica, el sustento en este caso, es la prohibición de pactar contra las normas imperativas, contemplada en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.⁸⁶²

c) Tampoco hay violación del principio de irrenunciabilidad cuando la ley imperativa que concedió el o los derechos es derogada o modificada por una ley posterior que los suprime o disminuye. Se trata, en este caso, de un supuesto de

⁸⁶¹ El Convenio N° 81º de la OIT, relativo a la Inspección del Trabajo en la industria y el comercio, establece como una de las funciones del “sistema de inspección” la de “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines.” (art.3, 1.a.) (**ORGANIZACION INTERNACIONAL...**”, Op.cit., pp.653-654.)

⁸⁶² NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.104.

sucesión normativa peyorativa, que no está impedido en nuestro ordenamiento, más aún tras la expresa consagración constitucional del principio de modernidad o teoría de los “hechos cumplidos en el supuesto de sucesión normativa.”⁸⁶³

d) Este supuesto es semejante al anterior, radicando la diferencia entre ambos en que la norma que otorga el derecho y la que lo elimina o disminuye es un convenio colectivo. Respecto a la validez de los convenios colectivos “*in peius*”, Rendón Vásquez sostiene que “*No podría invocarse la irrenunciabilidad si las partes redujesen el alcance de algún derecho laboral, modificando una convención colectiva por otra, sin infringir la Constitución o la ley.*”⁸⁶⁴ Neves Mujica también anota que esta situación solo podría objetarse si se adoptara la teoría de los derechos adquiridos en materia laboral.⁸⁶⁵

3.2.2.5.3. Ámbito Temporal.

⁸⁶³ El nuevo texto del artículo 103º de la Constitución, aprobado por la ley de Reforma Constitucional N° 28389, establece que “*La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.*” Sin embargo, antes de esta reforma no existía ninguna norma que consagrara en materia laboral el principio contrario, es decir, el de los “derechos adquiridos” que solo estaba previsto en materia pensionaria, en la Primera Disposición Final y Transitoria, que también fue objeto - y motivo- de dicha reforma.

⁸⁶⁴ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. 2007, Derecho del Trabajo. Teoría General I, 2º edición actualizada y aumentada, Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p. 76. Agrega lo siguiente: “*A veces sucede así cuando la empresa atraviesa un período de dificultades económicas y, para subsistir, se ve obligada a plantear a la organización sindical una reducción de sus gastos en remuneraciones y otros derechos laborales si ya ha agotado las posibilidades de recortes en otros rubros. Prima en esta situación la necesidad del mantenimiento del empleo (...)*”. (Idem, pp.76-77).

⁸⁶⁵ NEVES MUJICA, “Introducción...”, pp.104-105. Ferro Delgado, por su parte, considera que “*Si el principio de irrenunciabilidad opera en salvaguarda del trabajador en razón de su distinta capacidad de negociación frente al empleador, este desequilibrio no se reproduce en la relación ente éste y el sindicato. De ahí que de la confrontación entre la teoría de la incorporación con el principio de autonomía colectiva se prefiera al segundo, privilegiándose con ello el derecho de la organización sindical a gozar de plena libertad para establecer las estipulaciones que las circunstancias hagan aconsejable en un determinado contexto, entre las que se incluye la de extinguir un convenio colectivo, reemplazar al anterior o disponer de los beneficios preexistentes, ampliándolos, reduciéndolos o suprimiéndolos.*” (Op.cit., pp.113-114.). En el mismo sentido, vid. Toyama (Op. cit. p.166), González Hunt (Op.cit., p. 150), Pasco Cosmópolis (“En torno a...”, Op.cit., p.85.) y Boza Pró (“Los principios...”, Op.cit., p.36.)

Toda relación laboral, como es sabido, atraviesa por tres fases: constitutiva, de desarrollo (o desenvolvimiento) y extintiva. Interesa, por ello, plantearse si el principio de irrenunciabilidad de derechos opera en todas o solo en algunas de ellas.

La doctrina coincide en señalar que dicho principio no está circunscrito a la fase de desenvolvimiento de la relación laboral, sino que es aplicable en todas sus fases.⁸⁶⁶ De este modo, en la fase constitutiva, o contractual, no será admisible que el trabajador formule una renuncia anticipada a sus derechos. Plá Rodríguez señala que en este caso se configura una presunción *jure et de jure* de que fue constreñido para ello para ingresar o permanecer en la empresa, siendo nula de pleno derecho dicha renuncia.⁸⁶⁷

Durante la relación laboral el principio tiene plena vigencia, pues no es válido que el trabajador mediante novaciones del contrato original o pactos con el empleador, convenga en reducir los derechos y beneficios que le corresponden en virtud de normas imperativas.

Al extinguirse la relación laboral, es cuando para algunos se suscitan dudas, respecto a la posibilidad de que el principio se relativice, teniendo en cuenta que al no existir ya dicha relación el estado de necesidad del trabajador ha desaparecido. En ese sentido, se plantea la posible validez de la transacción que pueda realizar el trabajador con el empleador respecto de derechos o beneficios pendientes de pago.

De Ferrari señala que la situación de evidente inferioridad que lleva, frecuentemente, al trabajador a renunciar a sus derechos no es producto del contrato de trabajo y, por tanto, no existe únicamente cuando este se encuentra vigente sino que “(...) *esa situación es de origen social y proviene de la injusta distribución de la riqueza y de la división de la sociedad en clases sociales*”

⁸⁶⁶ Cfr. BOZA PRÓ, “Los principios...”, Op.cit., pp.36-37 y TOYAMA MIYAGUSUKU, Op.cit., pp.167-168.

⁸⁶⁷ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., pp.101-102.

*caracterizadas por una profunda desigualdad.”*⁸⁶⁸ Concluye por eso, categóricamente, que “(...) *ni durante la vigencia del contrato, ni después del fin de la relación de trabajo, debe ser permitido transar en esta materia (...).*”⁸⁶⁹

La transacción, como lo indica Pasco, es un equivalente jurisdiccional, así como un mecanismo de composición bilateral, cuya esencia estriba en las mutuas concesiones que ambas partes se hacen, por lo que es propio de su naturaleza que exista renuncia recíproca de derechos, situación que diferencia a esta figura del desistimiento o el allanamiento.⁸⁷⁰ Opina por ello, que solo podría versar sobre derechos disponibles, pero no respecto de los que tienen carácter irrenunciable.⁸⁷¹ Butrón destaca el hecho de que uno de los efectos de la transacción consiste en extinguir los derechos y obligaciones a que las partes hubieren renunciado, razón por la que considera que la transacción vulneraría el principio de irrenunciabilidad de derechos, salvo que versara sobre derechos disponibles.⁸⁷²

⁸⁶⁸ DE FERRARI, Op.cit., p.359. Menciona este autor que la idea de que las transacciones realizadas después de la terminación de la relación laboral son anulables fue recogida en el artículo 2113 del Código Civil italiano, la cual estuvo sustentada en el informe del Ministro de Justicia de Italia, en el cual se expuso que “*el trabajador presta su conformidad en condiciones de aminorada libertad por temor de un despido o por la necesidad económica en que se encuentra. Esta doble razón de la tutela jurídica lleva a no distinguir entre renunciaciones o transacciones hechas con anterioridad o después de la cesación de la relación.*” (Ibídem, pp.359-360.).

⁸⁶⁹ Ídem, p.360.

⁸⁷⁰ PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”, Op.cit., p.109.

⁸⁷¹ PASCO COSMÓPOLIS, “En torno...”, Op.cit., p.76.

⁸⁷² BUTRÓN FUENTES, José. 2004 “Transacción, Conciliación y Desistimiento”, En “Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano”, Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p.159. Precisa este autor que: “*El artículo 1303º del Código Civil, establece en forma meridiana que cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción, debe ser renunciada expresamente, esto es, que la transacción obliga a renunciar a las partes a cualquier acción futura, dado el efecto extintivo que le es inherente pues la anterior relación es eliminada.*

*Si ello es así, en materia laboral no es posible que el trabajador **renuncie vía transacción**, a reclamar derechos laborales promoviendo un proceso judicial en contra de su empleador, pues el derecho de acción se vería limitado y coactado, afectando el principio de irrenunciabilidad de derechos, ya que los derechos económicos nacidos de la relación laboral, si fueran transigidos, aún en ese supuesto, no impediría ejercer su reclamación ante el órgano jurisdiccional dentro del plazo prescriptorio.* (Ídem, pp.158-159.)

Por esta razón, nuestra legislación infraconstitucional rechaza la transacción y sólo admite la conciliación como mecanismo de composición de las controversias laborales.

Respecto a ésta, Pasco considera que su esfera propia es la de los derechos inciertos y dudosos, aún cuando fueran de carácter irrenunciable, es decir la *res dubia*, la cual, por carecer de certeza, es una mera aspiración pero no un derecho cierto,⁸⁷³ opinión ésta con la que concuerda Rendón Vásquez.⁸⁷⁴ Las características de la conciliación como un acuerdo precoz, definitivo y justo, son destacadas por Zegarra Garnica: *“Es precoz, porque se da y surte efecto antes de la sentencia, laudo o resolución. Es definitivo porque produce el mismo efecto que la sentencia, laudo o resolución. Es justo porque no implica renuncia o reducción de derechos o beneficios adquiridos y tutelados por las leyes laborales”*.⁸⁷⁵

Mediante la conciliación, por consiguiente, tampoco puede producirse la renuncia de los derechos indisponibles del trabajador ⁸⁷⁶, razón por la cual la validez de ésta queda condicionada a la ausencia de tal renuncia, además de a la observancia de estrictos requisitos formales a través de los cuales la autoridad judicial ejerce control sobre la conformidad del acuerdo conciliatorio con el principio de irrenunciabilidad. ⁸⁷⁷

⁸⁷³ PASCO COSMÓPOLIS, Loc.cit.

⁸⁷⁴ *“La conciliación es válida si consiste en el acuerdo sobre una cantidad de unidades, semanas, años de trabajo, obra, salarios dominicales o de feriados, cuyo número debe establecerse en el procedimiento; si versa sobre cantidades mayores a los límites mínimos que no se ha determinado bien; casos en los cuales los créditos o derechos del trabajador no son aún ciertos, vale decir que, como cuestiones fácticas, están todavía por probarse. La conciliación evita el procedimiento probatorio, en aras de una finalización rápida del conflicto y del pago consiguiente al trabajador.”* (RENDÓN VÁSQUEZ, Op.cit., pp. 78-79.)

⁸⁷⁵ Citado por PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”, p.106.

⁸⁷⁶ *“La conciliación es nula si establece una renuncia a derechos establecidos por las normas legales o las convenciones colectivas. No se puede, así, admitir la renuncia a percibir, cuando menos, la remuneración mínima, a gozar de vacaciones remuneradas con la extensión que fija la norma, a recibir cualquier otro pago obligatorio, a la jornada y la semana máximas, al pago del tiempo extraordinario de trabajo, a la higiene y la seguridad en el trabajo, a la libertad de sindicación, a la negociación colectiva, a la huelga, etc.”* (RENDÓN VÁSQUEZ, Op.cit., p. 78.)

⁸⁷⁷ La Ley Procesal del Trabajo, N° 26636, establece dos formas de conciliación: la judicial y la extrajudicial. La judicial es promovida por el Juez en la audiencia única del proceso ordinario laboral y en caso que las partes arriben a un acuerdo, se establece que la fórmula conciliatoria deberá ser aprobada por el Juez quien *“deberá observar el principio de*

Una figura procesal a través de la cual podría ocurrir la renuncia de derechos es el desistimiento. Este, en efecto, podría ocultar una transacción extrajudicial, en virtud de la cual el trabajador se obliga a retirar la demanda incoada.

Butrón señala que es un instituto del Derecho Procesal que “(...) es un acto jurídico que implica una manifestación de voluntad unilateral por el que se renuncia a una pretensión, se deja sin efecto algún acto procesal o el proceso.”

⁸⁷⁸ En efecto, el desistimiento puede realizarse respecto del proceso o de la pretensión. En el primer caso, queda incólume la pretensión del demandante que se aparta del proceso, por lo que no existe renuncia de derechos, toda vez que al no producir efectos definitivos, el trabajador podrá volver a promover un nuevo proceso.⁸⁷⁹ En este caso, como lo sostiene Pasco, no hay renuncia sino postergación, la cual no mengua el derecho sustantivo, que el trabajador puede ejercitar a través de una acción ulterior.⁸⁸⁰

Distinto, por completo, es el efecto del desistimiento de la pretensión, pues en este caso la decisión del trabajador afecta el derecho mismo y por ello implica una renuncia a este: “*El desistimiento de la pretensión es denominado como una **renuncia** o desistimiento del derecho y por ende de la acción. Es una declaración indubitable por la que el actor abandona aquello que pretende en sede jurisdiccional.*”⁸⁸¹ Por ello, el desistimiento de la pretensión afecta el principio

irrenunciabilidad respecto de los derechos que tengan ese carácter.” (LPT, art.66°). La conciliación extrajudicial puede ser, a su vez, privada y administrativa. La primera es voluntaria y puede realizarse ante una entidad o conciliador individual, pero para su validez requiere “(...) ser homologada por una Sala Laboral ante solicitud de cualquiera de las partes, caso en el cual adquiere autoridad de cosa juzgada.” (LPT, art.103°). Es obvio que el acto de homologación por la Sala Laboral tiene por objeto que esta garantice que la conciliación no contiene renuncia de derechos.

Finalmente, la conciliación administrativa es la que realiza el Ministerio de Trabajo, a través de sus servicios, siendo facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador (LPT, art.103°). El ejercicio de esta función ha sido regulado en el Título III del Decreto Legislativo N° 910, en el cual se establece que el acta de conciliación, que debe contener una obligación cierta, expresa y exigible, constituye título ejecutivo y tiene mérito de instrumento público (art. 32.2.). Conforme al artículo 76° de la LPT, las actas de conciliación judicial o extrajudicial son títulos de ejecución.

⁸⁷⁸ BUTRÓN FUENTES, Op.cit., p.164.

⁸⁷⁹ Ídem, p.165.

⁸⁸⁰ PASCO COSMÓPOLIS, “En torno...”, Op.cit., p.77.

⁸⁸¹ BUTRÓN FUENTES, Op.cit., p.166.

de irrenunciabilidad de derechos, por lo que no es admisible respecto de los derechos de carácter indisponible.⁸⁸²

3.2.2.6. Eficacia jurídica del principio.

La norma constitucional que consagra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, tiene plena eficacia jurídica para privar de validez a los actos que la vulneren. Establecido para proteger al trabajador, es obvio que la violación de este principio debe merecer una reacción rotunda del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, las renunciaciones a los derechos indisponibles “(...) *carecen de todo efecto: son absolutamente ineficaces, o sea, insubsanablemente nulas. Se sanciona, pues, la infracción a estas normas de la manera más severa: con la nulidad. No la mera anulabilidad, la nulidad de pleno derecho que se debe declarar aunque el interesado no lo solicite.*”⁸⁸³ Rendón Vásquez destaca que a pesar de que el actual artículo 26.2 de la Constitución no tiene la expresión “Todo pacto en contrario es nulo”, que se encontraba en la Constitución de 1979, “(...) *es evidente que la irrenunciabilidad tiene como efecto la nulidad del acto de renuncia del derecho reconocido por la constitución o la Ley.*”

La vigencia del principio de irrenunciabilidad requiere, como contrapartida, la sanción de nulidad de los actos que lo contravienen “(...) *porque si la renuncia no conllevara sanción sería una recomendación, no un mandato imperativo (...). Si la normativa consagrara la irrenunciabilidad como simple desideratum, el acta consagradorio de la renuncia no podría ser invalidado, por falta de norma que así lo determinara.*”⁸⁸⁴

⁸⁸² “(...) *solo es factible el desistimiento del proceso o de algún acto procesal, dado que los mismos, no vulneran el principio de la irrenunciabilidad de derechos, en tanto que el desistimiento de la pretensión, sólo es válido si se trata de derechos disponibles, tal como lo prescribe la norma laboral, toda vez, que el Juez, tiene la facultad discrecional para velar por que no se afecten los derechos irrenunciables de los trabajadores, por lo que en sede judicial, debe analizarse el desistimiento de la pretensión, o en su caso, hacer la discriminación de aquellos derechos indisponibles de los disponibles, que si pueden ser materia de desistimiento judicial.*” (Ibídem, p.168).

⁸⁸³ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., pp.110-111.

⁸⁸⁴ PASCO COSMÓPOLIS, “En torno...”, Op. cit .p.75.

Como lo expone De la Cueva, la nulidad no necesita ser declarada ni reconocida; opera automáticamente, por lo que el trabajador puede accionar en cualquier momento para exigir el cumplimiento del derecho que le corresponde.⁸⁸⁵ Una regla peculiar del derecho del trabajo es que dicha nulidad no afecta la totalidad del contrato, sino la cláusula en que consta la renuncia, permaneciendo vigente la relación laboral ⁸⁸⁶, solución que obedece al hecho de que el derecho laboral pretende proteger al trabajador evitando, hasta donde sea posible, la terminación de la relación laboral, lo que representaría un perjuicio para el trabajador.⁸⁸⁷

Las cláusulas nulas son sustituidas, de forma automática, por las normas o derechos imperativos que fueron materia de renuncia, sin que por tanto se produzca vacío alguno. En realidad tal “vacío” nunca existió, porque siendo el de trabajo un “contrato normado”, cuyo contenido está predeterminado, en gran parte, por las normas heterónomas o las provenientes de la autonomía colectiva, la relación de trabajo desde su inicio está regulada por éstas, siendo irrelevantes las que se hubieran estipulado, en sentido contrario, en el contrato o en otro documento.⁸⁸⁸

3.2.3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda (in dubio pro operario)

3.2.3.1. Antecedentes.

⁸⁸⁵ DE LA CUEVA, T.I, Op.cit., p.258.

⁸⁸⁶ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.111.

⁸⁸⁷ Cfr. DE LA CUEVA, Loc.cit.

⁸⁸⁸ “(...) el contrato se inserta hoy en un cuadro regulado extensa e intensamente por la normativa laboral de origen estatal y de origen convenido. Tales normas –muchas de ellas de carácter imperativo- se refieren prácticamente a todos los aspectos de la relación de trabajo (contenido de la prestación del trabajador, tiempos de trabajo, retribuciones, descansos, condiciones de seguridad e higiene, vicisitudes de la relación a través del tiempo, suspensiones, causas de extinción de la relación, etc.), de tal forma que, celebrado el contrato mediante el acuerdo entre las partes, automáticamente le resultan aplicables aquellas normas, sin que los contratantes tengan que hacer ninguna declaración expresa en tal sentido; es más, si que, en buena parte de aquel conjunto normativo, puedan impedirlo. De ahí la denominación del de trabajo como “contrato normado”, género del que existen otros supuestos en el ámbito de la contratación privada, aunque quizás sea el de trabajo una de las expresiones más acabadas, si no la que más.” (MARTÍN VALVERDE et al, Op.cit., p.474.)

Encontramos el antecedente normativo de este principio en el enunciado contenido en el artículo 57º de la Constitución de 1979: *“En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador.”*

3.2.3.2. Concepto.

El principio según el cual, como lo expresa el artículo 26.3 de nuestra Constitución, rige la *“Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”*, es una manifestación específica del principio *“pro operario”*, el mismo que, según Plá Rodríguez, comprende las siguientes reglas: i) *“in dubio pro-operario”*, ii) la de norma más favorable y iii) la de condición más beneficiosa.⁸⁸⁹

La primera de estas reglas, que es objeto de nuestro estudio, es el *“Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir ente varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.”*⁸⁹⁰ En el ámbito judicial, el principio *“pro-operario”*, afirma Alonso García, *“(…) tiene una única posibilidad: la que nazca de la interpretación de la norma. Entre varias interpretaciones posibles –todas, por tanto, ajustadas a derecho- el juez puede seguir la más favorable al trabajador.”*⁸⁹¹

El principio *“pro operario”* tiene, según Alonso Olea, dos acepciones: una amplia, que comprende todas las reglas de aplicación y que se inclina por aplicar siempre la norma que conceda mayores ventajas o derechos al trabajador y otra, estricta, conforme a la cual se trata de un principio de interpretación de la norma que resulte aplicable.⁸⁹² En esta segunda acepción, *“(…) la norma jurídica, aplicable*

⁸⁸⁹ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.40.

⁸⁹⁰ Ibídem.

⁸⁹¹ ALONSO GARCÍA, Op.cit. , p.251. Sostiene, igualmente, que *“En realidad, el principio pro operario se convierte, por este camino, en mera traducción, en el campo jurídico-laboral, de lo que es el principio pro reo en el Derecho Penal.”* (Ibídem.)

⁸⁹² ALONSO OLEA , et al, Op.cit., p.971.

*a las relaciones de trabajo y de Seguridad Social, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para trabajador o beneficiario.”*⁸⁹³

El Tribunal Constitucional ha conceptualizado el principio en la siguiente forma:

*“Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.”*⁸⁹⁴

Este principio se ubica, por consiguiente, en la etapa de aplicación de la norma, cuando el sentido de esta no es claro y resulta, por ello, necesario recurrir a su interpretación. Se desplaza por ello, como lo anota Alonso García, al ámbito judicial, como un criterio que habrá de observar el juzgador en el proceso interpretativo de la norma.

3.2.3.3. Fundamento.

Si, como lo señala Plá Rodríguez, la regla *“in dubio pro operario”* es una de las tres manifestaciones del principio *“pro-operario”*, resulta obvio que tiene sustento, directo e inmediato, en este principio.

En el mismo sentido, Desdentado Bonete, dice que no puede atribuirse carácter tuitivo autónomo a este principio sino derivarlo del carácter tuitivo de la norma laboral pues (...) *como ésta tiene la finalidad de proteger al trabajador, en caso de duda sobre dos o más sentidos de la misma debe ser preferido aquel que resulte más favorable al trabajador. En esta concepción el principio in dubio pro*

⁸⁹³ *Ibidem.*

⁸⁹⁴ STC 008-2005-PI/TC, FJ.21.

*operario no tiene autonomía sino que es una manifestación en el plano de la interpretación del principio de favor.”*⁸⁹⁵

Cesarino Junior deduce el principio del carácter protector del derecho laboral: *“Siendo el derecho social, en último análisis, un sistema legal de protección a los económicamente débiles (hiposuficientes), es claro que, en casos de duda, debe favorecer la interpretación al económicamente débil, que es el trabajador que litiga con el patrono”*⁸⁹⁶

Es indudable, por tanto, que el fundamento del principio -o regla- “in dubio pro-operario” reside en el principio protector o tuitivo que inspira al derecho del trabajo. Del mismo modo que este actúa en el momento de la formulación de las normas para dotarlas de un sentido protector, también opera en el momento de su aplicación, para superar las dudas interpretativas que pudieran existir, en favor del trabajador.

3.2.3.4. Alcances.

Para delimitar el principio sujeto a estudio, es necesario, de un lado, distinguirlo de otras figuras parecidas, que responde al mismo propósito protector y, del otro, precisar cual es el supuesto en que cabe aplicarlo.

Respecto a lo primero, es frecuente la confusión de este principio con el de “norma más favorable.” Ambos, sin duda, se orientan hacia la aplicación de lo que sea más favorable al trabajador, pero las situaciones en que cada uno de ellos resulta aplicable son diferentes.

⁸⁹⁵ DESDENTADO BONETE, Aurelio. 2003 “El Principio Pro Operario” En “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Capítulo 3, De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (directores). Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.95. Desdentado se opone así a cierta concepción que ve en este principio una facultad del juez social para corregir , al interpretar la norma, la desigualdad material de las partes del contrato, dotándolo, así, de autonomía conceptual respecto del principio “pro-operario”. Considera que esta noción *“atribuye al juez laboral una función que no le corresponde y que compromete su imparcialidad.”* (Ibídem.).

⁸⁹⁶ Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.26.

Según Plá Rodríguez este principio *“Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.”*⁸⁹⁷ Alonso Olea y Casas Baamonde, hacen jugar este principio en relación al de “norma mínima”, resaltando que ante la concurrencia de varias normas, de diversos rangos, aplicables al mismo caso, la que, en definitiva regula la relación es la que resulte más favorable para el trabajador con independencia de su rango, *“(…) con lo que la ordenación jerárquica resulta así deshecha por el principio de norma más favorable, que erige a ésta, y no a la de mayor rango, en fuente principal.”*⁸⁹⁸ La solución del supuesto de concurrencia de normas, optando por la más favorable al trabajador y no por la de mayor jerarquía, es, a criterio de Alonso García, *“(…) lo que otorga carácter peculiar, en este punto, al Derecho del Trabajo.”*⁸⁹⁹

Desde una perspectiva distinta, Martín Valverde considera que el principio de la “norma más favorable” es de aplicación en presencia de una pluralidad de normas aplicables a una misma situación, cuando entre ellas existe conflicto, por lo cual *“(…) entre dos normas que mantienen una relación de concurrencia conflictiva, da preferencia en la aplicación a aquella que resulta más beneficiosa para los trabajadores.”*⁹⁰⁰

Compartiendo esta posición, Neves Mujica precisa el campo de aplicación del principio indicando que este sólo es aplicable en *“(…) cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo hecho, de modo incompatible entre sí. En tal hipótesis, el problema central es el de la selección de la norma aplicable: cual se escoge y porqué.”*⁹⁰¹

⁸⁹⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.40.

⁸⁹⁸ ALONSO OLEA et al, Op.cit., p.952. Precisan estos autores que *“El ámbito de aplicación del principio (...) alcanza a los supuestos de colisión o concurrencia conflictiva entre normas estatales, entre normas pactadas y entre normas estatales y pactadas.”* (Ídem, p.953.)

⁸⁹⁹ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.253.

⁹⁰⁰ MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Concurrencia y articulación de normas laborales”, 1978, en Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, N° 119, p.28.

⁹⁰¹ NEVES MUJICA, “Introducción...” Op.cit., p.127. Como este autor lo indica, la tesis que adopta, coincidiendo con Martín Valverde, es la de que el principio sólo se aplica en caso de

En cualquier caso, y más allá de los diferentes enfoques que puedan existir, el principio de “norma más favorable” está concebido para dar solución a un problema distinto de aquel que se trata de resolver con el principio “in dubio pro operario”. La misión del principio de “norma más favorable” se ubica, incluso, en un momento anterior a aquel en que puede plantearse la aplicación de éste último, pues consiste en seleccionar la norma aplicable, entre las varias que concurren a la regulación del caso. Una vez elegida la norma aplicable, esta puede presentar, o no, un problema de interpretación, en caso de no tener un sentido claro e inequívoco. Si ese problema no existe, no será necesario recurrir el principio “in dubio pro operario” y si lo tiene, este será resuelto mediante la aplicación de dicho principio. En cualquier caso, el supuesto de hecho en que aquel opera es el de una sola norma aplicable al caso, y no el de una pluralidad concurrente de normas, lo que lo diferencia claramente del principio de norma más favorable.⁹⁰²

El principio de “norma más favorable” no ha sido reconocido por la Constitución, aunque sí lo ha hecho la normativa infraconstitucional.⁹⁰³

En relación a la segunda cuestión que planteamos al inicio, esto es, al supuesto en que cabe aplicar el principio, Montoya Melgar afirma que este “(...) exige, como presupuesto necesario, la existencia de una res dubia, de una pluralidad

conflicto, pero no, como lo afirma otra tesis, en el juego entre la norma mínima y otra norma, incluso de menor rango, que supera dicha piso. En esta última tesis, se encuentra, por ejemplo, Alonso Olea.

⁹⁰² La diferencia entre ambos principios la explica Desdentado Bonete en la siguiente forma: “Lo característico del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo es una especial modulación de la relación de jerarquía en el bloque de disposiciones de Derecho necesario relativo, que se conoce como principio de norma mínima/norma más favorable o como principio de suplementariedad: la norma superior tiene un contenido mínimo que se impone a la norma inferior, que sólo puede así actuar como norma más favorable, sea de forma individualizada o en su conjunto (art. 3.3). Estamos aquí en un sistema de articulación claramente inspirado en el principio de favorabilidad o en el principio pro operario, pero que no tiene ninguna relación con el principio in dubio pro operario, porque no se trata de interpretar una norma sino de determinar cuál es la norma que tiene que ser aplicada y en su caso interpretada.” (DESDENTADO BONETE, Op.cit., p.93.)

⁹⁰³ La Ley Procesal de Trabajo lo enuncia en el artículo II del Título Preliminar, conjuntamente con el “in dubio pro operario”: “El Juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador.”

de posibles interpretaciones de la norma.”⁹⁰⁴ Para Alonso García será necesario aplicarlo sólo en cuanto de la interpretación de la norma realizada por el juez “(...) *quepa deducir varios sentidos posibles –todos lógicos y justos-, de los que alguno sea más favorable al trabajador que el otro o los otros.*”⁹⁰⁵ Por consiguiente, el principio sólo es aplicable cuando hay una “verdadera duda”, según Plá Rodríguez.⁹⁰⁶

El Tribunal Constitucional, ha ordenado los criterios que, a su juicio, deben presidir la aplicación de este principio, en la siguiente forma:

- “- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.”⁹⁰⁷

La “duda insalvable” acerca del sentido de la norma, a que hace referencia el artículo 26.3 de nuestra Constitución requiere, por consiguiente que el intérprete (el juez) haya agotado los métodos de interpretación de las normas, reconocidos por la teoría general del derecho y, no obstante ello, no haya podido encontrar un sentido unívoco e incuestionable a la norma, al subsistir, tras dicha operación hermenéutica, diversas interpretaciones de la misma. En tal caso, el juez deberá superar esta situación de duda, eligiendo el sentido que considere más favorable al trabajador.⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ MONTROYA MELGAR, “Derecho...” Op.cit., p.215. Apunta el mismo autor que “Obviamente, si el sentido de ésta es unívoco y terminante no hay lugar para la invocación del principio de favor al trabajador (...)” (Ibidem.)

⁹⁰⁵ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.251.

⁹⁰⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.43.

⁹⁰⁷ STC 008-2005-PI/TC, FJ. 21.

⁹⁰⁸ Desdentado Bonete objeta la existencia del principio mismo, al señalar que lo que este persigue puede ser alcanzado aplicando el método de interpretación teleológico: “Pero es que si además nos atenemos al fundamento del principio *in dubio pro operario*, hay que concluir que en la medida en que tal principio sólo es aplicable a las normas laborales que

El juez, sin embargo, no puede ir más allá en nombre de este principio, pues éste no puede ser empleado para corregir ni integrar la norma, sino únicamente para establecer su verdadero sentido entre varios posibles. Barassi formula una contundente objeción a esta posibilidad, señalando que al juez no le es dado crear la norma aduciendo la regulación deficiente del derecho del trabajo, por lo que las lagunas del derecho deben llenarse con otros criterios, como la analogía y los principios generales.⁹⁰⁹

Con la misma claridad, Plá Rodríguez sostiene que “(...) *cuando una norma no existe, no es posible recurrir a este procedimiento para sustituirse al encargado de dictarla, y mucho menos es posible apelar a esta regla para apartarse del significado claro de la norma. O para atribuirle a ésta un sentido que no puede desprenderse de ninguna manera de su texto ni de su contexto.*”⁹¹⁰ Considera Desdentado, en el mismo sentido, que cuando la norma se ha dictado con una finalidad protectora del trabajador, como es el caso de las normas laborales, debe ser interpretada con arreglo a esa finalidad, pero que “*Esto ya no sucede cuando no hay norma: en la laguna no puede manifestarse una voluntad de protección, porque en el vacío no hay voluntad. No se ha encargado al juez social la tarea de integrar el ordenamiento laboral dictando normas alternativas favorables al trabajador.*”⁹¹¹

tienen un contenido tuitivo se confunde en la práctica con el criterio teleológico en virtud del cual las normas deben ser interpretadas atendiendo fundamentalmente a su finalidad. Si la finalidad de la norma es proteger al trabajador, aquélla deberá ser interpretada de acuerdo con esa finalidad conforme al artículo 3.1 del Código Civil y no es necesario recurrir al principio. Si la norma no tiene esa finalidad, no procederá aplicar el principio in dubio pro operario porque, al recurrir a él se vulneraría la regla del artículo 3.1 del Código Civil y el propio sentido común. Op.cit., p.98.).

⁹⁰⁹ Cfr. BARASSI, Ludovico. 1953, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Alfa, p.240-241. Resume su posición afirmando: “*Como puede verse, se trata de una materia en plena fluidez; pero, tal vez pueda quedar firme la conclusión en el sentido de una interpretación favorable al trabajador, en caso de duda. Repito, sin embargo, que eso sólo puede ser así en caso de duda sobre el alcance de la norma escrita. No debe pensarse que, en homenaje al espíritu de los tiempos, se puedan exceder no sólo los límites de la fórmula literal, sino también los del espíritu general de la ley, tal como resulta objetivamente del complejo de las normas*” (Ídem, p.245.).

⁹¹⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.43.

⁹¹¹ DESDENTADO BONETE, Op.cit., p.94.

3.2.3.5. Ámbito.

3.2.3.5.1. Ámbito objetivo o material.

El enunciado constitucional, y el que formula la doctrina, sitúa el ámbito material u objetivo del principio “in dubio pro operario”, en relación a una norma, que requiere ser interpretada para ser aplicada de acuerdo con su finalidad. Interesa, por ello, delimitar cuales son las normas a las que aquel es aplicable.

No existe obviamente, discusión alguna acerca de las disposiciones constitucionales y legales, las cuales, al estar imbuidas de una finalidad protectora del trabajador, devienen susceptibles, en caso de duda sobre su sentido, de ser interpretadas en el sentido más favorable al trabajador. Sin embargo, se han formulado objeciones a la utilización de este principio para interpretar la convención colectiva de trabajo.

Barassi, sostiene que, a diferencia de las leyes protectoras y asistenciales, que se proponen proteger al trabajador, el convenio colectivo es la composición de intereses contrapuestos situados en el mismo plano. A juicio del profesor italiano:

*“Mientras que en la relación individual de trabajo, la posición preeminente es, sin duda, la del empresario, y por ello se comprende que las leyes que la regulan se deban interpretar a favor del trabajador en caso de duda, en cambio, la categoría de los trabajadores considerada en su encuadramiento y en la protección (que realiza) por medio de la asociación respectiva, se puede considerar en el mismo plano que la categoría que los empleadores.”*⁹¹²

Similar posición es la de Desdentado, quien considera que por el hecho de ser el producto de la negociación entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, el convenio colectivo expresa un equilibrio de intereses contrapuestos, del que está ausente un designio de protección exclusiva del trabajador.⁹¹³

⁹¹² BARASSI, Op.cit., p.243.

⁹¹³ Cfr. DESDENTADO BONETE, Op.cit., p.96.

Plá Rodríguez refuta esta objeción, sosteniendo que, pese a ser el fruto de la negociación, el convenio colectivo, también tiene un fin protector:

*“Se sabe que toda norma laboral tiene un propósito protector. Que ese propósito lo haya concretado el legislador en un texto legal o el sindicato, actuando en representación de los propios trabajadores, en un convenio colectivo, no altera sustancialmente las cosas. Lo cierto es que la norma está inspirada por una finalidad protectora del trabajador y, en consonancia con esa finalidad, la aplicación debe efectuarse con un ánimo de protección o, mejor dicho, resolviendo los casos de duda en favor de quien debía ser protegido.”*⁹¹⁴

También Neves Mujica es partidario de aplicar el principio “in dubio pro operario” a la interpretación de la convención colectiva, porque, según su criterio, el hecho de haya existido aparente igualdad entre los sujetos al producir la norma “(...) *no impide emplear el in dubio pro operario, ya que el momento de la aplicación de la norma resurge la desigualdad (empleador y trabajador)*”⁹¹⁵ Esta misma perspectiva, según la cual, la situación de debilidad del trabajador subsiste al momento de la aplicación del convenio colectivo y, por ende, justifica la aplicación del principio para superar la duda que pudiera existir acerca de su sentido, es la que sirve de fundamento a la posición de Plá Rodríguez.⁹¹⁶

En realidad no hay motivo para negar al convenio colectivo una finalidad protectora. Es verdad que éste no nace de la voluntad del legislador, sino de las partes que lo celebran, pero no hay que olvidar que el convenio colectivo se construye a partir de las reivindicaciones planteadas por los trabajadores a sus empleadores para obtener derechos y beneficios o a mejorar los que ya tienen, por lo que el hecho de que aquellas queden plasmadas en el convenio como producto de la negociación con el empleador - es decir de la aceptación de este

⁹¹⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.51

⁹¹⁵ NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit.,p.121

⁹¹⁶ “No es que se suponga que la norma éste mal redactada o adolezca de ambigüedades u otras deficiencias como consecuencia de la debilidad del trabajador. Esa debilidad afecta a cada trabajador individual a quien se le va a aplicar la norma. La desigualdad que debe compensarse surge en el momento de la aplicación, y no en el de la elaboración de la norma, por lo que no interesa la forma en que ella se haya formado.” (PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.51.)

de dichas aspiraciones- no priva al convenio colectivo de sentido protector. Los derechos y beneficios que los trabajadores alcanzan a través de la negociación colectiva, tienen por objeto protegerlos y elevar su nivel de vida, por lo que, en caso de duda, deben interpretarse en armonía con esa finalidad.

El Tribunal Constitucional incluye a los convenios colectivos dentro de las normas respecto de las cuales es aplicable el principio objeto de nuestro estudio.⁹¹⁷ Sin embargo, como es sabido (Infra, 3.3.2.) el convenio colectivo, además de su contenido normativo, tiene cláusulas obligacionales y delimitadoras, las cuales no tienen, propiamente, la condición de “norma”. Por esta razón, Neves Mujica rechaza la aplicación del principio a estas cláusulas, por no tratarse de un producto normativo.⁹¹⁸

Con el mismo argumento, Neves Mujica excluye del ámbito del principio, al contrato de trabajo, el cual es considerado por el Tribunal Constitucional dentro de la enumeración de las normas sujetas a dicho principio.⁹¹⁹ No obstante, considera que la protección de la parte débil del contrato - el trabajador - puede lograrse aplicando un principio semejante del derecho civil: “*in dubio contra stipulatorem*”. Este se encuentra previsto en el artículo 1401 del Código Civil, con arreglo al cual las estipulaciones redactadas por una de las partes se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra.⁹²⁰ Plá Rodríguez, sin embargo, considera aplicable la regla “*in dubio pro operario*” al contrato de trabajo, aunque afirma que, adicionalmente, también se puede invocar el principio “*in dubio contra stipulatorem*”.⁹²¹

⁹¹⁷ STC, 008-2005-PI/TC, FJ. 21.

⁹¹⁸ Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.121. Una norma infralegal, como lo es el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 011-92-TR), indica, en su artículo 29º, que las cláusulas normativas de las convenciones colectivas se interpretan como normas jurídicas y las cláusulas obligacionales y delimitadores según las reglas de los contratos.

⁹¹⁹ “El principio *indubio pro operario* será aplicable cuando existe un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación; mas no de integración normativa. La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.” (STC, 008-2005-PI/TC, FJ. 21.)

⁹²⁰ Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit. pp.121-122.

⁹²¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., pp.50-51.

Creemos que la referencia del artículo 26.3 de nuestra constitución al “sentido de una norma”, no deja lugar a dudas acerca del ámbito objetivo de aplicación del principio “*in dubio pro operario*” que se encuentra referido, exclusivamente, a los productos normativos, quedando, por consiguiente, fuera de aquel ámbito los que carecen de este contenido, como es el caso del contrato de trabajo.⁹²²



⁹²² En el caso de la costumbre, Neves Mujica destaca que correspondiendo a quien la alega probar su existencia, no es aplicable el principio “*in dubio pro operario*” para resolver la duda acerca de su existencia, pero una vez acreditada, el principio le es aplicable por tratarse de una verdadera norma. (Cfr. Neves Mujica, “Introducción...”, Op.cit., p.122.)

3.2.3.5.2. Ámbito subjetivo.

Desde esta perspectiva, se plantea la cuestión atinente a si la aplicación del principio solo procede cuando de la interpretación de la norma se favorece al trabajador o si también puede aplicarse cuando el beneficiario de dicha interpretación sea una organización sindical.

Nuevamente, la objeción a que el principio pueda utilizarse para favorecer a una organización sindical se justifica en el hecho de que esta no se encuentra en la situación de debilidad y desigualdad que es propia del trabajador como individuo, porque la fuerza que le atribuye la unión de los trabajadores, equipara el poder del empleador. Neves Mujica considera, sin embargo, que esta paridad puede ser en ciertos países o períodos más teórica que real y que, asimismo, “(...) *lo que beneficia al colectivo reincide sobre los individuos que lo componen*”, razón por la cual se muestra favorable a la aplicación del principio en este supuesto.⁹²³

Compartimos este criterio, porque consideramos que el sentido protector del derecho laboral, que fundamenta este principio, no tiene porqué excluir a las organizaciones constituidas por los trabajadores para la defensa de sus intereses y derechos. Los sindicatos son el instrumento privilegiado para la promoción económica y profesional de aquellos así como la garantía de los derechos que les corresponde, motivo por el cual todo aquello que favorezca a éstos redundará inevitablemente en beneficio de los trabajadores individuales.

3.2.4. Primacía de la realidad.

3.2.4.1. Concepto.

“El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe

⁹²³ Ídem, p.121.

*darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”, afirma Plá Rodríguez, autor que ha desarrollado ampliamente este principio.*⁹²⁴

Neves Mujica, por su parte, lo define así: *“Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina.”*⁹²⁵

El Tribunal Constitucional, recogiendo los conceptos desarrollados por la doctrina, afirma que el principio de primacía de la realidad *“(…) significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.”*⁹²⁶

3.2.4.2. Un principio “implícito”.

El principio de “primacía de la realidad”, no se encuentra entre los principios que rigen la relación laboral enumerados en el artículo 26° de la Constitución. No obstante, la jurisprudencia del TC lo considera ubicado en el mismo rango que aquellos explícitamente mencionados, atribuyéndole la condición de “principio implícito” en el ordenamiento constitucional:

*“Con relación al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que “(…) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (cf. fundamento 3 de la STC 1944-2002-AA/TC).”*⁹²⁷ (subrayado agregado).

⁹²⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.242.

⁹²⁵ NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.36.

⁹²⁶ STC, 1944-2002-AA/TC, FJ. 3.

⁹²⁷ STC, 04699-2005-PA/TC, FJ.4. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4766-2005-Lima (AVALOS JARA, Oxal Víctor, “Precedentes

La noción de “principio implícito” la ha desarrollado el TC en la sentencia del 19 de agosto de 2002, con el objeto de establecer que la “objeción de conciencia” se encuentra comprendida dentro del derecho a la “libertad de conciencia”, reconocido en el artículo 3, numeral 3 de la Constitución, a pesar de no encontrarse explícitamente formulada. Al respecto, el TC afirma:

“En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.”

“Ese es también el caso de aquellos “contenidos nuevos” de un “derecho escrito”. Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.” ⁹²⁸

De este modo, el TC establece el principio de “primacía de la realidad”, como un “principio implícito” que deriva directamente del principio protector o tuitivo que la Constitución consagra explícitamente (Supra 3.1.1). ⁹²⁹

de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema, 2008, Editora Jurídica Grijley, Lima, p.13.)

⁹²⁸ STC, 0895-2001-AA/TC, FJ.5. El TC distingue, la noción de “contenido implícito” de un “derecho viejo” del concepto de los “derechos no enumerados” que tiene fundamento en el artículo 3º de la Constitución. Señala al respecto: “(...) en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respecto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y con ello desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.” (Ibídem.)

⁹²⁹ La normativa infraconstitucional ha recogido este principio en 2 importantes normas: 1) en la Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 26636) cuyo artículo 1 enumera los “Principios del proceso laboral” y, entre estos, el de “veracidad”; y 2) en la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley Nº 28806) cuyo artículo 2º enumera los “Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo”, incluyendo el de “Primacía de la Realidad, en caso de

3.2.4.3. Fundamento.

Plá Rodríguez, señala varios fundamentos del principio, que vamos a exponer a continuación.

Menciona, en primer lugar el principio de la buena fe, el cual resulta vulnerado cuando la documentación relativa a la relación de trabajo es ficticia y está destinada a encubrir o esconder la realidad, con el propósito de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales u obtener un provecho ilícito, Señala, por ello, que afirmar el imperio de la realidad, que equivale al de la verdad, es rendir tributo al principio de la buena fe.⁹³⁰

En segundo lugar, señala, como otro fundamento del principio, la dignidad de la actividad humana pues, a su juicio, el derecho laboral regula a esta, la misma que a lo largo de la relación laboral experimenta cambios respecto del contrato inicial, los que no siempre quedan reflejados en documentos. Señala por ello que *“El derecho laboral regula el trabajo, es decir la actividad no el documento. Este debe reproducir fielmente la realidad. Y si hay una divergencia entre ambos planos, el que interesa es el real y no el formal.”*⁹³¹

La desigualdad entre las partes, representa, también otra razón para la aplicación de este principio. Ello se expresa, según Plá Rodríguez, en que pese al carácter protector de la legislación y la negociación colectiva, *“(...) en la práctica la posibilidad de abusos a nivel individual y en el plano de la aplicación subsiste. Cada trabajador no suele tener independencia para discutir de igual a*

discordancia entre los hechos constatados y los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.”

⁹³⁰ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit., p.263. Precisa al respecto: *“Aun cuando no siempre la discordancia entre los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos –es decir, de la verdad sobre la ficción- sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como los procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso. De todos modos, preserva el triunfo de la verdad sobre cualquier intento o tentación de apartarse de ella.”* (Ibidem.)

⁹³¹ Ídem. p.264.

*igual con su empleador, para que los documentos que reflejen el contenido del contrato se ajusten plenamente a la realidad.*⁹³² En este sentido, el principio protector, al que alude el TC como sustento de la “primacía de la realidad” aparece desplegando todos sus efectos. El imperio de la realidad sobre la formalidad, muchas veces encubridora o disimuladora de los hechos, representa una forma de tutela para el trabajador, al evitar mediante ello que el empleador se sustraiga a las obligaciones que, en favor del trabajador, le imponen las normas laborales.

Finalmente, Plá Rodríguez, señala un cuarto fundamento, el cual consiste en que mediante el principio que venimos analizando, se logra la interpretación racional de la voluntad de las partes. Destaca que al ser el de trabajo un contrato de tracto sucesivo, que se prolonga en el tiempo, va sufriendo modificaciones respecto del contrato primigenio, las cuales deben atribuirse al consentimiento tácito de las partes. El contrato se ejecuta de una determinada manera porque las partes así lo desean y los hechos traducen la voluntad real de estas, sobre las formas o documentos iniciales o los formulados unilateralmente por una de ellas con posterioridad. En tales supuestos, la realidad que fluye de los hechos ha de prevalecer sobre lo que se haya expresado en los documentos.⁹³³

3.2.4.4. Alcances.

La aplicación de este principio, tiene como supuesto, la comprobación de una discordancia entre la realidad de la relación laboral y los datos sobre ésta que figuren en contratos y otra clase de documentos. Esto significa, lo indica Plá Rodríguez, “(...) *que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control.*”⁹³⁴

⁹³² Ídem, p.265.

⁹³³ Ibídem.

⁹³⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit. , p.256.

Varias son las causas en las que puede originarse esta discordancia o desajuste. Una primera, probablemente la más importante por su frecuencia y efectos, es la simulación, esto es la intención deliberada de encubrir el contrato real por otro ficticio, para disimular la naturaleza verdadera de la relación jurídica establecida entre las partes o determinados aspectos de la relación laboral (duración del contrato, retribución, cargo, categoría, etc.).

Plá Rodríguez ⁹³⁵ apunta que es muy difícil la simulación absoluta, esto es, la celebración de un contrato de trabajo cuando entre las partes no hay prestación de un servicio, pero Martín Valverde⁹³⁶ pone el ejemplo de aquel que se celebra con la intención exclusiva de que el trabajador aparente se beneficie de las prestaciones de la seguridad social o de otras ventajas derivadas de la condición de asalariado.

La más frecuente, por tanto, será la simulación relativa, esto es, aquella en la que bajo la apariencia de un negocio jurídico se oculta uno de naturaleza distinta. El supuesto más frecuente, es el encubrimiento de la relación de trabajo por otras figuras contractuales que regulan prestaciones de servicios independientes, como, por ejemplo el contrato de locación de servicios o el de comisión mercantil.

Así lo ha establecido la jurisprudencia del TC, al señalar que:

“(...habiéndose determinado que el demandante, al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes, ha realizado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; (...)” ⁹³⁷

⁹³⁵ Ibídem.

⁹³⁶ MARTÍN VALVERDE et al, Op.cit., p.487.

⁹³⁷ STC N° 04877-2005-PA/TC., FJ.6. Vid, en el mismo sentido, la STC N° 09951-2005-PA/TC, STC N° 4816-2005-PA/TC, STC N° 04333-2007-PA/TC, STC 05707-2007-PA/TC y STC, N° 05935-2007-PA/TC. Sin mencionar específicamente, el principio sino la simulación, Vid. STC N° 06689-2006-PA/TC y STC Expediente N° 0160-2007-PA/TC.

Incluso, sin ocultar la naturaleza laboral de la relación, puede recurrirse a la simulación para encubrir un contrato de trabajo de duración determinada por un de duración determinada (sujeto a modalidad), con el objeto de eludir la aplicación de las normas sobre protección contra el despido arbitrario. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha señalado:

*“En el caso de autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demanda de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual como lo manifiesta la demandada.”*⁹³⁸

La discordancia con la realidad puede provenir no sólo de la simulación sino, también, de una situación aún más grave: la ocultación de la relación de trabajo. En este supuesto, nos dice Martín Valverde, los sujetos no se han preocupado de formar una apariencia que disimule su verdadera intención, sino que se han limitado a encubrirla, tratando de evitar con ello la aplicación de la regulación jurídica correspondiente a la relación laboral, como es el caso típico del trabajo clandestino o “trabajo negro”.⁹³⁹ El principio de “primacía de la realidad” se demuestra eficaz, en estos casos, para establecer la existencia de la relación de trabajo.

En un caso en que la inspección de trabajo comprobó que el demandante había prestando servicios efectivos para la empresa demandada, al encontrársele realizando labores para ella, el TC señaló que *“(...) resulta de aplicación el principio laboral de primacía de la realidad, toda vez que a pesar de no existir*

⁹³⁸ STC N° 1944-2002-AA/TC, FJ.3. En el mismo sentido, aunque sin mencionar el principio sino la existencia de simulación, Vid, STC N° 06080-2005-PA/TC, STC N° 08859-2006-PA/TC, STC N° 05743-2006-PA/TC, STC N° 07480-2006-PA/TC, STC N° 08171-2006-PA/TC, STC N° 08908-2006-PA/TC, STC N° 09140-2006-PA/TC, STC N° 02531-2007-PA/TC y STC N° 2959-2007-PA/TC.

⁹³⁹ MARTÍN VALVERDE et al, Op.cit., p.488.

*contrato de trabajo entre las partes, se ha acreditado que el demandante realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo (...)*⁹⁴⁰

Desde luego, la simulación no se limita a la existencia o naturaleza de la prestación de servicios como tal, sino que, incluso admitiendo el contenido laboral de esta, puede tener por objeto encubrir otras situaciones derivadas de la misma, como, por ejemplo, la remuneración real, la antigüedad, la categoría o el cargo del trabajador, siendo aplicable a todos estos aspectos el mencionado principio, a fin de establecer las condiciones reales en que presta servicios el trabajador.⁹⁴¹

Además de la simulación y del ocultamiento, otras causas por las que se produce la discordancia entre la realidad de la relación de trabajo y los documentos o formalidades relativas a ésta, son el error, por ejemplo en la calificación del trabajador, la falta de actualización de datos al no registrarse oportunamente los cambios que suelen producirse en la relación laboral y, finalmente, la falta de cumplimiento de requisitos formales como la omisión de expedir el nombramiento de un trabajador que ya inició sus labores en la empresa.⁹⁴²

3.3. Derechos colectivos laborales

La Constitución en el artículo 28° señala que

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

- 1. Garantiza la libertad sindical.*
- 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

⁹⁴⁰ STC N° 03971-2005-PA/TC, FJ.9.

⁹⁴¹ Respecto al derecho a percibir una bonificación por el hecho de haber desempeñado un cargo jefatural durante determinado tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que esta corresponde a quien ha desempeñado realmente el cargo: *“Es evidente que para ambas resoluciones el cargo es de confianza, y resulta irrelevante tomar en cuenta la denominación usada; aún más, de acuerdo con el principio de primacía de la realidad, el cargo fue ejecutado de acuerdo con su naturaleza y no a la determinación de su denominación.”* (STC N° 1246-2003-AC/TC, FJ.6.). En el mismo sentido, Vid, STC N° 1594-2004-AA/TC.

⁹⁴² Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Op.cit. p .257.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social, Señala sus excepciones y limitaciones.”

De esta forma, reconoce los tres derechos que integran el denominado “derecho colectivo del trabajo” que pasaremos a estudiar seguidamente.

El reconocimiento de estos derechos, de forma conjunta, en el mismo precepto, implica, probablemente, la admisión por el constituyente de una idea que predomina en la doctrina del derecho laboral, a saber, que aquellos conforman un todo inescindible, a tal punto que se considera que cada uno de ellos resulta indispensable en la noción de un derecho “colectivo” del trabajo. En tal sentido, De la Cueva se refiere a la “visión triangular” del derecho colectivo que explica en la siguiente forma:

“La doctrina podría representarse gráficamente como un triángulo equilátero, cuyos ángulos, todos idénticos en graduación, serían el sindicato, la negociación y contratación colectivas y la huelga, de tal manera que ninguna de las tres figuras de la trilogía podría faltar, porque desaparecería el triángulo. De donde resulta falsa y engañosa la afirmación de que la asociación profesional es posible en ausencia del derecho a la negociación y contratación colectivas o de la huelga, pues si el derecho del trabajo asegura la vida de los sindicatos es para que luchen por la realización de sus fines.”⁹⁴³

Compartiendo este mismo enfoque, Ermida señala que el sindicato, la negociación colectiva y la huelga son “(...) los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los que se basa todo el derecho colectivo del trabajo, al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impide el funcionamiento de éste.”⁹⁴⁴

3.3.1. La libertad sindical.

⁹⁴³ DE LA CUEVA, Mario. 1979 “El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo” Tomo II, México: Editorial Porrúa, S.A., p.p. 216-217.

⁹⁴⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar, VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, 1991 “Sindicatos en Libertad Sindical”, 3ra edición. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, p.p. 49-50.

3.3.1.1. Antecedentes.

El antecedente constitucional inmediato del artículo 28º de la actual Constitución, es el artículo 51º de la Constitución de 1979, el cual reconoció el derecho de los trabajadores a la sindicalización a través de una formula amplia:

El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie esta obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo. Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales.

Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Suprema.

Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden.”

3.3.1.2. Significado.

El reconocimiento del derecho a la sindicación, o libertad sindical, es un dato fundamental de identidad del Estado Social de derecho. Su conquista representa, acaso, el punto de inflexión en el proceso de transformación del estado liberal en estado social, en la medida que significa reconocer la presencia y participación en la vida social y económica de aquella clase social que hizo de los sindicatos el instrumento privilegiado para la defensa de sus intereses y, más allá de éstos, de su existencia como tal, de su derecho a una vida mejor y a ser tratada en igualdad de condiciones.

El fenómeno sindical trasciende, por ello, el ámbito estricto de las relaciones laborales, aunque tenga en estas su campo natural de acción, para proyectarse hacia otros terrenos, como los que se refieren a la organización social y económica de la comunidad.

Por esa razón, el reconocimiento de la libertad sindical como un derecho fundamental, ha sido el producto de una larga lucha librada por los trabajadores desde los orígenes mismos del Estado liberal, que, inicialmente, la negó, la persiguió y la sancionó (Supra, Cap. Primero, I, 1.2.).

La doctrina del derecho laboral coincide⁹⁴⁵ en señalar que hasta llegar al reconocimiento de este derecho, se ha atravesado por 3 etapas, claramente diferenciadas:

a) Etapa de la prohibición, caracterizada por la abierta hostilidad y rechazo del ordenamiento jurídico, que prohibió la libertad de coalición y las asociaciones, así como la huelga, y tipificó como delito participar en estas actividades. (Supra, Cap. Primero, I, 1.2.)

b) Etapa de la tolerancia, en la cual, ante la imposibilidad de negar jurídicamente la creciente presencia social de estas organizaciones y ante la ineficacia de los intentos de suprimirlas mediante la represión, se eliminaron las prohibiciones legales y se derogaron las normas penales que las calificaban como delito. En esta etapa, las coaliciones y asociaciones existieron de hecho o bajo la normativa aplicable a las asociaciones, sin contar con un amparo legal específico.

c) Etapa del reconocimiento, al admitir y regular, el ordenamiento jurídico, el derecho de los trabajadores a la asociación profesional, a la negociación colectiva y a la huelga. Las leyes y, en algunos casos, las sentencias judiciales, amparan el derecho de los trabajadores a crear organizaciones para la defensa de sus intereses, así como a negociar y declararse en huelga. Este proceso, tendrá su culminación al ser constitucionalizado el derecho a la sindicalización, como lo pone de relieve Palomeque:

“La plenitud del reconocimiento del sindicato por parte del Estado se alcanza, desde luego, con la constitucionalización de los derechos sindicales, dentro ya del modelo del Estado social de derecho. El sindicato se convierte en una institución esencial para los fines que constitucionalmente se propone el Estado, revistiendo la libertad sindical la

⁹⁴⁵ Al respecto, Vid, DE LA CUEVA, “El derecho...”, T. II, Op.cit., pp. 238-252; asimismo, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, 1990 “Derecho Sindical Español” Tercera Edición, Revisada. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., pp.37-39.

*cobertura de derecho fundamental que dispone de un cuadro privilegiado de tutela.”*⁹⁴⁶

De este modo, la libertad sindical y con ésta, los derechos a la negociación colectiva y a la huelga se instalan, plenamente, dentro del elenco de los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones, como elementos característicos del Estado democrático y social. A esta fase corresponde, igualmente, el amplio reconocimiento de este derecho en las más importantes declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos así como en los convenios internacionales aprobados por la Organización Internacional del Trabajo. (Infra, 3.3.1.3.)

Por ello, se ha destacado que la consagración de la libertad sindical en nuestra constitución, *“(…) importa la máxima valoración jurídica que tiene el hecho sindical en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que estamos ante el reconocimiento de un bien jurídico tutelado en el nivel más alto dentro del Derecho nacional, con lo que, evidentemente, pasa a formar parte del denominado interés público.”*⁹⁴⁷ Asumiendo, como lo hemos hecho en este trabajo (Supra, Cap. Segundo, III), que los derechos fundamentales no se configuran únicamente como derechos subjetivos, sino como normas objetivas del ordenamiento, que expresan el orden valorativo del sistema constitucional, no cabe duda que el reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental expresa, a la par que el derecho subjetivo de trabajadores y sindicatos a organizarse y realizar actividad sindical, su ubicación dentro del cuadro de valores o principios que informan aquel sistema, con la consiguiente obligación del Estado de contribuir a su realización, deber éste en el cual

⁹⁴⁶ PALOMEQUE, “Derecho Sindical...Op.cit., p.38. En sentido coincidente, VIDA SORIA et al, vincula el reconocimiento de la libertad sindical con el “Constitucionalismo Social”, afirmando que *“Las Constituciones de este tipo, en cuanto persiguen configurarse no sólo como estatuto jurídico de la sociedad política sino también de la sociedad civil, harán de la libertad sindical una de las piezas claves de los ordenamientos jurídicos informados y conformados por los valores y principios de la nueva forma estado de derecho propugnada por la cláusula de Estado Social”.* (VIDA SORIA, José, et al, 2004, “Manual de Derecho Sindical”, Editorial Comares, Granada, p.p.30-31.)

⁹⁴⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. 1999, “La libertad sindical en el Perú”, Documento de Trabajo 114, Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos, Lima:Oficina Internacional del Trabajo, p.12.

encontrará fundamento el desarrollo de una legislación promocional de la libertad sindical.

De otro lado, la consagración constitucional de la libertad sindical, supone, en el ámbito de las relaciones laborales, como lo sostiene Villavicencio Ríos⁹⁴⁸, la adhesión a un modelo pluralista, basado en la valoración no patológica sino positiva del conflicto industrial y que, en consecuencia, concede a los sindicatos y organizaciones empresariales un papel sumamente relevante en la composición y funcionalización de tal conflicto.

El conflicto entre el capital y el trabajo no es un conflicto delimitado al ámbito de la empresa o de la industria; por el contrario, trasciende los límites de éstas y se escenifica en el conjunto de la vida social y económica de la comunidad, adquiriendo, con frecuencia, proyecciones sobre la vida política. Por ello, el reconocimiento de la libertad sindical supone la opción por la sociedad pluralista, signo típico del Estado social, (Supra, Cap. Primero, II, 2.1.), en la cual las organizaciones sindicales cumplen un rol significativo en su condición de representantes de un amplio sector social, que, a través de ellos, cuenta con un canal de expresión y participación en la vida de la comunidad.⁹⁴⁹ Desempeñan, de este modo, los sindicatos, un papel específico en la sociedad democrática, contribuyendo a que se haga efectivo otro derecho de los ciudadanos: el de *“(…), en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.”*, previsto, en el numeral 17 del artículo 2º de la Constitución.

En esta dirección, el TC sostiene que *“(…) en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, (...) los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática.”*⁹⁵⁰

⁹⁴⁸ Ibídem.

⁹⁴⁹ En este sentido, Villavicencio Ríos sostiene que *“(…) así como los partidos políticos son la expresión de la democracia política, las organizaciones sociales lo son del pluralismo social, lo que les permitirá hacer llegar sus demandas y velar por los intereses de los colectivos que representan incluso en la esfera política, como sucede en los procesos de concertación social general o sectorial o de participación institucional de estos sujetos en instancias de gobierno vinculadas a la temática laboral.”* (Ibídem).

⁹⁵⁰ STC N° 0206-2005-PA/TC, FJ.14.

De allí, que en la sociedad actual, el rol y los objetivos de los sindicatos hayan experimentado una profunda transformación que los ha llevado a superar su imagen tradicional como meros órganos de defensa de los intereses laborales y profesionales de los trabajadores para asumir una dimensión institucional y configurarse “(...) como uno de los pilares básicos del sistema social y político, de tal forma que junto a su función como agente contractual en el ámbito de la prestación de trabajo, su objetivo es también el sistema político en su conjunto.”⁹⁵¹

3.3.1.3. Contenido

La libertad sindical es un derecho de contenido complejo o “polivalente”, como lo conceptúa el Tribunal Constitucional, al indicar que:

*“(...) implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de **homus faver-homus políticus**, referido a aspectos tales como:*

-El derecho a fundar organizaciones sindicales.

-El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.

-El derecho a la actividad sindical.

-El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.

-El derecho a que el Estado no interfiera-salvo el caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales.”⁹⁵²

El enunciado de este “haz” de facultades comprendidas en la libertad sindical no impide, sin embargo, reconducirlas, en función de quien sea el titular de cada una de ellas, a la clasificación tradicional, realizada, por la doctrina, entre los aspectos individual y colectivo de aquella, como, incluso, el propio TC, lo admite

⁹⁵¹ VIDA SORIA, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.4.

⁹⁵² STC 008-2005-PI/TC, FJ.26.

al señalar que dicha libertad se manifiesta en dos planos: “(...) *el intuito persona y el plural.*”⁹⁵³

El texto del artículo 26° de la Constitución es escueto, pues además de “reconocer” el “derecho de sindicación”, señala en el numeral 1 de este precepto lo siguiente: “*Garantiza la libertad sindical.*” El laconismo de esta redacción contrasta con la elocuencia de su antecedente, el art.51° de la constitución anterior, en el que era posible distinguir ambos aspectos de la libertad sindical: el individual (“*El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo.*”) y el colectivo (“*Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales.*”).

Sin embargo, a pesar de que el artículo 26° constitucional no aporta mayores elementos de juicio sobre su concepto de Libertad Sindical y, precisamente por eso, la interpretación de dicho precepto ha de hacerse aplicando lo que dispone la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según la cual los preceptos constitucionales relativos a derechos y libertades deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.⁹⁵⁴

El derecho a la libertad sindical está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23.4 (“*Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”), en el artículo 22 del

⁹⁵³ Ídem, FJ .27.

⁹⁵⁴ Afirma, el TC, en este sentido, en una sentencia relativa a la libertad sindical: “*De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55°, Const.)*.” (STC, N° 1124-2001-AA/TC, FJ.9.)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas - PIDCP- (*“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus derechos”*) y, asimismo, en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- (*“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;”).*⁹⁵⁵

En el marco de la organización continental- la OEA- se encuentra reconocido en el artículo XXII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (*“Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.”*), en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en términos similares a la Declaración Americana (*“Todas las personas tienen el derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.”*) y, finalmente, en el artículo 8,a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, o “Pacto de San Salvador” (*“Los Estados partes*

⁹⁵⁵ Vid. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Op.cit.

*garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;).*⁹⁵⁶

Sin embargo, para la interpretación del artículo 28º de la Constitución, resultan de fundamental importancia los Convenios Nos 87 y 98 de la OIT. El primero de ellos denominado “*Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación*” y el segundo, “*Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva*”, ambos ratificados por el Perú mediante las Resoluciones Legislativas Nos. 13281 y 14712, respectivamente.⁹⁵⁷ La trascendencia de estos instrumentos internacionales, radica, además del hecho de tratarse de normas especiales en materia de trabajo, en que, a diferencia, de las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, que, en su mayoría, se limitan a reconocer la libertad sindical y enunciarla de forma general, los citados convenios profundizan en el contenido fundamental de este derecho, así indican las medidas que deben adoptarse para protegerlo y garantizarlo. A lo largo de este trabajo, y con ocasión de los diversos temas relativos al derecho que venimos tratando, se explicitará el contenido de las disposiciones que aquellos contienen.

Para Javillier, el carácter complejo de la libertad sindical deriva de “(...) *su doble naturaleza. Colectiva: libertad de constitución y funcionamiento del sindicato. Individual: libertad de adherirse o no al sindicato de su elección.*”⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ Ídem.

⁹⁵⁷ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit.

⁹⁵⁸ JAVILLIER, Jean-Claude. 1982, “Derecho del Trabajo”, Primera edición en castellano. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p.174.

La distinción entre un aspecto individual y otro colectivo de la libertad sindical es una cuestión que tiene que ver con la titularidad del derecho, como lo destaca Palomeque, para quien la libertad individual se refiere a los derechos de que son titulares los trabajadores considerados individualmente, básicamente los de fundar sindicatos y afiliarse a éstos, en tanto que la libertad colectiva comprende aquellos derechos que corresponden a los sindicatos fundados y que implican el desempeño de cuantas funciones sean necesarias para realizar su genérico derecho de defender y promover los derechos de los trabajadores.⁹⁵⁹ En la libertad sindical, sostiene De la Cueva, coexisten un derecho personal a la sindicación y un derecho colectivo de los sindicatos a su existencia y actividad libres, pero, al mismo tiempo, enfatiza que *“Esta dicotomía no ha de hacer pensar en una diferencia esencial entre los dos derechos, ante todo, porque la libertad personal a la sindicación se mueve necesariamente en torno a la existencia presente o futura de una asociación sindical”*⁹⁶⁰

Para el Tribunal Constitucional, la perspectiva desde la cual resulta posible distinguir, dentro de la libertad sindical, un aspecto individual y otro colectivo, o plural, no es sin embargo la única, ya que, asimismo, adoptando una perspectiva distinta, igualmente desarrollada por la doctrina, en este caso referida no a la titularidad de las facultades que comprende la libertad sindical, sino al contenido específico de éstas, las diversas facultades comprendidas en la libertad sindical pueden agruparse en otras dos categorías: el aspecto orgánico o estático y el aspecto funcional o dinámico:

*“La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de su sindicato u organización análoga.”*⁹⁶¹

⁹⁵⁹ Cfr. PALOMEQUE, “Derecho Sindical...”, Op.cit., p.114.

⁹⁶⁰ DE LA CUEVA, “El Nuevo...” Tomo II, Op.cit. p.300.

⁹⁶¹ STC N° 1124-2001-AA/TC, FJ.8.

Precisando el contenido del aspecto orgánico de la libertad sindical, la misma sentencia indica:

“El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2º del Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en “el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)”. Por otra parte, según el artículo 1º, inciso 2), literal “b”, la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también “contra todo acto que tenga por objeto” “despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)”.⁹⁶²

En relación a esta otra perspectiva, empleado para aprehender, en su totalidad, el contenido de la libertad sindical, expresa Boza Pró:

“(...) la libertad sindical de organización alude a una dimensión estática del derecho, que suele agotarse en un solo acto (la constitución de un sindicato, la afiliación de un trabajador a uno ya existente). Por su parte, la libertad sindical de actividad se vincula con la dimensión dinámica del derecho, que es algo permanente y constante (como la participación activa del militante en la vida institucional de la organización o realizar conjuntamente con otros trabajadores medidas de presión).⁹⁶³

No se trata, sin embargo, de una perspectiva opuesta o excluyente a aquella que distingue entre las dimensiones individual y colectiva, sino, más bien complementaria, pues no es sino otra forma de abordar y clasificar las diversas facultades inherentes al concepto de libertad sindical. No obstante, el Tribunal Constitucional afirma que el contenido de la libertad sindical no se agota en los mencionados aspectos, sino que, como todo derecho constitucional, posee una

⁹⁶² Ibídem, FJ.10.

⁹⁶³ BOZA PRÓ, Guillermo. 2008, “La Protección Constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006), en “Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez”. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p.336.

vis expansiva, abierta a nuevos desarrollos y formas de proyección.⁹⁶⁴ Esta comprensión abierta y dinámica de los alcances de la libertad sindical, ha conjurado, según opina Sanguinetti, el “(...) eventual peligro de una interpretación restrictiva de los alcances de la libertad sindical garantizada por la Constitución, en especial en relación con su faceta activa (...)”⁹⁶⁵

3.3.1.3.1. La libertad sindical individual.

Situados, ahora, en el plano individual de la libertad sindical, resulta necesario precisar en que consiste esta. Para Camerlynck y Lyon-Caen, esta dimensión de la libertad sindical comprende 3 facultades: la de afiliarse a un sindicato, la no afiliarse y la de abandonar el sindicato.⁹⁶⁶ Ojeda Avilés⁹⁶⁷ le atribuye, en cambio, un cuádruple contenido: la libertad constitutiva, la de afiliación - positiva y negativa- y la de participación. Palomeque⁹⁶⁸, por su parte, la reduce a libertad “positiva” (la de afiliarse o separarse del sindicato al que se hubiese afiliado el trabajador) y la negativa (la de no ser obligado a afiliarse a un sindicato.).

Estas tres opiniones, con distinta formulación, coinciden en destacar dos aspectos de esta libertad: el positivo, en cuanto ampara el derecho del trabajador

⁹⁶⁴ “Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.” (STC N° 1124-2001-AA/TC, FJ.8.)

⁹⁶⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, 2007 “Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, Gaceta Jurídica S.A., p.50.

⁹⁶⁶ CAMERLYNCK et al, Op.cit., p. 370. Señalan estos autores: “Pero esta triple facultad constituye, más que una simple libertad, un auténtico derecho sindical. Permitir que cualquiera se sindicalice sin coaccionarle al mismo tiempo, es una formulación puramente negativa. Lo que es aún más importante es garantizar esta libertad, protegerla contra los que tratarían de no respetarla, evitar que su ejercicio suponga para los sindicatos consecuencias perjudiciales: en resumen, asegurar su efectividad. La libertad se transforma entonces en derecho subjetivo.” (Ibidem.).

⁹⁶⁷ Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio, 1995, “Derecho Sindical”, Séptima Edición, Madrid, Editorial Tecnos S.A., p.158.

⁹⁶⁸ Cfr. PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.117.

a afiliarse al sindicato y el negativo, en cuanto, tutela, igualmente, la facultad del trabajador de no afiliarse a ningún sindicato o desafiliarse.

3.3.1.3.1.1. La libertad sindical individual positiva.

Esta dimensión de la libertad sindical individual se encuentra establecida en el Convenio N° 87 de la OIT, cuyo artículo 2 señala que *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”*⁹⁶⁹

Siguiendo los lineamientos del mencionado convenio el TC sostiene que, en su aspecto positivo, la libertad sindical *“Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos.”*⁹⁷⁰

De las nociones señaladas, podemos inferir que la libertad individual positiva comprende, cuando menos, dos aspectos esenciales: la libertad de fundación o constitución de sindicatos, y la libertad de adhesión o afiliación a estos. Respecto de la primera, Villavicencio Ríos acota que se trata de un derecho individual peculiar puesto que requiere, necesariamente, un ejercicio colectivo, razón por la cual hay quienes lo catalogan dentro del aspecto colectivo de la libertad sindical. Sin embargo, a su juicio, por tener una titularidad individual y ser clave para desentrañar otros conceptos relativos a este derecho, opta por considerarlo dentro de la libertad individual.⁹⁷¹

No nos parece discutible el carácter individual de la libertad de fundación de los sindicatos, pues, si bien, estos no pueden ser fundados por un sólo individuo, si

⁹⁶⁹ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., pp.707-708.

⁹⁷⁰ STC, N° 008-2005-PI/TC, FJ. 27.

⁹⁷¹ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.28.

no que es necesaria la concurrencia de una pluralidad de sujetos, no es menos cierto que para que la constitución del organismo sea posible jurídicamente, es indispensable la concurrencia de las voluntades individuales, libremente manifestadas, de quienes coincidan en su creación. Sin tales expresiones de voluntad, la fundación no sería factible, porque antes de que esta se materialice, no hay voluntad colectiva, sino voluntades individuales, es decir, libertades individuales que se conjugan para constituir una organización.

Este derecho representa una auténtica libertad en el sentido que, como lo destaca De la Cueva, “(...) *presupone la obligación estatal de abstenerse de todo acto que pueda obstruir la libertad personal.*”⁹⁷² Sostiene, por ello, que se trata de un derecho público subjetivo, en el sentido que Jellineck y la escuela alemana atribuyeron a este concepto, debiendo calificarse, sin embargo, como un derecho social subjetivo.⁹⁷³

Como toda libertad, entendida como un derecho público subjetivo, la libertad sindical se ejerce “ante” alguien, el cual está, a su vez, obligado a respetarla, a no intervenir en su ejercicio, a no realizar ninguna conducta que pueda impedirlos, menoscabarla o perjudicarla en cualquier forma.

En el caso de la libertad sindical positiva, ésta tiene como destinatarios a: i) el Estado y ii) el empleador.

En el primer caso, se protege el derecho a la constitución de organizaciones sindicales de la injerencia o intervención del Estado. Debemos recordar que nuestra Constitución establece que el Estado “*garantiza la libertad sindical*”. Por consiguiente, en relación a esta libertad - como a las restantes de rango constitucional- el Estado está prohibido de interferir en el ejercicio de la libertad sindical. Esta, dice De la Cueva, “(...) *al igual que los derechos naturales del hombre de las declaraciones de los siglos XVIII y XIX, impone al estado y al*

⁹⁷² DE LA CUEVA, “El nuevo...”, Op.cit., p.300.

⁹⁷³ “(...) *estamos ante lo que Jellinek, entre otros tratadistas alemanes, llamó un derecho público subjetivo, que ahora, tomando en cuenta la nueva clasificación tripartita del orden jurídico, debemos llamar un derecho social subjetivo.*” (Ibídem).

*capital un deber de no hacer, un abstenerse, ya lo hemos dicho, de todo acto que pudiera obstaculizar el ejercicio de la libertad.*⁹⁷⁴ Agrega el jurista mexicano: *“Pero, como todos los derechos sociales, posee una segunda manifestación, en virtud de la cual, el estado debe asegurar a cada trabajador el ejercicio libre de su facultad.”*⁹⁷⁵ Alude, de esta manera, a la obligación positiva o de hacer que todo derecho social impone al Estado (Supra Cap. Segundo, II,3).

En relación a la libertad de “fundación o constitución”, el Convenio 87 OIT, señala el derecho a constituirlos “sin autorización previa”, lo que implica el rechazo a cualquier permiso o venia estatal anticipada como requisito para proceder a la fundación de sindicatos. El Comité de Libertad Sindical de la OIT, ha señalado al respecto que:

*“El principio de la libertad sindical podría llegar a ser muchas veces letra muerta si para crear una organización los trabajadores y los empleadores tuviesen que obtener un permiso cualquiera, ya revista la forma de una licencia para fundar la organización sindical propiamente dicha, de una sanción discrecional de sus estatutos o de su reglamento administrativo o de alguna autorización previa para proceder a su creación.”*⁹⁷⁶

Respecto, al empleador, el aspecto más relevante de la libertad sindical individual, en su vertiente positiva, se traduce en el derecho del trabajador de adherirse al sindicato de su elección, incluyendo, por cierto, el de participar en su fundación. En este sentido, para prevenir las injerencias y conductas antisindicales del empleador, el Convenio N° 98 de la OIT, establece, en el artículo I, 2, que los trabajadores deben gozar de especial protección contra todo acto que tenga por objeto:

“a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

⁹⁷⁴ Ídem, p.303.

⁹⁷⁵ Ibídem.

⁹⁷⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.61, num.272. Asimismo, ha señalado este organismo que *“Una disposición legal que supedita el derecho de asociación a una autorización dada de una manera puramente discrecional por un departamento ministerial es incompatible con el principio de la libertad sindical.”* (Ídem, num.273.)

*b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.”*⁹⁷⁷

De este modo, el referido convenio, recusa cualquier conducta que perjudique al trabajador a causa de su afiliación sindical, tanto en el momento genético cuanto en el momento funcional de la relación laboral. En el primero momento, impide erigir la afiliación del trabajador a un sindicato como criterio para impedirle acceder al empleo, a través de prácticas como los contratos con cláusula antisindical (“*yellowdog contracts*”) o las llamadas “listas negras”. En el momento funcional, se proscribe que la afiliación sindical sea motivo suficiente para privarlo de su empleo, así como para sancionarlo o perjudicarlo durante el desarrollo de la relación laboral.⁹⁷⁸

Pero no sólo se protege el derecho a la afiliación, sino, también, y de manera significativa la “actividad sindical”, en la medida que esta constituye el objeto mismo de la organización sindical. Giugni destaca la importancia de esta dimensión de la libertad sindical, afirmando que “(...) *la actividad sindical puede imputarse a un solo individuo, con tal de que esté funcionalmente ligado a una coalición, ya sea actual o potencial: es sindical, por ejemplo, la actividad de proselitismo desplegada por un trabajador con el fin de promover la constitución de una representación sindical de empresa.*”⁹⁷⁹

De este modo, la libertad sindical en su aspecto individual no se agota en el acto de fundar un sindicato o el de afiliarse a éste, sino que posee, además, una dimensión dinámica, a través de la cual aquella libertad se actualiza y concretiza, que consiste en la actividad sindical, la misma que habrá de manifestarse tanto en la faceta individual como en la faceta colectiva de este derecho.

⁹⁷⁷ Convenio 98 “Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...” Op.cit., pp.830-833.)

⁹⁷⁸ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., pp.160-163.

⁹⁷⁹ GIUGNI, Gino, Derecho Sindical. 1983 Primera edición en español, Traducción y estudio preliminar por José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa. Madrid: Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p.75.

3.3.1.3.1.2. La libertad sindical individual negativa.

Alude este concepto, a aquel aspecto de la libertad sindical, conforme al cual el trabajador posee el derecho de no afiliarse a una organización sindical o desafiliarse de ésta, según el criterio establecido por el Tribunal Constitucional⁹⁸⁰, sin que, pueda ser obligado a ello ni, tampoco, sancionado o perjudicado por esta causa. Villavicencio Ríos afirma que la referencia a la libertad sindical “negativa” “(...) tiene que ver con la tutela del derecho de los trabajadores de mantenerse “indiferentes” (no incorporándose o desligándose) frente al hecho sindical, sin que ello les pueda ocasionar ningún perjuicio.”⁹⁸¹ De la Cueva, a su vez, considera que la libertad negativa es la “otra cara necesaria de la libertad de asociación” y que ésta se encuentra comprendida dentro de la libertad positiva.⁹⁸²

Para Javillier, comprende dos variantes: la de no afiliarse a un sindicato y la de desafiliarse.⁹⁸³ Similar parecer expresa Villavicencio Ríos, recogiendo la opinión mayoritaria de la doctrina.⁹⁸⁴ En el derecho a desafiliarse podría advertirse, quizás, una manifestación de la libertad positiva cuando el motivo de este acto es afiliarse a otro sindicato, es decir, cambiar de sindicato; pero, cuando el propósito de la desafiliación es, simplemente, dejar de tener la condición de afiliado a un sindicato, es indudable que se estamos en presencia de la libertad negativa, pues obligar al trabajador a permanecer, contra su voluntad en una organización, representa una clara vulneración de su libertad personal.

⁹⁸⁰ STC, N° 008-2005-PI/TC, FJ.27.).

⁹⁸¹ VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit.,p.28

⁹⁸² DE LA CUEVA, “El nuevo...”; Op.cit., p.304.

⁹⁸³ Cfr. JAVILLIER, Op. cit., p. 181.

⁹⁸⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.40. Se muestran favorables a comprender en la libertad negativa el derecho a desafiliarse del sindicato, entre otros De Buen (Op.cit., T. II, p.597.), Daubler (Op.cit., p.122.) y Ermida et al (Op.cit., p.34.).. En sentido discrepante, Palomeque incluye el derecho de desafiliación en la libertad positiva (“Derecho Sindical...” Op.cit., p.117.)

Giugni destaca la significación de este aspecto de la libertad sindical dentro de un modelo pluralista: *“En la libertad sindical negativa se contempla, en realidad, una elemental práctica del derecho a la discrepancia, en un sistema de valores constitucionales fundado sobre una elección explícita en favor de un sindicalismo voluntarístico, garantizado en dicho carácter por la posibilidad jurídica del pluralismo organizativo (TREU)”*.⁹⁸⁵

La libertad individual negativa garantiza al trabajador que su decisión de no afiliarse a un sindicato no le irrogará perjuicio alguno respecto a su acceso al empleo, a la permanencia en éste o a la igualdad de trato y de oportunidades durante la relación laboral.

Al respecto, las principales restricciones conocidas, son las que provienen de las denominadas cláusulas sindicales: de seguridad o consolidación y de preferencia. Corresponden al primer tipo las siguientes: la de exclusión de ingreso o “taller cerrado” (“closed shop”), la de “taller sindicado” (“union shop”), la de exclusión por separación (“maintenance of membership”); y, al segundo, la de preferencia sindical (“preferential shop”).

La cláusula de exclusión de ingreso, prohíbe al empleador contratar trabajadores que no pertenezcan al sindicato que suscribió la cláusula; la de “taller sindicado” le permite contratar a trabajadores no sindicalizados, pero con la condición (resolutoria) de que se afilien al sindicato en un determinado plazo, pues de no hacerlo deberá despedirlos; la de exclusión por separación conlleva el despido del trabajador que renuncia o es separado del sindicato; y, finalmente, la de preferencia sindical, concede a los trabajadores sindicalizados, preferencias, beneficios y ventajas en materia de empleo, remuneraciones, ascenso, etcétera.⁹⁸⁶

Explica De la Cueva, las razones que llevaron al establecimiento de estas, al indicar que tenían una doble función:

⁹⁸⁵ GIUGNI, Op.cit., p.76.

⁹⁸⁶ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Op.cit. p.41.

*“(...) en primer lugar, la defensa sindical contra las manipulaciones del empresario para utilizar personal no sindicado o perteneciente a sindicatos de paja, a efecto de ejercer influencia sobre él y evitar la batalla sindical para la superación de las condiciones de la prestación de los servicios. Y en segundo término, evitar la lucha intersindical, lo que, a su vez, coadyuva a la unificación de los trabajadores.”*⁹⁸⁷

Considera, por ello, que en sus inicios *“(...) constituyeron un instrumento valioso en la lucha del trabajo contra el capital, un elemento de integración y consolidación de la fuerza sindical (...).”*⁹⁸⁸ Considera, sin embargo, que posteriormente, estas cláusulas se desvirtuaron, convirtiéndose en *“(...) una de las bases del totalitarismo sindical y, al través de él, del totalitarismo estatal.”*⁹⁸⁹ Es indudable que estas cláusulas vulneran la libertad sindical individual negativa, por lo que coincidimos con Villavicencio Ríos en que pueden calificarse de *“(...) mecanismos inválidos de inducción a la afiliación sindical, si es que el ordenamiento jurídico concreto consagra expresamente la libertad sindical negativa.”*⁹⁹⁰ Debe puntualizarse además, que las cláusulas de seguridad o consolidación sindical colisionan con la “libertad de trabajo”, conforme lo han puesto de relieve Hueck y Nipperdey, en el caso alemán.⁹⁹¹ Y la de preferencia sindical, vulnera el principio de igualdad de oportunidades, de trato y no discriminación, salvo que la diferencia de beneficios entre los trabajadores sindicalizados y quienes no lo están provenga de un convenio colectivo de

⁹⁸⁷ DE LA CUEVA, “El nuevo...”, Op.cit., p.308.

⁹⁸⁸ DE LA CUEVA, “El nuevo...” Op.cit., p.306.

⁹⁸⁹ Ídem, p.308. Señala al respecto: *“Mas tarde se convirtieron en un elemento de defensa y combate de la tendencia sindical que lograba la mayoría de trabajadores en una empresa o rama de la industria. Por último, al subordinarse incondicionalmente el movimiento obrero a la política del Partido revolucionario institucional, que es lo mismo que el sometimiento total del estado, las cláusulas de exclusión se transformaron en la base más firme del totalitarismo estatal.”* (Ibidem, p.306.)

⁹⁹⁰ Ibidem. Agrega este autor, que ese no es el caso de un tercer tipo de cláusulas denominadas de “fomento sindical”, que se limitan a procurar facilidades para el ejercicio de la actividad sindical como la cláusula “chek off”, por la que el empleador se obliga a retener las cuotas sindicales y entregarlas al sindicato o la de “pago de canon de negociación” por la cual los no afiliados al sindicato deben pagar una cuota si es que se benefician del mismo.

⁹⁹¹ Cfr. HUECK, Alfred, NIPPERDEY, H.C. 1963, “Compendio de Derecho del Trabajo”, Traducción, presentación y notas de Derecho español por Rodríguez Piñero, Miguel y De La Villa, Luis Enrique. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p.286. Estos autores también opinan que se vulnera la libertad sindical positiva cuando el estatuto sindical prohíbe a los miembros salir de una coalición o entrar en otra. (Ídem, p.285.).

eficacia relativa, cuyo ámbito subjetivo se limita a los afiliados al sindicato, debido a la representación minoritaria de éste.

La posición del Comité de Libertad Sindical es, no obstante, matizada y relativista, tal como la expone Villavicencio Ríos:

“(...) la postura de este organismo puede resumirse en cuatro puntos: a) los CITs 87 y 98 no autorizan ni prohíben las cláusulas de seguridad sindical; b) la legislación nacional que garantice la libertad sindical negativa no atenta contra los CITs 87 y 98; c) sí se vulnera la libertad sindical si la legislación interna impone alguna cláusula de seguridad sindical (puesto que la validez de las mismas se basa en que son producto de la autonomía colectiva); y d) si las cláusulas de seguridad sindical se imponen por convenio colectivo no hay, salvo en casos límite, violación de la libertad sindical.”⁹⁹²

3.3.1.3.2. La libertad sindical colectiva.

La libertad sindical no se agota, ni con mucho, en el ejercicio individual de fundar sindicatos o de afiliarse a éstos; la libertad individual es un medio para lograr un fin: la unión de los trabajadores. A su vez, tal unión puede verse, asimismo, como otro medio para alcanzar una meta: la defensa de los intereses de los trabajadores y la mejora de sus condiciones de trabajo y de vida. Desde este punto de vista la libertad individual no tiene sentido sin la libertad colectiva; más aún, sólo adquiere pleno sentido a través de la ésta última, pues en la libertad colectiva reside la eficacia de la acción de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses profesionales.

En la empresa, e incluso, en un radio más amplio, que puede abarcar el conjunto de la sociedad, el sindicato actúa como un “contrapoder” del poder patronal.⁹⁹³ Su propósito es equilibrar con la fuerza resultante de la unión y la acción colectiva de los trabajadores, el poder económico, social y, no pocas, veces, político de los empleadores, a fin de tutelar adecuadamente sus intereses y alcanzar

⁹⁹² VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.42.

⁹⁹³ Cfr. OJEDA AVILÉS, Op.cit. , pp.31-32.

mejores condiciones laborales y existenciales. A esta finalidad concurre, decisivamente, la libertad sindical colectiva, la misma que supone “(...) *la libertad de ser coalición, de mantener y aumentar sus miembros, y de determinar su organización interna.*”⁹⁹⁴

De esta manera, la libertad sindical colectiva tiene como titular al sindicato. Este puede ser concebido, en rasgos generales, como una organización permanente de trabajadores asalariados, cuya finalidad es la representación y defensa de los intereses de éstos frente a su empleador, y que cuenta, para ello, con medios de actuación específicos.⁹⁹⁵ Sin embargo, el sindicato, siendo la principal expresión organizativa de la acción sindical, no es la única y por ello, junto a él coexisten otras formas a través de las cuales también se manifiesta la libertad sindical en su dimensión colectiva, como es el caso de las coaliciones, delegados de los trabajadores, secciones sindicales, asambleas de trabajadores, etcétera, a través de todas las cuales discurre la fase dinámica de la libertad sindical, esto es la actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores.⁹⁹⁶

Los sindicatos poseen características propias, que los distinguen de otra clase de organizaciones, que existen bajo el amparo del derecho de asociación. Son precisamente, dichas características las que llevaron a que el ordenamiento jurídico considerara insuficiente aquel derecho para garantizar la existencia y actividad de los sindicatos y optara por reconocer, específicamente, el derecho de sindicación o la libertad sindical.

Refiriéndose a dichas características, Palomeque⁹⁹⁷ considera que estas se incluyen en los elementos subjetivo, funcional y organizativo. Conforme al elemento “subjetivo” el sindicato solo puede ser constituido e integrado, exclusiva e excluyentemente, por trabajadores asalariados, descartando, por

⁹⁹⁴ HUECK et al

⁹⁹⁵ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.p.15-16; asimismo, Palomeque, “Derecho Sindical...”, Op.cit., p.30.

⁹⁹⁶ Cfr. OJEDA AVILES “Derecho...”, Op.cit. p.p. 131-137; igualmente, VIDA SORIA et al, p.p.16-18. “Manual de Derecho Sindical” Op.cit.

⁹⁹⁷ Cfr. PALOMEQUE, “Derecho Sindical...”, p.p.-30-31.

consiguiente los “sindicatos” de empresarios, los mixtos (empresarios y trabajadores), los de estudiantes, amas de casa, etcétera, con la sola excepción de los trabajadores autónomos. El elemento funcional alude al sindicato como instrumento de autotutela de los trabajadores, es decir, que se trata de una organización creada para defender y promover los intereses profesionales y laborales de los trabajadores frente a sus empleadores, por lo que esta finalidad específica, lo diferencia de otras asociaciones representativas de trabajadores que tengan un objeto distinto, como los de carácter deportivo, cultural, asistencia y otros similares. Finalmente, el aspecto organizativo, hace referencia a que el sindicato debe estar dotado de una organización, cualquiera que ella, sea lo que permite comprender dentro del concepto de “organización sindical”, además del sindicato clásico, a otras formas, a las que antes nos referimos, como coaliciones, delegados, etcétera.

No obstante, Ojeda Avilés⁹⁹⁸ destaca las ventajas del sindicato sobre los otros sujetos colectivos que realizan actividad sindical, las cuales consisten en su estabilidad, que los dota de una estructura adecuada; la voluntariedad o libertad de afiliación que les proporciona un dinamismo ausente en las corporaciones o asociaciones obligatorias; y, finalmente, su independencia, respecto del Estado y los empresarios, que consolida su unidad de criterio y competitividad.

La libertad sindical colectiva se va a traducir, por todo ello, en el concepto de “autonomía sindical”, que Giugni define como “(...) *la facultad de coaligarse con el fin de procurar la tutela de sus propios intereses, eligiendo libremente, en ejercicio de su propia autonomía, los medios más congruentes a dicho fin.*”⁹⁹⁹

En este mismo sentido, el TC incluye, en el “haz de facultades” que comprende la libertad sindical:

“El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los

⁹⁹⁸ Cfr. OJEDA AVILES, Op.cit., p p.p.133-134.

⁹⁹⁹ GIUGNI, Op.cit., p.66.

*intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.”*¹⁰⁰⁰

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución, considera que *“(…) la libertad sindical en su dimensión plural también protege la autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten.”*¹⁰⁰¹

Esta autonomía se afirma, en primer lugar, ante el Estado, a quien se niega toda ingerencia en la vida sindical, ya sea en cuanto a su organización, establecimiento de normas, administración, formulación de sus planes y programas, afiliación a organismos sindicales, disolución y fusión etcétera. El principio es enunciado, sin ambages, en el artículo 3 del Convenio 87 OIT que indica que las organizaciones de trabajadores y de empleadores *“(…) tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.”*¹⁰⁰² Señala, asimismo, de manera categórica, que *“Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio.”*¹⁰⁰³

De igual manera, el Pacto de San Salvador consagra *“El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;”*¹⁰⁰⁴

Recogiendo, sin limitaciones, esta concepción de la libertad sindical, el TC considera que esta comprende *“El derecho a que el Estado no interfiera-salvo el*

¹⁰⁰⁰ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 26.

¹⁰⁰¹ STC N° 3311-2005-PA/TC, FJ.6.

¹⁰⁰² Organización Internacional Del Trabajo, “Convenios...”, Op.cit., p. 708.

¹⁰⁰³ Ibídem.

¹⁰⁰⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, “Compilación...”; Op.cit., p.56-57.

*caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales.”*¹⁰⁰⁵

De la misma manera, la autonomía sindical, se opone a cualquier forma de ingerencia o intervención de los empleadores, tal como lo sostiene el artículo 2, del Convenio 98 OIT, según el cual las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra los actos de ingerencia de unas respecto de las otras, en lo relativo a su *“constitución, funcionamiento o administración.”*¹⁰⁰⁶ Si bien la garantía se dispensa a unas y otras, el acento está colocado en la posible ingerencia del empleador, pues el numeral 2 del citado artículo 2, califica como actos de injerencia las medidas que *“(…) tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores con objeto de colocar estas organizaciones de trabajadores bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”,*¹⁰⁰⁷ supuestos, todos estos, que representan formas de intervención y manipulación en los sindicatos que tienen origen en el empleador.

De esta forma, la autonomía sindical, se plasma en los siguientes aspectos, que pasaremos, a detallar: libertad de organización, de reglamentación, de representación, de gestión, de realizar actividad sindical, de federación, y de disolución o suspensión.

Antes de explicar el contenido de estas facultades, consideramos necesario destacar otra perspectiva, relativa al carácter de derecho fundamental que se reconoce a la libertad sindical, desde la cual puede afirmarse la existencia de su dimensión colectiva, esto es como conjunto de facultades y garantías que tienen como titular al sindicato, como creación colectiva, y no al trabajador como sujeto individual.

¹⁰⁰⁵ STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ.26.

¹⁰⁰⁶ Ídem, p.830.

¹⁰⁰⁷ Ibídem.

Esta perspectiva corresponde a la concepción de los derechos fundamentales como portadores de un aspecto institucional, y no solamente de un derecho subjetivo, de acuerdo a la moderna teoría de los derechos fundamentales. Esta doctrina sostiene que los derechos fundamentales poseen un doble contenido: en un aspecto de derecho individual son derechos de la persona, derechos subjetivos, pero, al mismo tiempo tienen un aspecto institucional, en función del cual representan “(...) *la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema libertad individual-límite a la libertad individual, se rebelan a la relación unidimensional individuo-estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo.*”¹⁰⁰⁸

Según Haberle, estas esferas de vida, son “ordenamientos objetivos” que se conjugan para formar el cuadro integral de la Constitución, siendo los mas relevantes los referidos al contrato, la propiedad, las sucesiones, el matrimonio y la familia, así como las libertades de asociación, de reunión y la libertad sindical.¹⁰⁰⁹

De esto modo, los derechos fundamentales son, esencialmente, bifrontes, pues “*Ambos aspectos, el de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental. Se refuerzan recíprocamente. Los derechos fundamentales aparecen desde el punto de vista del titular como derechos públicos subjetivos, desde aquel de las condiciones de vida como institutos. Poseen, pues, una impronta personal y un sello objetivo-institucional.*”¹⁰¹⁰

Este aspecto institucional que presenta todo derecho fundamental, no es, apunta Haberle, una mera adición o apostilla del derecho individual y no se encuentra colocado en una posición meramente servil respecto a éste. No puede ser, tampoco, pospuesto o yuxtapuesto a éste, o reducido a la condición de medio

¹⁰⁰⁸ HABERLE, “La libertad fundamental...”, Op.cit., pp.163-164.

¹⁰⁰⁹ Ídem, p.164.

¹⁰¹⁰ Ibídem.

para un fin. Se encuentra, en cambio, en una correlación y en igualdad de rango con el aspecto individual. Pero, a su vez, el aspecto individual, tampoco puede ser degradado a efecto subjetivo o mera emanación del aspecto institucional. El derecho del individuo no puede reducirse a órgano de ordenamientos y sistemas de vida supraordinados.¹⁰¹¹ Como conclusión de ello, señala Haberle, *“A la institucionalización de los derechos fundamentales no se acompaña paralelamente alguna debilitación de la libertad individual; al contrario, allí se propone y se produce un reforzamiento de la libertad.”*¹⁰¹²

En la libertad sindical colectiva se plasma, de esta forma, el aspecto institucional del derecho fundamental a la libertad sindical. Las múltiples manifestaciones de ésta, representan aquellas “esferas de vida” u “ordenamientos objetivos” que forman parte del cuadro integral de instituciones que la Constitución quiere proteger y desarrollar como elementos del ordenamiento constitucional. Y, es a través de esta dimensión institucional, que la libertad sindical como derecho subjetivo individual va a alcanzar su plenitud de realización. Así, lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, según la resume Haberle:

“En ella el sindicato como tal es elevado a sujeto de la libertad sindical, que por el contrario está formulada en términos de derecho individual (...) (Art. 9º, inciso 3), GG) y esto de pleno derecho: por lo demás, que la libertad sindical incluya, junto a la libertad individual de los sindicalizados, también la libertad del sindicato mismo, ha sido ya sostenido en el período de la República de Weimar (...). La coalición es una “objetivización” de la libertad sindical. Los sindicatos son, junto a los correspondientes conjuntos normativos, las formaciones objetivas que caracterizan el aspecto institucional del derecho fundamental. La coalición es una “institution-personne”, según la concepción de Hauriou. Ella “recluta” a los inscritos y

¹⁰¹¹ Ídem, p.165.

¹⁰¹² Ibídem. Apunta el mismo autor, reforzando esta idea: *“Los derechos fundamentales como institutos son –para decirlo con Stahl (...)- “esferas ya delineadas en el ordenamiento de la vida de comunidad”. El titular de los derechos fundamentales entra en estas esferas mediante el ejercicio de su derecho fundamental (...). Las llena con sus fuerzas creativas y con su acción personal. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales constituyen, pues, partes integrantes de estas “esferas”. El individuo, legitimado para eso por una serie de situaciones, se “compromete” (...) en una multiplicidad de instituciones, de condiciones de vida objetivas reguladas por los derechos fundamentales. Funda una familia, se asocia, se forma en determinados ámbitos profesionales que más tarde si es el caso, modifica. El hecho de que la Constitución regule un gran número de esferas de vida, institucionalmente tuteladas, da fundamento a una tutela específica de la libertad individual. (Idem, pp.190-191.)*

los pone al servicio de un fin supraindividual. Esencialmente, a través de este proceso, “asume carácter de institución” la esfera de vida correspondiente a la libertad sindical. En este proceso, el sindicato realiza la función social que la Constitución quiere satisfacer con la garantía de este derecho fundamental. Tan sólo en el ámbito de las variadas asociaciones sindicales efectivamente operantes, la libertad sindical del individuo halla su satisfacción. Sólo a través del reconocimiento de un derecho subjetivo del sindicato, la Constitución se conforma a la realidad de la vida moderna. En cada caso que estuviese protegida sólo la libertad sindical del individuo, no sería posible lograr la regulación del mundo del trabajo, que dadas sus características es esencial para la regulación del orden social integral que la Constitución persigue (...).”¹⁰¹³

3.3.1.3.2.1. Libertad de organización.

Los trabajadores, dice, el Convenio 87 OIT, pueden constituir las organizaciones que “estimen convenientes” (art.2). Ello garantiza una libertad de “forma”, esto es que al constituirse, los sindicatos pueden adoptar, libremente, la forma que les convenga, cuestión esta que, básicamente, está referida al ámbito subjetivo de las mismas, esto es, si se organizan en el ámbito de la empresa o, dentro de ésta, de un centro de trabajo o unidad de gestión, o por categorías profesionales o con criterio territorial o, también, en el ámbito de una industria o rama de actividad económica.¹⁰¹⁴ Al respecto, no deben existir modelos predeterminados

¹⁰¹³ Ídem, pp.176-177. En el mismo sentido, Weiss, indica que “Aplicando la filosofía explicada anteriormente, las Cortes dejaron en claro que la libertad individual de asociación sería inútil si la organización misma no estuviera protegida constitucionalmente también. Siguiendo este pensamiento, la llamada “libertad colectiva de asociación” es entendida como parte de la libertad individual de asociación. Es decir, está implícita la protección constitucional de la existencia de las organizaciones, tanto como de sus actividades. Así, dado que una de las actividades más importantes de los sindicatos y las asociaciones de empleadores es, por supuesto, la negociación colectiva, se acepta que el artículo 9, parágrafo 3 de la Constitución-a pesar de su fraseo- también garantiza un sistema de negociación colectiva libre como una institución en la cual la libertad de asociación individual puede jugar un papel relevante en la práctica actual. Este primer paso implica necesariamente el segundo: una vez que se acuerda que un sistema de negociación colectiva libre está garantizado por la Constitución, la filosofía anteriormente expresada requiere que el sistema se forme de manera que garantice que se pueda cumplir con la función de proveer condiciones laborales adecuadas. A su vez, esto sólo es posible si un lado no puede dictarle las condiciones al otro: el sistema necesita un balance de poder justo para darle a cada lado una oportunidad igual de llegar a un compromiso adecuado. Esto implica el derecho de huelga: sin este derecho, la negociación colectiva no sería nada más que un pedir limosnas de manera grupal.”(WEISS, Op.cit., pp. 245-246.)

¹⁰¹⁴ Dice Villavicencio Ríos al respecto: “Esto significa que los trabajadores, obreros o empleados, del sector público o privado, de una empresa o una rama de actividad, de distintas empresas o ramas de actividad, conjuntamente o por separado, a nivel local,

por la ley, que podría considerarse limitativos de la libertad sindical, debiendo entenderse, en cualquier caso, que si esta los formula, debe ser con carácter indicativo y, de ningún modo, preceptivo.¹⁰¹⁵

Sobre este aspecto de la libertad sindical, el CLS/OIT ha señalado que *“El libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implicaba la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos.”*¹⁰¹⁶



provincial, regional o nacional, etc., gozan de una amplísima libertad en lo que respecta a la organización sindical que deseen constituir. En sintéticas y a la vez gráficas palabras puede decirse que “la libertad sindical presupone que los trabajadores se puedan organizar por el criterio que les parezca más conveniente” (Bueno Magano, 1982, p. 165). (“La libertad...”, Op.cit. p.30).

¹⁰¹⁵ En este sentido, Giugni sostiene que *“La inclusión de tales derechos en la Constitución tiene la intención, en realidad, de corresponder a la función de garantía frente al Estado. No es admisible, por tanto, una legislación ordinaria por medio de la cual el Estado determine, con criterios de exclusividad, los fines o las normas organizativas de la realidad sindical: dicha legislación sería sin duda inconstitucional, en cuanto lesiva al principio de libertad sindical.” (GIUGNI, Op. cit. p.66.).*

¹⁰¹⁶ Organización Internacional Del Trabajo, *“La libertad...”* Op.cit., p.74, num.333.

3.3.1.3.2.2. Libertad de reglamentación.

Puede catalogarse, también, como autonomía normativa, en cuanto se refiere a la facultad reconocida a los sindicatos de redactar, libremente, sus estatutos así como cualquier otra norma interna que consideren necesaria.

Señala Daubler al respecto, que, por esta razón, se prohíbe al Estado dictar un “Estatuto sindical” que limite el margen de decisión de los afiliados.¹⁰¹⁷ De la misma, cualquier norma estatal que delimite o detalle el contenido del estatuto sindical debería considerarse lesiva de este aspecto de la libertad sindical.¹⁰¹⁸

Considera Villavicencio Ríos que siendo el estatuto la norma fundamental del sindicato, que establece los principios y reglas básicas de su configuración, funcionamiento y actuación, esta libertad colectiva tiene “valor cualificado”, puesto que las demás facultades colectivas integrantes de la libertad sindical, encuentren sus normas configuradoras en dicha norma.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁷ DAUBLER, Op.cit., p.123. Pone, este autor, un ejemplo: “La condición impuesta por una ley de que los presidentes de los sindicatos tengan que ser elegidos no por la Asamblea Sindical, sino por la totalidad de los afiliados, sería ilícita por suponer una intromisión en la autonomía de la organización interna sindical.” (Ibidem).

¹⁰¹⁸ En tal sentido, según el CLS “Para que las organizaciones tengan derecho a elaborar sus propios estatutos y reglamentos con libertad absoluta, la legislación nacional debería limitarse tan sólo a sentar las condiciones formales que deberán respetar los estatutos, los cuales, junto con los reglamentos correspondientes, no necesitarán la aprobación previa de las autoridades públicas para entrar en vigor.” (**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p. 83, num.371.**)

¹⁰¹⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.43. Respecto a la vigencia de esta libertad en el ordenamiento nacional señala, con sentido crítico, lo siguiente: “La normativa nacional ha recogido el principio de que las organizaciones sindicales se rigen por lo establecido en sus propias normas, sin que se encuentre ni la LRCT ni en su reglamento ninguna estipulación dedicada expresa y sistemáticamente a la forma y contenido que deban tener estas normas. Sin embargo, una lectura atenta de su texto va a arrojar como resultado que, sin referencia alguna a este derecho, ambas disposiciones regulan materias que caen directamente en su ámbito de acción. Así, encontramos que se establece, en todos los casos con clara vocación restrictiva, regulaciones de fondo sobre fines y funciones de las organizaciones sindicales (artículo 8 LRCT), obligaciones (artículo 10 LRCT), restricciones a sus actividades (artículo 11 LRCT), requisitos para ser miembro (artículo 12 LRCT), órganos y sus atribuciones (artículos 7 y 21-23 LRCT y artículos 9-11 DS 011), requisitos para ser miembro de la Junta Directiva (artículo 24 LRCT), condicionamientos para separar o expulsar a sus miembros (artículo 26 LRCT), patrimonio sindical (artículos 27 y 33 LRCT), y disolución (artículo 33).”(Idem, pp.43-44.)

No obstante, opina que la exigencia estatal, que proviene del propio texto constitucional, en el que se señala que el Estado cautela el ejercicio democrático de la libertad sindical, en el sentido de establecer un requisito genérico de respetar el principio democrático en la vida sindical, no vulnera este aspecto de la libertad sindical, a condición de no regular de forma concreta aquellos aspectos en que dicho principio debe plasmarse: condiciones de adhesión y separación de miembros, gestión y control de los fondos sindicales.¹⁰²⁰

3.3.1.3.2.3. Libertad de representación.

Las organizaciones sindicales gozan del derecho a elegir libremente a sus representantes así como a revocarlos. Es una libertad sin la cual difícilmente podría sostenerse la autonomía sindical. Para el CLS/OIT esta libertad “(...) constituye una condición indispensable para que puedan actuar efectivamente con toda independencia y promover con eficacia los intereses de sus afiliados.”¹⁰²¹ Para ello, afirma este mismo organismo, “(...) es menester que las autoridades públicas se abstengan de intervenciones que puedan entorpecer el ejercicio de ese derecho, ya sea en la fijación de las condiciones de elegibilidad de los dirigentes o en el desarrollo de las elecciones mismas.”¹⁰²²

Por consiguiente, deben considerarse prohibidos todos aquellos actos dirigidos “(...) a imponer la designación de dirigentes, aprobar los candidatos o los resultados de las elecciones, establecer la no reelección de representantes, imponer la presencia de algún funcionario en el proceso electoral, regular las condiciones de elegibilidad y de ejercicio del cargo representativo, reglamentar minuciosamente los procedimientos de elección interna, etc.”¹⁰²³

¹⁰²⁰ Ídem, p. 43.

¹⁰²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO “La libertad...”, Op .cit. p.88. num. 391.

¹⁰²² Ibídem.

¹⁰²³ VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.44.

3.3.1.3.2.4. Libertad de gestión.

Se refiere esta dimensión de la libertad colectiva a la gestión interna, que concierne a la propia administración del sindicato.¹⁰²⁴ El Convenio N° 87 la entiende como el derecho de las organizaciones sindicales de *“organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.”* (art.3).

En esta materia lo que se quiere afirmar es que *“(…) los trabajadores y los empleadores puedan decidir por sí mismos las reglas que deberán observar para la administración de sus organizaciones y para las elecciones que llevarán a cabo”*, tal como lo señala el CLS/OIT.

Por consiguiente, debe considerarse una ingerencia en la administración sindical cualquier norma estatal, acto administrativo o medida del empleador que pretenda limitar el campo, la forma o el contenido de las decisiones de los órganos de gobierno del sindicato, en orden a establecer sus programas y planes de acción, organizar sus actividades, disponer de sus recursos y cualquier otra que signifique elegir los medios de acción adecuados para la consecución de sus fines.

3.3.1.3.2.5. Libertad de realizar actividad sindical.

Un aspecto esencial de la libertad sindical colectiva, es el que se refiere a la “actividad sindical”. Este aspecto, como eje de la libertad sindical, es destacado, también, por el Tribunal Constitucional:

¹⁰²⁴ Villavicencio Ríos se refiere a la “libertad de gestión” englobando en este concepto la de “gestión interna”, propiamente referida a la administración del sindicato, y a la “gestión externa” que comprende las relaciones externas, de negociación y conflicto, principalmente (Cfr. Op.cit., p.45). Siendo válida esta perspectiva, hemos preferido separar ambos aspectos, en razón de que la “gestión externa” comprende la “actividad sindical”, aspecto éste que por su enorme significación para la libertad sindical merece ser puesto de relieve. Por ello, lo trataremos, en forma separada, como un aspecto específico de la libertad colectiva: la “libertad de realizar actividad sindical”.

*“(…) el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que a éste núcleo mínimo e indisponible, debe añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y a la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical.”*¹⁰²⁵

En otra sentencia ¹⁰²⁶, el TC enfatiza la trascendencia que reviste la noción de actividad sindical, como contenido de la libertad sindical, la cual *“Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos.”*¹⁰²⁷

Recoge el tribunal, de esta forma, un concepto claramente asentado en la doctrina del derecho laboral. Así, el derecho a la *“actuación específica propia de la asociación”* es, para Daubler, la característica más importante de la libertad colectiva de asociación. Desde el momento en que la finalidad del sindicato consiste en representar a los trabajadores así como defender y promover sus derechos e intereses, no cabe duda de que el conjunto de actividades mediante las cuales, el organismo sindical realiza acciones directamente dirigidas a realizar dicha finalidad, constituye el elemento central de la libertad sindical.

¹⁰²⁵ STC, 1469-2002-AA/TC, FJ.5.

¹⁰²⁶ STC, N° 311-2005-PA/TC, FJ. 6. Agrega, la sentencia: *“Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.(…)”* (Ibídem, FJ.7).

¹⁰²⁷ Sanguinetti opina que *“Esta declaración conlleva la ratificación expresa del criterio según el cual la Constitución no solamente tutela los aspectos orgánicos del ejercicio del derecho de sindicación, sino también su vertiente dinámica. Es decir, el derecho de los sindicatos a realizar cuantas actividades lícitas sean precisas para el cumplimiento de su misión constitucional.”* (SANGUINETTI, Op.cit., p.49.)

Estamos aquí en presencia de la “actividad sindical” en su sentido más genuino, esto es como aquella para la que se ha fundado y existe el sindicato: *“El principio de libertad sindical, considerado desde el punto de vista dinámico, reclama el de actividad sindical. Afirmar la libertad sindical también significa reconocer la posibilidad de llevar a cabo todos aquellos comportamientos que se encaminan a hacer efectiva la coalición”*, afirma Giugni.¹⁰²⁸ Bajo la noción de “actividad sindical” se engloban, para este autor, en realidad, todas las facetas del derecho colectivo del trabajo, pues aquella comprende la “autoorganización” del grupo, la “autotutela” y la “autonomía colectiva”.¹⁰²⁹ En este sentido, la libertad colectiva se nos presenta como *“(…) un **derecho multiforme y polivalente** que incluye todas aquellas acciones de los trabajadores funcionalmente vinculadas a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (…)*”.¹⁰³⁰ La “actividad sindical”, puede, de este modo, comprender desde las actividades previas a la fundación de los entes sindicales, como el proselitismo dirigido a ello, así como las ordinarias como las reuniones o asambleas, distribución de información sindical, cobro de cuotas, etc.¹⁰³¹

En un sentido amplio, como lo señala el CLS/OIT, la libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, *“(…) sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales.”*¹⁰³²

Entre tales actividades las más relevantes, sin duda, son aquellas a través de las cuales la organización sindical ejerce la defensa de los intereses de los trabajadores y procura el mejoramiento de sus condiciones laborales y de vida, como la acción reivindicativa y participativa, la negociación colectiva y la huelga.¹⁰³³ Aún cuando la negociación colectiva y la huelga suelen formularse

¹⁰²⁸ GIUGNI, Op.cit., p.81.

¹⁰²⁹ Ibídem.

¹⁰³⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., pp.37-38.

¹⁰³¹ Ibídem.

¹⁰³² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO “La libertad...”, Op .cit. p.109, núm.495.

¹⁰³³ Cfr. ERMIDA URIARTE, et al, Op.cit., pp.48-49.

como derechos distintos de la libertad sindical, tal como lo hace el artículo 28º de la Constitución, existe consenso en reconocer que aquellos se encuentran comprendidos en ésta. La “actividad sindical”, por ello, abarca, según Baylos Grau, el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga y el planteamiento de conflictos individuales y colectivos, entre otras funciones.¹⁰³⁴ Dentro de esta noción amplia de la libertad sindical, Ermida comprende un conjunto de actividades complementarias, de diversa índoles, que llevan a cabo los sindicatos.¹⁰³⁵

3.3.1.3.2.6. Libertad de federación.

Las organizaciones sindicales tienen derecho a fundar otras organizaciones o a adherirse a ellas, con el propósito de fortalecer su capacidad de acción y la realización de sus fines. La vastedad y complejidad de la vida económica, se refleja en la organización de las actividades productivas y de servicios y, por lo consiguiente en la estructura sindical, que precisa adaptarse a esa realidad para gozar de mayor representatividad y alcanzar plena eficacia.

Es frecuente, por ello, que los organismos sindicales se integren en estructuras más amplias, para abarcar ámbitos funcionales, como la industria, rama de actividad o gremio, así como geográficos, como provincial, regional, nacional, e incluso, internacional. De allí que el movimiento sindical, más allá del centro de trabajo o empresa, haya dado lugar a la creación de federaciones y

¹⁰³⁴ Cfr. BAYLOS GRAU. 2006, “Sindicalismo y Derecho Sindical”, 3ra edición, Editorial Bomarzo S.L. Albacete (España) p.18. La doctrina del Tribunal Constitucional Español, según la resume Ojeda Avilés, ha establecido que la negociación colectiva, la huelga y la solicitud de procedimientos de conflicto colectivo, está comprendida en la libertad sindical y que ésta, incluso, “abarca cualquier actividad o acción que signifique defensa de los trabajadores.” (Cfr. OJEDA AVILES, Op.cit., p.154.) En el mismo sentido Daubler considera que la celebración de convenios colectivos y llevar a cabo conflictos colectivos y organizar huelgas, forma parte de la actividad de las asociaciones sindicales. (Cfr. DAUBLER, Op.cit., p. 125.)

¹⁰³⁵ “Además de lo participativo y lo reivindicativo, modernamente el sindicato desarrolla numerosas e importantes actividades laterales, tales como, entre otras, las relacionadas con la formación profesional, lo cultural, la rehabilitación y protección de minusválidos, la salud, las obras sociales de diverso tipo, y aún ciertas actividades comerciales, industriales y financieras.” (ERMIDA et al, Op.cit., p.51.).

confederaciones, como sistemas organizativos aptos para integrar, respectivamente, a sindicatos y federaciones, en entidades más fuertes y más representativas.

El Convenio 87 OIT garantiza este derecho al señalar que: *“Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.”* (Art.5).¹⁰³⁶

Esta dimensión de la libertad sindical colectiva, cuenta, asimismo, con expresa referencia en el PIDESC (art.8) y en el Pacto San Salvador (art.8), los cuales lo incluyen como un contenido necesario del derecho a la sindicación.

3.3.1.3.2.7. Libertad de suspensión o disolución.

Decidir acerca de la suspensión de sus actividades o, incluso, su disolución y extinción es una manifestación indispensable de la autonomía sindical, la garantía misma de la libertad sindical.

Del mismo modo que los sindicatos no requieren para constituirse la autorización previa del Estado, tampoco se acepta que éste puede decretar la suspensión o, peor aún, la disolución y extinción de aquellos. El Convenio 87 OIT señala al respecto, en el artículo 4º: *“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.”*

El principio en esta materia, es que la cesación, temporal o definitiva, de las actividades de una organización sindical sólo puede ser decidida por los miembros de esta, mediante un acto libre y voluntario, y no por disposición de las autoridades gubernamentales. Se resguarda, en esta forma la existencia

¹⁰³⁶ Al respecto, Villavicencio Ríos formula importantes críticas a la regulación que contiene el TUO-LRCT sobre esta materia. (Cfr. Op.cit., pp.49-51.).

misma del sindicato, poniéndolo fuera del alcance del gobierno, al impedir que éste, mediante actos o resoluciones administrativas suspenda o disuelva a la organización sindical, sin que esta haya incurrido en actividades ilícitas, basándose, únicamente, en motivos políticos o en la conveniencia de quienes ejercen el poder. Por esta razón, el CLS/OIT ha estimado que la suspensión o disolución de un sindicato por la autoridad administrativa “(...) *constituyen graves violaciones de los principios de la libertad sindical.*”¹⁰³⁷

El concepto de disolución por la “vía administrativa” comprende no sólo los actos propios del gobierno o poder ejecutivo, sino, también, el ejercicio de facultades legislativas, pues el CLS/OIT considera que en tales casos no se asegura a la organización sindical los derechos de defensa con los que si contaría un proceso judicial normal.¹⁰³⁸

Por consiguiente, al margen de la disolución voluntaria, sólo se admite salvo que dicha decisión sea adoptada por el Poder Judicial basándose en la conducta ilícita de la organización sindical. Esta conducta, a juicio del CLS/OIT, debe corresponder a “(...) *casos de extrema gravedad*” y “(...) *deberían producirse como consecuencia de una decisión judicial a fin de garantizar plenamente los derechos de defensa.*”¹⁰³⁹

La anterior Constitución¹⁰⁴⁰, contenía una disposición específica según la cual los sindicatos se disolvían voluntariamente, por acuerdo de sus miembros, o por resolución en última instancia de la Corte Suprema. El texto constitucional vigente no reprodujo esa norma por lo que en lo que se refiere al derecho a la

¹⁰³⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.146, núm. 683. En el mismo sentido, Vid., p.147, núm.684.

¹⁰³⁸ “*Observando que en virtud de una disposición legal se anulaba el registro de sindicatos existentes, el Comité estimó esencial que la disolución de organizaciones de trabajadores o de empleadores sea pronunciada por las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden garantizar el derecho de defensa. Este principio. hace observar el Comité, es igualmente aplicable cuando las medidas de disolución se toman en una situación de emergencia.*” (Ídem, p.148, núm.691) En el mismo sentido, Vid., núm. 690.

¹⁰³⁹ Ídem, p.149, núm. 699. Vid, en el mismo sentido, núm. 700 y 701.

¹⁰⁴⁰ El artículo 51º de la Constitución de 1979 indicaba, en su segundo párrafo, que “*Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Suprema.*”

disolución voluntaria este se encuentra garantizado por el artículo 3 del Convenio 87, y, asimismo, por el artículo 2º, numeral 13 de la Constitución, conforme al cual las asociaciones no pueden ser disueltas por resolución administrativa. En cuanto a la posibilidad de su disolución judicial esta ha sido contemplada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO-LCRT)¹⁰⁴¹, cuyo artículo 33º establece que esta será decretada por “resolución en última instancia de la Corte Suprema remitiéndose a las causales y al procedimiento previsto en el artículo 96º del Código Civil para la disolución judicial de las asociaciones, conforme al cual corresponde al Ministerio Público solicitar la de aquellas cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.”¹⁰⁴² El artículo 33º del TUO-LRCT, agrega el derecho de “*la parte que acredite tener legítimo interés económico o moral*” para instar al Ministerio Público a que formule la solicitud de disolución del sindicato, caso en el cual la cancelación del registro sindical se efectuará en mérito a la sentencia consentida o ejecutoriada que disponga la disolución del sindicato.¹⁰⁴³

¹⁰⁴¹ Aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

¹⁰⁴² El referido artículo del Código Civil establece en el primer párrafo que “*El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.*”

¹⁰⁴³ Al respecto, Villavicencio Ríos destaca la contradicción entre esta norma, que permite la disolución del sindicato sin contar con una resolución en última instancia de la Corte Suprema y la contenida, en el mismo precepto, que exige dicha resolución. Además destaca, que tras la reforma del proceso abreviado, a que hace referencia el artículo 96º del Código Civil, la última instancia ya no corresponde a la Corte Suprema situación que ha creado un vacío insalvable en lo que se refiere al proceso de disolución judicial iniciado de oficio por el Ministerio Público. (Cfr., VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., pp. 51-54.).

3.3.1.4. Ámbito subjetivo.

La libertad sindical es un derecho de los trabajadores, por su origen histórico y por la función que cumple en el sistema de relaciones laborales e, incluso, en la sociedad. Por consiguiente, su reconocimiento constitucional entraña el significado de atribuir a todos quienes tienen tal condición el mencionado derecho, aunque el texto del artículo 26º no mencione específicamente a los trabajadores como titulares de tal derecho, como, en cambio, lo hizo el artículo 51º de la constitución anterior.¹⁰⁴⁴

Además, debemos tener presente, que el Convenio 87 OIT reconoce este derecho a los trabajadores, así como a los empleadores, y precisa que, a unos y otros, se les reconoce “sin ninguna distinción”, expresión que, criterio del CLS/OIT, (...) *significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo,*¹⁰⁴⁵ *a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, etc.(...).”*

Sin embargo, respecto al ámbito subjetivo del derecho, se suscitan algunas dudas relativas a determinados sectores o categorías de trabajadores. En ese sentido, cabe plantearse, en relación a los trabajadores como sujetos del mismo, si este derecho tiene un alcance general e irrestricto o se encuentra limitado a los trabajadores del sector privado, excluyendo, por consiguiente, a los servidores públicos; asimismo, si solo corresponde a quienes laboran en calidad de trabajadores subordinados o se extiende a los denominados trabajadores “autónomos”. Finalmente, puede plantearse si, a pesar del enunciado del Convenio 87 OIT, este derecho también tiene como titulares a los empleadores.

¹⁰⁴⁴ “El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa.” Así rezaba la primera oración del artículo 51º de la Constitución de 1979.

¹⁰⁴⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO “La libertad...”, Op.cit., p.47, núm.209.

3.3.1.4.1. Servidores públicos.

Respecto a esta clase de servidores, el Convenio N° 151 de la OIT¹⁰⁴⁶ reconoce a *“las personas empleadas en la administración pública”* el derecho a la sindicalización, estableciendo un conjunto de garantías y facilidades para su ejercicio. En el plano constitucional fue reconocido por el Artículo 61° de la Constitución de 1979 (*“Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga a los servidores públicos”*) y, asimismo por el artículo 42° de la vigente Constitución: *“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos.”*

Sin embargo, este reconocimiento no abarca al conjunto de los servidores del Estado, pues el mencionado artículo indica, a renglón seguido que *“No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.”*

En esta limitación se mezclan dos criterios: el de jerarquía y el funcional. En el primer caso, la exclusión no alcanza a los servidores públicos en razón a la función que desempeñan sino a la jerarquía de determinados puestos, que son aquellos que tienen poder decisorio, cargos de confianza o de dirección. En el segundo, la propia naturaleza de la función que desempeñan ciertos servidores públicos es el factor determinante para justificar su exclusión del derecho a la sindicación. Es el caso de los miembros de los institutos armados y la policía. Ambas exclusiones tienen fundamento en el artículo 1° del Convenio 151 OIT que remite a la legislación nacional decidir si este convenio es aplicable - o no, o hasta determinado punto- a los *“empleados de alto nivel”* que *“poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.”* (Art.1.2.), así como *“a las fuerzas armadas y a la policía.”* (Art.1.3.)

¹⁰⁴⁶ Ratificado por el Perú en virtud de la Decimosétima Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

En razón a la función, la Constitución contiene otras exclusiones, referidas en este caso a los jueces y fiscales (CP, art.153º). Villavicencio hace notar que esta exclusión contraviene los criterios del CLS/OIT para quien solo debe limitarse su derecho de huelga.¹⁰⁴⁷

Respecto a la exclusión en razón a la jerarquía del cargo ocupado en el servicio público, esta debe aplicarse con criterio restrictivo a fin de que su ámbito se restrinja a aquellos cargos directamente vinculados a la representación de los intereses del empleador o que conlleven un grado intenso de confidencialidad, pues en caso contrario, una noción lata de esas funciones, o la calificación con criterio subjetivos de dichos cargos, puede negar el derecho a la libertad sindical a numerosas personas.¹⁰⁴⁸

En lo atinente a la exclusión aplicable a los miembros de las fuerzas armadas y la policía, se ha considerado que esta no puede ser extendida al personal civil que labora al servicio de estos institutos armados.¹⁰⁴⁹ Nuestra Constitución no contiene exclusión alguna respecto de estos trabajadores, por lo que no sería legítima cualquier norma legal que les prohibiera constituir y afiliarse a organizaciones sindicales.

3.3.1.4.2. El caso de los trabajadores “autónomos”.

La Constitución de 1979 afirmó la posibilidad de que los trabajadores no sujetos a una relación pudieran sindicalizarse. El artículo 52º de esta carta estableció lo siguiente: *“Los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo, pueden organizarse para la defensa de sus intereses. Les son aplicables en lo pertinente las disposiciones que rigen para los sindicatos.”* Esta norma no ha sido reproducida en la actual constitución.

¹⁰⁴⁷ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.15-16.

¹⁰⁴⁸ Vid, al respecto, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La Libertad...”, pp.54-55, núms.247-250

¹⁰⁴⁹ “Los civiles empleados en los servicios del ejército deberían tener derecho a formar sindicatos.” (Ídem, p.51, núm.229)

Villavicencio Ríos, considera que mientras que las declaraciones y pactos generales de derechos humanos reconocen la libertad sindical a favor de “todas las personas”, el Convenio 87 sólo lo hace para “los trabajadores y los empleadores”, razón por la cual, aplicando el principio de especialidad, debe primar este último instrumento, lo que, a su juicio, permite reconducir “(...) *la libertad sindical a su hábitat natural, el terreno de las relaciones laborales*”.¹⁰⁵⁰ Basándose en este criterio, excluye a los trabajadores autónomos del derecho a la libertad sindical, entendiendo que, en sentido estricto, este sólo tiene como titular a aquellos trabajadores que laboran por cuenta ajena.¹⁰⁵¹

Una posición más matizada corresponde a Ojeda Aviles, quien en un interesante estudio sobre esta cuestión señala que debería admitirse este derecho a favor de los trabajadores semiautónomos, profesionales, y empresarios sin trabajadores a su servicio e, incluso, por todo trabajador sin distinciones “(...) *en línea con la tendencia a convertir el Derecho del Trabajo en el Derecho de todo el trabajo humano.*”¹⁰⁵² Reconoce, no obstante, que la doctrina está fuertemente dividida al respecto y no deja de señalar diversos problemas que la sindicalización de estos sectores podrían originar. Pero, pese a ello, su conclusión es favorable a esta posibilidad: “*El signo de los tiempos postula por tender puentes a los semiautónomos y autónomos, a la vista de su masificación paulatina. Por ello parece oportuno abandonar las posturas refractarias a su sindicación. El cómo y en qué medida, plantean problemas que hemos intentado resolver en las líneas que con ésta terminan.*”¹⁰⁵³

¹⁰⁵⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, “La Libertad...”, Op.cit., p.16.

¹⁰⁵¹ Ibídem. Sin embargo, respecto a los trabajadores autónomos agrega lo siguiente: “*Ello no implica desconocerles su derecho a constituir organizaciones para la defensa y promoción de sus intereses, e incluso que las semejanzas existentes (que se expresan sobre todo en el plano estático) lleven a que se les aplique en lo pertinente la reglamentación sindical, como sucede en el Perú desde hace muchísimos años 21; sino tan sólo, nos lleva a advertir que las peculiaridades del trabajo asalariado, y por tanto de la organización de estos trabajadores (sobre todo en el terreno dinámico de la libertad sindical: negociación colectiva y huelga, por ejemplo) impiden una aplicación plena de este derecho a quienes desempeñan sus labores autónomamente.*” (Ibídem.).

¹⁰⁵² OJEDA AVILES, “La sindicación de...”, Op.cit., p.194.

¹⁰⁵³ Ídem, p.200.

No le falta razón a Villavicencio Ríos cuando considera que la libertad sindical en su sentido estricto sólo es aplicable a los trabajadores subordinados porque sólo en el marco de éste puede desarrollarse su aspecto dinámico, esto es, la negociación colectiva y la huelga, instituciones muy difícilmente realizables en el ámbito de los trabajadores autónomos. Es innegable que este caso, la noción del sindicato como “contrapoder” del empleador, se difumina y, por tanto, se debilita. Sin embargo, y a pesar de ello, sobre todo en el caso de los trabajadores autónomos por cuenta ajena (Supra, Cap.3, 3.1.1.), es innegable que la adopción de formas de organización semejantes a la sindical, puede configurar un valioso instrumento para la defensa de sus intereses para los usuarios habituales de sus servicios. Por ello, como lo destaca Ojeda Avilés, el sindicalismo ejerce una “vis atractiva” sobre estos sectores de trabajadores que, a despecho de su renuencia a utilizar la denominación sindical, se muestran partidarios de recurrir a las técnicas de acción y de lucha de los sindicatos.¹⁰⁵⁴

Sin duda, se trata de un sindicalismo atípico, que no puede encuadrarse dentro de los parámetros clásicos en los que se ha conformado el derecho sindical, sobre todo por la ausencia de un “interés antagónico sindicalizable”¹⁰⁵⁵. Sin embargo, comparte con este, el hecho de que constituye un medio orgánico para la reivindicación de los intereses económico-sociales de sectores de personas, que en la estructura característica de la economía de mercado, dependen económicamente del trabajo que prestan a determinados usuarios o adquirentes, frente a los cuales pretenden que tales intereses sean reconocidos y justipreciados.

¹⁰⁵⁴ *“Aunque formalmente no se trata de sindicatos, reivindican, sin embargo, pretensiones frente a grandes clientes monopolísticos- de ordinario las Administraciones Públicas, pero también las grandes empresa de servicios-, llegan a negociar en nombre de sus afiliados y plantean medidas de conflicto en todo similares a las laborales. Podríamos contestar a la pregunta sobre qué puede aportar el Derecho del Trabajo (Scarpelli, 1999, p.556), que a la vista de su renuencia a la denominación sindical, no parecen sentirse demasiado atraídos por las eventuales aportaciones de las organizaciones de trabajadores. Ocurre, no obstante, que si bien no demuestran gran entusiasmo por el nombre, desean en cambio acceder a sus instrumentos típicos, como son la negociación colectiva y la huelga.”*
(OJEDA AVILES, “La sindicación de...”, Op.cit., p.199.)

¹⁰⁵⁵ Cfr. Sala Franco y Albiol Montesinos, citado por Villavicencio Ríos (Op.cit, p.16.)

3.3.1.4.3. La libertad sindical ¿un derecho del empleador?

Finalmente, se plantea la cuestión atinente a la titularidad del derecho a sindicación de los empleadores.

Como antes lo hemos visto, el Convenio 87^o, reconoce este derecho, por igual, a trabajadores y empleadores, por lo que sería sencillo concluir que la libertad sindical también es un derecho de éstos, dando por concluida cualquier discusión al respecto.

A pesar de ello, esta postura es objeto de cuestionamiento, desde varias perspectivas. La primera, según Villavicencio Ríos, es de carácter histórico al haber surgido la libertad sindical como un derecho conquistado por los trabajadores para equilibrar con la fuerza de unión y acción colectiva la superioridad de los empresarios. Estos, por el contrario, han conformado organizaciones de naturaleza “defensiva” para contrarrestar a los sindicatos, las cuales no requieren un soporte jurídico específico, pues pueden existir al amparo de la libertad de asociación.¹⁰⁵⁶

En segundo, lugar se aduce, que la libertad sindical, aunque tenga importantes manifestaciones en el plano individual, adquiere su dimensión esencial en el plano colectivo, al traducirse en actividad organizada, mientras que la libertad asociativa de los empleadores es una proyección de la iniciativa económica privada y, por consiguiente, de la libertad individual.¹⁰⁵⁷

El cuestionamiento que se hace al derecho de sindicación de los empleadores, tiene, como se ha visto sólidos fundamentos, a las que conviene sumar algunas reflexiones adicionales. Desde la perspectiva histórica, cabría agregar la diferente actitud de trabajadores y empleadores frente a la libertad sindical, pues cuando esta fue prohibida y penalizada para los trabajadores, los empleadores

¹⁰⁵⁶ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS “La Libertad...”, Op.cit., pp. 16-17.

¹⁰⁵⁷ Ídem, p.17.

no sólo no lucharon para abolir tal proscripción - como lo hicieron los trabajadores -, sino que, por el contrario, disfrutaron plenamente de su situación de poder en las relaciones laborales, fortalecida por la interdicción legal de la libertad sindical. Por ello, las organizaciones de empleadores, lo pone de relieve Ojeda Avilés, “(...) *nacen sólo y cuando los sindicatos obreros adquieren fuerza suficiente para intentar un cambio en el equilibrio social y político existente*”, configurándose como “*organizaciones defensivas y esencialmente conservadoras*”.¹⁰⁵⁸ Y, en cuanto se refiere, al ejercicio mismo de la libertad sindical, mientras que ésta, cuando su titularidad corresponde a los trabajadores, no se agota en el aspecto orgánico o estático -de constituir la organización o adherirse a ella- , sino que comprende un aspecto dinámico, traducido en los derechos a la negociación colectiva, a la huelga y, en general a la actividad sindical, en cambio, en el caso de los empleadores, carece de esta dimensión, pues frente al ejercicio por los trabajadores del derecho a la negociación y a la autotutela, la función de los organismos conformados por los empleadores es meramente defensiva y reactiva.

Por estas razones se rechaza la postura simétrica entre ambas clases de organizaciones -sindicales y patronales- para adoptar una postura paralela,¹⁰⁵⁹ en la cual se reconoce el derecho de los empleadores a la organización, pero sin asimilarlo a la organización sindical ni procurarle sustento jurídico en la libertad sindical, sino como un fenómeno asociativo de naturaleza diferente. Respecto al enunciado del Convenio 87, que comprende a trabajadores y empleadores en el ámbito subjetivo del derecho, Villavicencio Ríos opina que éste, al referirse a “organizaciones” de trabajadores y de empleadores - y no a sindicatos-, deja la puerta abierta a regulaciones jurídicas distintas, a condición de que quede salvaguardado el derecho de ambos sectores a la organización.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁸ OJEDA AVILES, “Derecho...” Op.cit. p.138.

¹⁰⁵⁹ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, “La libertad...”, Op.cit., p.18.

¹⁰⁶⁰ Señala este autor al respecto: “*Resulta claro que no estamos desconociendo el derecho de los empresarios a constituir las organizaciones que estimen conveniente para la defensa de sus intereses económicos y sociales, sino que tan sólo buscamos deslindar el ámbito de aplicación de la libertad sindical del referido al asociacionismo empresarial. Y ello creemos que se puede asumir sin vulnerar el principal escollo jurídico: la consagración bilateral de la libertad sindical por el Convenio 87, puesto que no encontramos contrario a tal norma el hecho de que exista un régimen sindical para las organizaciones de*

3.3.2. El derecho a la negociación colectiva.

3.3.2.1. Antecedentes.

Ya en la Constitución de 1920 encontramos unas vagas referencias a los conflictos colectivos de trabajo y su forma de solución, en los artículos 48º y 49º. El primero de estos indica que *“Los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio.”*; por su parte, el segundo, dispone que *“La ley establecerá la forma como deban organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el capital y el trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos.”*

Con mayor grado de concreción, la Constitución de 1933 señala en el artículo 43º que *“El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo”*. No contiene, sin embargo, referencia alguna a los procedimientos de solución de los conflictos de trabajo, debiendo suponerse que esta materia sería regulada por el legislador ordinario en la normativa relativa al contrato colectivo de trabajo.

La Constitución de 1979, acorde con su definida orientación hacia el Estado social de derecho, contiene un reconocimiento amplio y preciso del derecho a la negociación en su artículo 54º, el mismo que indica lo siguiente:

*“Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes.
El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales.
La intervención del Estado sólo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes.”*

trabajadores y otro de asociación civil (común o especial) 23 para las organizaciones de empleadores. Siempre y cuando en éste último se respeten también todas aquellas garantías que vienen estipuladas en la norma internacional. No olvidemos que el Convenio 87 utiliza el término genérico “organización” a lo largo de todo su articulado, lo que, sin lugar a dudas, permite la coexistencia de una pluralidad de formas jurídicas, más o menos promovidas por el Estado según sus finalidades.” (VILLAVICENCIO RÍOS, Op.cit., p.18.)

3.3.2.2. Significado: el reconocimiento de la autonomía colectiva.

Nuestra Constitución enuncia el derecho a la negociación colectiva en términos algo diferentes a los de su predecesora. El artículo 28º establece lo siguiente:

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. (...)

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. (...).”

En este enunciado se encuentran los siguientes elementos o contenidos: i) el reconocimiento por el Estado del derecho a la negociación colectiva, ii) el deber del Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales, y iii) la atribución de fuerza vinculante a la convención colectiva.

No obstante, antes de ingresar al análisis de cada uno de estos contenidos del precepto constitucional, es necesario establecer el significado y alcances de esta norma en su conjunto, lo cual exige referirse a un dato fundamental del ámbito laboral que es el relativo a los conflictos de trabajo los cuales, según hemos visto, se encuentran explícitamente mencionados en las constituciones de 1920, 1979 y la actual.

En el seno de la economía capitalista, en la cual los empleadores detentan la propiedad de los medios de producción y los trabajadores alquilan a éstos su fuerza de trabajo a cambio de un salario, es innegable que los intereses de unos y otros son contrapuestos. Por ello, es una insensatez pretender desconocer la existencia de conflictos en el ámbito de las relaciones labores, sostiene Ojeda

Avilés, para quien la conflictividad en los ambientes laborales es endémica.¹⁰⁶¹ A juicio de este autor, el fondo de este conflicto reside en que “(...) *nadie desea el trabajo alienado, a las órdenes y en beneficio de otro, como medio de vida. El bien máspreciado de la persona es su libertad, y la sujeción permanente a las decisiones de otro, de quien depende nuestro sustento, va contra natura (...)*”.¹⁰⁶² Pasco sostiene, que la existencia de intereses contradictorios entre trabajadores y empleadores es una “verdad axiomática” y que “(...) *las relaciones de trabajo son por eso intrínsecamente conflictuales.*”¹⁰⁶³

En los inicios de la revolución industrial, los trabajadores, carentes de unión y organización, no pudieron defender ni hacer prevalecer sus intereses frente al, por entonces, poder absoluto de los empleadores. Por esa razón, el conflicto entre unos y otros carecía de cauces jurídicos e institucionales, saldándose, por lo general, con la imposición de los empleadores. Pero, cuando surgieron las coaliciones y sindicatos de trabajadores, éstos adquirieron la fuerza necesaria para contrapesar el poder de los empleadores y exigir el respeto y satisfacción de sus intereses, dando lugar a que el desarrollo de los conflictos laborales discurriera, en adelante, a través de procedimientos e instituciones creadas, en gran parte, por los propios protagonistas del conflicto.

El Derecho Laboral se ha ido configurando, de esta manera, como un mecanismo de encauzamiento y solución del conflicto laboral, esto es, como un instrumento de racionalización del conflicto, que garantiza a las partes sociales procedimientos adecuados para que el conflicto se manifieste, se desarrolle y encuentre solución. Por esta razón, la doctrina iuslaboral ha podido elaborar una tipología de los conflictos de trabajo que sistematiza todas las manifestaciones posibles de éstos. Esta tipología, siguiendo a Alonso García¹⁰⁶⁴ se estructura en

¹⁰⁶¹ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.395.

¹⁰⁶² Ídem, p.396.

¹⁰⁶³ PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...” Op.cit., p.124.

¹⁰⁶⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, Op. cit. p.611.

base a dos criterios: i) la naturaleza del conflicto y ii) la pretensión que encierra el conflicto.¹⁰⁶⁵

Con arreglo al primero de dichos criterios, los conflictos de trabajo pueden distinguirse en conflictos individuales y colectivos. La diferencia estriba en que los efectos de los primeros sólo alcanzan a quienes intervienen como sujetos en él, mientras que en los segundos sus efectos se extienden a personas que no siendo sujetos del conflicto resultan afectadas por éste.¹⁰⁶⁶ La distinción entre ambas clases de conflictos se funda, para Vida Soria, en la prevalencia de un interés individual o de un interés colectivo, respectivamente, destacando que no es el número de los sujetos comprendidos en el conflicto lo que determina su clasificación como individual o colectivo sino la naturaleza del interés que está en juego, pues en el conflicto colectivo este trasciende el estrictamente individual y afecta el interés de un grupo, una clase o una categoría.¹⁰⁶⁷ Señala por ello, este autor, que el conflicto colectivo exige *“(...) la doble presencia interdependiente de un grupo de trabajadores que participan de un interés colectivo aglutinante o que el grupo -formal o informal- lo perciba como tal, toda vez que la noción o idea de interés colectivo no constituye una realidad ontológicamente apreciable.”*¹⁰⁶⁸ Acota Ojeda Avilés que no basta la existencia del interés colectivo para caracterizar al conflicto como tal, sino que, además, *“(...) requiere de un sujeto colectivo que lo organice y le preste de esta manera el corpus necesario.”*¹⁰⁶⁹

El segundo criterio, permite distinguir, en función a la pretensión que origina el conflicto, entre conflictos jurídicos o de derecho y conflictos económicos o de intereses. Se caracterizan los conflictos jurídicos porque en ellos existe previamente una regla de derecho que regula la situación entre las partes, pero la controversia gira acerca de la aplicación o interpretación de dicha regla. En

¹⁰⁶⁵ Alonso García agrega un tercer criterio, el de “significación”, que le permite diferenciar entre conflictos estrictamente laborales o propios y conflictos no estrictamente laborales o impropios. (Ibídem).

¹⁰⁶⁶ Ídem, p.612.

¹⁰⁶⁷ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.257.

¹⁰⁶⁸ Ibídem.

¹⁰⁶⁹ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op. cit, p.403.

cambio, en los conflictos económicos, o de intereses, aquella norma no existe y la controversia se configura en torno a la aspiración de que determinados intereses sean aceptados y reconocidos a través de una norma. Señala Alonso García¹⁰⁷⁰ que estos conflictos giran en torno a pretensiones que tienen una finalidad novatoria de las condiciones ya existentes por lo que “(...) *el conflicto surge de la pretensión de modificar la normativa vigente o de crear otra nueva.*”¹⁰⁷¹ Por ello, en este tipo de conflictos, anota Ojeda Avilés, los antagonistas se colocan “(...) *en un campo anómico que tratan de acotar a través del debate y los medios de aceleración.*”¹⁰⁷²

La combinación de las clases de conflictos antes enumeradas, nos permite establecer que los conflictos individuales son siempre conflictos jurídicos o de derecho, en tanto que los conflictos colectivos pueden ser tanto conflictos jurídicos como conflictos económicos o de intereses. Y ello, porque los conflictos con pretensión novatoria, destinados a crear normas que reconozcan y transformen en derechos los intereses del grupo o clase, han de tener, siempre, una naturaleza colectiva, en la medida que su objetivo es, precisamente, establecer una nueva norma que alcance o comprenda a una pluralidad de sujetos y recoja, en la forma de un derecho, el interés común de éstos.

La forma de solucionar los conflictos laborales también varía en función a la pretensión de estos, optando los ordenamientos por someter los conflictos jurídicos -individuales o colectivos- a la decisión de organismos jurisdiccionales, especializados en la aplicación e interpretación del derecho, y librando los de carácter económico o de intereses a la autocomposición de las partes y, sólo en caso de tener éxito ésta, a mecanismos de heterocomposición, generalmente desprovistos de función jurisdiccional.

¹⁰⁷⁰ Cfr. ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.611.

¹⁰⁷¹ Ídem, p.613. Coincidiendo, VIDA SORIA et al, indica que esta clase de conflictos “Versan, pues, sobre la contraposición de intereses en una materia que no ha encontrado una previa regulación, siendo necesario establecerla “ex novo” para resolver adecuadamente en vía de Derecho el conflicto en cuestión.” (VIDA SORIA, et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.258.).

¹⁰⁷² OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p. 405.

Cuando el ordenamiento jurídico opta por la solución de los conflictos colectivos de carácter económico a través de fórmulas de autocomposición, desechando privilegiar los mecanismos heteronómicos - que suponen un determinado grado de intervencionismo estatal-, nos encontramos ya en presencia de una opción a favor de la autonomía colectiva, es decir por el reconocimiento a las partes sociales de la facultad de resolver por sí mismos el conflicto.

La negociación colectiva constituye uno de aquellos mecanismos de autocomposición idóneos para la solución del conflicto colectivo. Afirma, por ello, Alonso García que *“La negociación colectiva -en cuanto sistema de sustanciación de conflictos colectivos de trabajo- es el procedimiento utilizado para llegar a un convenio colectivo que ponga fin al conflicto o satisfaga la pretensión deducida por una de las partes interesadas cuando aquél o ésta se dan.”*¹⁰⁷³

De este modo, la negociación colectiva se inscribe en el cuadro de las fórmulas autonómicas de solución del conflicto colectivo de trabajo y constituye, acaso, la expresión más genuina de éstas. Por ello, su reconocimiento como derecho fundamental implica, necesariamente, la afirmación del principio de autonomía colectiva.

Este principio, puede ser concebido como *“(...) un fenómeno de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos (...)”*¹⁰⁷⁴ o, también, como *“(...) un poder o facultad que el Derecho reconoce a los grupos particulares de resolver los conflictos de intereses en que estén inmersos y que se exterioriza formalmente (vale decir, como fuente en sentido traslativo o jurídico-positivo) a través de los convenios o de acuerdos colectivos de trabajo.”*¹⁰⁷⁵ Villavicencio Ríos la define como *“(...) el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses*

¹⁰⁷³ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.660.

¹⁰⁷⁴ Cfr. GIUGNI, Op.cit., p. 137. Giugni refiere que esta expresión corresponde al profesor italiano Santoro-Passarelli.

¹⁰⁷⁵ VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.168.

(*contrapuestos o coincidentes*)”¹⁰⁷⁶ y Giugni pone el acento en el hecho de que se trata de un poder: “(...) *el poder de determinación autónoma de las condiciones de trabajo;*”¹⁰⁷⁷

De este modo, como lo apuntan Sala Franco y Albiol¹⁰⁷⁸, la autonomía colectiva se configura como un mecanismo corrector de la autonomía individual, cuyo nacimiento jurídico se produce cuando el Estado la reconoce como un medio técnico más para el cumplimiento de sus fines. Más aún, consideran que el reconocimiento de la autonomía colectiva es una manifestación característica del Estado Social, en cuanto marca el fin del abandono del ciudadano frente al Estado y de la ausencia de sociedades y grupos intermedios.¹⁰⁷⁹ Para Villavicencio Ríos la autonomía colectiva es, asimismo, la expresión de una sociedad pluralista.¹⁰⁸⁰

En este sentido, el pluralismo social e institucional que antes hemos reconocido como uno de los rasgos definitorios del Estado social (**Supra...**), encuentra en el

¹⁰⁷⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, 2004 “El Principio de Autonomía Colectiva”, **En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano**. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Carlos Blancas Bustamante, Guillermo Boza Pro y Fernando García Granara (Comité Editor), Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p.48.

¹⁰⁷⁷ GIUGNI, Op.cit., p.140. Agrega el profesor italiano que “(...) *en el ejercicio de dicho poder se manifiesta la función típica y cualificante, aunque no exclusiva, de la organización sindical.*” (**Ibidem.**)

¹⁰⁷⁸ Cfr. SALA FRANCO et al, Op. cit, p.30.

¹⁰⁷⁹ **Ibidem.** Agregan estos autores: “*En una democracia social, la justicia social se realizará no sólo a través de normas programáticas estatales sino también “a través de la atribución constitucional de poderes a los mismos destinatarios de esta exigencia de justicia social, o la colectividad de trabajadores” (BRANCA), siendo, concretamente, la negociación colectiva, los medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales y la huelga los instrumentos de realización autónoma de aquella justicia social.* (**Ibidem.**)

¹⁰⁸⁰ Afirma al respecto: “*Esta concepción parte de la consideración de una sociedad pluralista, en la cual, a la par de reconocerse la existencia e importancia de grupos intermedios entre el individuo y el Estado, se admite que tales grupos poseen las facultades necesarias para determinar conjunta y autónomamente sus propios intereses. En tal sentido, así como el Estado se reserva para sí la facultad de regular el interés público -el interés de toda la sociedad- a través de normas imperativas de orden público o irrenunciables, y así como se reconoce a los individuos la facultad de autorregular sus intereses estrictamente privados dentro del marco legal correspondiente, a través de la autonomía de la voluntad, también se reconoce la facultad de los grupos intermedios de regular sus intereses grupales o colectivos en un marco de máxima autonomía y mínima heteronomía (reducida únicamente a las normas vinculadas estrictamente al interés general).*” (**VILLAVICENCIO RÍOS, “El Principio...” Op. cit., p.48).**

ámbito de las relaciones laborales un campo propicio para su desarrollo, pues en él no se limita a garantizar e, incluso, promover la existencia y libre actuación de organizaciones autónomas de trabajadores, sino que reconoce a éstas, conjuntamente con las de empleadores, la potestad de regular las relaciones entre trabajadores y empleadores. Por ello, una de las notas caracterizadoras del Derecho del Trabajo respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico consiste, sostiene Villavicencio Ríos, en “(...) *la presencia, junto a los poderes normativos del Estado, de otro tipo de fuerzas sociales dotadas de potestad normativa, de autonomía colectiva como actividad de producción de normas particulares que poseen conjuntamente las representaciones de los trabajadores y los empleadores, relativas a los ámbitos de su representación.*”¹⁰⁸¹ En esta nota encuentra el mismo autor, una manifestación de la democracia en el terreno de las relaciones laborales, una expresión sustancial de aquella que lleva al establecimiento de un sistema democrático de relaciones labores, en el cual el Estado entrega a las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores las principales parcelas de poder regulador en materia laboral, disminuyendo su propio rol en este campo.¹⁰⁸² La atribución de este poder a dichas organizaciones importa, a su juicio “(...) *un máximo de autonomía (colectiva) y un mínimo de heteronomía (interés público).*”¹⁰⁸³

Sin embargo, el concepto de autonomía colectiva, no se agota en el poder regulador de los protagonistas sociales. Este aspecto, por el contrario, puede contemplarse como una manifestación, la mas importante, de la autonomía colectiva la cual presupone la previa existencia de las organizaciones de trabajadores y empleadores y, asimismo, la existencia de mecanismos de acción y presión. En este sentido, Giugni, se refiere a la noción de “Ordenamiento Intersindical”, señalando que se trata de un “*ordenamiento independiente y original respecto del ordenamiento del Estado*”¹⁰⁸⁴ Este ordenamiento engloba, desde luego, a los actores sociales y su organización, a los mecanismos y procedimientos de conflicto y a la ya mencionada facultad de autorregulación

¹⁰⁸¹ Ibídem.

¹⁰⁸² Ídem, p.49.

¹⁰⁸³ Ibídem.

¹⁰⁸⁴ GIUGNI, Op.cit., p.27.

normativa que el Estado les reconoce. Comprende, por tanto, el conjunto de las instituciones integrantes del Derecho Colectivo del Trabajo.¹⁰⁸⁵

En la misma dirección, Villavicencio Ríos¹⁰⁸⁶ sostiene que la autonomía cuenta con tres componentes: i) el institucional, referido a la autoorganización del grupo y la autorregulación de su esfera de actuación interna, ii) el normativo, que comprende la facultad de producir autónomamente normas para regular las relaciones laborales y iii) el de autotutela, relativo a la potestad de utilizar medios de presión propios para defender los intereses del grupo. De acuerdo con este criterio, puede sostenerse que la autonomía colectiva subyace y se expresa en la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, erigiéndose en el principio rector del Derecho Colectivo del Trabajo.¹⁰⁸⁷

La afirmación del principio de autonomía colectiva no supone, sin embargo, el abandono por el Estado de su intervención en el campo de las relaciones laborales, la cual se manifiesta, principalmente, mediante la dación de normas heterónomas para regular aquellas. Hay que recordar, en primer lugar, que poder de autorregulación de las relaciones laborales, es conferido a las partes sociales por el Estado en virtud a la norma contenida en el artículo 28º de la Constitución. En segundo lugar, que el Estado tiene la potestad e, incluso, la obligación de encauzar el ejercicio de la autonomía colectiva, estableciendo sus límites, tanto para garantizar el interés general, cuanto para rodear de eficacia el propio desarrollo de aquella y de sus productos normativos. De este modo, son

¹⁰⁸⁵ Señala Giugni: *“El sistema organizado de relaciones colectivas ha sido definido como Ordenamiento Intersindical. La dinámica conflictual que está en la base de tal sistema no es incompatible con su caracterización como “ordenamiento” dado que la existencia de contraposición entre las partes no les inhiere de la posibilidad de crear una organización común de fuentes de producción normativa, aunque como ocurre hoy en Italia, esté sometida a diversas y efímeras vicisitudes evolutivas.”* (Ídem, p.28.)

¹⁰⁸⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, “El Principio...”, Op.cit., p.49.

¹⁰⁸⁷ Al respecto, Villavicencio Ríos afirma lo siguiente:“(...) vistas desde una perspectiva sistémica, las facultades de la autonomía colectiva se engarzan entre sí dando lugar al surgimiento de un ordenamiento jurídico (intersindical, le llama la doctrina italiana), cuyos presupuestos reposan en el surgimiento y configuración autónoma de sujetos colectivos (sindicación), cuyas expresiones giran alrededor de los productos normativos generados en la discusión entre las partes (negociación colectiva y convenio colectivo) y cuyas garantías de eficacia se encuentran en la capacidad de ejercer una presión eficiente (huelga). (“El Principio..., Op.cit., p.52.)

de fuente heterónoma aquellas normas destinadas a garantizar la libertad sindical, las que tienen por objeto encauzar la negociación colectiva y dotar de eficacia jurídica a sus productos normativos así como las que regulan el derecho de huelga, cautelando su ejercicio en armonía con los intereses de la sociedad.

Específicamente en lo atinente a la potestad de autorregulación reconocida a las partes sociales, conviene señalar que esta no está formulada en términos que supongan alguna forma de limitación o restricción del Estado respecto a su competencia para legislar en materia laboral. En tal sentido, Villavicencio Ríos¹⁰⁸⁸ señala que no existe una “reserva constitucional” a favor de la regulación colectiva, ya que los textos constitucionales no proscriben la intervención legislativa en las relaciones laborales ni tampoco señalan reglas específicas de distribución de competencias entre ambos poderes normativos. Sostiene que se trata, más bien, de una competencia compartida y concurrente entre la ley y la autonomía colectiva, en la que el equilibrio se encuentra en el hecho de que el legislador respete el contenido esencial del derecho a la autorregulación, pero sin renunciar al ejercicio de la amplia competencia estatal para establecer normas de interés público, de encuadramiento general o de establecimiento de condiciones mínimas.

Afirma Giugni, en la misma dirección, que el Ordenamiento Intersindical, *“(...) no es un sistema cerrado, sino que actúa en continua interrelación con el ordenamiento jurídico estatal, operando como factor de renovación de éste último (...)”*¹⁰⁸⁹ Al reconocer la autonomía colectiva, el constituyente, considera Boza Pró, no ha tenido la intención de oponerse o vedar la intervención legislativa toda vez que, al mismo tiempo encomienda a los poderes públicos un papel activo en la transformación social. En su opinión regulación estatal y regulación convencional deben interrelacionarse mutuamente lo que, *“(...) implicará que se permita un amplio margen de autorregulación por parte de los antagonistas sociales, pero, de ninguna manera, significará -insistimos- la vuelta*

¹⁰⁸⁸ Ídem, p.54.

¹⁰⁸⁹ GIUGNI, Loc.cit.

a un “nuevo liberalismo”, que deje a estos actuar en “forma absolutamente libre”.¹⁰⁹⁰

El hecho de que la ley tenga una jerarquía normativa superior a la convención colectiva (Infra.....) ¿no significa que aquella pueda avasallar a ésta, porque, por otro lado, es innegable que el artículo 28º de la Constitución garantiza, e incluso fomenta, la autonomía y la negociación colectiva, reconociéndoles así un espacio propio para su desenvolvimiento, que la ley no puede desconocer. Por ello, un posible criterio para el reparto de ámbitos sería, según Villavicencio Ríos¹⁰⁹¹, que la ley regulara todo lo concerniente al interés general, ejerciendo una función conformadora, garantista y facilitadora de la autonomía colectiva, estableciendo el marco jurídico que permitiera un ejercicio efectivo del derecho. Por su lado, a la autonomía colectiva le corresponderían las materias referidas al interés colectivo, regulando las condiciones de trabajo y de empleo y las relaciones entre los actores sociales.

Esta diferencia entre, por así decirlo, regulación general y regulación especial (o sectorial o profesional) o entre regulación de mínimos y regulación más favorable, es conforme con la naturaleza y función de la convención colectiva en relación a la ley. En el primer supuesto, porque, el convenio colectivo es la “ley de la profesión”¹⁰⁹², la norma destinada a regular las relaciones laborales de un ámbito delimitado, correspondiente a una empresa, una industria o una profesión, que cumple, por tanto, el rol de establecer normas adecuadas a las características propias de dicho ámbito, permitiendo, de este modo, que el derecho del trabajo adquiera aquella característica de ser “concreto y actual” a que se refería De la Cueva.¹⁰⁹³ Y ello, porque la ley, por su intrínseca

¹⁰⁹⁰ BOZA PRO, Guillermo, “Negociación y Convención Colectiva en la Constitución de 1979”, 1989, *En Trabajo y Constitución*, Javier Neves Mujica: Director, Lima, Cultural Cuzco S.A., p.p. 232-233.

¹⁰⁹¹ VILLAVICENCIO RÍOS, “El Principio...”, Op.cit., p.55.

¹⁰⁹² Esta expresión corresponde a León Duguit. (Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho del Trabajo”, Op.cit., p.222.).

¹⁰⁹³ Cfr. DE LA CUEVA, “Derecho Mexicano...” T. I, Op.cit. p. 252. Señala el maestro mexicano que esta característica se manifiesta, en primer lugar, a través de la legislación referida a regímenes especiales (trabajo del campo, ferrocarrilero, marítimo y fluvial, etcétera) y, en segundo lugar, mediante los contratos colectivos.

generalidad, no puede abarcar los variados aspectos que presenta la actividad laboral en la sociedad, por lo que la función propia del convenio colectivo consistirá, precisamente, en crear regulaciones que atiendan específicamente a esos aspectos singulares.

En el segundo caso, la ley laboral se presenta como una norma que establece derechos mínimos o básicos que el convenio colectivo puede mejorar o superar en beneficio de los trabajadores comprendidos en su ámbito. Con independencia de su diferente rango normativo, entre la ley y el convenio colectivo existe una relación de complementariedad conforme a la cual la norma estatal tiene la condición de norma mínima respecto del convenio colectivo, por lo que este no puede derogarla, pero la imperatividad de la norma estatal radica en que el convenio colectivo no puede derogar los mínimos que aquella contiene lo que, por tanto, no le impide establecer mejoras respecto a dicha norma, la cual, por esta razón, deviene en norma de derecho necesario relativo.¹⁰⁹⁴ (Supra...). Por su lado, Neves Mujica señala que el ordenamiento estatal le formula a la autonomía colectiva exclusiones básicamente de dos tipos: de mínimos y de máximos y que las primeras se producen cuando se establecen derechos configurados como pisos, que la autonomía colectiva puede aumentar pero no disminuir. Estas exclusiones, a su juicio, no presentan problemas pues ambos textos constitucionales, han consagrado el principio de irrenunciabilidad de derechos (en sus artículos 57 y 26.2, respectivamente), cuya existencia supone la de las normas mínimas.¹⁰⁹⁵

Por ello, como lo señala Vida Soria, *“La relación de complementariedad comporta así un sistema de articulación o colaboración aditiva formando un complejo operativo unitario entre la norma estatal de mínimos y el convenio colectivo.”*¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁴ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho del Trabajo”, Op.cit., p.314.

¹⁰⁹⁵ Cfr. NEVES MUJICA, Javier, 1994, “La Negociación y el Convenio Colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993”, **En Asesoría Laboral** N° 37, Año IV. pp.27-30, Lima, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., p.28.

¹⁰⁹⁶ VIDA SORIA et al, Loc.cit.

Conviene, asimismo, agregar que en países con escaso desarrollo del fenómeno sindical y, por ende, de la negociación colectiva, el ámbito real de aplicación de las normas heterónomas y las autónomas suele diferir significativamente. En efecto, en naciones como la nuestra, con una reducida tasa de afiliación sindical **DATOS** sólo una minoría de trabajadores tienen acceso a la negociación colectiva, lo que significa que un eventual retiro de la intervención legislativa estatal, hecho en nombre del progreso de la autonomía colectiva, conllevaría la desprotección de la mayoría de los trabajadores y la restauración, en vez de la autonomía colectiva, de la autonomía individual, es decir el predominio de la voluntad del empleador. Por esta razón, la existencia de una normativa heterónoma sigue siendo un elemento imprescindible del sistema de relaciones laborales, la misma que debería servir para promover el desarrollo del sindicalismo, lo cual constituye la premisa esencial para la futura, y deseable, expansión de la autonomía colectiva.

Finalmente, nos parece importante destacar que las bases de esa normativa heterónoma se encuentran en la propia constitución, en las diversas normas en que esta dispone que el Estado realice determinadas acciones, incluyendo la de legislar, así como cuando enuncia directamente derechos que requieren de ulterior desarrollo legislativo. En el primer caso debemos mencionar aquellas normas que señalan que el Estado otorga atención prioritaria al trabajo y protege, en especial, a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan, así como promueve políticas de fomento del empleo y de educación para el trabajo (CP, art.23º); la que indica que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (CP, art.27º); la que encomienda al Estado regular las remuneraciones mínimas (CP, art.24º); la referida a los derechos colectivos, en la medida que impone al Estado la obligación de cautelar el ejercicio democrático de estos derechos, así como la de fomentar la negociación colectiva, promover la solución pacífica de los conflictos laborales y regular el derecho de huelga (CP, art.28º); y, finalmente, el precepto que señala que el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación (CP, art.29º).

En el segundo caso, la norma constitucional enuncia los derechos al trabajo (CP, art.22º) a la libertad de trabajo (CP, art.2.15, art.23º y art.59º), a la remuneración equitativa y suficiente (CP, art.24º), a la jornada máxima de trabajo de 8 horas diarias o 48 horas semanales, así como al descanso semanal y anual remunerados (CP, art.25º). La Constitución enumera, igualmente, ciertos principios de la relación laboral (CP, art.26º). La mayoría de estos derechos requieren, para su aplicación efectiva, la dación de normas infraconstitucionales, que los desarrollen y concreten, tal como ha sucedido en nuestro ordenamiento jurídico.

3.3.2.3. La negociación colectiva como derecho.

3.3.2.3.1. Contenido.

La negociación colectiva es el resultado de un largo proceso evolutivo de los sistemas de fijación de las condiciones de trabajo. Giugni destaca que en su más remoto origen, una versión primitiva del procedimiento para determinar tales condiciones es que estas eran fijadas de forma unilateral por las coaliciones de trabajadores, las cuales, en base a su organización, lograban impedir que los trabajadores aceptaran trabajar bajo condiciones distintas de las establecidas por el grupo. De este modo, la coalición imponía al empleador su condiciones, pues a este no le resultaba posible encontrar trabajadores dispuestos a contratar con él aceptando condiciones diferentes. Sin embargo, la experiencia sindical moderna, ha superado esta práctica y ha dado paso a otra forma para fijar las condiciones de trabajo: la contractual, que es el punto de llegada de una compleja actividad negocial entre los empleadores y los trabajadores.¹⁰⁹⁷

Aunque partiendo, sin mucho rigor, de su resultado -el convenio colectivo-, el Tribunal Constitucional enuncia los rasgos básicos de la negociación colectiva en la siguiente expresión:

¹⁰⁹⁷ Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.p.140-141.

*El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales.*¹⁰⁹⁸

Destaca en este enunciado, la naturaleza de la negociación colectiva como mecanismo de autorregulación del conflicto colectivo laboral así como su objeto, que es el de “ordenar y regular las relaciones laborales”, el mismo que se obtiene, y se plasma, en el convenio colectivo. En la misma sentencia, el TC alude a la función que cumple la negociación en las relaciones laborales: *“La negociación colectiva -y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas-, constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.”*¹⁰⁹⁹

Basándose en una sentencia del Tribunal Constitucional Español, Ojeda Avilés señala que lo nuclear del derecho a la negociación colectiva *“(…) consiste en la libertad para regular las condiciones de trabajo mediante instrumentos colectivos que tengan preferencia en esta materia sobre la regulación pública y supremacía sobre la regulación individual.”*¹¹⁰⁰ En este concepto sobresalen los aspectos jurídicos resultantes de la negociación: establecer regulaciones laborales, dotadas de preferencia respecto de la regulación heterónoma y de supremacía sobre la autonomía individual.

La vinculación entre la negociación colectiva y su producto, el convenio colectivo, es inescindible, aunque se trata de dos aspectos conceptualmente distintos. Por ello, Alonso García¹¹⁰¹ pone de relieve la naturaleza procesal y formal de la negociación, la cual, a su juicio es, tan sólo, el procedimiento utilizado para

¹⁰⁹⁸ STC Nº 008-2005, FJ.29.

¹⁰⁹⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰⁰ OJEDA AVILES, “Derecho...”, *Op.cit.*, p.608.

¹¹⁰¹ ALONSO GARCÍA, *Op.cit.*, p.660.

arribar a un convenio colectivo que ponga fin al conflicto, sin constituir, por sí misma, una institución definida y sustantiva. Su conclusión es enfática:

*Su naturaleza se deduce de cuanto llevamos dicho. Es un procedimiento. O sea, el conjunto de trámites -orales o escritos- que han de seguirse para llegar al fin que se pretende. La negociación colectiva es, pues, una institución formal, que sólo se justifica en cuanto se halla integrada por una serie de deliberaciones y trámites que se quiere y pretende que conduzcan a una solución o resultado último.*¹¹⁰²

De este modo, la negociación es el camino y el acuerdo, plasmado en el convenio colectivo, la meta u objetivo. Por ello, no cabe confundirlos, pues la negociación existirá aunque no se llegue a un acuerdo, mientras que todo convenio supone una negociación.¹¹⁰³

Recapitulando y estructurando secuencialmente lo que hasta aquí hemos señalado, tenemos que el punto de partida es el conflicto colectivo, el camino es la negociación entre las partes y la meta, o resultado, es el acuerdo, que se expresa en el convenio colectivo, con el cual se da solución al conflicto. De este panorama se puede apreciar la importancia que reviste la negociación colectiva pues ésta, aún siendo únicamente un mecanismo procesal y formal, resulta indispensable para solucionar el conflicto laboral. De esta forma, la negociación colectiva se erige en el cauce institucional establecido para buscar la solución del conflicto colectivo, evitando la prolongación indefinida de éste o que, ante la falta de solución, aquel derive hacia formas contrarias a la paz social.

Garantizar este cauce es el objeto del derecho a la negociación colectiva. Por ello, su contenido se configura como el derecho de los protagonistas sociales - trabajadores y empleadores a negociar entre sí, con autonomía y sin injerencias o intrusiones por parte del Estado. La doctrina española, cuya constitución reconoce en el artículo 37º el derecho a la negociación colectiva (*“1.La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los*

¹¹⁰² Ídem, p.p.660-661.

¹¹⁰³ Ídem, p.660.

*convenios colectivos.”) coincide en señalar que antes que conceder un derecho subjetivo a cada una de las partes respecto a la otra, lo que la norma constitucional consagra es el derecho de ambas partes a negociar libremente y a llegar a acuerdos para regular las condiciones de trabajo.¹¹⁰⁴ A modo de conclusión de esta interpretación del precepto constitucional, sostiene Rodríguez-Sañudo que, en otras palabras, ello “(...) *significa el reconocimiento y garantía de la institución de la negociación colectiva como tal para que pueda jugar con la mayor amplitud y eficacia posible la función que le es propia en el sistema de ordenación de las relaciones laborales.*”¹¹⁰⁵*

En la doctrina nacional, Neves Mujica comparte el mismo criterio respecto al contenido del derecho a negociar consagrado en el artículo 28º de la Constitución¹¹⁰⁶

En suma, podemos decir que, de la misma manera que en el caso de la libertad sindical colectiva (Supra.....), lo que la Constitución garantiza es la negociación colectiva como institución, teniendo en cuenta el doble carácter de las normas iusfundamentales -como derecho subjetivo y como institución- sostenido por la doctrina alemana (Supra...). Esta institución asegura, lo dice, Rodríguez-Sañudo, “(...) *un libre juego de autonomía colectiva en su aspecto negocial que la*

¹¹⁰⁴ “Los trabajadores y empresarios tienen derecho a la negociación colectiva laboral. La fórmula utilizada significa que a esos sujetos se reconoce la facultad de utilizar la negociación colectiva, a utilizarla, como es evidente, de forma conjunta, puesto que la negociación lo exige por definición. Interpretada así la fórmula del artículo 37, lo que queda reconocido es, no un derecho a negociar de una de las partes (reconocimiento que lleva implícito, como se acaba de recordar, el paralelo deber de negociar de la otra), sino un derecho de las organizaciones de trabajadores y empresarios a desarrollar una función de defensa, promoción y composición de sus respectivos intereses a través del cauce específico de la negociación colectiva.” (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín, 1980“La Negociación Colectiva en la Constitución de 1978”, En AAVV, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p.347). Asimismo, según Sala Franco y Albiol Montesinos, “El derecho a la negociación colectiva se proclama, por consiguiente, no tanto frente a unos indeterminados representantes de los empresarios o de los trabajadores, sino frente al Estado. La Constitución reconoce, pues, un derecho de las partes a negociar sin injerencias externas limitativas del Estado.”. (SALA FRANCO, et al, Op.cit., p.p.307-308.).

¹¹⁰⁵ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Loc.cit.

¹¹⁰⁶ Cfr. NEVES MUJICA, “La Negociación...”, Op.cit., p.27.

*normativa estatal no sólo está obligada a no interferir (...) sino que, positivamente, está obligada a garantizar.*¹¹⁰⁷

Ello no significa, sin embargo, excluir la exigencia del derecho a negociar como potestad de una parte frente a la otra. Alonso Olea¹¹⁰⁸ considera que si existe el derecho a la negociación es porque existe el deber de negociar. Y frente a la recurrente objeción de que no puede existir tal derecho porque los pactos o convenios son libres y por consiguiente no puede obligarse a la otra parte a convenir, afirma con acierto que

*La posibilidad de existencia del deber de negociar exige su separación del deber de convenir; el que se niegue éste por la naturaleza misma de las cosas no lleva de suyo a la negación de aquél. Si no puede el ordenamiento obligar a las partes colectivas a convenir, sí puede obligarlas a realizar un esfuerzo para conseguir un convenio, esto es, puede obligarlas a negociar, (...)*¹¹⁰⁹

La exigencia de un derecho a negociar como facultad oponible a la otra parte puede considerarse, según Rodríguez-Sañudo¹¹¹⁰, implícita en la garantía de la institución, actuando como un medio instrumental necesario para su mejor desarrollo y el mejor cumplimiento de su función específica. Del mismo parecer, en la doctrina nacional, es Boza Pró¹¹¹¹ quien considera que la afirmación de la

¹¹⁰⁷ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Op.cit., p.p.348-349. Precisa este autor que “(...) la garantía constitucional ampara directamente el derecho a negociar entendido como ejercicio de la autonomía colectiva en su aspecto negocial. La primera conclusión a obtener de esta interpretación es la de que la Constitución llama la atención sobre el necesario respeto a un ámbito propio de regulación en manos de trabajadores y empresarios; llamada de atención dirigida a los poderes públicos, obligados a respetar ese ámbito en el que van a jugar las reglas originadas en el proceso negociador.”(Ídem, p.347.)

¹¹⁰⁸ Cfr. ALONSO OLEA, “Las fuentes...” Op.cit., p.124.

¹¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Loc.cit. Valdés Dal-Ré sostiene una posición contraria al afirmar, con referencia a la Constitución española que “(...) una interpretación sistemática (e histórica) de los artículos 7 y 37.1 de la Constitución evidencia que objeto de la garantía legal no es “la voluntad de cumplir todos los esfuerzos razonables para llegar a un acuerdo”, sino, más simplemente, la autonomía colectiva entendida como facultad de los grupos sociales de establecer preceptos dotados de eficacia normativa vinculante.” (VALDÉS DAL-RE, Fernando 1996, “Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales Núm. 16, p.p.102-103.

¹¹¹¹ Cfr. BOZA PRO, “Negociación y...”, Op.cit., p.p.236-237.

autonomía colectiva como facultad de autorregulación no excluye el derecho de la parte trabajadora a negociar colectivamente, básicamente por dos razones: en primer lugar porque la “obligación de negociar” no es igual a “obligación de concluir un acuerdo”, por lo que es válido que el ordenamiento obligue a las partes a realizar un esfuerzo para convenir; y, en segundo lugar, porque la ubicación sistemática del mencionado derecho dentro del rubro dedicado a los derechos del trabajo, lo convierte en un derecho fundamental de la clase trabajadora.¹¹¹² En este sentido, la introducción por vía legislativa del deber de negociar con la finalidad de promover la negociación colectiva no implicaría una colisión con la Constitución, según Neves Mujica¹¹¹³

3.3.2.3.2. El deber del Estado de fomentar la negociación colectiva.

El artículo 28° CP no se limita a reconocer el derecho a la negociación colectiva, sino que va más allá: en su numeral 2 señala que *“Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.”* Con este enunciado, el constituyente atribuye al Estado la obligación de fomentar la negociación colectiva como medio de solución de los conflictos laborales.

Esta es, también, la orientación que trasunta el Convenio N° 98 OIT, cuyo artículo 4 señala lo siguiente:

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”

¹¹¹² Estos comentarios de Boza Pró si bien están referidos al artículo 54° de la Constitución de 1979, son plenamente aplicables al artículo 28° de la actual, habida cuenta de la similitud de ambos textos, en cuanto reconocen específicamente el “derecho a la negociación colectiva.”

¹¹¹³ NEVES MUJICA, Loc. cit.

La doctrina española, cuya Constitución enuncia en el artículo 37º el derecho a la negociación colectiva en términos que ofrecen algunas similitudes con la fórmula de nuestra Constitución, ha interpretado, de manera uniforme, que cuando aquella indica que *“La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva (...)”*, esta garantía implica no sólo el respeto de la autonomía colectiva por el Estado *“(...) sino una actitud de éste favorable a la negociación, una actitud de promoción si tal es necesaria.”*¹¹¹⁴ En este sentido, Valdés Dal Ré¹¹¹⁵, considera que garantizar el derecho a la negociación colectiva supone no sólo organizar la autonomía colectiva según criterios de libertad sino de posibilidad e iniciativa reales, A su juicio, ello supone que la legislación debe servir de medio para promover la negociación colectiva, para apoyar la actividad sindical y, en última instancia, para redistribuir el poder de los antagonistas sociales. Una de las manifestaciones de ese apoyo legislativo a la negociación colectiva puede consistir en el establecimiento de un deber de negociar, sostienen Sala Franco y Albiol¹¹¹⁶

En la doctrina nacional, se interpretó en el mismo sentido el artículo 54º de la Constitución de 1979, que estableció que *“El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva.”* Al respecto, Boza Pró afirmó que *“(...) la forma como el Estado puede garantizar el derecho de negociación colectiva, en una realidad como la peruana de debilidad sindical, requiere de una política promocional o de apoyo al derecho, abandonándose la posición que exige de parte de los poderes públicos una actitud neutral en el campo de las relaciones laborales.”*¹¹¹⁷

El texto de la Constitución actual, en esta materia, no deja lugar a dudas acerca de la voluntad del constituyente de imponer al Estado el deber de fomentar la negociación colectiva, por lo que no resulta necesario realizar ningún ejercicio

¹¹¹⁴ ALONSO OLEA, Op.cit., p. 125.

¹¹¹⁵ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, “Relaciones laborales...”, p.99.

¹¹¹⁶ Cfr. SALA FRANCO et al, Op.cit., p.308.

¹¹¹⁷ BOZA PRÓ, “Negociación y...”, Op.cit., p. 234. Sostiene, que, para ello, *(...) debe hacerse cuanto esfuerzo sea necesario para remover los obstáculos que impidan el ejercicio de la actividad contractual, y por otro, debe producirse una normativa que refuerce el poder de negociación de las organizaciones sindicales, otorgándoles prerrogativas nuevas, sin restringir de modo alguno el “espacio natural” del que deben disponer los antagonistas sociales.* (Ibíd.)

interpretativo para deducir de la existencia de la garantía del derecho una implícita obligación de fomento y promoción.¹¹¹⁸ Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“(...) siguiendo los preceptos del Convenio N° 98 de la OIT, la Norma Fundamental encarga al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos, lo que significa no sólo que éste debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino también que debe promover su desarrollo.*¹¹¹⁹

En esta tesitura, el órgano de control de la constitucionalidad, ha remarcado que fomentar y promover la negociación colectiva supone que el Estado promueve las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, pero, asimismo, que pueda realizar determinadas acciones positivas para asegurar el desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo, incluso, conceder un “plus de tutela” cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación.¹¹²⁰

El deber estatal de fomentar la negociación colectiva debería comprender, según Neves Mujica¹¹²¹ dos tipos de acciones del Estado: unas dirigidas a levantar las vallas que impiden su ejecución, y otras, destinadas a favorecer su pleno desarrollo. Un claro ejemplo de cual debiera ser el contenido de esta actividad promocional lo señala el TC:

*“(...) dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. En ese sentido, deben expulsarse de nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil.”*¹¹²²

¹¹¹⁸ Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 1993, “Las normas laborales del proyecto de Nueva Constitución”, *Asesoría Laboral*, Año III, N° 34, Lima, Estudio Caballero Bustamante, p.10.

¹¹¹⁹ STC N° 0261-2003, FJ.3

¹¹²⁰ *Ibidem*.

¹¹²¹ Cfr. NEVES MUJICA, “La Negociación...”, *Op.cit.*, p.27.

¹¹²² STC N° 0261-2003, FJ.3.3.

Analizando este rotundo pronunciamiento, Sanguinetti¹¹²³ destaca el nivel de compromiso que implica, señalando que no considera fácil pensar en una interpretación del deber estatal de fomento de la negociación colectiva que sea capaz de superarlo, habida cuenta de que se de que se trata de una lectura plenamente coherente con el sentido de dicho deber.

Además de consignar el deber del Estado de fomentar la negociación colectiva, el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución, establece que aquel “*promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*” Por su ubicación sistemática, debemos asumir que la expresión “conflictos laborales”, está referida a los conflictos colectivos y, dentro de éstos, a los de intereses o económicos, porque tanto los conflictos individuales cuanto los conflictos colectivos de aplicación, son de índole jurídica y, por consiguiente, cuentan con cauces jurisdiccionales específicamente establecidos para su solución. (Supra...)

La vocación del Estado, afirmada por el constituyente, es que estos conflictos se solucionen y lo hagan de manera pacífica, esto es, sin alterar la paz social ni causar daños a las personas o al patrimonio de las empresas. Según lo hemos visto, la negociación colectiva es uno de esos mecanismos, quizás el principal de estos, para dar solución pacífica al conflicto laboral, pues, como lo destaca pacíficamente la doctrina, nadie mejor que las propias partes para encontrar una solución a la controversia que las enfrenta.¹¹²⁴ Sin embargo, negociar no significa, necesariamente, pactar y por consiguiente es perfectamente posible que a pesar del esfuerzo desplegado por las partes, estas no arriben a acuerdo alguno, con lo que el conflicto continúa abierto. Ante esta eventualidad corresponde al Estado promover mecanismos que permitan encontrar una solución definitiva.

¹¹²³ Cfr. SANGUINETI RAYMOND, “Derecho...”, Op.cit., p.61.

¹¹²⁴ Señala al respecto, Alonso García que “*Nadie mejor, a veces, que las mismas partes interesadas en el conflicto para saber cuales son sus pretensiones, conocer las dimensiones dentro de las que han de desenvolverse éstas y tratar de poner fin a sus diferencias, dirimiendo así el conflicto suscitado entre aquellas*” (ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.661). Pasco, por su parte, considera que “*(...) el medio más idóneo y eficaz para la solución de todo conflicto-individual o colectivo, jurídico o económico-es la autocomposición pura, la negociación entre las partes, el acuerdo directo.*” (PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...Op.cit., p.148.)

La actividad promotora del Estado en orden a la solución de los conflictos laborales, a criterio del Tribunal Constitucional “(...) se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.”

¹¹²⁵ El TC hace referencia a los mecanismos de solución de la negociación colectiva previstos en la legislación infraconstitucional¹¹²⁶, la misma que recoge aquellos que han alcanzado consagración general en la doctrina y la práctica del derecho laboral.

La conciliación y la mediación continúan siendo mecanismos de autocomposición del conflicto en la medida que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución corresponde a las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, estos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas. Respecto al primero de esos procedimientos, el TC afirma que *“La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.”* ¹¹²⁷ Indica, asimismo, que *“En puridad, el conciliador interpone sus “buenos oficios” a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.”*¹¹²⁸

Acerca de la mediación, el TC asevera que esta *“(...) se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.”* ¹¹²⁹ En este caso, *“El tercero interviniente en la solución del conflicto, juega como mediador un rol más activo*

¹¹²⁵ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.35.

¹¹²⁶ Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

¹¹²⁷ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 36.

¹¹²⁸ *Ibídem.* La conciliación, indica Pasco, *“Consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el diálogo constructivo. Pero no más. En definitiva, la solución queda librada a la decisión de las partes, a la confluencia de sus voluntades.”* (PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”, Op.cit., p.162.)

¹¹²⁹ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 37.

que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución."¹¹³⁰

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto *"Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto."*¹¹³¹ El arbitraje, dice Pasco, *"(...) es una solución heterónoma, contiene una decisión obligatoria. El árbitro no propone, impone. Frente a él, las partes carecen de la alternativa de aceptación o rechazo; tienen que acatar su decisión."*¹¹³² El carácter obligatorio del laudo encuentra su fundamento en el compromiso asumido por las partes al someterse al arbitraje, por lo que Alonso García señala que bien puede decirse que *"(...) el arbitraje se caracteriza por la existencia de un tercero que decide, decisión que se impone, y compromiso de las partes que condiciona de antemano los límites de la decisión y crea para ellas la obligación de someterse a aquella."*¹¹³³

Sometido el conflicto al arbitraje este tendrá, necesariamente, una solución pues uno de sus rasgos típicos reside, como lo señala el TC en la *"Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje."*¹¹³⁴

Existen varias modalidades de arbitraje en función a su origen, es decir, en quien radica la decisión de someter la controversia al arbitraje. Estas, a criterio del TC, son dos, la voluntaria y la obligatoria.¹¹³⁵ En el arbitraje voluntario o convencional, es la decisión conjunta de las partes la que pone en manos del tercero -árbitro unipersonal o tribunal arbitral- la decisión del diferendo. En el obligatorio *"(...) las*

¹¹³⁰ Ibídem. Para Pasco, *"(...) la labor del mediador culmina necesariamente en una recomendación oficialmente presentada a la decisión de las partes; dicha propuesta es parte integrante y obligatoria de sus función. Ahora bien, consiste sólo en una propuesta o formula equitativa que no compromete a las partes"* (PASCO COSMÓPOLIS, "Fundamentos..."; Op.cit., p.175.)

¹¹³¹ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 38.

¹¹³² PASCO COSMÓPOLIS, "Fundamentos..." Op.cit., p.177.

¹¹³³ Ídem, p.665.

¹¹³⁴ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 38.

¹¹³⁵ Cfr. Ibídem.

*partes quedan vinculados (sic) a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley.”*¹¹³⁶ Existe, sin embargo, una tercera modalidad, ignorada por el TC, que Pasco enumera, con apoyo en la ley mexicana: el “(...) **arbitraje potestativo en la medida en que confiere a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece en el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patronos.**”¹¹³⁷

En esta modalidad de arbitraje, la decisión de la parte laboral de someter la controversia al arbitraje obliga a la parte empleadora a someterse al mismo, sin que le sea permitido negarse a ello.¹¹³⁸ Se trata de una fórmula adecuada al campo de las relaciones laborales, porque si ha de depender de la voluntad del empleador aceptar o no el arbitraje, la posibilidad de dar solución al conflicto queda en sus manos, es decir subordinada a sus intereses, por lo que en caso de negarse a aceptar el arbitraje el conflicto permanecerá abierto y, muy probablemente, la consecuencia de ello será obligar a los trabajadores y sus organizaciones a adoptar medidas de presión o de fuerza. Es evidente, por ello, que esta modalidad de arbitraje laboral encuentra sustento directo en el mandato constitucional que impone al Estado promover la solución pacífica de los conflictos laborales.

La razón de este mandato constitucional reside en el rechazo del Estado a la prolongación indefinida de los conflictos. Estos, como las heridas en el cuerpo humano, deben cerrarse y cicatrizar porque su prolongada exposición puede irradiar graves daños al cuerpo social. En tal sentido, el TC considera que el

¹¹³⁶ *Ibíd.*

¹¹³⁷ PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”, Op. cit., p.179.

¹¹³⁸ Pasco opina que esta es la modalidad de arbitraje adoptada por la ley peruana: “*La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento. Hay quienes encuentran divergencia entre ambas normas y sostienen que, mientras la Ley consagra un arbitraje netamente voluntario, al que sólo podría llegarse por voluntad conjunta, el Reglamento la tergiversa al convertir el arbitraje en uno potestativo para los trabajadores y obligatorio para los empleadores. Derivan los críticos de ello que el Reglamento es nulo en este segmento, porque quebranta una norma de rango superior. No compartimos esta lectura, aunque respetamos los argumentos.*” (*Ibíd.*)

deber del Estado de promover la solución pacífica de los conflictos laborales se justifica por las siguientes razones:

*“- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el norma desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.”*¹¹³⁹

En este sentido, el mandato-deber previsto en la oración final del numeral 2 del artículo 28° de la Constitución conlleva a que el Estado, por vía legislativa, habilite a los actores sociales mecanismos eficaces para dar solución definitiva al conflicto laboral, evitando que este se prolongue excesivamente o, peor aún, permanezca abierto indefinidamente. Por ello, si fracasan los mecanismos de autocomposición -negociación, conciliación y mediación- deberán preverse procedimientos de heterocomposición que, dejando de lado la voluntad de las partes, permitan a un tercero resolver la contienda. Si la viabilidad de estos últimos depende, también de la voluntad de las partes -como es el caso del arbitraje voluntario o convencional- entonces la propia existencia del derecho a la negociación colectiva se verá en peligro, o, en todo caso, esta dependerá exclusivamente de la correlación de fuerzas existente entre las partes.¹¹⁴⁰

La Constitución de 1979, luego de remitir a la ley señalar los procedimientos *“para la solución pacífica de los conflictos laborales”*, estableció que *“La intervención del Estado sólo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes”*, formula que fue omitida al redactarse la vigente ley fundamental. En relación a este enunciado, Boza Pró comenta que aunque acudir a estos mecanismos puede implicar, en cierta medida, un recorte de la autonomía convencional de las partes, no puede negarse su utilidad, en orden a evitar que

¹¹³⁹ STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 35.

¹¹⁴⁰ *“La apertura a un sistema puramente voluntarista tiene el inconveniente de que la parte más fuerte puede frustrar el arbitraje con su sola abstención. Si dicha parte es el empleador, como suele suceder, los trabajadores se ven enfrentados a una disyuntiva penosa: la huelga o la frustración total de sus expectativas. Y si su propia flaqueza les impide recurrir a vía directa, el patrono terminaría imponiendo las reglas de juego.”* (PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”; Op.cit., p.182.)

el conflicto devenga en una situación permanente y, asimismo, como parte de una política de sostenimiento y promoción de la negociación colectiva.¹¹⁴¹

Consideramos que el hecho de haberse omitido del texto constitucional la aludida oración de la constitución precedente, no implica un rechazo del constituyente a que, por vía legislativa, se establezca una fórmula semejante, esto es, la posibilidad de la intervención definitiva del Estado a falta de acuerdo de partes. La obligación que impone al Estado la Constitución de promover la solución pacífica de los conflictos laborales, no permite excluir del elenco de mecanismos capaces de lograr este resultado ninguno de ellos. La función promotora que la Constitución atribuye al Estado en esta materia la exige agotar todos los medios conducentes a lograr el objetivo de dar solución pacífica a los conflictos laborales. En este sentido, si bien el texto de 1993 no reproduce el último párrafo del artículo 54º del texto de 1979, que faculta al Estado a intervenir a falta de acuerdo de partes, también es verdad que este último texto no imponía al Estado el deber de “promover” la solución pacífica de los conflictos laborales como, en cambio, lo hace el artículo 28º, numeral 2 de la actual Constitución. Deber este que, a nuestro juicio, posibilita, dentro del marco constitucional, que la norma legal ordinaria contemple la solución heterónoma, como, por otro lado, existe en algunos países latinoamericanos.¹¹⁴²

Esta intervención no sería, empero, necesaria si los otros mecanismos heterónomos, no públicos o estatales, gozaran de adecuada efectividad para resolver los conflictos. Tal sería el caso del arbitraje potestativo, el cual evita que la negativa de la parte empleadora a someterse al proceso arbitral, frustre la negociación colectiva e impida la solución pacífica, y definitiva, del conflicto laboral.

3.3.2.4. El efecto normativo de la convención colectiva.

¹¹⁴¹ Cfr. BOZA PRO, “Negociación...”, Op.cit., p.254.

¹¹⁴² Vid., PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”, Op. cit., p.p.195-199.

Señala la Constitución (Art.28.2) que *“La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.”*

La convención colectiva -convenio colectivo, contrato colectivo, pacto colectivo¹¹⁴³- es el producto de la negociación colectiva; ella expresa el acuerdo que han logrado las partes durante sus tratativas. La Recomendación N° 91 de la OIT **NOTA SOBRE REC**, define así el “contrato colectivo”:

*“(…) la expresión “contrato colectivo” comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional.”*¹¹⁴⁴

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha definido el “convenio colectivo” como

*“(…) el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores.”*¹¹⁴⁵

En la doctrina científica, los autores alemanes Hueck y Nipperdey definen al convenio colectivo como

*(…) aquel contrato escrito entre uno o varios empleadores o asociaciones de empleadores y uno o varios sindicatos, para la regulación de derechos y deberes entre las partes del convenio (parte obligacional) y para la fijación de normas jurídicas sobre el contenido, celebración y extinción de las relaciones de trabajo, así como sobre cuestiones de la empresa y de su organización social y sobre instituciones conjuntas de las partes del convenio (parte normativa).*¹¹⁴⁶

¹¹⁴³ Vid un amplio estudio sobre la denominación del convenio colectivo en De Buen, Op.cit, T.II, p.p.734-738.

¹¹⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo, “Convenios...”, Op.cit., p.p.856-858.

¹¹⁴⁵ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 29.

¹¹⁴⁶ HUECK et al, Op.cit., p.295.

Conforme al artículo 4 del Convenio 98º OIT, el objeto de la negociación colectiva es “*reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.*” En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional afirma que “*El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto.*”

1147

Se destaca, en estas definiciones, el carácter o efecto normativo (reglamentario) que posee el convenio colectivo de trabajo, es decir un atributo especial que lo diferencia de los contratos de derecho privado, que se limitan a establecer obligaciones entre las partes. Ello no significa que los convenios colectivos no contengan, una parte obligacional que, igual que cualquier contrato privado, genera obligaciones interpartes. Lo que se quiera **relievar** es que la nota singular del convenio colectivo, su elemento esencial, reside en el hecho de que contiene disposiciones dotadas de efecto normativo, similares a las que emanan de la ley.

1148

El hecho de que el convenio colectivo, siendo producto de la autonomía privada colectiva, y no del *ius imperium* del Estado, tenga eficacia normativa llevó a que Carnelutti en términos que, por expresivos y gráficos, se repiten hasta la saciedad, lo calificara como un “*híbrido jurídico que tiene cuerpo de contrato y alma de ley.*”¹¹⁴⁹ Pertenece el convenio colectivo, a una clase de normas que pueden denominarse “normas paccionadas” y que el ordenamiento jurídico

¹¹⁴⁷ STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 29.

¹¹⁴⁸ El reconocimiento del efecto normativo del convenio colectivo es producto de la evolución de esta figura que, inicialmente, se desarrolló dentro de los moldes de los contratos de derecho civil y carecía de efectos imperativos u automáticos. Alemania fue el primer país en atribuir legislativamente a los convenios colectivos efectos inderogables en la ley de 23 de diciembre de 1918 (Cfr. HUECK et al, Op.cit., p.298; DAUBLER, Op.cit., p.112.). Poco después, Francia siguió el mismo camino, mediante la ley de 23 de marzo de 1919, que estableció la imperatividad y automaticidad del convenio colectivo, al tener por no puestas las cláusulas del contrato de trabajo contrarias al convenio colectivo, disponiendo su reemplazo por las de este. (Cfr. CAMERLYNK et al, Op.cit., p.p., 419-420.) En Italia, el artículo 54 de la ley de 3 de abril de 1926 afirmó el carácter inderogable del contrato colectivo. (Cfr. DE LA CUEVA, “Derecho...”, T.II, Op.cit., p.p.528-529.). Y en España, la Ley de Jurados Mixtos de Trabajo del 27 de noviembre de 1931 y la Ley del Contrato de Trabajo del día 21 del mismo mes y año, establecieron claramente la supremacía de las regulaciones laborales emanadas del acuerdo de trabajadores y empleadores sobre los contratos de trabajo.(Cfr. DE LA CUEVA, “Derecho...”, T.II, Op.cit.,p.p.530-533.)

¹¹⁴⁹ Cfr. VIDA SORIA, “Manual de Derecho del Trabajo”, Op, cit., p.222.

conoce de antiguo a través de los tratados interestatales. De este modo, su origen, que radica en el acuerdo de los sujetos sociales, no afecta ni contradice su contenido normativo.¹¹⁵⁰

La existencia en los convenios colectivos de dos clases de contenidos, el normativo y el obligacional, es pacíficamente admitida por la doctrina.¹¹⁵¹ La parte obligacional comprende aquellas cláusulas que establecen relaciones obligatorias que tienen por destinatarios, no a las partes de la relación individual de trabajo, sino a los sujetos colectivos que negociaron¹¹⁵², por lo que poseen exclusivamente eficacia jurídica interpartes y no “erga omnes”, expresando compromisos de carácter instrumental que asumen las partes para contribuir a la eficaz aplicación de las condiciones pactadas.¹¹⁵³

Sin embargo, el elemento verdaderamente característico del convenio colectivo reside en su efecto normativo sobre las relaciones individuales de trabajo. En ello consiste, asimismo, uno de los rasgos singulares del Derecho del Trabajo, cual es el de haber dado origen a una fuente de derecho proveniente de la facultad de autorregulación que se reconoce a los grupos sociales. Por ello, Alonso García sostiene que

El grupo social -y, concretamente, el grupo profesional- crea su propio derecho, con carácter autónomo. Tiene fuerza normativa creadora, y su ámbito de vigencia se extiende a todos cuantos -en el espacio y en el tiempo- caen bajo la fuerza de normación del grupo. La naturaleza jurídica

¹¹⁵⁰ Ibídem. Por esta razón, agregan los mencionados autores, “(...) el convenio colectivo no puede considerarse como una figura contractual más sobreañadida a las que ya se conocieran en el Derecho civil del período de la codificación (contrato normativo) porque la categoría del convenio colectivo no se limita a constituir un sistema de derechos y obligaciones entre los sujetos negociadores, ni sus efectos típicamente normativos pueden ser equiparados a la fuerza vinculante de todo tipo contractual-privado-propiamente dicho.” (Ibídem.)

¹¹⁵¹ “(...) desde hace mucho tiempo se acepta, dentro de la estructura del contrato colectivo, la distinción entre “parte obligacional” o “cláusulas obligacionales” y “parte” o “cláusulas normativas”, afirma Giugni. (Op.cit., p.147.)

¹¹⁵² Cfr. Ibídem.

¹¹⁵³ VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.p.212-213. Daubler pone como ejemplo de este tipo de cláusulas aquellas que establecen la obligación de reunirse y de negociar sobre el convenio colectivo en caso de divergencias o la forma de proceder contra miembros que no se atienen al convenio colectivo. (DAUBLER, Op.cit., p.142.)

*del convenio colectivo es la de verdadera fuente del Derecho del Trabajo (...)*¹¹⁵⁴

Hueck y Nipperdey¹¹⁵⁵, afirman, por esta razón, que la parte normativa del convenio colectivo contiene “normas jurídicas de derecho objetivo”; y, asimismo, que el derecho que emana de la convención colectiva es *“Es un derecho objetivo autónomo, porque las reglas de la parte normativa no son creadas por el Estado, sino en base a una autorización estatal, por las asociaciones autoadministradas.*”¹¹⁵⁶ Sustentan esta posición en el hecho de que *“(…) el contenido de la parte normativa no crea, como en los negocios jurídicos, derechos y deberes subjetivos, sino que, normalmente, regula inmediata e imperativamente un número indeterminado de relaciones jurídicas, con independencia de las especialidades de la relación jurídica individual.”*¹¹⁵⁷ De este razonamiento, concluyen los profesores alemanes, que la parte normativa del convenio es ley en sentido material,¹¹⁵⁸ criterio que Daubler comparte.¹¹⁵⁹

En términos similares afirma Alonso Olea la naturaleza normativa del convenio colectivo cuando, haciendo alusión al contenido de sus cláusulas normativas dice que estas son verdadera y propiamente normas, que respecto de cada contrato o relación individual de trabajo juegan “desde fuera”, como derecho objetivo, que se impone sobre la voluntad de las partes de aquel contrato o relación.¹¹⁶⁰ Coincidiendo con los autores alemanes, sostiene: *“(…) el convenio opera -perdónese la imperfección expresiva en aras de su grafismo -como un ley, no como un contrato;”*¹¹⁶¹

¹¹⁵⁴ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.200.

¹¹⁵⁵ HUECK et al, Op.cit., p.296.

¹¹⁵⁶ Ídem, p.323.

¹¹⁵⁷ Ibídem.

¹¹⁵⁸ Cfr. Ídem, p.p.323-324. Precisan estos autores que *“Siempre que en el orden jurídico se hable de “ley” o “legislación” se incluye también el convenio colectivo, habiendo de probarse siempre si se alude al concepto de ley en el sentido estricto de ley formal, que sólo puede ser la aprobada por el Parlamento, o en el sentido de ley material que comprende toda norma jurídica.”* (Ibídem).

¹¹⁵⁹ Cfr. DAUBLER, Op. cit., p.p. 142-143.

¹¹⁶⁰ ALONSO OLEA, Op.cit., p.121.

¹¹⁶¹ Ídem, p.p.-121-122. En la doctrina española Vida Soria alude al efecto normativo del convenio colectivo en los siguientes términos: *“El convenio colectivo es fuente de Derecho en sentido jurídico-positivo (fuente en sentido traslativo); ostenta una auténtica fuerza normativa frente a sus sujetos destinatarios distintos de las partes sociales contratantes en*

En la doctrina latinoamericana De La Cueva, destaca esta característica del contrato colectivo de trabajo diciendo que *“Es una fuente autónoma de derecho objetivo. Es la norma jurídica creada autónomamente por las organizaciones de trabajadores y por los patronos para reglamentar las relaciones de trabajo de la empresa o empresas en que representan un interés jurídicamente protegible.”*¹¹⁶² Conceptos semejantes sostiene De Buen, para quien lo esencial del contrato colectivo es el establecimiento de un sistema de normas.¹¹⁶³ Para Krotoschin la convención colectiva *“(...) es ley material, no sólo en sentido figurativo sino real (...).”*¹¹⁶⁴

El efecto normativo de la convención colectiva se manifiesta en dos aspectos: en su aplicación automática a las relaciones individuales de trabajo y en su imperatividad.¹¹⁶⁵ En virtud al efecto automático, por ser la convención colectiva una fuente de derecho objetivo, sus cláusulas normativas se imponen inexorablemente sobre los contratos y las relaciones individuales de trabajo, las cuales resultan inmediatamente reguladas por lo que estipule aquella. La convención colectiva es, de este modo, norma colectiva que prevalece sobre la autonomía individual, operando sobre esta, desde fuera, es decir, sin necesidad de que las partes del contrato de trabajo deban realizar alguna operación de recepción o incorporación a éste de las normas de la convención. Se habla por ello de un *“principio de automaticidad”*¹¹⁶⁶, el cual consiste, en esa aplicación inmediata, automática e incondicionada del convenio a las relaciones individuales, en cuanto la aplicación de la regulación nacida de la autonomía colectiva no esta sujeta a que la autonomía individual lo acepte, lo ratifique o lo incorpore.¹¹⁶⁷

sentido jurídico (representantes de los trabajadores y empresarios, dice expresivamente el art. 37.I CE).” (VIDA SORIA, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.169.)

¹¹⁶² DE LA CUEVA, “Derecho...” T.II. Op.cit., p.623.

¹¹⁶³ Cfr. DE BUEN, “Derecho...” T.II. Op.cit., p.760.

¹¹⁶⁴ **KROTOSCHIN, Ernesto...** p.239.

¹¹⁶⁵ Cfr. JAVILLIER, Op.cit., p. 587.

¹¹⁶⁶ Cfr. PALOMEQUE, “Derecho...” Op.cit., p.291.

¹¹⁶⁷ *“(...) las normas jurídicas del convenio colectivo se aplican “directamente” a las dos partes intervinientes. En opinión general esto significa que dichas normas afectan a la relación laboral como si se tratase de una ley; no se precisa un “acuerdo” especial “sobre su aplicación”, ni tampoco una referencia a este respecto.”* (DAUBLER, Op.cit. p.147.)

El efecto imperativo de la convención colectiva supone su inderogabilidad por la autonomía individual. La Recomendación 91 OIT (III, 3.1) indica que las partes obligadas por un contrato colectivo “(...) *no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo.*” Señala, igualmente (III, 3.2) que las disposiciones de dichos contratos de trabajo “(...) *contrarias al contrato colectivo deberían ser consideradas como nulas y substituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo.*” Se afirma, así, el principio de inderogabilidad¹¹⁶⁸, que alude a la imposibilidad de que el contrato de trabajo pacte por debajo de lo establecido por la convención. En virtud de este principio, las normas convencionales no forman parte, afirma Ojeda Avilés¹¹⁶⁹, de las normas dispositivas que pueden apartarse por los individuos mediante declaraciones de voluntad discrepantes.

La nota de imperatividad de la convención colectiva obedece al hecho de que esta, como lo expresan Hueck y Nipperdey, es la forma jurídica a través de la cual los trabajadores organizados pueden transformar la igualdad jurídica formal en el plano de la relación de trabajo, basada en la libertad contractual, “(...) *en una real equiparación, es decir, romper con el dictado fáctico de las condiciones de trabajo por el empleador, económicamente más fuerte.*”¹¹⁷⁰ De carecer de este efecto inderogable, el derecho de los trabajadores quedaría burlado por la actividad neutralizadora del empleador, como anota Ojeda Avilés.¹¹⁷¹ Por esta razón, las cláusulas contractuales que colisionen con las estipulaciones normativas de la convención colectiva son nulas.

Por consiguiente, el efecto de la convención colectiva sobre el contrato de trabajo es el siguiente:

¹¹⁶⁸ Ibídem.

¹¹⁶⁹ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.738.

¹¹⁷⁰ HUECK et al, Op.cit., p.300.

¹¹⁷¹ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.609. En el mismo sentido, Daubler sostiene que “*El valor fundamental del convenio reside para los trabajadores en esta “garantía de nivel mínimo”: se impide que el empresario se sirva de su supremacía frente al trabajador y le dicte las condiciones de trabajo.*” (DAUBLER, Op.cit., p.p.147-148.)

1. Cuando el contrato anterior o posterior a la convención colectiva, se limita a cumplir una función genérica de la relación laboral y, por tanto, omite regular las condiciones de trabajo y las remuneraciones, se aplica lo que, al respecto establezca el convenio colectivo.¹¹⁷²
2. Cuando el contrato anterior establece derechos o beneficios menores a los que regula la convención colectiva posterior, estas cláusulas son sustituidas por las correspondientes de la convención.¹¹⁷³
3. Cuando el contrato de trabajo posterior a la convención colectiva, estipule derechos o beneficios menores a los previstos por ésta, dichas cláusulas son nulas y se reemplazan automáticamente por las de la convención colectiva.¹¹⁷⁴

La inderogabilidad del convenio colectivo no es, empero absoluta, sino una inderogabilidad *in pejus*, es decir que sólo opera para impedir que los actos jurídicos entre empleador y trabajador puedan contener disposiciones menos favorables al trabajador que las previstas en aquel, pero no cuando los beneficios del contrato individual superen los establecidos en el convenio colectivo. Este, por consiguiente, puede contemplarse ora como una norma de orden público, dotada de imperatividad cuando el contrato de trabajo es menos favorable al trabajador que el convenio colectivo, ora como una norma dispositiva en caso que el pacto individual sea más favorable.¹¹⁷⁵ En este sentido, se sostiene que la inderogabilidad de la convención colectiva es relativa, en cuanto la aplicación del principio de norma más favorable habilita su derogación *in melius*.¹¹⁷⁶

Establecido que la convención colectiva, como figura jurídica típica del derecho del trabajo, se caracteriza por su fuerza normativa, cabe analizar si esta característica se encuentra comprendida en el texto constitucional cuando éste señala que la convención colectiva tiene “*fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.*” La diferencia de terminología respecto a la Constitución de 1979

¹¹⁷² Cfr. CAMERLYNK et al, Op.cit., p.443.

¹¹⁷³ Cfr. Ibídem.

¹¹⁷⁴ Cfr. JAVILLIER, Op.cit., p.p. 587-588.

¹¹⁷⁵ Cfr. VALDES DAL RÉ, “Relaciones...” Op.cit., p.116.

¹¹⁷⁶ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...” Op.cit., p.739. Indica este autor que el principio de “norma más favorable” no sólo consiste en aceptar las regulaciones “*in melius*” sino también en prohibir a las partes colectivas otorgar al convenio colectivo el carácter de norma máxima o condicionar las mejoras a especiales requisitos.”

es, en este caso, notoria, pues esta, en el artículo 54º, señaló que las convenciones colectivas *“tienen fuerza de ley para las partes.”* La doctrina nacional interpretó que esta expresión aludía, tanto su nivel jerárquico en el sistema de fuentes del derecho, que la equiparaba a la ley, cuanto a su carácter normativo.¹¹⁷⁷

El cambio operado entre una y otra constitución obliga, por ello, a preguntarse si la actual Constitución, al reemplazar la expresión “fuerza de ley” por la de “fuerza vinculante” reconoce, también, el efecto normativo de la convención colectiva o, por el contrario, sólo alude a su carácter obligatorio.

La expresión “fuerza vinculante” adoptada por nuestra Constitución parece haber sido tomada del artículo 37 de la Constitución española, que se refiere a la *“fuerza vinculante de los convenios.”* Interesa, por ello, ver cual es la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia de ese país le ha asignado al mencionado precepto.

En el primer caso, Valdés Dal Ré, señala que dicha expresión alude a la eficacia de los convenios colectivos, pero, además, a su eficacia normativa y no estrictamente contractual,¹¹⁷⁸ Palomeque destaca la notable ambigüedad de la expresión pero, sin desconocer ello, considera que significa *“(...) no otra cosa que el reconocimiento constitucional de la eficacia normativa del pacto colectivo, esto es, de su carácter de norma creadora de derecho objetivo (...)”*¹¹⁷⁹

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se ha decantado en la misma dirección, al establecer que:

(...) en el Ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más

¹¹⁷⁷ Cfr. NEVES MUJICA, “La Negociación...”, Op.cit.. Vid, en el mismo sentido, BOZA PRÓ, “Negociación,...”, Op.cit, p.223-224.

¹¹⁷⁸ Cfr. VALDES DAL RÉ, “Relaciones...”, Op.cit., p.115.

¹¹⁷⁹ PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.306. Ojeda Aviles sostiene que la posición unánime de la doctrina española es que la expresión “fuerza vinculante” alude al carácter normativo de los convenios colectivos, (Cfr. OJEDA AVILÉS, “Derecho...”; Op. cit, p.607.)

importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales.

1180

En el derecho laboral peruano parece existir, también, unanimidad de criterio respecto a que la referencia del artículo 28.2 de la Constitución a la “fuerza vinculante” de la convención colectiva hace referencia a su efecto normativo. Al respecto, hemos señalado que al considerar la doctrina que “fuerza vinculante” de la convención colectiva equivale a su carácter normativo y no meramente contractual u obligacional, la norma constitucional “(...) menoscaba su significación y efectos como verdadera “fuente” del Derecho Laboral.”¹¹⁸¹ Neves Mujica opina que la naturaleza dual -contrato y ley- del convenio colectivo está reconocida por el artículo 28.2 de la Constitución¹¹⁸² La expresión “fuerza vinculante” es la denominación que nuestra Constitución atribuye al efecto normativo del convenio colectivo, reproduciendo la Constitución española, según el criterio de Rendón Vásquez ¹¹⁸³, y Pasco Cosmópolis considera equivalente las nociones de “fuerza vinculante” y “eficacia normativa” de la convención colectiva.¹¹⁸⁴

Sin embargo, pareciera que esta no es la posición del Tribunal Constitucional, pues al comparar ambas constituciones, en el apartado “c.4.4.4.) *El carácter y alcance del convenio colectivo*”, éste enfatiza las diferencias existentes:

La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

¹¹⁸⁰ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.p.169-170.) Sala Franco y Montesinos, consideran que, no obstante, existen otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional de contenido ambiguo, como el expresado en la STC 298/1993 que se limita a indicar que el artículo 37.1 de la Constitución española asegura “(...) *un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo.*” Estos mismos autores indican que la jurisprudencia ordinaria parece inclinarse por la tesis de que la expresión “fuerza vinculante” alude a la eficacia normativa de los convenios colectivos. (Cfr. SALA FRANCO et al, Op.cit., p.p., 310-311.).

¹¹⁸¹ BLANCAS BUSTAMANTE, “Las normas...”, Op.cit., p.10.

¹¹⁸² Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.70.

¹¹⁸³ Cfr. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge.....p.195.

¹¹⁸⁴ PASCO COSMÓPOLIS, “Fundamentos...”, Op.cit., p.131.

- *El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.*
- *Su alcance de norma con rango de ley.*

En cambio, el inciso 2 del artículo 28º de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- *A las personas celebrantes de la convención colectiva.*
- *A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.*
- *A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.¹¹⁸⁵*

En este enunciado la sentencia acentúa que la primera de dichas constituciones, atribuyó a la convención colectiva “carácter normativo” y de “norma con rango de ley”, mientras que la segunda sólo le reconoció “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, siendo obligatoria para las personas que celebraron la convención, para las representadas por éstas y para las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva. De esta manera, el TC afirmarí la fuerza obligatoria de la convención colectiva, pero no su efecto normativo.

Sin embargo, la misma sentencia contiene otras expresiones que aluden al efecto normativo del convenio colectivo. Así, señala que *“El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto.”¹¹⁸⁶* En otro pasaje sostiene que *“La negociación colectiva -y más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas- constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral (...).”¹¹⁸⁷* Y, al enunciar lo que denomina “elementos del convenio

¹¹⁸⁵ STC, 008-2005-PI/TC, FJ.33.

¹¹⁸⁶ STC, N° 008-2005-PI/TC, FJ.29.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

colectivo”, señala, entre éstos, *“La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.”*¹¹⁸⁸

Finalmente, aclara su posición indicando que *“Esta noción (fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral.”*

¹¹⁸⁹ Disipa, de esta manera, la duda que pudiera haber generado al describir el carácter normativo de la convención colectiva en la Constitución DE 1979 para, a renglón seguido, señalar que *“En cambio”,* en el artículo 28.2 de la actual carta tiene *“fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.”* Las referencias de la sentencia a que la convención colectiva “reglamenta” las relaciones laborales, contiene “normas jurídicas” y posee “fuerza normativa” zanján la cuestión, dejando en claro que su lectura de la expresión “fuerza vinculante” contenido en el artículo 28.2 de la Constitución se refiere al efecto normativo de la convención colectiva.

El reconocimiento de la convención colectiva como fuente de derecho, obliga a plantearse cual es su ubicación en el sistema de fuentes del derecho. Alonso García formula una clasificación de las fuentes del derecho laboral según su “significación jerárquica formal”, en virtud a la cual estas se clasifican en *“a) constitucionales; b) no constitucionales, y entre éstas: a’) de origen estatal, y b’) de origen no estatal.”*¹¹⁹⁰ La convención colectiva se ubicaría, por ende, entre las fuentes de origen no estatal. Por su parte, Caldera¹¹⁹¹ considera que la convención colectiva ocupa una escala intermedia entre la ley y el contrato, prevaleciendo sobre este último. A su juicio, el contrato, aún no siendo norma general, es fuente del derecho laboral puesto que en él existen reglas aplicables a la relación laboral. La ley se impone a la convención colectiva, sin admitir su derogación, porque cuando el convenio colectivo prevalece sobre ésta en virtud del principio de “norma más favorable” no se produce, propiamente, la derogación de la ley, sino su superación en beneficio del trabajador, situación

¹¹⁸⁸ Ídem, FJ.30.

¹¹⁸⁹ Ídem, FJ.33.

¹¹⁹⁰ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.98.

¹¹⁹¹ Cfr. CALDERA, Op. cit, p.203.

ésta prevista por la propia ley.¹¹⁹² Esta situación no puede darse, obviamente, cuando la ley tenga la condición de derecho necesario absoluto.

Neves Mujica indica que en la Constitución de 1979, los convenios colectivos tuvieron un nivel primario, esto es, el mismo atribuido a la ley en virtud a que el artículo 54º de aquella estableció que la convención colectiva tenía “fuerza de ley”. Anota, sin embargo, que no podía dejar de admitirse la supremacía de la ley, ubicada en un subnivel superior, la cual debe regular la autonomía privada sin desnaturalizarla.¹¹⁹³ Al abolir la actual Constitución esa expresión, la jerarquía de los convenios colectivos ha sufrido una devaluación. Al no tener atribuido un nivel por la Constitución ni, tampoco, por la ley, estos, dice Neves Mujica “(...) *han quedado flotando en el sistema de fuentes del derecho.*”¹¹⁹⁴ Según su criterio, en tanto este vacío no sea llenado por la ley, la cual, en ningún caso podrá otorgarles el primario que a ella le corresponde, la ubicación jerárquica de los convenios colectivos corresponde al nivel terciario, donde se encuadran las normas emanadas de la autonomía privada, aunque en el primer subnivel, esto es con preeminencia respecto, del reglamento interno de trabajo y la costumbre.¹¹⁹⁵ La devaluación jerárquica del convenio colectivo no supone, sin embargo, la pérdida de significación de la autonomía colectiva y la consiguiente expansión de la actividad intervencionista del Estado, pues el derecho a la negociación colectiva se encuentra garantizado por el artículo 28.2 de la Constitución y el Convenio 98 OIT, con independencia del nivel que ocupe su producto - la convención colectiva- en el sistema de fuentes.¹¹⁹⁶

¹¹⁹² Ídem, p.204.

¹¹⁹³ Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.71.

¹¹⁹⁴ Ibídem.

¹¹⁹⁵ Ibídem. Neves Mujica estructura el “Sistema peruano de fuentes del derecho” en los siguientes niveles: el constitucional, que comprende la Constitución y los tratados de derechos humanos; el primario, integrado por los tratados, la ley, el decreto legislativo, el decreto de urgencia, la ley regional, la ordenanza municipal y la sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional; el secundario, que lo conforman el reglamento, el decreto regional, el edicto municipal y la sentencia anulatoria del Poder Judicial; y el terciario, que reúne al convenio colectivo, el reglamento interno de trabajo y la costumbre. (Cfr. NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.50.).

¹¹⁹⁶ “En nuestro concepto, no se trata de una cuestión de rango de las normas en juego, sino de respeto del derecho de negociación colectiva, protegido por la Constitución (artículo 28.2) y por el Convenio Internacional del Trabajo 98 (artículo 4). Es claro que para las normas de la Organización Internacional del Trabajo, los convenios colectivos no tiene ubicación expresa en un nivel del sistema de fuentes del derecho y, sin embargo, la

3.3.2.5. Ámbito.

3.3.2.5.1. Ámbito objetivo.

El Convenio 154° de la OIT¹¹⁹⁷, referente al fomento de la negociación colectiva, establece, en su artículo 2, que el fin de la negociación colectiva es:

*“a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”*¹¹⁹⁸

Define de este modo, el citado convenio, el contenido de la negociación colectiva, su ámbito objetivo, el cual obedece a su origen histórico como mecanismo a través del cual los trabajadores y sus organizaciones lograron que la regulación de las relaciones y condiciones de trabajo fueran el producto del acuerdo entre éstas y los empleadores.

La Constitución española, reconoce el derecho a la “negociación colectiva laboral” y la inclusión de la última de estas palabras ha suscitado un intenso debate en la doctrina de esa nación, respecto a si con ello se ha pretendido poner un límite o restringir el contenido del derecho. Alonso Olea plantea de este modo la cuestión: *“Sencillamente formulada, la pregunta sobre el contenido es la siguiente: ¿sobre qué pueden convenir “los representantes de los trabajadores y empresarios”? Y la respuesta prima facie es casi tan sencilla como la pregunta: pueden convenir sobre lo que en su calidad de tales pueden obligarse entre sí a cumplir.”*¹¹⁹⁹ Considera por ello que *“Como representantes no pueden asumir*

jurisprudencia de sus órganos de control proscriben las restricciones del Estado a la autonomía colectiva.” (NEVES MUJICA, “Introducción...”, Op.cit., p.72.).

¹¹⁹⁷ Este convenio no ha sido ratificado por el Perú.

¹¹⁹⁸ Organización Internacional del Trabajo, “Convenios...”, Op.cit., p.p.1625-1628.

¹¹⁹⁹ ALONSO OLEA, “Las fuentes...”, Op.cit., p.114. Agrega el reputado tratadista que *“En la medida en que pacten sobre cosa distinta, si no se quiere decir que están celebrando un*

otras obligaciones que las asumibles por los colectivos representados. La conclusión inescapable es, pues, que el eje del convenio colectivo, y de la negociación que en él desemboca, lo constituyen las condiciones de trabajo.”

Desde una perspectiva distinta Palomeque¹²⁰⁰ señala que la “laboralidad” de la negociación colectiva podría estar referida a la condición de los sujetos negociadores y no a su contenido y que, en todo caso, resulta ardua la tarea de aislar un contenido laboral de otro que no lo sea en el proceso negociador. Sostiene, también que bien podría sentarse, sin mayor dificultad la presunción de laboralidad de todo contenido lícito del pacto entre los interlocutores sociales. Concluye, por ello que, a la vista de la línea expansiva de contenidos que presenta la evolución comparada de la negociación colectiva, la Constitución española al referirse al carácter “laboral” de ésta, no debe ser entendida en el sentido de operar la restricción de su contenido. Afirma, por ello, que dicha expresión constituye “(...) un mero recordatorio de la condición genuina de la institución y del ámbito propio de su actuación, cual es la relación de trabajo asalariado.”¹²⁰¹

También para Valdés Dal Ré la fórmula de la Constitución española no impone limitaciones al contenido negocial pues el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva que ella contiene, comporta admitir el principio de libertad de contratación, por lo que corresponde a las partes negociadoras decidir las materias sobre las cuales negociarán y, en su caso, incorporarlas al acuerdo negocial.¹²⁰² Considera, asimismo, que si bien los aspectos económico-retributivos siguen siendo la materia prima por excelencia de la negociación colectiva, esta va más allá proyectándose sobre los derechos sindicales, la participación de los trabajadores en la empresa y “*regulando, en última instancia,*

convenio nulo, por versar sobre lo que está fuera de su poder dispositivo, habrá que admitir cuando menos que tales “pactos” son expresiones de buenos deseos o, en su grado más elevado, participación de quienes los expresan, como grupos de articulación de la sociedad civil que son, en la vida social del país, como el artículo 9º.2 de la Constitución recomienda a los individuos y a los grupos, al tiempo que pide a los poderes públicos la promoción de las condiciones que hagan la participación posible.” (Ibídem.)

¹²⁰⁰ PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.p.305-306.

¹²⁰¹ Ídem, p.306.

¹²⁰² VALDÉS DAL RÉ, “Relaciones laborales...”, Op.cit., p.111.

todas aquellas situaciones sociales que afectan a la clase trabajadora en su condición de clase subalterna.” ¹²⁰³

La situación es más clara en nuestro caso, porque la Constitución no acota el carácter laboral de la negociación colectiva, de lo cual Neves Mujica deduce que es objeto posible de la negociación colectiva toda aquella materia que una de las partes pueda requerirle u otorgarle a la otras, salvo la que estuviera expresamente excluida por la Constitución y la ley.

El carácter expansivo de la negociación colectiva es, origen del enriquecimiento progresivo de sus contenidos, según Boza Pró quien anota que, al margen de la terminología que se utilice para referirse a la negociación colectiva “(...) *lo importante es que estos sean entendidos en su verdadera dimensión, es decir que si hoy en día seguimos hablando de “condiciones de trabajo”, como el objeto de la contratación entre los agentes sociales, dicha acepción debe serlo en sentido amplio y no restringido.*” ¹²⁰⁴

De este modo, el ámbito objetivo de la negociación colectiva no puede ser limitado ya sea en virtud de normas que predeterminan las materias admitidas como contenido posible de la negociación, excluyendo, por consiguiente las no previstas en dicho encuadramiento, ni, tampoco, aunque no exista tal predeterminación, en razón al establecimiento de exclusiones o prohibiciones respecto de su contenido ¹²⁰⁵. En este sentido, como bien se ha señalado, el único límite material al contenido de la negociación colectiva es el que resulta de la necesidad de coordinar este derecho con otros bienes constitucionales y derechos fundamentales. ¹²⁰⁶ De este modo, el convenio colectivo no puede

¹²⁰³ Ídem, p.112. Compartiendo esta opinión, Sala Franco y Montesinos afirman: “*El término “laboral” debe entenderse en un sentido amplio, englobando todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales y que, lógicamente, sean disponibles por las partes negociadoras.*” (SALA FRANCO et al, Op.cit., p.309.)

¹²⁰⁴ BOZA PRO, “Negociación...”, Op.cit., p.245.

¹²⁰⁵ No obstante, ha sido frecuente, en los años recientes, que el Estado intervenga en la autonomía colectiva estableciendo...

¹²⁰⁶ Señalan Sala Franco y Montesinos que “*En definitiva, el único límite material al contenido de la negociación colectiva viene dado, dentro de los condicionamientos ya apuntados, por el respeto (o la coordinación con) aquellos otros derechos o valores protegidos por la Constitución con igual o superior intensidad que el derecho a la negociación colectiva, ya*

estipular, por ejemplo, suprimiendo o restringiendo el derecho de huelga, imponiendo la sindicación obligatoria o suprimiendo o restringiendo el propio derecho de negociación colectiva, creando nuevas causas justas de despido, vulnerando el derecho a la vida, a la integridad física o a la salud, o, en general, renunciando a derechos reconocidos a los trabajadores por normas de derecho necesario absoluto.¹²⁰⁷

En este sentido, el CLS/OIT ha señalado, de modo rotundo, su rechazo, por contrarias al Convenio 98 OIT, a las medidas restrictivas de la negociación colectiva adoptadas por los Estados invocando razones de política económica, al sostener que la intervención de las autoridades públicas para asegurar que las partes subordinen sus intereses a la política económica del gobierno “(...) es incompatible con los principios generalmente aceptados de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben tener el derecho de organizar libremente sus actividades y de formular su programa y que las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal (...).¹²⁰⁸

Sin embargo, el Comité flexibiliza su posición frente a la aplicación de programas de estabilización económica, aunque estableciendo ciertos límites a la intervención estatal:

Si en virtud de una política de estabilización un gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.¹²⁰⁹

3.3.2.5.2. Ámbito Subjetivo.

sea en su formulación constitucional, ya sea en la formulación dada por leyes ordinarias que sean concreción adecuada de los mismos.” (Ibídem.)

¹²⁰⁷ BOZA PRÓ, “Negociación...”, Op.cit., p.248.

¹²⁰⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La Libertad...”, Op.cit., p.213, Num.1005

¹²⁰⁹ Ídem, p.217, Num. 1024.

En relación al ámbito subjetivo del derecho se plantean dos asuntos: en primer lugar, el de la titularidad individual o colectiva del derecho y, en segundo lugar, el de cual es el universo de trabajadores a quienes el derecho alcanza, es decir, quien son los trabajadores a quienes, sea de forma individual u organizados colectivamente, se reconoce el derecho.

3.3.2.5.2.1. Titularidad del derecho.

Una primera cuestión a dilucidar se refiere a la titularidad del derecho en el caso de los trabajadores, por cuanto tratándose de los empleadores no existe debate alguno respecto a que la facultad de negociar puede corresponder, tanto a un empleador individual cuanto a una unión o asociación de empleadores.

Sin embargo, en el caso de los trabajadores es obvio que este derecho no puede ejercerse individualmente, por lo que la cuestión de la titularidad del derecho se traslada a la determinación de si esta corresponde a los sindicatos o a cualquier otra forma de acción colectiva de los trabajadores.

La OIT ha asumido una posición a favor de la titularidad de las organizaciones sindicales. Al respecto, el artículo 4 del Convenio 98 OIT señala que la negociación colectiva debe tener lugar “(...) *entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores por otra (...)*”. Asimismo, la Recomendación 91, precisando la idea de la OIT, indica lo siguiente:

(...) la expresión “contrato colectivo” comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por éstos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”

Según este documento, la titularidad de la negociación colectiva recae en representantes del colectivo de trabajadores del ámbito respectivo solamente

cuando en éste no existe organización sindical, pero de ningún modo si ésta existe. En el concepto de la OIT *“El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical (...)”*¹²¹⁰

Siguiendo este criterio países como Alemania¹²¹¹ y Francia¹²¹² consagran el monopolio sindical en la negociación sindical.

Giugni sostiene que lo “colectivo” de la negociación colectiva está determinado por la naturaleza colectiva de los intereses en juego y no por la presencia de dos asociaciones organizadas. Expresa, por ello que

*(...) no resulta estrictamente necesaria la participación de asociaciones organizadas para que surja un convenio colectivo: lo que destaca, a la luz de los datos fácticos que proporciona la praxis sindical, es la presencia constante de un interés colectivo de los trabajadores, ya se exprese el mismo en forma de organizaciones estables o de coaliciones espontáneas.*¹²¹³

Al haber establecido la constitución española que la negociación colectiva tiene lugar “entre los representantes de los trabajadores y empresarios”, (art.37.1), la doctrina, mayoritariamente, y la jurisprudencia se han inclinado a favor de una legitimación plural que, por tanto, no se reduce a los sindicatos.¹²¹⁴ Explicando los alcances de este precepto Palomeque señala que *“(...) cualquier instancia organizada, asociativa o no, que cuente con la representación de intereses, no necesariamente de voluntades, de uno u otro grupo dentro de la correspondiente*

¹²¹⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.189, Núm. 881,

¹²¹¹ Daubler anota que el artículo 2, párrafo 1 de la Ley sobre Convenios Colectivos de Alemania, consagra un derecho “exclusivo” de los sindicatos a celebrar convenios colectivos. (Cfr. DAUBLER, Op.cit., p.139.)

¹²¹² La legislación francesa establece un monopolio a favor de los sindicatos al reservar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva a las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional, a las afiliadas a estas organizaciones y, finalmente, a las que hayan demostrado su representatividad en el ámbito de aplicación del convenio. (Cfr. CAMERLYNK et al, Op.cit., p.425.)

¹²¹³ GIUGNI, Op.cit., p.149. Alude el profesor italiano al fenómeno de los convenios colectivos de empresa, suscritos por representantes de los trabajadores de dicho ámbito, en el marco de una estructura sindical caracterizada por los sindicatos de industria o sector económico.

¹²¹⁴ Vid. SALA FRANCO et al, Op.cit., p.308.

unidad de contratación, podrá reclamar, en vía de principio, capacidad convencional para el proceso negociador.” ¹²¹⁵

La constitución de 1979 y la actual coinciden al omitir una expresa mención al titular del derecho, aún cuando la de 1979, se refiere a las convenciones colectivas de trabajo *“entre trabajadores y empleadores”*. No obstante, la legislación ordinaria, siguiendo el criterio de la OIT, ha establecido que el derecho a negociar corresponde a los sindicatos y sólo en ausencia de éstos a representantes de los trabajadores.¹²¹⁶

Esto no quiere decir que la titularidad del derecho corresponde a los sindicatos, sino que la negociación colectiva es una manifestación, quizás la principal, de la libertad sindical en su dimensión dinámica, es decir de la *“actividad sindical”* (Supra, 3.3.1.3.2.5.). Es innegable que cuando los trabajadores, en un determinado ámbito, han optado por constituir una organización sindical para la representación y tutela de sus intereses, a esta debe corresponder la facultad de negociar, sin que ello signifique que lo haga como titular del derecho, sino como representante de quienes son sus titulares, esto es los trabajadores, los cuales, al crear el sindicato, le han delegado su representación para negociar con el empleador. No olvidemos, en este sentido, que la palabra *“sindicato”* significa procuración o representación¹²¹⁷. Por ello, cuando el sindicato existe, su derecho a negociar deriva de su condición de representante de los trabajadores y no de su condición de titular del derecho, ya que resultaría ilógico, además de ineficaz, que habiendo los trabajadores conformado un organismo para que los represente, este no pudiera, en su nombre, negociar con el empleador, o que

¹²¹⁵ PALOMEQUE, *“Derecho...”*, Op.cit., p.305. En el mismo sentido, Valdés Dal Ré indica que *“(...) la definición constitucional no prefigura tipos concretos de representación contractual, como pudieran ser la selectiva en favor del sindicato o sindicatos más representativos, la sindical unitaria, la sindical mayoritaria o la sindical tout court.”* (VALDÉS DAL RÉ, *“Relaciones Laborales...”* Op.cit., p.105.)

¹²¹⁶ Inspirándose, evidentemente, en la Recomendación 91 OIT, el artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece que la convención colectiva de trabajo se celebra *“(...) de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados, y de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.”* (LEGISLACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, Edición 2005, Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, 2005, p. 353.).

¹²¹⁷ Vid, DE LA CUEVA, *“Derecho...”*, Op.cit., p.276-277.

dichos trabajadores eligieran otros representantes para negociar. Al no ser la organización sindical la titular del derecho a la negociación colectiva, la ausencia de ésta no priva a los trabajadores de aquel derecho toda vez que estos, por ser titulares del mismo, pueden negociar a través de representantes especialmente designados para este propósito.

3.3.2.5.2.2. Exclusiones del derecho.

Se plantea, también la no menos importante cuestión acerca de la posibilidad de excluir del derecho a la negociación colectiva a ciertas categorías de trabajadores, en razón a la naturaleza de sus servicios o a las particulares condiciones en que estos se prestan. Específicamente, este asunto se formula en torno a la situación de los trabajadores al servicio del Estado.

La norma constitucional pareciera excluir a este sector de trabajadores del derecho a la negociación colectiva, pues el artículo 42º de la Constitución indica que *“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos”*, omitiendo la referencia a la negociación colectiva, la cual, en cambio, figura en el artículo 28º. De esta omisión, se ha deducido que dichos servidores carecen del derecho a la negociación colectiva, que no puede invocarse a su favor el artículo 28º, inciso 2 de la Constitución y que, por tanto, el legislador puede concederles, limitadamente, este derecho por el hecho de carecer de sustento constitucional.¹²¹⁸ Adicionalmente, se ha sostenido que este grupo de trabajadores tampoco puede ampararse en el Convenio 98 OIT porque el artículo 6 de este excluye de su campo de aplicación a los funcionarios públicos.¹²¹⁹

Es preciso, sin embargo, interpretar el precepto constitucional en relación a los Convenios 98 y 151 de la OIT, conforme a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En este sentido, el último de dichos

¹²¹⁸ Cfr. MORALES CORRALES, Pedro,..... p.p. 429-432.

¹²¹⁹ Ídem, p.436. El mencionado artículo 6 del Convenio 98 OIT dice lo siguiente: *“El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.”*

convenios, - relativo a la protección del derecho de sindicación en la administración pública -, se manifiesta, en su artículo 7, a favor del derecho a la negociación colectiva al indicar que deberán adoptarse “(...) *medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo (...)*”.¹²²⁰ Puede apreciarse que esta parte del artículo es similar a la del artículo 4 del Convenio 98, en el cual se ha considerado que radica el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, el texto del artículo 6 del Convenio 151, agrega una frase que ha dado pie a no pocas interpretaciones restrictivas de sus alcances, ya que señala: “*o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.*” Esta oración, a primera vista, relativiza el valor de la negociación colectiva, al habilitar al Estado la implementación de mecanismos distintos a ésta para dar participación a los empleados públicos en la determinación de sus condiciones de empleo, como podría serlo la simple consulta.

Respecto al argumento de que la omisión del artículo 42º de la Constitución, excluye a los servidores públicos del derecho a la negociación colectiva, Balbín lo considera poco convincente porque, a su juicio, el artículo 39º de la misma carta al denominarlos “trabajadores”, los coloca dentro del ámbito de aplicación de los derechos constitucionales laborales, entre los que se encuentra el artículo 28º. Señala, asimismo, que el artículo 2 del Convenio 87 OIT reconoce el derecho a la sindicación a los trabajadores “sin ninguna distinción” y que, si bien, el artículo 6 del Convenio 98 excluye de su ámbito a los funcionarios públicos, esta norma ha sido interpretada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en sentido restrictivo, debiendo ser aplicada únicamente de quienes cumplen actividades propias de la administración del Estado y no de todos los que prestan servicios a éste.¹²²¹

¹²²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p.1572-1576.

¹²²¹ Cfr. BALBÍN TORRES, Edgardo, 2008, “Sobre el derecho de negociación colectiva de los trabajadores estatales y la normativa presupuestal”, en Trabajo y Seguridad Social.

A estos interesantes argumentos, debemos agregar otro que fluye de la jurisprudencia del TC. Este ha señalado, al referirse al régimen laboral público, que existe un régimen constitucional del trabajo al cual este debe sujetarse: “(...) *es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados.*”¹²²² Es obvio que, desde esta perspectiva, es insostenible afirmar que el artículo 28º de la Constitución no es aplicable a los servidores públicos.

Por otro lado, la interpretación de la oración final del artículo 7 del Convenio 151 OIT, en el sentido de relativizar el derecho a la negociación colectiva, ha sido precisada por el Comité de Libertad Sindical como por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. El primero de estos organismos ha señalado, enfáticamente, que todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían gozar del derecho a la negociación colectiva y que ésta debe tener prioridad como medio para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.¹²²³ Y, en cuanto se refiere a la exclusión de los servidores públicos del ámbito de aplicación del Convenio 98 OIT, el mismo organismo disipa toda duda cuando establece que: “*El Convenio núm.98, en especial su artículo 4, relativo al estímulo y fomento de la negociación colectiva, es de aplicación tanto en el sector privado como en el de las empresas nacionalizadas y organismos públicos.*”¹²²⁴

Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. p.p. 503-504.

¹²²² STC, N° 008-2005-PI/TC, FJ. 17.

¹²²³ Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.190, Núm. 886.

¹²²⁴ Ibídem, Num.885. Asimismo, respecto del mismo artículo, el CLS/OIT, ha precisado que “*Conviene establecer una distinción entre los funcionarios que ejercen actividades propias de la administración del Estado (funcionarios de los ministerios y demás organismos gubernamentales comparables) y los funcionarios que actúan en calidad de auxiliares de los precedentes, por una parte, y las demás personas empleadas por el Estado, en las empresas públicas o en las instituciones públicas autónomas, por otra. Sólo podrá*

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecida la existencia del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, el cual deduce del reconocimiento constitucional de su derecho a la libertad sindical:

*(...) la Constitución reconoce en su artículo 42° el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42°, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.*¹²²⁵

Un argumento frecuente para objetar el derecho de los servidores públicos a la negociación colectiva es el referente a las limitaciones presupuestales propias de las entidades del Estado. El TC admite la validez de estas limitaciones y afirma, por ello, que aquel derecho, como cualquier otro, no es absoluto y está sujeto a límites. El principal de estos, es, sin duda, el sometimiento de las entidades públicas al presupuesto y las normas presupuestales, como lo reconocer el TC: *"Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado."*¹²²⁶

Sin embargo, el presupuesto no puede erigirse en un impedimento para la negociación colectiva, mediante la creación de restricciones que vacíen de contenido el derecho. Balbín apunta que una de estas restricciones, que amenazan la vigencia del derecho, ha consistido en sustraer de la negociación las materias con incidencia presupuestaria.¹²²⁷ Pero, para el TC esta clase de

excluirse del campo de aplicación del Convenio núm 98 a la primera categoría de trabajadores a que se ha hecho referencia." (Ídem, p.191, Núm. 887.)

¹²²⁵ STC, N° 008-2005-PI/TC, FJ.52.

¹²²⁶ Ibídem, FJ.53.

¹²²⁷ Cfr. BALBÍN TORRES, Op.cit., p. 508. En efecto, desde hace varios años las leyes de presupuesto prohíben a las entidades públicas otorgar aumentos de remuneraciones o de otros beneficios, así como crear nuevos beneficios de carácter económico, cualquier que

restricciones no resultan aceptables porque no se debe interpretar la sujeción al presupuesto como impedimento para negociar:

(...) una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.

*En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.*¹²²⁸

La relevancia de esta posición del TC, la destaca Balbín para quien ésta “(...) apunta a negar la omnipotencia del presupuesto público en la materia y demostrar que existen alternativas que compatibilicen la negociación colectiva con las potestades parlamentarias en materia de presupuesto público.”¹²²⁹

El sentido de esta línea jurisprudencial del TC consiste en evitar que por la vía de la sujeción de los entes públicos al presupuesto se suprima, de hecho o se vacíe de contenido el derecho fundamental a la negociación colectiva. El equilibrio presupuestal es, sin duda, un bien constitucional, que no puede ser ignorado o preterido, pero que, tampoco, puede ser erigido en un valor absoluto, que se imponga sobre los derechos fundamentales, al punto de desnaturalizarlos o impedir su ejercicio. Precisamente, en relación a la posible colisión, en el ámbito de las relaciones de empleo público, entre bienes o derechos constitucionales, el TC ha afirmado una posición perfectamente clara, que cierra el debate:

sea el origen, forma o modalidad que tales beneficios revistan, lo que, obviamente, excluye de la materia negocial todo lo referente a remuneraciones y beneficios económicos.

¹²²⁸ STC, Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 54.

¹²²⁹ BALBÍN TORRES, Op.cit., p.510. Señala asimismo, Balbín, que “(...) la consagración constitucional de la negociación colectiva de los trabajadores estatales determina el colapso de las tesis que sostenían el carácter absolutamente imperativo de las normas laborales públicas y que identificaban la atribución constitucional de potestades parlamentarias en materia presupuestal con la determinación unilateral de las condiciones de empleo, y en particular las condiciones salariales.” (Ídem, p.511.)

(...) tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”



3. 3. El derecho de huelga.

3.3.1. Antecedentes.

El derecho de huelga fue reconocido, por vez primera, a nivel constitucional en el artículo 55º de la Constitución de 1979, la cual lo formuló en los siguientes términos: *“La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley.”*

La Constitución actual varía en algo esta fórmula y tras señalar, en el párrafo inicial del artículo 28º, que el Estado “reconoce”, el derecho de huelga - en forma conjunta con los derechos de sindicación y negociación colectiva- y que cautela su ejercicio democrático, en el inciso 3 del mismo precepto indica lo siguiente: *“Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”*

3.3.2. Significado.

El reconocimiento de la huelga como un derecho y, más aún, como un derecho fundamental, es el resultado de un largo proceso histórico-social que se remonta a la revolución industrial y a las primeras luchas de los trabajadores para lograr el mejoramiento de sus, entonces, inicuas condiciones de trabajo. En aquella fase histórica, la reacción del Estado Liberal frente a la aparición del fenómeno huelguístico, consistió en la represión de la coalición y la huelga, llegando, incluso, a tipificar a esta última como delito (Supra, I, 1.2). A partir de este dato, la doctrina periodifica la relación entre la huelga y el derecho, en tres grandes etapas: i) la etapa de la prohibición o huelga-delito, en la que la huelga es considerada delito y sancionada como tal ¹²³⁰ ; ii) la etapa de la tolerancia, o huelga-libertad, también llamada huelga-ruptura, en la cual la huelga deja de ser

¹²³⁰ Helene Sinay, sostiene que la represión penal de la huelga en Francia es un hecho comprobable estadísticamente y que entre 1825 y 1864- año en que se derogó la tipificación de la huelga como delito-cerca de 10 mil personas fueron a prisión por haber participado en huelgas. (Cfr. JAVILLIER, Op.cit., p.488.).

delito, pero se considera el incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, lo cual acarrea la ruptura de la relación laboral¹²³¹; y, iii) la etapa de la huelga-derecho, en la que se admite que la huelga es un método legítimo de presión cuyo efecto consiste en la suspensión de la relación laboral, razón por la cual esta subsiste y se reanuda después de la huelga.¹²³²

¹²³¹ Explicando las consecuencias de esta noción de huelga, Camerlynk y Lyon-Caen, señalan lo siguiente: *“El empleador no está ligado al asalariado huelguista y no está obligado a contratarlo al final de la huelga. Por el contrario, el asalariado, al haber puesto fin por sí mismo al contrato, se expone al pago de la indemnización por ruptura brusca y ruptura abusiva (vid. 160-172).*

El empleador es enteramente libre de contratar un personal de reemplazo. Si vuelve a contratar a huelguistas, se inicia un nuevo contrato y se pierden los derechos de antigüedad.

En definitiva, era evidente que la huelga hacía perder el empleo.” (CAMERLYNK et al, Op.cit., p.484.).

¹²³² En el Perú, la huelga no fue objeto de represión penal durante el siglo 19, entre otras razones, por el hecho de que al no existir un desarrollo capitalista ni, por consiguiente, la formación de un proletariado industrial, no existieron movimientos huelguísticos significativos hasta las postrimerías de este siglo, habiendo ocurrido las huelgas más importantes recién entre 1892 y 1896. El desarrollo del fenómeno huelguístico en el período que media entre la última década del siglo 19 y la primera década del siglo XX, etapa en la que el movimiento obrero se organizó sindicalmente y recurrió a la huelga como método de lucha, llevó al Estado peruano a hacer frente a esta nueva situación, dictando la primera norma sobre huelga que es el Decreto Supremo de 24 de enero de 1913. Esta norma tuvo un contenido ambivalente: de un lado, supuso el reconocimiento de la huelga como derecho de los trabajadores al regular los requisitos y procedimientos con arreglo a los cuales su ejercicio resultaba legal, pero, por otro lado, su finalidad era controlar rígidamente este derecho sometándolo a requisitos exigentes, de difícil cumplimiento. (Cfr. SANTISTEVAN, Jorge, Angel Delgado, 1980, “La Huelga en el Perú. Historia y derecho”, Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, p.p.23-37.). Estos autores consideran que el referido decreto fue *“(…) una reglamentación administrativa, de carácter marcadamente policial, con fuertes disposiciones represivas que dieron lugar a las críticas formuladas en ese tiempo por el movimiento obrero.”* (Ídem, p.39.). En el mismo sentido, Ernesto de la Jara opina que el dictar el Decreto Supremo de 1913 *“(…) el objetivo gubernamental fue intimidatorio frente a a los trabajadores, especialmente de los dirigentes, a fin de impedir y controlar las huelgas que se venían realizando en aquella época. Para ello se estableció en dicha norma que las huelgas sólo podrían realizarse fracasado el arbitraje de las reclamaciones en cuestión, debiendo aprobarse por la mayoría de los trabajadores y renovarse la decisión cada 4 días, estando obligados los delegados a depositar un acta en la Intendencia de Policía, en la que debía precisarse, entre otros puntos, la nómina de los obreros declarados en huelga con sus respectivos domicilios.”* (DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto

1986, “Derecho de Huelga en el Perú: dos modelos normativos en debate”, Lima, Instituto de Defensa Legal/Tarea, Asociación de Publicaciones Educativas, p.26.). El decreto del año 1913 tuvo larga vida, pues, con numerosos cambios y agregados dispuestos por otras normas, permaneció vigente hasta la promulgación, por la dictadura de Fujimori, del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el año 1992. Esta ley dedicó el Título IV a la huelga, siendo esta la primera vez en la historia del Perú que una norma de rango legal se ocupó del derecho de huelga, no obstante que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 este había adquirido rango constitucional. Restaurada la democracia, el año 2003 se aprobó la Ley N° 27912 la cual, atendiendo a las observaciones formuladas por la OIT a numerosas disposiciones del D.L.25593,

La elevación de la huelga al rango de derecho fundamental, se produjo en la vigente Constitución Mexicana de 1917, cuyo artículo 123º, fracción XVII, estableció que *“Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros.”*¹²³³ A pesar de su avanzado contenido social, la Constitución de Weimar no reconoció el derecho de huelga¹²³⁴ y este hubo de aguardar hasta la conclusión de la segunda guerra mundial para ser reconocido en las constituciones de Francia (1946) e Italia (1948) y, años más adelante, por otras constituciones europeas y latinoamericanas.¹²³⁵ Como antes se ha expuesto, en el Perú el derecho de huelga goza de la jerarquía de derecho fundamental desde su incorporación a la Constitución de 1979 (art.55º), status que ha mantenido en la actual constitución (art.28º).

Como lo señala Cortés, al atribuir rango constitucional a la huelga, se le confiere la protección especial que corresponde a todos los derechos fundamentales, a través de las garantías constitucionales, además de imponer al Estado la obligaciones para que el mencionado derecho se ejerza sin trabas y eficazmente,

reformó varios preceptos de esta norma, incluyendo unos pocos relativos al derecho de huelga.

¹²³³ Cfr. DE LA CUEVA, “Derecho...” T. II, Op.cit., p.763. Explicando el significado de esta disposición, en un país, como México, que en 1917 carecía de una experiencia importante de organización y lucha de la clase obrera, el mismo autor afirma: *“(...) si contemplamos la cuestión social en el año 1917, en Europa y en América, nos parece indudable que el derecho mexicano dio un paso importantísimo. La solución - elevación de la huelga a un derecho colectivo de las mayorías obreras- fue netamente mexicana: El movimiento obrero en México era extraordinariamente débil y si se hubiera mantenido la huelga como existía en Europa o en los Estados Unidos -la huelga como un hecho apoyado en la solidaridad obrera- nunca hubiera tenido éxito. México tuvo que reconocer y garantizar el derecho de huelga para equilibrar la fuerza del empresario con las mayorías obreras.”* (Ídem, p.764.).

¹²³⁴ Señala Daubler que por este motivo la huelga continuó existiendo en Alemania como una simple libertad (huelga-libertad) razón por la cual conllevaba la ruptura de los contratos de trabajo (Cfr. DAUBLER, Op.cit., p.112.).

¹²³⁵ El derecho de huelga está reconocido en 9 constituciones europeas (Chipre, España, Francia, Italia, Mónaco, Portugal, Suecia y Turquía) y en 18 latinoamericanas (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) (Cfr. MARCENARO FRERS, Ricardo, 2004 “El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas”, Lima, Diálogo S.A., p.p.371.-372.) En el continente europeo, también reconocen el derecho de huelga las constituciones de Rusia (art.37.4) y de Ucrania (art.44).

acorde con el deber general que le señala el artículo 44° de la Constitución de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.¹²³⁶

Por otro lado, Boza Pró pone de relieve que el Tribunal Constitucional reconoce a la huelga como derecho humano, precisando que, si bien, ello no lo convierte en un derecho absoluto, toda vez que requiere desarrollo legislativo, la eventual ausencia de regulación no puede impedir que sus titulares hagan efectivo su ejercicio.¹²³⁷ Ello significa, que el derecho de huelga es un derecho de eficacia o aplicación inmediata, por lo que la inactividad del legislador en orden a regularlo, no podrá invocarse como razón suficiente para oponerse a su ejercicio.

No obstante, el diferente trato que la norma constitucional dispensa a los diferentes derechos colectivos mencionados en el artículo 28°, es destacado por Cortes, quien señala que mientras aquel **reconoce y garantiza** el derecho de sindicación y, asimismo, **reconoce y fomenta** la negociación colectiva, en el caso de la huelga sólo la **reconoce y regula**, lo que, a su criterio, revela una concepción negativa, que se traduce en que la actuación del Estado es menos activa respecto de este derecho.¹²³⁸ Cabe anotar, sin embargo que, como el mismo autor lo señaló antes, con base en el artículo 44° de la Constitución, el Estado tiene el deber general de “garantizar” todo derecho humano reconocido en su texto, por lo que su potestad de regular el derecho de huelga no puede eludir, en ningún caso, esta obligación esencial.

Asimismo, en el mismo período en el que la mayoría de países europeos constitucionalizó el derecho de huelga, este empezó a ser reconocido por los más importantes tratados de derechos humanos vigentes en los ámbitos

¹²³⁶ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, 1994, “La Huelga en la Constitución de 1993,” en *Asesoría Laboral* N° 37, Año IV, Lima, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., p.31.

¹²³⁷ Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo, 2008 “La Protección Constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)”, en *Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p.342. La afirmación del TC a la cual se refiere este autor es la siguiente: “*En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano.*” (STC 008-2005-PI/TC, FJ.40.)

¹²³⁸ CORTÉS CARCELÉN, Op.cit., p.31.

universal, americano y europeo.¹²³⁹ Por ello, su consideración como “derecho humano” no es pasible de cuestionamiento alguno, tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional al calificarlo de esta forma.¹²⁴⁰

El reconocimiento de la huelga como derecho fundamental o derecho humano, encuentra fundamento, y al mismo tiempo se erige en elemento característico, del Estado social de derecho. Lo sostiene, sin ambages, el Tribunal Constitucional Español:

*Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha demostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales;*¹²⁴¹

En el mismo sentido, Giugni ¹²⁴² conceptúa que el artículo 40 de la Constitución italiana que consagra el derecho de huelga, pone de manifiesto el agudo

¹²³⁹ La huelga es reconocida como derecho en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Art.8,d), en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Pacto de San Salvador” (Art.8,b) (Cfr. “Compilación de ...”, Op.cit.), así como en la Carta Social Europea (Art.6º,4), la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Art.13) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art.28) (Cfr. “Derechos Humanos, Textos Internacionales”, 5ª edición, 2003, Editorial Técnos, Madrid.).

¹²⁴⁰ Cfr. STC 008-2005-PI/TC, FJ.40.

¹²⁴¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo; Jesús M. GALIANA MORENO; Juan GARCÍA ABELLÁN y Antonio V. SEMPERE NAVARRO, “Las Sentencias Laborales del Tribunal Constitucional”,

¹²⁴² Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.p. 219-220. En sentido contrario, Vida Soria contempla el derecho de huelga como una estrategia del sistema capitalista para neutralizarla: “*La calificación de la huelga como derecho, es un ejercicio de pragmatismo indudable por parte de los modernos Ordenamientos jurídicos del capitalismo, que en todo caso, en base a sus principios se verían obligados a reconocer la “libertad” de huelga, como cualquier otra libertad ciudadana, y reconociéndola como derecho la limitan indirectamente, porque no hay derechos ilimitados en ningún Ordenamiento jurídico. El reconocimiento de la huelga como derecho, de algún modo reconduce el fenómeno en sí a la lógica del sistema, sin negar evidentemente que supone una ventaja adicional a la acción reivindicativa de la clase trabajadora. Su configuración como derecho fundamental deriva más que nada de la*

contraste entre el Estado social contemporáneo y el Estado liberal, respecto del principio de igualdad, pues mientras el último de estos se limita a la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, el Estado social propugna la igualdad sustancial, asumiendo una posición polémica sobre el modelo de ajuste de las relaciones sociales y económicas, comprometiéndose a su transformación. En este contexto, el Estado social promueve nuevos instrumentos jurídicos aptos para remover la desigualdad social efectiva, como aquella, que caracteriza la posición del trabajador respecto del empleador. La huelga es, por consiguiente, uno de esos instrumentos jurídicos, y representa, a criterio del maestro italiano *“(...) un medio para el desarrollo de la personalidad humana del trabajador, y para la promoción de la efectiva participación de los trabajadores en la transformación de las relaciones económico-sociales en las que ellos mismos intervienen.”*

Con un enfoque coincidente, Ojeda Avilés considera que el origen histórico del derecho de huelga se encuentra en el hecho de que esta aparece como una compensación al derecho de propiedad, en cual tiene fundamento la economía capitalista. Señala que los constituyentes mexicanos optaron por respetar el derecho de propiedad pero, al mismo tiempo, otorgaron a los no propietarios el derecho de huelga, asignando a éste un rol en la distribución del poder social: *“(...) en el reparto de poderes dentro de una sociedad moderna volvemos a una trilogía en cuya cúspide encontramos el poder político, pero asistido del poder económico de los empresarios y del poder social de los trabajadores, ejercido este último sobre todo a través de un instrumento episódico y “recíproco”, la huelga.”*¹²⁴³ De esta manera, la huelga se erige en uno, de varios mecanismos, a los que pueden recurrir los no-propietarios, los asalariados, para equilibrar la fuerza de los empresarios y contribuir a la búsqueda de la igualdad material.

necesidad de dotar a ese derecho de operatividad, porque mal se compaginaría de otro modo con los demás derechos fundamentales del Ordenamiento.” (VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.286.)

¹²⁴³ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.461.

También se relaciona el derecho de huelga con la democratización de la empresa. Así lo sostiene De La Cueva para quien la huelga

*“(…) significa que el empresario deja de ser un poder arbitrario dentro de la empresa: en la empresa existen dos fuerza, igualmente dignas de respeto, el patrono y la mayoría de los trabajadores. La huelga se presentó como el complemento de la democratización de la empresa, pues mediante ella y la suspensión de labores, quedaron iguales las fuerzas para fijar las condiciones generales de trabajo.”*¹²⁴⁴

El mismo valor atribuye a la huelga Cortés, destacando que su reconocimiento implica una concepción pluralista de la sociedad, el reconocimiento del conflicto social y de la necesidad de encauzarlo, así como una valoración positiva del fenómeno.¹²⁴⁵

No hay duda de que la huelga posee todos estos significados, que la proyectan como un instrumento importante en orden a la consecución de objetivos de igualdad material, equilibrio en las relaciones capital-trabajo y participación en la vida económico-social. Conforme se verá más adelante (Infra, 3.2) la admisión de un modelo de huelga polivalente o erga omnes, terminará por aceptar que el fenómeno huelguístico trasciende las fronteras de la empresa e, incluso, de los sectores económicos, para proyectarse sobre la totalidad de las relaciones sociales, económicas e, incluso, políticas de la sociedad.

3.3.3. Contenido.

No escasean, por cierto, las definiciones sobre el derecho de huelga. Vida Soria la considera un “fenómeno social de no colaboración” que puede definirse como *“(…) una perturbación del proceso productivo concertada colectivamente como medida de presión para la defensa de intereses colectivos o generales de los trabajadores.”*¹²⁴⁶

¹²⁴⁴ DE LA CUEVA, Loc.cit.

¹²⁴⁵ CORTÉS CARCELÉN, Op.cit., p.31.

¹²⁴⁶ VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.284.

Por su parte, para Hueck y Nipperdey, *“Huelga es la suspensión conjunta y sistemática del trabajo de un gran número de trabajadores dentro de una profesión o Empresa para un fin conflictivo, con la voluntad de continuar el trabajo tras la obtención de dicho fin o tras la extinción de la disputa.”*¹²⁴⁷ Y los profesores franceses Camerlynck y Lyon-Caen, la conciben como *“(…) una suspensión colectiva y concertada del trabajo, con el fin de presionar al empresario o a los poderes públicos.”*¹²⁴⁸

El Tribunal Constitucional español ha formulado un concepto jurisprudencial: entendiendo la huelga como

*(…) una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso (...), (que) puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos” (STC, Pleno, 11/1981, de 8-4, 10).*¹²⁴⁹

Finalmente, entre las definiciones extranjeras que encontramos relevantes, Ojeda Aviles desarrolla su propia definición en los siguientes términos: *huelga es el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto.”*

Nuestro Tribunal Constitucional, conceptualiza la huelga como *“(…) la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores.”*¹²⁵⁰ Y, en la doctrina nacional, Rendón Vásquez ensaya la siguiente noción: *“(…) paralización colectiva y concertada del trabajo realizada por los trabajadores agrupados en una*

¹²⁴⁷ HUECK et al, Op.cit., p.408.

¹²⁴⁸ CAMERLYNCK et al, Op.cit., p. 467.

¹²⁴⁹ Cfr. PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.224.

¹²⁵⁰ STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 40.

*organización de defensa para lograr de los empleadores o de las autoridades la restitución de un derecho conculcado, o la mejora o creación de un derecho.”*¹²⁵¹

De todas las definiciones que hemos escogido para aproximarnos a una noción completa de la huelga, podemos extraer la presencia recurrente de los siguientes elementos: i) un hecho, que es la cesación colectiva del trabajo, que implica una perturbación de la actividad productiva, ii) el origen concertado de este hecho, que se produce por la decisión de los trabajadores involucrados, iii) una finalidad u objeto, que consiste en la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, y iv) un efecto jurídico, el cual reside en la suspensión de los contratos de trabajo, cuya ejecución se reanudará luego de concluir la huelga. Veamos con mayor detenimiento cada uno de estos elementos.

3.3.1. La cesación colectiva del trabajo.

Conforme se aprecia en las opiniones de los autores y en la jurisprudencia, la huelga consiste en el hecho de que los trabajadores, en forma colectiva, se abstienen de trabajar. El carácter colectivo de la huelga es esencial a su noción, pues no existe la huelga individual. Esta es sólo relevante, además de eficaz cuando el conjunto o, cuando menos, la mayoría de trabajadores de un centro de trabajo o industria deciden paralizar sus labores.

Como se ha puesto de relieve, esta cesación del trabajo representa una “perturbación” del proceso productivo, una alteración de su curso normal. Esta perturbación ocasiona al empleador un perjuicio, cuando menos económico, que se presenta como un resultado más o menos natural e inevitable de la huelga, de modo que parece difícil pensar en una huelga que no lo produzca. Sin embargo, a veces se critica a la huelga precisamente por generar tal perjuicio, desconociendo así su propia naturaleza. En efecto, la huelga supone una acción destinada a causar un perjuicio al empleador, pues en ello reside su condición de medida de presión, que el ordenamiento constitucional ha reconocido. La

¹²⁵¹ RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho del trabajo colectivo”, Op.cit., p.275.

huelga es, por consiguiente, una medida de conflicto, o, como lo afirma Camerlynk, “(...) *instrumento esencial de lucha para los trabajadores. En la medida en que engendra perturbaciones en el funcionamiento de una empresa o servicio, es constitutiva de un perjuicio en detrimento del empleador.*”¹²⁵² De esta idea se desprende, que no son admisibles aquellas argumentaciones, que invocando ciertos principios de derecho común como los de “buena fe” o “abuso de derecho” pretender enervar el derecho de huelga o ponerle límites susceptibles de privarlo de efectividad, vaciándolo de su contenido esencial.¹²⁵³

Ahora bien, cabe preguntarse si la “perturbación” en que la huelga consiste, corresponde a un molde determinado o único, o si, puede, por el contrario, revestir diversas modalidades o formas. Al respecto, una noción tradicional, adscribe el concepto mismo de la huelga a una modalidad o forma específica, la cual consiste en la cesación sincronizada -o simultánea de las labores, durante un período continuado, esto es, sin interrupciones, y con abandono del lugar de trabajo. Esta es la concepción que recoge el TC cuando afirma que huelga es el “(...) *abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales (...)*”¹²⁵⁴ Por su parte, la normativa infraconstitucional comparte este criterio al establecer que “*Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo.*”¹²⁵⁵

El efecto de esta concepción monista de la huelga reside en descartar como huelga otras formas de “perturbación” de la actividad económica que, incluso conllevan cesación de actividades, pero que no se ajustan a los elementos comprendidos en la noción que se acuñó en numerosas legislaciones, entre ellas la nuestra. Estas son las denominadas formas o modalidades “atípicas” o anómalas”, las principales de las cuales son las siguientes: la huelga sorpresa o intempestiva (sin aviso previo); huelgas sucesivas, que se realizan con intervalos más o menos próximos, o rotativas, cuando se ejecutan por rotación de un taller

¹²⁵² CAMERLYNCK et al, Loc.cit.

¹²⁵³ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.285.

¹²⁵⁴ STC N° 008-2005-PI/TC, Loc.cit.

¹²⁵⁵ TUO-LRCT, ART. 72° (“Legislación general...” Op.cit.)

o establecimiento a otro de la empresa; huelga en el lugar de trabajo, es decir sin abandonar el establecimiento; huelga intermitente o de bajo rendimiento, en la cual los trabajadores reducen el ritmo de trabajo ; huelga de brazos caídos o blanca, en la que los trabajadores ocupan sus puestos de trabajo pero dejan de laborar; huelga estratégica, tapón o trombosis, que sólo afecta a un área neurálgica de la empresa, por lo que su paralización impide el trabajo en las demás áreas; y huelga de celo o reglamento, en la que los trabajadores en lugar de suspender su actividad la llevan a cabo con extrema rigurosidad y observancia de los reglamentos y procedimientos, provocando el retraso de operaciones que exigen celeridad o causando congestión (transporte aéreo, correos, servicios públicos, etcétera.).¹²⁵⁶

De manera categórica, nuestra normativa rechaza estas modalidades de huelga. Así, el artículo 81º del TUO-LRCT, señala que:

No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

La resistencia de los ordenamientos jurídicos a estas modalidades de la huelga se sustenta, además de en la noción clásica de huelga, en la aplicación a ésta de algunos principios o criterios generales como la buena fe, el deber de subordinación y colaboración, el daño injusto o el abuso del derecho, para objetar la licitud de las modalidades atípicas de aquella.¹²⁵⁷

¹²⁵⁶ Cfr. CAMERLYNCK et al, Op.cit., p.p. 473-475 y PALOMEQUE, "Derecho...", Op.cit., p.p.227-228. Por su lado, Ojeda Avilés clasifica las modalidades de huelga, incluyendo entre éstas a aquellas que obedecen al modelo tradicional, en dos grupos; las que conllevan cesación del trabajo y las que se ejecutan sin cesación de la actividad laboral. Entre las primeras menciona las siguientes: huelga general, huelga indefinida, huelga por tiempo determinado, huelga parcial, huelga turnante, rotatoria o articulada, huelga neurálgica o de sectores estratégicos y huelga intermitente. Entre las segundas enumera a la huelga relámpago, de advertencia, simbólica o de demostración, huelga de bajo rendimiento o de trabajo lento, huelga de celo o a reglamento, huelga de brazos caídos o huelga blanca y la huelga activa o al revés, a la japonesa o de trabajo arbitrario. (Cfr. OJEDA AVILÉS, "Derecho...", Op.cit., p.p.429-438.).

¹²⁵⁷ Vid, un amplio estudio al respecto en " DE LA JARA, Op.cit., p.p. 139-166.).

En relación a la noción clásica del derecho de huelga, que excluye del ámbito objetivo de esta, toda interrupción o perturbación de las labores que no conlleve la abstención total de éstas, Giugni afirma, acertadamente, que aquella es apriorística, porque no se deduce del texto constitucional y carece de apoyo en la praxis del conflicto laboral.¹²⁵⁸ Considera De la Jara que dicha definición es cerrada y estática y que obedece a un argumento ontológico, el cual elude el necesario análisis acerca de las causas del surgimiento de estas modalidades, su comparación con las que impulsaron el reconocimiento del derecho de huelga y si ellas obedecen a la misma función y lógica de la paralización clásica, a fin de establecer, en función a dicho análisis, que existe incompatibilidad entre dicha concepción y las modalidades atípicas de la huelga, lo que conllevaría a excluirlas del ámbito del derecho, o que no existe, en cuyo caso deberían quedar comprendidas en éste.¹²⁵⁹

El argumento según el cual las modalidades no clásicas de la huelga vulneran el principio de la buena fe que debe prevalecer en las relaciones laborales, es inconsistente, según Giugni para quien la “buena fe” es un principio que opera en el momento de la ejecución del contrato y no puede, por tanto, ser aplicado a la huelga que constituye, precisamente, un momento de no ejecución de aquel, pues produce la suspensión de los efectos del contrato. Asimismo, De la Jara, destaca el sentido absolutamente contradictorio que supone aludir a la buena fe para establecer límites a la huelga porque este principio “(...) *implica actuar en forma correcta o leal con el objeto de no causar daño a la otra parte, cuando el fin principal de toda huelga es el de causar daño al empleador.*”¹²⁶⁰

También se invoca, contra estas modalidades de huelga el hecho de que vulneran los deberes de “subordinación” y “colaboración” que toda relación laboral impone a los trabajadores. Giugni, rechaza que el uso de modalidades

¹²⁵⁸ Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.252.

¹²⁵⁹ Cfr. DE LA JARA, Op.cit., p.141.

¹²⁶⁰ DE LA JARA de la, Op.cit., p.143. Agrega lo siguiente: “*Justamente la incorporación de la huelga como derecho, significa legalizar el derecho de los trabajadores a causar daño o perjuicio a la otra parte del contrato, a fin de presionarla para que acepte determinadas reivindicaciones.*” (Ibidem.).

no convencionales de huelga represente la violación de estos deberes por cuanto sólo son exigibles en relación a la prestación del trabajo y no cuando la relación laboral se encuentra en estado de suspensión.¹²⁶¹

Quizás la noción más frecuentemente utilizada para objetar las modalidades no tradicionales de la huelga, es la de “daño injusto” el cual tiene lugar, en perjuicio del empleador, cuando la medida de conflicto adoptada por los trabajadores destruye la equivalencia o conmutatividad de los perjuicios, que caracteriza a la huelga clásica:

“(…) para que la huelga pueda ser considerada legítimamente ejercitada, el daño sufrido por el empresario a causa de la abstención del trabajo debe corresponder, en relación de estricta sinalagmaticidad, con la pérdida de retribución por parte el trabajador; es decir, no debe ser superior respecto de lo que se derive de la pura y simple abstención de trabajo. Se deriva de ello que debe considerarse ilícita la huelga llevada a cabo con modalidades tales que el daño que directamente se deriva de ella, a cargo de la producción, tenga lugar incluso en un período distinto del de la efectiva abstención.”¹²⁶²

Se ha señalado que, desde el momento en que toda huelga implica infligir un daño o perjuicio económico al empleador, la doctrina del “daño injusto”, aplicada a las modalidades no tradicionales de aquella, supone el intento de establecer una graduación en la valoración del daño, la cual, además de resultar sumamente difícil de establecer, supone el intento de proteger el interés del empleador y, consiguientemente, reducir la huelga a sus modalidades menos eficaces o más inocuas.¹²⁶³

Apelar a la noción de “abuso del derecho”, es otra vía para llegar a lo mismo: las huelgas atípicas son abusivas por tener la intención de causar al empleador un “daño injusto”. Giugni descarta su aplicación al caso de la huelga, pues esta implica causar un daño a la contraparte para promover los intereses de los trabajadores y para ello ha sido garantizado constitucionalmente el derecho.

¹²⁶¹ Ídem, p.p.250-251.

¹²⁶² GIUGNI, Op.cit. , p. 249.

¹²⁶³ Cfr. JARA de la, Op.cit., p.p.149-150.

Sostiene el profesor italiano, a modo de conclusión, que *“No se puede pretender, por otra parte, que tales deberes deban imponer al trabajador el llevar a cabo la huelga por medio de modalidades de tal género que reduzcan al mínimo el daño que se cause a la contraparte; en otros términos: a escoger aquéllas modalidades que atenúen la eficacia de la huelga.”*¹²⁶⁴ Apoyándose en Montuschi, afirma, asimismo, que *“La huelga presupone una voluntad de infligir un daño, y tal voluntad ha sido legitimada por la Constitución; y si ello es así, no se puede ciertamente reprochar, a quien haga uso de ese medio, el que procure que su acción -que es acción de lucha- sea lo más eficaz posible.”*¹²⁶⁵

Rechaza, por ello, tajantemente la doctrina de la conmutatividad de los sacrificios, a la cual considera inaceptable tanto porque representa una operación interpretativa dirigida despotenciar la huelga como arma de lucha, encuadrándola de forma antinatural dentro de la lógica de las relaciones privadas de obligación, cuanto porque está basada en un elemento, el daño, que en su dimensión cuantitativa carece de algún punto de referencia formal para que le considere relevante en el proceso de definición de la huelga.¹²⁶⁶ Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, la cual considera que la huelga sólo admite límites externos, sostiene que, en consecuencia, la huelga sólo podrá considerarse ilícita cuando se realice de un modo tal que pueda poner en peligro la seguridad de las instalaciones o la integridad de las personas o causar daño a los bienes de la empresa.¹²⁶⁷

Una noción amplia, comprensiva de todas las formas de presión adoptadas por los trabajadores, es defendida por los profesores Camerlynck y Lyon-Caen quienes consideran que debe considerarse como huelga toda acción de los trabajadores que reúna tres elementos: un motivo de descontento, una decisión

¹²⁶⁴ Ídem, p.251. Agrega lo siguiente: *“En efecto (y esto vale también para las referencias a la corrección -fair play- y a la buena fe), la realización de la huelga, en cuanto manifestación del conflicto colectivo, constituye un comportamiento que no se presta a ser valorado a la luz de las reglas que presiden la realización del contrato de trabajo y, por tanto, a la realización de la función económica del contrato.”* (Ibidem.)

¹²⁶⁵ Ibídem.

¹²⁶⁶ Cfr. Ídem, p.p.251-252.

¹²⁶⁷ Ídem, p.253.

concertada y una interrupción del trabajo.¹²⁶⁸ Objetan, por ello, la noción de “huelga abusiva”, señalando que “(...) si se pretende sancionar la intención de perjudicar, no hay más remedio que confesar que toda huelga procede de la intención de perjudicar al patrono, que es propiamente un derecho a perjudicar;”.¹²⁶⁹

Dentro de la misma orientación, Ojeda Avilés anota que el rechazo al trabajo, en que consiste la huelga, puede ser total o parcial y que la alteración de la habitualidad productiva se plasmará unas veces en la interrupción del esfuerzo y otras en su disminución relativa y, asimismo, que la huelga supone la manipulación de la prestación fundamental del contrato de trabajo que los trabajadores efectúan para acelerar la solución del conflicto, de acuerdo con sus necesidades estratégicas, debiendo considerarse a todas estas alteraciones como huelga, en tanto no incurran en factores instrumentales como el sabotaje o vulneren obligaciones complementarias, mediante la develación de secretos comerciales, pérdida de correspondencia o de datos de archivo, etc.¹²⁷⁰

De Ferrari manifiesta, asimismo, una opción a favor de considerar dentro del concepto de huelga todas las modalidades de lucha que adopten los trabajadores y que conlleven una alteración en la prestación: “Esta variedad de métodos de lucha empleados en nuestros días por el trabajador, en razón de considerarlos o más eficaces que la huelga o de más fácil manejo o utilización, no se distinguen mucho de la huelga y sólo por una sutileza podría decirse que se trata de otra clase de fenómenos.”¹²⁷¹ El profesor uruguayo reivindica el mérito del jurista francés, Paúl Durand, el cual, advirtiendo que dichas formas de huelga compartían con la versión clásica de ésta un elemento común consistente en la retención, con fines de lucha, de la prestación del servicio, sostuvo, que ya no podía definirse la huelga como el abandono colectivo del trabajo sino como

¹²⁶⁸ CAMERLYNCK et al, Op.cit., p. 472.

¹²⁶⁹ Ídem, p. 477.

¹²⁷⁰ Cfr. OJEDA AVILÉS, Op.cit., p.p.426-427.

¹²⁷¹ DE FERRARI, Op.cit., Vol. IV, p.300.

*“la interrupción del trabajo motivada por reivindicaciones susceptibles de beneficiar al conjunto o a una parte del personal.”*¹²⁷²

La comunidad de naturaleza entre la noción clásica de la huelga y las modalidades “atípicas”, la reafirma De la Jara, al señalar que éstas permanecen fieles a la lógica interna de aquella: *“(…) un sacrificio en términos de redistribución (que se intenta disminuir), una voluntad de daño al empleador (que se tiende a agravar para que sea efectivo) y un beneficio futuro que se debe poder conseguir finalizado el conflicto.”*¹²⁷³ Nugent, por su parte, rechaza que la ley reglamentaria del derecho pueda marginarlas ni menos prohibirlas, expresa o tácitamente, sin afectar el derecho constitucional de huelga, pues las considera “nuevas modalidades de su ejercicio”, las cuales pese a no estar comprendidas en la noción clásica, representan expresiones de acción directa utilizadas por los trabajadores.¹²⁷⁴

La posición asumida por la OIT respecto a la prohibición legislativa de las huelgas consideradas atípicas, es rotunda en cuanto a su rechazo a esta limitación: *“En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica.”*¹²⁷⁵ Por consiguiente, el CLS/OIT no rechaza el uso de estas modalidades, sino la presencia de un elemento, ajeno a la modalidad adoptada, que es el recurso a la violencia, el mismo que también puede hacerse presente en una huelga de molde tradicional. Con base en esta doctrina, el CLS/OIT ha objetado la validez del artículo 81º del TUO-LRCT.¹²⁷⁶

¹²⁷² Ibídem.

¹²⁷³ JARA, de la, Op.cit., p.165.

¹²⁷⁴ NUGENT, Ricardo, 2006, “Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Lima, Universidad de San Martín de Porres. Facultad de Derecho y Ciencia Política, p. 95.
¹²⁷⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p. 119, Núm.545.

¹²⁷⁶ El pronunciamiento del CLS/OIT fué emitido en relación a las denuncias presentadas por diversas organizaciones sindicales respecto a la vulneración de los Convenios 87 y 98 de la OIT por el Decreto Ley N° 25593. En el numeral xiv) del pronunciamiento recaído en los casos 1648 y 1650, el Comité expresó lo siguiente: *“respecto a los alegatos relativos al*

El Tribunal Constitucional Español ha adoptado una posición matizada respecto a las normas prohibitivas de estas modalidades contempladas en la normativa de ese país. Considera que las huelgas ilícitas o abusivas son aquellas que rompen la proporcionalidad y sacrificios mutuos que deben existir entre trabajadores y empleador al efectivizar la huelga, por lo que el legislador puede calificar como tales algunos tipos o modalidades pero siempre que “(...) *la decisión legislativa no desborde el contenido esencial del derecho y que los tipos y modalidades que el legislador admita sea bastantes por sí solos para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del derecho de huelga.*”¹²⁷⁷ Sostiene, asimismo, que la ilicitud o carácter abusivo de la huelga es una presunción “*iuris tamtum*”, razón por la cual “(...) *los huelguistas que utilizaren tal modalidad o tipo podrán probar que en su caso la utilización no fue abusiva.*”¹²⁷⁸

Por la vía de imponer límites al legislador para no excluir del ámbito del derecho de huelga todas las modalidades de ésta, sino sólo aquellas que puedan calificarse, justificadamente, como ilícitas o abusivas, y, de otro lado, por la de aceptar que los sujetos colectivos que adoptan la huelga puedan destruir la presunción de su carácter abusivo o ilícito, el tribunal español, sin objetar la existencia de prohibiciones legales a algunas modalidades, ha descartado de plano un criterio excluyente con validez absoluta de las mismas.

El TC peruano, a pesar de su pobre definición del derecho de huelga, afirma que esta implica “*La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes del conflicto*”, asumiendo, así la criticada teoría de la conmutatividad de los sacrificios, en base a la cual se ha sustentado el rechazo a las modalidades atípicas de la huelga. Sin embargo, Boza Pró, afirma que, siguiendo la lógica del razonamiento expresado por el TC

desconocimiento del presente decreto ley de las modalidades tales como paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc. (artículos 81 y 84), el Comité considera que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica.”

¹²⁷⁷ STC-España, Pleno, 11/1981, de 8-4, 14, en MONTROYA MELGAR et al, “Op.cit., p.41.

¹²⁷⁸ Ibídem.

en dicho párrafo, debería permitirse la adopción de las modalidades, actualmente prohibidas por el artículo 81º del TUO-LRCT, “(...) *siempre que las mismas no resulten desproporcionadas en el caso concreto (...) o, como mínimo -siguiendo a la jurisprudencia constitucional española (...)-, presumirlas ilícitas, pero permitir a los trabajadores demostrar, en cada oportunidad, la proporcionalidad de la medida.*”¹²⁷⁹

Vista la huelga como un instrumento de lucha de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses legítimos, la prohibición o limitación de modalidades ajenas a un concepto rígido y estático de la misma, no parece tener justificación y resulta, más bien, contraria a su naturaleza y finalidad. Giugni ha destacado que la huelga es un mecanismo de autotutela de los trabajadores y que este puede expresarse en una variedad de comportamientos que tienen como único común denominador el dirigirse a ejercer una presión respecto a la contraparte, para inducirla a hacer o no hacer algo y, de este modo, establecer un ajuste diferente de las relaciones económicas relativas al mundo del trabajo.¹²⁸⁰ Palomeque destaca, asimismo, que “*La recuperación de las llamadas formas atípicas de huelga dentro del concepto de la misma es, por lo demás, el resultado positivo de la lucha de los trabajadores y sus organizaciones sindicales por agrandar la eficiencia de la huelga, tanto mayor cuanto más amplia sea a su vez su virtualidad perturbadora del proceso de producción empresarial.*”¹²⁸¹

3.3.2. La huelga como acto concertado.

La huelga es un acto colectivo que tiene su origen en la decisión del grupo de trabajadores de abstenerse de trabajar para ejercer presión sobre el empleador, en función de un interés común, que puede ser meramente defensivo o, también, reivindicativo. Desde esta perspectiva, la huelga sólo tiene significación como expresión colectiva, pues el derecho sólo reconoce efectos jurídicos a la

¹²⁷⁹ BOZA PRÓ, “La protección...”, Op.cit., p.347.

¹²⁸⁰ Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.217

¹²⁸¹ PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p. 226.

paralización de la labores cuando es colectiva. Por otro lado, esta dimensión colectiva es una condición *sine qua non* de su eficacia pues la posibilidad de perturbar la actividad económica y ocasionar perjuicios al empleador depende de que, cuando menos, un grupo importante de trabajadores suspenda su actividad. Por eso, con razón, afirma Palomeque, que si bien la decisión de sumarse a la huelga corresponde a cada trabajador individual, su ejercicio ha de ser colectivo, esto es, mediante concierto o acuerdo entre los trabajadores.¹²⁸²

Precisamente en la existencia de una concertación o acuerdo reside la diferencia entre la huelga y otras paralizaciones colectivas del trabajo en las cuales este factor se encuentra ausente, como el paro técnico debido a fuerza mayor o caso fortuito, una epidemia de gripe que afecta a gran número de trabajadores, o el accidente que sufre el medio de transporte de un grupo significativo de trabajadores.¹²⁸³ A diferencia de estos supuestos- y otros-, en los cuales no interviene la voluntad de los trabajadores, en la huelga está se encuentra presente como factor determinante: “(...) *habrá huelga sencillamente desde el punto y hora en que varios trabajadores deciden coordinarse para superar una discrepancia con el empresario, y adoptan conjuntamente el rechazo del trabajo como medida ad hoc.*”¹²⁸⁴

La huelga es una medida de presión, un instrumento para tratar de solucionar un conflicto, por lo que la concertación de los trabajadores tiene por objeto adoptar esta medida de presión. No nos referimos ahora a la cuestión de los fines de la huelga, que abordamos en el acápite siguiente, sino al hecho de que los trabajadores al concertar sus voluntades para iniciar una huelga deciden adoptarla como instrumento de lucha o medida de presión para alcanzar determinados fines sin importar, por el momento, cuales sean estos. De esta manera, el colectivo laboral se pone, por decirlo así, en pié de lucha y decide movilizar sus fuerzas para tratar de inclinar a su favor el conflicto. Así, la huelga como entenderse como una concertación de los trabajadores para iniciar la

¹²⁸² Cfr. PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.226.

¹²⁸³ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.p.427-428.

¹²⁸⁴ Ídem, p.427.

lucha, para ejercer las medidas de presión que el ordenamiento jurídico les habilita para la tutela de sus intereses.

3.3.3. Finalidad u objeto de la huelga.

Un criterio frecuentemente utilizado para determinar la legitimidad, o falta de legitimidad de la huelga, alude a la finalidad de ésta. Es innegable que, históricamente, la huelga nace como un mecanismo de defensa de los trabajadores para luchar por condiciones justas de trabajo. En ese sentido, lo laboral es su hábitat natural, el medio en el cual se desenvuelve, como un instrumento de los trabajadores para alcanzar objetivos de contenido laboral o relativos al campo de las relaciones de trabajo.

Sin embargo, “lo laboral”, puede tener distintas dimensiones, desde una muy limitada, que se reduce a las cuestiones inherentes a la negociación colectiva en un ámbito determinado, hasta otra muy amplia, en la que pueden incluirse temas cuya decisión escapa al ámbito de la empresa, sector económico o, en general, del empleador, para proyectarse al ámbito de la sociedad, pero que, no obstante, tienen repercusión sobre las condiciones de trabajo y de existencia de los asalariados.

La OIT, a través del Comité de Libertad Sindical ha puntualizado que “(...) *el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos.*”¹²⁸⁵ Y, en otro pronunciamiento ha señalado que su objeto es la defensa de sus “*intereses económicos y sociales.*”¹²⁸⁶ Sin embargo, la cuestión se plantea en torno a que deba entenderse por “intereses económicos y sociales.”

¹²⁸⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.115, Núm.520.

¹²⁸⁶ Ibídem, Núm.521. También se ha referido el CLS/OIT, a que la huelga tiene por objeto promover y defender los “*intereses profesionales*” de los trabajadores (Ibídem, Núm., 522).

Al respecto, teniendo en cuenta las diferentes respuestas que se han dado, legislativa y jurisprudencialmente, al tema de la legitimidad de los fines de la huelga, la doctrina ha podido sistematizar tres modelos de huelga: i) el contractual, ii) el laboral y iii) el polivalente.

El modelo contractual supone reducir el ámbito de la huelga a la negociación colectiva, entendiéndola como un medio de presión para obtener la solución de ésta. O, en palabras del Tribunal Constitucional Español, cuando la huelga “*se desencadena o produce en el momento de la negociación de los convenios colectivos con el fin de presionar en favor de los mismos, de modo que la huelga es un instrumento del convenio*”¹²⁸⁷ En este esquema, negociación colectiva y huelga son dos instituciones directamente vinculadas y recíprocamente condicionadas: la primera es el ámbito natural y propia de la segunda y esta opera como un instrumento puesto al servicio de la segunda. Quedan, por tanto, fuera del campo de aplicación de la huelga otra clase de conflictos colectivos distintos al que subyace a la negociación colectiva, principalmente los de carácter jurídico, como los derivados de la interpretación o aplicación de la convención colectiva o del incumplimiento de las normas legales.

El segundo modelo, denominado “laboral” amplía el rol y fines de la huelga, al considerar que esta es “*(...) un instrumento de autodefensa colectiva de las relaciones de trabajo, y no sólo en la regulación pactada de las condiciones (salariales y extrasalariales) de las mismas (...)*”¹²⁸⁸ En este modelo, el ámbito de la huelga no es la negociación colectiva sino la relación de trabajo¹²⁸⁹, por lo que todo conflicto que tenga como origen a esta relación podrá constituir objeto de la huelga. La diferencia más palpable entre este modelo y el modelo “contractual” consiste, según Ojeda Avilés, en que en el primero las huelgas de solidaridad son ilícitas mientras que en el segundo son lícitas.¹²⁹⁰

¹²⁸⁷ STC-España, Pleno, 11/1981, de 8-4, 14, en MONTROYA MELGAR et al, Op.cit., p.43.

¹²⁸⁸ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.455.

¹²⁸⁹ Cfr. PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.230.

¹²⁹⁰ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.456.

La legitimidad de las huelgas de solidaridad es materia controvertida en los diferentes ordenamientos. Estas tienen por objeto defender un interés ajeno a la relación contractual de los trabajadores que la declaran, ya que su finalidad es expresar su simpatía o solidaridad con otro colectivo laboral que se encuentra en huelga para tutelar sus propios intereses. Existe, por lo general, renuencia a aceptar la solidaridad como móvil justificativo de la huelga a pesar de que esta clase de huelga, es “(...) *la más genuina expresión de los intereses unitarios de clase y de la solidaridad trabajadora.*” ¹²⁹¹

Al respecto, la OIT se muestra favorable a admitir esta clase de huelgas, pues es de la opinión que “*Una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen.*” ¹²⁹² Por consiguiente, para el CLS/OIT, el criterio de legitimidad de la huelga de solidaridad no reside en el móvil de esta -la simpatía o apoyo a otra huelga- sino en la legitimidad de la huelga que es apoyada. De esta manera, el hecho de que la huelga de solidaridad no tenga por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores que la convocan, sino los de otro colectivo de trabajadores, resulta irrelevante para determinar su legitimidad. ¹²⁹³

¹²⁹¹ PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.227.

¹²⁹² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.118, Núm.534.

¹²⁹³ La jurisprudencia constitucional italiana ha admitido la legitimidad de la huelga de solidaridad, aunque no se actúe con fines estrictamente contractuales, dirigidos a presionar al empleador de los trabajadores que realizan la huelga (Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.247. En sentido coincidente, la jurisprudencia francesa ha considerado que es suficiente la existencia de un interés profesional común para justificar la huelga de solidaridad. (Cfr. CAMERLYNCK et al, Op.cit., p.479.). En España, pese a que el Real Decreto Ley 17 del 4 de marzo de 1977, sobre Relaciones de Trabajo (“Legislación social básica” 2001, Vigésima edición actualizada por José E. Serrano Martínez y Marcial Sequeira de Fuentes CIVITAS, Biblioteca de Legislación, Madrid: Civitas Ediciones, S.L. p.p.712-723.), prohíbe en el artículo 11 inciso b) las huelgas de solidaridad o de apoyo “*salvo que afecte directamente el interés profesional de quienes la promueven o sostengan*”, el Tribunal Constitucional ha considerado que “*La exigencia de que la incidencia del interés profesional sea directa restringe el contenido esencial del derecho e impone que esta expresión adverbial sea considerado como inconstitucional.*” (STC-España, Pleno, 11/1981, de 8-4, 14, en MONTROYA MELGAR et al, Op.cit., p.49.) De esta manera validó el recurso a la huelga de solidaridad. De forma similar, en Alemania, la jurisprudencia ha optado por considerar legítimas esta clase de huelgas (Cfr. DAUBLER, Op.cit., p.p.286-288.)

Finalmente, se habla de un modelo “polivalente”, en el cual se concibe el derecho de huelga como “(...) medio de autotutela de la clase trabajadora en todos los ámbitos de la vida social, y no sólo en el ámbito, importante pero limitado, de las relaciones de trabajo;”¹²⁹⁴ o “(...) instrumento lícito de autotutela de los trabajadores respecto de cuantos intereses esgriman legítimamente y cuantas instancias adopten decisiones sobre los mismos.”¹²⁹⁵ En esta perspectiva se reconoce a la huelga como un instrumento de reivindicación social y promoción de los trabajadores no sólo en el ámbito de su relación con el empleador, sino como sector social al que, por su condición desventajosa en la vida social, el ordenamiento le reconoce el derecho a la huelga, precisamente para que la emplee como instrumento dirigido a la superación de su status de postergación.

1296

¹²⁹⁴ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.457.

¹²⁹⁵ PALOMEQUE, “Derecho...”, Op.cit., p.230.

¹²⁹⁶ Respecto al modelo adoptado por nuestra normativa infraconstitucional se ha sostenido que este corresponde al modelo “laboral”. La inclusión en el artículo 73º de la LRCT del inciso d) que establece como uno de los requisitos concurrentes de la huelga “*Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje*” generó una primera impresión en el sentido de que el modelo adoptado era el “contractual”, aunque otro sector de la doctrina sostuvo que ese requisito estaba referido sólo al supuesto en que la huelga se realizara dentro del proceso de negociación colectiva, pero no era exigible cuando se ejerciera en otros supuestos; sin embargo, al dictarse el Reglamento de la LRCT (Decreto Supremo N° 011-92-TR), este contempló, en su artículo 63º, la posibilidad de declarar la huelga en relación a conflictos jurídicos, en caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, bien que condicionado a la previa interposición de una demanda judicial y a que el empleador se hubiere negado a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada. De esta norma, un sector de la doctrina dedujo que la normativa había adoptado el modelo “laboral”, aunque subsistió aquel que sostiene la vigencia del modelo “contractual” aduciendo que la norma reglamentaria trasgrede la norma legal. (Cfr. BOZA GUILLERMO, et al, 1994, “Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada”, Lima, Consultores Jurídicos Asociados S.A., p.p.161-162.). Sin embargo, al modificarse la LRCT mediante la Ley 27912 (2003), se sustituyó el texto del inciso a) del artículo 73º de la primera, referente al objeto de la huelga, que rezaba: “*Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores en ella comprendidos*”, por el siguiente: “*Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos*.” Esta reforma, realizada bajo exigencia de la OIT, que había observado el sentido limitativo de la redacción original del mencionado inciso a), supone una ampliación de los fines de la huelga, que se inscribe en el modelo “polivalente”, confirmando, de paso, la corrección de la tesis de quienes sostuvieron que la exigencia contenida en el inciso d) del mismo precepto -que no ha sido objeto de modificación - está sólo referida a la huelga que se ejerce en el marco de la negociación colectiva y no tiene el propósito de excluir la huelga en otros supuestos. Con criterio discutible, el Tribunal Constitucional, en sentencia del año 2005, afirma que “*El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertida*” (STC 008-2005-PI/TC,FJ.40). Este criterio parecería marcar el retorno a un modelo contractual, anclado en la negociación colectiva, pero de, de ser así, devendría contradictorio con el nuevo texto del inciso a) del artículo 73º del TUO-LRCT. Cabe, sin

La posición de la OIT puede considerarse coincidente con el modelo “polivalente” de huelga, pues ha rechazado explícitamente el modelo “contractual”, a favor de una concepción más amplia:

*El derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros.*¹²⁹⁷

Subsiste, no obstante, cierto grado de duda respecto de los límites precisos de la huelga cuando esta tiene por objeto aquellas cuestiones económicas y sociales, en un ámbito más amplio que la empresa, la negociación colectiva o la relación laboral, ya que se plantea la posibilidad de que posea una finalidad política.

No es fácil deslindar entre objetivos políticos y objetivos económico-sociales en el ámbito de la sociedad en general. Esta posible confusión no ha arredrado a la OIT para sostener que los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante la huelga, no sólo comprenden la obtención de mejores condiciones de trabajo o reivindicaciones de orden profesional, “(...) sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social (...)”¹²⁹⁸ y que, por tanto, las organizaciones de trabajadores “(...) deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones

embargo, interpretar esta ambigua expresión del TC en el sentido de que no está específicamente referida a la negociación colectiva, sino que, por el contrario, lo que exige es que antes de declarar la huelga, sea por un conflicto económico o jurídico, se agoten las tratativas con el empleador. En este sentido, se orientaría, más bien, a suprimir la exigencia del artículo 63º del Reglamento relativa a que antes de iniciar una huelga por un conflicto jurídico, los trabajadores deban agotar la vía judicial y contar con una sentencia estimatoria que el empleador se resista a cumplir, reemplazando este requisito por el de agotar la negociación directa sobre esta materia, antes de declarar la medida de presión.

¹²⁹⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.117, Núm.531. Asimismo ha señalado que “La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, están en contradicción con los principios de la libertad sindical.” (Ídem, p.118, Núm. 538.)

¹²⁹⁸ Ídem, p.116, Núm.526.

*en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.*¹²⁹⁹

Al adoptar esta posición, la OIT se cuida, sin embargo, de abrir las puertas a la huelga que posee móviles exclusivamente políticos y, por ello, afirma que: *“Las huelgas de carácter puramente político y las huelgas decididas sistemáticamente mucho tiempo antes de que las negociaciones se lleven a cabo no caen dentro del ámbito de los principios de libertad sindical.”*¹³⁰⁰

En la misma tesitura, Giugni, comentando la línea adoptada por la jurisprudencia italiana, conforme a la cual entran en el ámbito del derecho de huelga aquellas proclamadas *“en función de todas las reivindicaciones que se refieren al conjunto de intereses de los trabajadores, que encuentran su disciplina en las normas dictadas al respecto bajo el Título III de la Parte Primera de la Constitución”* (St. núm. 1 de 1974).¹³⁰¹, sostiene que es legítimo el ejercicio del derecho de huelga cuando este tiene por objeto solicitar reformas sociales, como la reforma de la vivienda, de los transportes, de la sanidad, etc, pues dichas huelgas se dirigen a tutelar intereses que sólo pueden ser satisfechos mediante actos de gobierno o actos legislativos, lo que, por tanto, justifica una presión sobre el poder político.¹³⁰²

Con el objeto de deslindar entre la huelga “puramente política” y la huelga que persigue objetivos económico-sociales, Mengoni distingue entre la huelga política en sentido estricto, que pretende que prevalezca determinada orientación política y la huelga que denomina de “imposición económica-política”, cuyo propósito es obtener del poder público medidas que se refieran a las condiciones económicas de la clase trabajadora.¹³⁰³ En tal sentido, huelga

¹²⁹⁹ Ibídem, Núm. 527.

¹³⁰⁰ Ibidem, Núm. 528.

¹³⁰¹ GIUGNI, Op, cit, p.245.

¹³⁰² Ibídem.

¹³⁰³ Ibídem.

“puramente política”, -volviendo a la expresión del CLS/OIT- será la que esté desprovista de cualquier motivación profesional o en la cual esta motivación sea irrelevante.¹³⁰⁴ Asimismo, Hueck y Nipperdey, opinan que la huelga política es aquella que quiere imponer a un órgano político la adopción de una determinada conducta y que en esta el empleador es sólo “estación de tránsito”¹³⁰⁵ mientras que para Camerlynk y Lyon-Caen la huelga se convierte en ilícita “(...) cuando se inmiscuye en el ejercicio de actos reservados al poder público, obstaculizando el normal juego de las instituciones.”¹³⁰⁶

De lo hasta aquí señalado se puede concluir que la caracterización de una huelga como política no depende tanto de hacia quien se dirige la presión cuanto del contenido de la pretensión predominante. En tal sentido, no es suficiente que la huelga se dirija hacia una autoridad pública para calificarla, sin más, como política, sin atender a su pretensión, pues si esta consiste en la exigencia de medidas económico-sociales que interesan a los trabajadores, no podrá ser considerada ilícita por obedecer a móviles políticos. El elemento predominante será, por consiguiente, el contenido de la pretensión, debiendo calificarse a la huelga como política cuando además de dirigirse a presionar a la autoridad pública pretenda obtener de esta decisiones o actos que conciernen al funcionamiento de los poderes públicos, a la organización del Estado, o a la adopción de políticas o medidas que no guardan directa relación con los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

Por otro lado, no será razón suficiente para definir a una huelga como política si a pesar de incluir pretensiones de esta índole, además contiene otras de contenido económico-social, dotadas de relevancia para no ser consideradas simplemente secundarias o accesorias. La huelga de contenido mixto deberá ser, por consiguiente, estimada como legítima si encierra verdaderas

¹³⁰⁴ Cfr. OJEDA AVILÉS, “Derecho...”, Op.cit., p.503. Señala este mismo profesor, con referencia a las huelgas políticas en el caso español que “(...) el Ordenamiento distingue entre las insurreccionales, castigadas penalmente (art. 222 CP), y las dirigidas a presionar en uno u otro sentido el funcionamiento de las instituciones democráticas -apoyar o derribar un gobierno, influir en las elecciones, etc.-, consideradas falta laboral (art. 11 DLRT).” (Ibídem).

¹³⁰⁵ HUECK et al, Op.cit., p.409.

¹³⁰⁶ CAMERLYNCK et al, Op. cit., p.478.

pretensiones económico-sociales, vinculadas al interés de la clase trabajadora, a pesar de que puedan estar “contaminadas” por la presencia de pretensiones políticas. Se impone, por consiguiente una evaluación del peso real e importancia de las pretensiones de contenido económico-social, antes de pronunciarse por la ilegitimidad de una huelga que también contiene pretensiones políticas.

3.3.4. La suspensión de la relación laboral como efecto jurídico de la huelga.

Al pasar la huelga de la condición de hecho a la de derecho, esta produce determinados efectos jurídicos, el principal de los cuales consiste en la suspensión perfecta de la relación laboral, en virtud de la cual el trabajador deja de prestar el servicio y el empleador deja de abonarle su remuneración, manteniéndose vigente la relación de trabajo.

“La huelga no extingue la relación de trabajo; sólo la suspende”, afirman Hueck y Nipperdey, por lo que siendo legítima la huelga, continúan los profesores alemanes, *“(…) el empleador no podrá despedir sin preaviso, por violación del contrato, a los trabajadores que participen en aquélla.”*¹³⁰⁷ Señalan que es esencial que exista, del lado de los trabajadores, la voluntad de continuar la relación de trabajo una vez alcanzado el objetivo propuesto o tras extinguirse la controversia. Dicha voluntad no requiere manifestarse expresamente sino que deriva de la naturaleza de las cosas porque los trabajadores al entrar en huelga no rompen la relación laboral.¹³⁰⁸ Diremos, más bien, que su propósito es reforzarla y prolongarla, mediante la mejora de las condiciones en que se desenvuelve.

La huelga-derecho es un hecho jurídicamente lícito y no un incumplimiento contractual, aunque se traduzca materialmente en la no ejecución de la prestación de trabajo, según lo anota Giugni.¹³⁰⁹ Es una causa lícita para

¹³⁰⁷ HUECK et al, Op.cit., p.414.

¹³⁰⁸ Ídem, p.409.

¹³⁰⁹ Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.223.

suspender las prestaciones fundamentales de la relación laboral, trabajo y salario, por lo que la ausencia al trabajo provocada por la huelga ha de considerarse justificada.¹³¹⁰ Por consiguiente, a juicio de Giugni, del ejercicio de la huelga no se deriva, responsabilidad alguna por parte del trabajador ya que resulta aplicable a ella el principio “*qui iure suo utitur, neminem laedit*” (*Quien usa de su derecho, a nadie perjudica.*)¹³¹¹

Se supera de este modo la noción de huelga-libertad, propia del Estado Liberal, en la cual la no prestación del servicio era considerada la ruptura de la relación laboral y no la suspensión de esta, y conllevaba, además, para el trabajador, una responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual.¹³¹² En la concepción moderna, que corresponde al Estado social, la huelga como derecho no acarrea la extinción de la relación laboral ni atribuye al trabajador responsabilidad alguna por incumplimiento contractual. En rigor, a pesar de interrumpirse la prestación del servicio, no existe incumplimiento contractual porque el efecto jurídico principal de la realización de la huelga, consiste en suspender las relaciones de trabajo, por lo cual, al quedar en suspenso la prestación y contraprestación del contrato de trabajo, no incurre el trabajador en incumplimiento por el hecho de negarse a prestar la labor convenida.

Esta tesis, la reproduce el Tribunal Constitucional cuando señala que mediante el ejercicio de la huelga, los trabajadores “(...) *se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales* (...)”.¹³¹³

La figura de la huelga como suspensión del contrato de trabajo lleva a Ojeda Avilés a señalar que cuando no existe contrato de trabajo previo no habrá huelga y, por tanto, descarta que puedan encuadrarse dentro del concepto estricto de huelga las llamadas huelgas de usuarios, de consumidores, de estudiantes e, incluso, las de profesionales, comerciantes o agricultores autónomos.¹³¹⁴ El

¹³¹⁰ Cfr. OJEDA AVILÉS, “Derecho...”, Op.cit., p.521.

¹³¹¹ Cfr. GIUGNI, Loc.cit.

¹³¹² Ibídem.

¹³¹³ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. 40.

¹³¹⁴ Cfr. OJEDA AVILÉS, “Derecho...”, Op.cit., p.428. Señala que en tales casos no existen huelga “(...) *aunque las convoque un sindicato, pues ninguna de ellas dará lugar al*

mismo criterio lo sostiene la jurisprudencia constitucional española.¹³¹⁵ En sentido opuesto se manifiesta Giugni, para quien en función a la evolución de las relaciones en la realidad social y económica, la jurisprudencia italiana, ha considerado, en determinados casos, la huelga como instrumento de presión legítimamente utilizable, incluso por categorías de trabajadores no subordinados.¹³¹⁶

Es evidente que en estos supuestos se utiliza el concepto de huelga en un sentido lato, como expresión de un “no hacer”, de la interrupción del trabajo por cuenta propia que desarrollan estos sectores, pero sin las connotaciones que poseen la huelga en sentido estricto, en tanto que arma o instrumento de los trabajadores para equilibrar las relaciones con su empleador. Es obvio, por ello que una huelga de no subordinados o autónomos no tiene efecto suspensivo de la relación laboral, sencillamente porque esta no existe. Por ello, es un hecho, antes que un derecho, porque al detenerse la actividad laboral de quien la ejerce, no se afecta ninguna relación laboral pre-existente. Es más bien una libertad; el ejercicio negativo de la libertad de trabajo, que faculta al trabajador por cuenta propia a dejar de hacerlo, pretendiendo con ello ejercer presión sobre el mercado, los empresarios a los que provee, etc. En consecuencia, la eficacia de estas medidas dependerá de la vinculación económica que mantengan con dichos empresarios o del grado de importancia que tales trabajadores autónomos hayan adquirido dentro de un determinado sector de actividad.

presupuesto de hecho necesario para la aplicación de las normas sobre huelgas laborales: al no haber empresario, no caben despidos, ni acuerdos colectivos, ni intervención de la autoridad laboral..., sino la mera constatación de una identidad de medios conflictivos en las relaciones sociales propias de una sociedad pluralista.”(Ibídem).

¹³¹⁵ “Caracteriza a la huelga la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo. El derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales. Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el artículo 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatronos o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya de arrostrar por las perturbaciones que se introduzcan.” (STC-España, Pleno, 11/1981, de 8-4, 14, en MONTOYA MELGAR et al, Op.cit., p.43.).

¹³¹⁶ Cfr. GIUGNI, Op.cit., p.232.

3.4. Ámbito subjetivo.

De forma similar a lo que ocurre con el derecho a la negociación colectiva (Supra...) en el derecho de huelga, el estudio del ámbito subjetivo conlleva, de una parte, la determinación de su titularidad, individual o colectiva y, del otro, la de quienes son en concreto los trabajadores a favor de quienes se reconoce el derecho.

3.4.1. Titularidad.

En torno a la titularidad del derecho de huelga, se han planteado dos posiciones contrapuestas: una que la atribuye al grupo o colectivo de trabajadores y otra que la considera un derecho individual de cada trabajador.

Se ubican claramente en la primera posición, autores como De La Cueva y De Buen. Sostiene el primero, que “(...) *el titular del derecho de huelga es la coalición obrera que reúne a la mayoría de los trabajadores de la empresa afectada.*”¹³¹⁷ No niega el maestro mexicano que la huelga descansa en las voluntades individuales de los trabajadores, pero afirma que sólo puede ejercitarse cuando coincida la mayoría de los trabajadores. Ello no lo convierte, sin embargo, en un derecho de los sindicatos, sino en un derecho de todos los trabajadores, que se ejerce al reunirse una mayoría de estos.¹³¹⁸

De Buen niega rotundamente que la huelga pueda considerarse un derecho individual de los trabajadores porque, a su juicio, es un derecho de la clase trabajadora. Su ejercicio, por tanto, no puede atribuirse a los trabajadores en particular, sino al grupo, el cual puede no ser mayoritario, ya que la obtención

¹³¹⁷ DE LA CUEVA, “Derecho...”, T.II, Op.cit., p.796. Esta posición inicial de De La Cueva varió al modificarse la ley mexicana, la cual señaló que para los efectos de la huelga, se considera al sindicato como una coalición permanente. Este cambio legislativo se hizo para superar la objeción que se formuló al hecho de que las coaliciones no podían exigir la celebración del contrato colectivo, al reservarse esta facultad a los sindicatos. Por ello, De La Cueva sostiene que “*los sindicatos son los titulares permanentes del derecho de huelga, no como un derecho sindical, sino como la voluntad de las mayorías obreras.*” (Cfr. DE LA CUEVA, “El Nuevo...”, T.II., Op.cit., p.p.610-613.

¹³¹⁸ Cfr. Ídem, p.p.796-797.

del apoyo mayoritario es una confirmación pero no presupuesto indeclinable para su ejercicio.¹³¹⁹

Romagnoli y De Ferrari también sostienen la titularidad colectiva del derecho de huelga. El profesor italiano, objeta la titularidad individual, la cual, a su juicio, deslegitima a los grandes grupos organizados e introduce en el ordenamiento sindical un factor desestabilizador de incalculable peso.¹³²⁰ Por su parte, De Ferrari, sostiene que al llegarse a la fase en la cual se reconoce la huelga como derecho (huelga-derecho) lo que se reconoció “(...) *no fue un derecho individual, sino la legitimidad de una acción sindical o profesional tendiente a detener la actividad y a exigir que esa situación fuera jurídicamente protegida.*”¹³²¹ Subraya que esta concepción, que es la que se plasma en las modernas constituciones, significó la superación de aquella etapa en la que se concibió a la huelga como una libertad, como el aspecto negativo de la libertad de trabajar, lo cual le atribuyó efectos limitados.¹³²² Vislumbra, en consecuencia, el derecho de huelga como la expresión de un conflicto social: el conflicto entre el capital y el trabajo, y no como un mero accidente u otro evento que interrumpe la ejecución del contrato de trabajo, sino como “(...) *el choque de dos fuerzas opuesta cuyo antagonismo se manifiesta, además, en todos los órdenes de la vida social.*”¹³²³

A favor de la posición que sostiene el carácter individual del derecho, se manifiesta Giugni aunque subraya que su ejercicio debe realizarse colectivamente puesto que el mencionado derecho se reconoce para la tutela común de un interés colectivo.¹³²⁴ En el mismo sentido, Alonso García considera que la titularidad individual del derecho de huelga no se pone en cuestión por el hecho de que el interés protegido por el derecho sea colectivo o que para que su ejercicio sea eficaz deba llevarse a cabo en forma colectiva, pues esta es una condición puesta al mismo, pero no una razón para transferir la titularidad a sujeto diferente. Agrega que sin el titular del derecho fuera el sindicato, este

¹³¹⁹ Cfr. DE BUEN, , Op.cit., T.II, p.835.

¹³²⁰ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.463.

¹³²¹ DE FERRARI, Op.cit., p.257.

¹³²² Cfr. Ibídem.

¹³²³ Ídem, p.258.

¹³²⁴ GIUGNI, Op.cit., p.230.

podría convocar a la huelga sin consultar la voluntad de sus miembros. Aporta, finalmente, un argumento importante: desde que la huelga consiste en la cesación del trabajo, la titularidad del derecho de huelga recae en quien trabaja, que es quien ha asumido la obligación personalísima de prestar el servicio. Sólo las personas físicas pueden trabajar, no así las personas jurídicas por lo que no es posible que éstas puedan gozar del derecho de no trabajar, en que consiste la huelga.¹³²⁵ Con razonamiento similar, Ojeda Avilés comparte esta posición: “(...) son los trabajadores individuales quienes suspenden sus relaciones de trabajo, pareciendo una incongruencia que otros sujetos, aun representativos, pudieran decidir por ellos.”¹³²⁶

En esta misma dirección, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español que ha afirmado:

*Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores “uti singuli”, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.*¹³²⁷

¹³²⁵ ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.p. 623-624.

¹³²⁶ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.464. Precisa, sin embargo, el profesor hispalense el ejercicio colectivo del derecho: “Desde nuestro Derecho positivo, el interrogante anterior tiene clara respuesta: el artículo 28.2 Const. atribuye la titularidad del derecho de huelga a los trabajadores. A pesar de la cierta sindicalización del fenómeno operada en los deberes constitucionales por su final inclusión en el mismo artículo donde se reconoce la libertad sindical, lo cierto es que se atribuye claramente a los trabajadores, y no a los sindicatos o a los representantes de los trabajadores en general 46. Nos hallamos ante un derecho de titularidad individual, aunque de ejercicio colectivo, puesto que por su propia naturaleza impide a un trabajador aislado suspender unilateralmente la relación laboral en apelación de este derecho. Dos consecuencias surgen de inmediato: los trabajadores pueden organizarse como mejor deseen para llevar a cabo la huelga, pues cualquier sujeto colectivo adoptado, desde una coalición o una asamblea hasta un sindicato, viene legitimado por el precepto; de ahí también que las huelgas no sindicales, llamadas “salvajes” por sus contradictores, tengan plena validez en nuestra Constitución.” (Ibidem).

¹³²⁷ (STC-España, Pleno, 11/1981, de 8-4, 14, en MONTOYA MELGAR et al, Op.cit., p.42.).

No obstante afirmar la titularidad individual del derecho de huelga, esta sentencia española subraya que el derecho de huelga comprende facultades de ejercicio individual a la par que facultades de ejercicio colectivo. Del reconocimiento de la existencia de un conjunto de facultades de ejercicio colectivo, Vida Soria concluye que el derecho de huelga constituye un “derecho de estructura jurídica compleja.” ya que, siendo un sólo derecho, integra ambas clases de facultades.

1328

Sala Franco y Albiol Montesinos señalan la existencia de dos facetas en el derecho de huelga: la individual, que se identifica con el derecho del trabajador singular, en virtud a la cual éste tiene el derecho de adherirse a una huelga declarada, a no adherirse a ella o a abandonarla; y la faceta colectiva, que se expresa en el derecho a la convocatoria, a formular el planteamiento reivindicativo, la publicidad, proyección exterior, negociación y terminación de la huelga. La titularidad de esta segunda faceta -colectiva- puede, a su vez, atribuirse, ora a los trabajadores singularmente considerados, ora a sus representantes o sindicatos.¹³²⁹ Sin embargo, la existencia de estas dos facetas lleva, incluso, a estos autores a afirmar la existencia de dos derechos en torno a

¹³²⁸ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho Sindical”, Op.cit., p.289. Ante la complejidad de esta cuestión, se ha llegado, incluso, a afirmar lo inverso, esto es que el derecho de huelga es de titularidad colectiva pero de ejercicio individual, porque el trabajador individual no puede convocar una huelga ni tampoco el sindicato puede abstenerse de concurrir al trabajo (Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2003 Derecho del Trabajo. Undécima edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A...p. 601.) OJEDA AVILÉS atribuye esta posición al autor italiano Vardaro. (Cfr. Ojeda Avilés, “Derecho...”, Op.cit., p.463.)

¹³²⁹ Cfr. SALA FRANCO et al, Op.cit., p.p.388-389. Las consecuencias, dicen estos autores, de atribuir al ejercicio colectivo del derecho de huelga, titularidad individual o titularidad colectiva, consiste en que de adoptarse la segunda de éstas, no sería posible admitir que asambleas de trabajadores, colocadas al margen de las organizaciones sindicales establecidas, pudieran convocar directamente a la huelga, generando las huelgas llamadas “salvajes”. En cambio, de admitirse la titularidad individual, cualquier asamblea de trabajadores tendría el derecho a convocar la huelga. Consideran que, en todo caso, cualquiera que fuese la opción del legislador, éste no podría negar la titularidad al sindicato. (Ídem, p.p.389-391.). Con referencia a la fórmula constitucional española Ojeda Avilés concluye que *“En nuestro país, como en los demás países de titularidad individual, los trabajadores pueden organizar una huelga lícita a través de cualquier formación colectiva, sin que la elección de una u otra prive de la homologación legal.”* (OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.462.)

la huelga: “No hay un sólo derecho de huelga sino dos: Un derecho a adherirse (¿o no?) a la huelga declarada y otro derecho a convocarla y administrarla.”¹³³⁰

Nuestra Constitución al reconocer el derecho de huelga no ha precisado quien es su titular, dejando abierta la cuestión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha optado por afirmar la titularidad individual del derecho de huelga, sin mayores matices ni fundamentos:

La doctrina tiene opiniones dispares sobre este punto, ya sea respecto a la titularidad de los trabajadores en sentido lato o a la de los trabajadores adscritos a una organización sindical.

Este Colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72º y 73º del Texto único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo Nº 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical. ¹³³¹

La inconsistencia de la sentencia del TC en este aspecto, es puesta de relieve por Boza Pró quien destaca que el criterio adoptado por esta respecto a la titularidad del derecho de huelga está basado en lo que señalan las normas infraconstitucionales y no en una concepción constitucional de este derecho y de su rol en el marco del Estado social de derecho. Agrega, que el TC en vez de valorar la LRCT a partir del marco constitucional de la huelga, ha procedido a la inversa, pese a que dicha norma legal ha sido objeto de diversos cuestionamientos, especialmente en materia de huelga. ¹³³² En verdad, la metodología aplicada, en este caso por el Tribunal Constitucional es criticable, pues ha establecido como uno de los contenidos constitucionales del derecho la opción asumida por el legislador, sin someterla a revisión.

¹³³⁰ Ídem, p.389. Sostienen estos profesores que “Se trata de **derechos de naturaleza muy distinta**: El primero será siempre de titularidad individual; el segundo podrá, al contrario, ser de titularidad individual o colectiva, según se atribuya a los trabajadores singularmente considerados o a los sujetos colectivos, sus representantes.” (Ibídem.)

¹³³¹ STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 41.

¹³³² Cfr. BOZA PRÓ, “La protección...”, Op, cit., p.348.

La posición del legislador ordinario, recogida como propia por el TC, se inscribe, lo remarca Boza Pró, en una concepción no orgánica o individual, pues atribuye a los trabajadores el ejercicio de las facultades colectivas que conforman el derecho de huelga (adoptar la medida, ratificarla o darla por terminada). Cabe anotar, sin embargo, que el fundamento jurídico 41 de la STC, antes citado, señala que la decisión de huelga debe ser adoptada en la forma que señala la ley “*y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical.*”, lo que podría entenderse como una referencia a que el ejercicio de las facultades colectivas corresponde a la organización sindical. Por otro lado, siguiendo la propia lógica del TC de apoyarse en la LRCT para definir los contornos del derecho de huelga, debe tenerse presente que en ésta aparecen ciertas manifestaciones de lo que sería la atribución de la titularidad colectiva al organismo sindical, cuando aquella se refiere a la convocatoria de la huelga en el ámbito supra empresarial (art.73º, inciso b), la decisión de finalizar la medida de conflicto (art.85º, inciso a) o la participación sindical en la determinación de los servicios de mantenimiento y mínimo en el caso que la huelga afecte servicios esenciales (art.82º), lo que significaría que “*(...) la promoción o convocatoria de la huelga y la administración del conflicto corresponderán a la organización sindical*” .¹³³³

En definitiva, puede señalarse que afirmar la titularidad individual del derecho de huelga, no puede negar y ni siquiera oscurecer, el hecho de que esta sólo produce efectos jurídicos y adquiere eficacia real como un ejercicio colectivo, fuera del cual no pasa de ser el gesto romántico y testimonial de un trabajador o una minoría de ellos, carentes de fuerza para entablar con el empleador un conflicto con alguna perspectiva de éxito. El ejercicio colectivo de la huelga va más allá de la decisión individual del trabajador de sumarse a ésta: supone un conjunto de actos previos (convocatoria, plataforma reivindicativa, acuerdo mayoritario, negociación de los servicios mínimos), otros coetáneos a su ejecución (publicidad, piquetes de huelga, ratificación de la medida, prestación de servicios mínimos) e incluso, finalmente, aquellos decisivos de su

¹³³³ Ídem, p.349.

terminación, (levantamiento de la medida), que requieren, inevitablemente de una decisión colectiva.

Es verdad que en cada uno de ellos, la voluntad individual del trabajador sigue jugando un rol fundamental en la conformación de la voluntad colectiva requerida para adoptar cada una de esas decisiones, pero no es menos verdadero que sin la concurrencia de las voluntades de la mayoría de los trabajadores, el ejercicio colectivo de la huelga sería un fracaso. Como sucede con todo lo colectivo, en una sociedad democrática basada en la libertad personal, este es el producto de la suma de voluntades individuales que se conjugan para obtener una finalidad común, cualquiera que esta sea. Así, lo individual y lo colectivo no son términos opuestos ni, menos aún excluyentes, sino complementarios y recíprocamente condicionados.

Por ello, siendo los sindicatos la expresión de lo colectivo en el campo laboral, es innegable que a estos compete, *prima facie*, asumir el ejercicio de las facultades colectivas inherentes al derecho de huelga, sin que ello signifique que sean titulares del derecho, ni respecto de las facultades individuales ni de las colectivas. Pero, en lo que se refiere a éstas últimas, les compete asumir su ejercicio exclusivo a título de representantes de los trabajadores, no de titulares del derecho, razón por la cual, en el supuesto de que los trabajadores se encuentran organizados sindicalmente, éstos no podrían ejercerlo directamente mediante asambleas o coaliciones circunstanciales, situación que sólo es admisible cuando la organización sindical no exista. En este sentido, la OIT nos recuerda la indesligable relación que existe entre la libertad sindical y el derecho de huelga: *“El derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.”*¹³³⁴ Compartimos plenamente esta posición, porque sería contradictorio que, habiendo constituido los trabajadores organismos para que los representen en la defensa de sus intereses, estos queden de lado a la hora del conflicto y sean preteridos por asambleas y coaliciones inorgánicas y circunstanciales, las cuales sólo deben

¹³³⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.115. Núm, 523.

ser legitimadas para ejercer las facultades colectivas del derecho de huelga, cuando no exista organización sindical, esto es, cuando los trabajadores carezcan de una representación orgánica y permanente.

No puede ignorarse, sin embargo, que de atribuirse la titularidad de las facultades colectivas al organismo sindical, *per se* y no como representante de los trabajadores, aquellos colectivos laborales que carezcan de organización sindical estarían, asimismo, privados del derecho de huelga. Por ello, el monopolio sindical del derecho de huelga, en países con una baja tasa de afiliación sindical, como el nuestro, conllevaría a hacer de este derecho el privilegio de una minoría, con la consiguiente indefensión de la mayoría de los trabajadores.

3.4.2 Exclusiones del derecho.

El derecho de huelga pertenece a los trabajadores, es decir a todos quienes prestan sus servicios por cuenta ajena, pero la norma constitucional establece algunas exclusiones. El artículo 42º de la Constitución, excluye expresamente a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. En virtud a lo que dispone el artículo 153º CP, también los jueces y fiscales están excluidos del derecho de huelga.

Sin embargo, estas podrían no ser las únicas exclusiones, por cuanto el inciso 3 del artículo 28º de la Constitución establece que la ley puede señalar “excepciones” y “limitaciones” al derecho de huelga. Por consiguiente, el legislador ordinario podría señalar otras categorías de trabajadores a quienes se excluya de aquel derecho. Se trata de una facultad excesiva porque si bien no existen derechos absolutos, una cosa es limitar su ejercicio, para no lesionar otros derechos o bienes constitucionales, y otra, muy distinta, es privar del derecho a determinados colectivos o categorías.

“Límites” y “exclusiones” son dos conceptos diferentes. No tienen el mismo contenido porque se refieren a dos aspectos distintos del derecho. La distinción la encuentra Ojeda Avilés en el hecho de que los “límites” afectan al ejercicio del derecho, mientras que las “exclusiones” afectan a su titularidad. Por este motivo, los “límites” se establecen en razón de ciertas circunstancias referidas al momento o ámbito en que se desea ejercitar la huelga, pero no cuestionan la titularidad del derecho.¹³³⁵ En cambio, las exclusiones reducen el ámbito subjetivo del derecho, al negarlo a determinados grupos o categorías laborales.

La OIT admite la validez de las restricciones impuestas al derecho de huelga cuando se trate de la función pública o los servicios esenciales, en la medida que dicha medida pueda causar graves perjuicios a la colectividad nacional, pero a condición que de se otorguen garantías compensatorias a tales restricciones.¹³³⁶ Bajo la palabra “restricciones” comprende las “exclusiones” (función pública) y los límites (servicios esenciales).

Específicamente, el CLS/OIT considera válido excluir del derecho de huelga, en la función pública, sólo a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.¹³³⁷ Consiguientemente, afirma que los “empleados públicos” (que no actúan como órganos del poder público) de empresas comerciales o industriales del Estado deberían *“(...) disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.”*

1338

Respecto a los funcionarios del Poder Judicial, el CLS/OIT considera que es posible imponer restricciones a su derecho de huelga, como la suspensión del ejercicio del derecho o incluso su prohibición, por tratarse de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.¹³³⁹

1335 Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.480.

1336 Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.124, Núm.573.

1337 Cfr. Ibidem, Nos. 574 y 576.

1338 Ídem, p.p.124-125, Núm.577.

1339 Ídem, p.125, Núm. 578.

En cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía, Ojeda Avilés recuerda que es pacífica su exclusión del derecho de huelga en todos los países. Señala que la Constitución española es contraria a permitirles cualquier forma de presión, incluso pacífica, sobre el poder público, motivo por el cual les prohíbe el derecho de petición colectiva.¹³⁴⁰ De forma similar, nuestra Constitución limita el derecho de petición, reconocido en el artículo 2º, inciso 20, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía, pues solo les permite ejercerlo individualmente, prohibiendo, de forma expresa, su ejercicio colectivo. Rubio Correa afirma que *“Se pretende, con ello, evitar que la fuerza que tienen estas instituciones que garantizan el orden con el poderío material del Estado, sea eventualmente puesta atrás de las peticiones colectiva que pudieran hacer sus miembros de manera que, así, forzaran decisiones ilegal y arbitrariamente. La precaución es totalmente pertinente.”*¹³⁴¹

Desde luego que sí los integrantes de las Fuerzas armadas y policiales están impedidos de presentar peticiones colectivas, con mayor razón tampoco podrán adoptar medidas de fuerza destinadas a presionar al poder público para que atienda sus exigencias.

3.5. Límites.

3.5.1. El “interés social” como criterio limitativo.

El artículo 28.3 de la Constitución indica que el Estado *“Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”*

De este modo, el constituyente ha delegado al legislador ordinario la potestad de regular el derecho de huelga, regulación cuya finalidad principal ha de consistir en armonizar este derecho con el “interés social”. Como consecuencia de la

¹³⁴⁰ OJEDA AVILÉS, “Derecho...”, Op.cit., p.467.

¹³⁴¹ RUBIO CORREA, “Estudio de...”, T.1, Op.cit., p.405.

aplicación de este criterio, el legislador podrá establecer excepciones y limitaciones al derecho de huelga, por lo que dicho concepto se erige en el parámetro limitativo de aquel derecho.

Sobre la exigencia de que la huelga se ejerza en armonía con el interés social, Cortés opina que ésta produce dos efectos: por un lado no prohíbe el derecho de huelga, sino que autoriza la creación de límites, porque de lo contrario no habría ejercicio del derecho, lo cual es el supuesto de la norma; de otro lado, hace alusión al equilibrio que debe existir entre el ejercicio de aquel derecho y el interés social, de modo que ni uno ni otro pueden ser eliminados, pero sí sufrir restricciones.¹³⁴²

Desde luego, llama la atención, como lo ha destacado Carrillo, que esta sea la única ocasión en todo el texto constitucional en que se recurre al concepto de “interés social” para justificar la limitación de un derecho fundamental.¹³⁴³ Como antes lo hemos indicado, la actual constitución ha suprimido, con precisión quirúrgica, la noción de “interés social” en relación a derechos como el de propiedad o la libertad de empresa (Supra...), en los que su presencia implicaba la subordinación del interés individual al interés general. En cambio, lo utiliza para justificar restricciones a un derecho social como lo es el de huelga, concebido como instrumento para la superación de las desigualdades que aquejan a los asalariados.

La expresión “interés social”, sostiene Cortés, no es la más feliz, porque alude al interés de un grupo social determinado y que, por consiguiente, debe ser interpretado como sinónimo de “interés público”. A su juicio, en vez de recurrir a este concepto general para fijar límites a la huelga hubiera sido preferible hacer una referencia a los límites de la huelga en el caso de los servicios esenciales o,

¹³⁴² CORTÉS CARCELÉN, Op.cit., p.32.

¹³⁴³ CARRILLO MARTÍN, 2001, “La Flexibilización del Contenido Laboral de la Constitución,” En Balance de la Reforma Laboral Peruana. pp. 45-91, Víctor Ferro Delgado (Coord), Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. p. 84.

incluso, determinar uno de dichos límites como es la prestación de servicios mínimos.¹³⁴⁴

Este es, también el criterio que adopta el Tribunal Constitucional, al señalar que “(...) el inciso 3 del artículo 28º de la Constitución señala por equívoco conceptual que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.”¹³⁴⁵ Sustentando esta aseveración dice que:

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.”¹³⁴⁶

Este criterio lo adopta el alto tribunal con carácter de interpretación jurisprudencial de la Constitución, al concluir que “El Tribunal Constitucional deja constancia de ello, en razón a las atribuciones estipulativas que contienen sus decisiones jurisdiccionales.”¹³⁴⁷

Con fundamento en el “interés social” -léase “interés público- nuestra Constitución autoriza al legislador a establecer “excepciones” y “limitaciones” al

¹³⁴⁴ CORTÉS CARCELÉN, Loc.cit.

¹³⁴⁵ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.42.

¹³⁴⁶ Ibídem.

¹³⁴⁷ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.42. El Tribunal Constitucional dicta sentencias denominadas “estipulativas”, que, a su vez, son un tipo de aquellas sentencias denominadas “interpretativas-manipulativas”. Estas sentencias tienen por finalidad efectuar una interpretación de la norma legal sujeta a control de constitucionalidad que permita realizar el principio de conservación de la ley, mediante su interpretación conforme a la Constitución, lo cual se puede obtener ya sea restringiendo la extensión del contenido normativo de la ley impugnada (sentencia reductora), ampliando o extendiendo su contenido normativo (sentencia aditiva), sustituyendo la parte inconstitucional de una norma por otra norma vigente (sentencia sustitutiva), exhortando al Parlamento para que dicte una nueva norma en reemplazo de la que se declara inconstitucional, la cual, sin embargo, no es todavía expulsada del ordenamiento jurídico durante el período de “*vacatio setentiae*” (sentencia exhortativa) y, finalmente, aquellas en cuya parte considerativa el Tribunal Constitucional establece el contenido y alcance de determinados conceptos, con arreglo a los cuales analizará y resolverá una controversia constitucional (sentencia estipulativa). (Cfr. STC N° 004-2004-CC/TC, FJ-2-3).

derecho de huelga. El Tribunal Constitucional encuentra en el interés público y los demás derechos fundamentales el fundamento de los límites de la huelga:

*“(...) el derecho de huelga supone que su ejercicio es condicionado, en tanto no debe colisionar con los intereses de la colectividad que pudiesen verse afectados antes un eventual abuso de su ejercicio, lo que en buena cuenta significa que el derecho de huelga debe ejercerse en armonía con el interés público y los demás derechos.”*¹³⁴⁸

Como ya antes lo sostuvimos (Supra...) las excepciones o exclusiones afectan a la titularidad del derecho incidiendo en el ámbito subjetivo del mismo, mientras que las limitaciones se refieren a su ejercicio. Con criterio algo diferente, en la expresión pero no en el alcance de los conceptos, el TC, ha señalado que los límites al derecho de huelga son de dos clases: por razón de la persona (exclusiones) y por razón de la naturaleza del servicio (servicios esenciales).¹³⁴⁹ A los primeros nos hemos referido al tratar del ámbito subjetivo del derecho de huelga, por lo que ahora nos referimos a los segundos.

3.5.2. La limitación de la huelga en los servicios esenciales.

La principal limitación de la huelga en razón del interés público o general es la que se refiere a los servicios esenciales de la sociedad. Varias constituciones la establecen expresamente¹³⁵⁰ y en numerosos otros países lo hace la legislación. Se trata de una limitación perfectamente justificada pues, como lo hemos afirmado en otra ocasión

(...) la existencia de limitaciones al ejercicio del derecho de huelga cuando ésta afecta servicios esenciales para la vida social, es perfectamente compatible con aquel derecho, y, además, enteramente justo y razonable, pues no sería admisible que el derecho de huelga fuera considerado de tal manera absoluto o ilimitado que su materialización hiciera peligrar o,

¹³⁴⁸ STC N° 00025-2007-PI/TC, FJ.18

¹³⁴⁹ Cfr. Ídem, FJ.27 y 28.

¹³⁵⁰ Es el caso de las constituciones de Chipre, España, Grecia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Honduras, México, Panamá, Paraguay, y República Dominicana.

inclusive, afectar seriamente otros bienes jurídicamente protegidos, que responden a derechos fundamentales de las personas. ¹³⁵¹

Villavicencio Ríos afirma que aún cuando la Constitución no hace referencia expresa a los servicios esenciales, no cabe duda alguna de que en la limitación del derecho de huelga en razón del interés social -el cual coincidiendo con Cortés, identifica con el interés público-, están comprendidos, fundamentalmente, los servicios esenciales. ¹³⁵²

La definición del concepto de “servicio esencial” resulta, de esta manera, determinante para fijar con exactitud los límites de la huelga.

La OIT alude a un concepto material al señalar que son servicios esenciales “(...) *aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.*”¹³⁵³ Concretando este noción, el CLS/OIT formula una relación de servicios esenciales que incluye el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los de abastecimiento de agua y los telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos y los penitenciarios, públicos o privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares, así como el

¹³⁵¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 1992, “La Huelga en los Servicios Esenciales”, en *Asesoría Laboral* N° 20, Año II, Lima, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., p.23.

¹³⁵² Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, 2008, “Huelga y Servicios Esenciales: Alcances, Estándares Internacionales y Nueva Afectación (La educación básica regular)”, en *Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p.461.

¹³⁵³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.124, Núm.576. El CLS/OIT matiza esta noción al indicar que “*Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.*” (Ídem, p.125, Núm.582).

control del tráfico aéreo.¹³⁵⁴ Formula, asimismo, una lista “negativa” de actividades que no constituyen servicios esenciales en sentido estricto.¹³⁵⁵

Ojeda Avilés afirma un concepto que denomina “social” de los servicios esenciales y sostiene que este “(...) *significa las funciones vitales para la incolumidad de la sociedad y sus miembros, sin las cuales colapsarían inmediatamente.*”¹³⁵⁶ Precizando la idea agrega que “(...) *los servicios esenciales de la comunidad son aquéllos, y exclusivamente aquéllos, referidos a los derechos de las personas, sin nada que ver con los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos, aunque se encuentren a lo largo del texto constitucional.*”¹³⁵⁷ Para concretar su planteamiento, señala cuatro grupos de servicios esenciales: i) Alimentación básica, incluyendo obtención y distribución de alimentos y bebidas básicos, ii) Energía, producción y distribución de electricidad, derivados del petróleo y otras fuentes de energía, iii) Medios de

¹³⁵⁴ Cfr. Ídem, p.126, Núm.585. Nuestra legislación se ha basado en este criterio para enunciar la relación de servicios esenciales, aunque ha incluido en esta algunos que no se ajustan a ese criterio como “*Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales*” (TUO-LRCT, art.83º, h) o “*Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia*” (TUO-LRCT, art.83º, i). La Ley 27912, sustituyó el inciso j) del artículo 83º TUO-LRCT que establecía una cláusula abierta basada en una noción genérica (“*Aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes*”), por otra sujeta a una reserva de ley (“*Otros que sean determinados por Ley*”). La enumeración contenida en el TUO-LRCT ha sido materia de crítica por su amplitud y la ambigüedad de algunos de sus enunciados. (Vid, BOZA PRÓ et al, Op.cit., p.p.198-201.) Amparándose en el nuevo texto del inciso j) del mencionado artículo 83º, la Ley N° 29062, ha declarado a la educación como un “servicio público esencial” a pesar de que el CLS/OIT lo incluye en la relación de actividades que no pueden calificarse como tales. (Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.127, Núm.587.). Un comentario crítico de esta norma se encuentra en VILLAVICENCIO RÍOS, “Huelga...”, Op.cit.). Considerando, de una manera acrítica, que el inciso j) del artículo 83º TUO-LRCT, habilita al Estado a agregar nuevas actividades a la relación de servicios esenciales, el Tribunal Constitucional, en la STC N° 00025-2007-PI/TC, ha declarado infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la calificación de la educación como servicio esencial. De esta manera, el TC erige el mencionado inciso j) en un límite meramente formal, descartando la aplicación de un límite sustancial o material a la hora de definir cuales son los servicios esenciales.

¹³⁵⁵ Cfr. Ídem, p.127, Núm. 587.

¹³⁵⁶ OJEDA AVILES, “Derecho...Op.cit., p.485.

¹³⁵⁷ Ibídem. Con esta noción de servicios esenciales, sale al paso del concepto acuñado por el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia de 17 de julio de 1981, en la que sostiene que los servicios esenciales son aquellos que se relacionan con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Considera que esta noción es muy amplia porque permitiría calificar como servicio esencial toda la administración pública, las escuelas y centros de enseñanza, los medios de comunicación de masas y otros muchos, con lo que, al final, se otorgaría protección a cualquier servicio público. (Cfr. Ídem, p.482.

comunicación, teléfonos, correos, telégrafos,(discutible prensa, radio y televisión) y transporte de personas y cosas, y iv) Protección contra las enfermedades (higiene y atención médico-farmacéutico) y las agresiones del entorno (extinción de incendios, seguridad ciudadana, siendo discutible defensa y justicia).¹³⁵⁸

Desde este punto de vista que podemos denominar material, por aludir al contenido mismo de los servicios, y no a la titularidad o forma jurídica de quienes los prestan, se impone distinguir entre los conceptos de “servicios esenciales” y “servicios públicos”. Al respecto, hemos sostenido, la diferenciación entre ambos conceptos en razón de que no todo servicio esencial es prestado por entes públicos y porque no todo servicio público puede considerarse esencial. Hoy resulta frecuente, en cambio, que numerosos servicios esenciales sean prestados por empresas u operadores privados, lo que, en modo alguno, puede servir como criterio para enervar su consideración como tales¹³⁵⁹ De allí, que Villavicencio Ríos sostenga que *“(…) ya no se puede sostener que estos servicios tengan la característica de ser prestados por organismos públicos. En este campo, la titularidad de la actividad ha pasado a carecer de relevancia, puesto que entre quienes las desarrollan conviven entidades privadas y públicas.”*¹³⁶⁰ Una consecuencia de esta diferenciación consiste en que al no confundirse la noción de servicio público con la de servicio esencial, no toda huelga de servidores públicos compromete un servicio esencial, por lo que no está sujeta a los límites aplicables a la huelga que afecta esta clase de actividad.

¹³⁵⁸ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...” Op.cit. p.p.485-486.

¹³⁵⁹ *“(…) el concepto de servicio esencial es ajeno a la personalidad jurídica o titularidad de la entidad que los presta. Un servicio esencial no es tal porque lo presta una entidad pública o una empresa del Estado, porque bien puede ser satisfecho por una empresa privada como, por ejemplo es el caso de los teléfonos o el transporte. A su vez, no todo servicio que el Estado presta directamente o mediante empresas de su propiedad tiene el carácter de “servicio esencial”, como, por ejemplo es el caso de los registros públicos o la producción de hierro.”* (BLANCAS BUSTAMANTE, Loc.cit.).

¹³⁶⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, “Huelga...”, Op.cit., p.448. Incurriendo, sin embargo en confusión terminológica, nuestra legislación se refiere a “servicios públicos esenciales” (Arts.82º y 83º del TUO-LRCT:). Al analizar el primero de estos preceptos Boza Pró y otros, afirman que *“(…) esta norma parecería comprender en las limitaciones que establece, exclusivamente a los servicios prestados por el Estado. Al respecto, habría que precisar que el servicio no se califica como esencial en función de quien lo presta sino en atención a los derechos de las personas que se verían gravemente afectados por el ejercicio de la huelga. De esta manera, un servicio esencial puede ser atendido indistintamente por el Estado como por el sector privado.”* (BOZA PRÓ et al, “Ley de relaciones...”, Op.cit., p.197.)

Cabe preguntarse ahora, acerca de la clase de límites que pueden admitirse para la huelga en los servicios esenciales.

Dichos límites constituyen un amplio espectro de medidas que, según Villavicencio Ríos¹³⁶¹, pueden ir desde la prohibición total de la huelga hasta la obligación de prestar un servicio mínimo, pasando por otros, que pueden ser concomitantes, como preavisos más o menos extensos o el sometimiento a procedimientos de conciliación o mediación previos al inicio de conflicto.

La prohibición es una medida extrema y antes que una limitación constituye la negación misma del derecho de huelga. Por ello, el CLS/OIT considera que esta medida sólo podría justificarse “(...) *en una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada.*”;¹³⁶² asimismo, ante “(...) *la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.*”¹³⁶³ En todo caso, la aplicación de esta medida, debe ir acompañada de garantías compensatorias apropiadas, tales como la existencia de procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, con participación de los interesados en todas sus etapas, así como la aplicación completa y rápida de los laudos arbitrales.¹³⁶⁴

Sin embargo, la técnica de limitación del derecho de huelga más frecuentemente utilizada, cuando esta afecta a los servicios esenciales, es la de imponer a los huelguistas la obligación de mantener un servicio mínimo, de modo que la

¹³⁶¹ Cfr. Ídem, p.456.

¹³⁶² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.,cit., p.123, Núm.570. Esta situación de crisis debe obedecer a conflictos graves, como insurrección, o catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil, precisa la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT (Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Libertad Sindical y Negociación Colectiva”, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión-1994, Ginebra, p.p.71.72.).

¹³⁶³ Ídem, p.125, Núm. 581.

¹³⁶⁴ Ídem, p.129, Nos. 595 y 596. “Se trata, pues, de la imposición de mecanismos alternativos de solución de conflictos, participativos y que den una solución rápida, imparcial y de cumplimiento efectivo, de manera que la autotutela de la que se priva a los trabajadores en función de los valores esenciales de la sociedad, no los deje absolutamente desprotegidos.” (VILLAVICENCIO RÍOS, “Huelga...”, Op.cit., p.457.).

paralización de dichos servicios no sea total y, de este modo, no se interrumpan aquellas actividades realmente indispensables para la prestación del servicio.

1365

El mantenimiento de un servicio mínimo no se confunde con la continuidad de la actividad normal del servicio esencial, sino únicamente la de aquellas actividades, cuya suspensión acarrearía que el servicio dejara de prestarse por completo. Esta medida persigue la cobertura mínima de las necesidades que dichos servicios deben satisfacer. Por ello, Ojeda Avilés habla de “servicios mínimos en servicios esenciales”¹³⁶⁶ y, por su parte, Villavicencio Ríos remarca que el mantenimiento de los servicios mínimos no puede significar que todos los trabajadores que laboran en un servicio esencial deban continuar prestando servicios, sino de que no se suspendan aquellos servicios que pueden afectar directamente los valores tutelados.¹³⁶⁷

Conviene distinguir los “servicios mínimos en los servicios esenciales” de los servicios de mantenimiento que para proteger la seguridad de las instalaciones y bienes de una empresa, prevenir accidentes y permitir la reanudación de labores apenas culmine la huelga, contemplan algunas legislaciones, entre ellas la nuestra.¹³⁶⁸ EL CLS/OIT considera que esta es una limitación admisible esta

¹³⁶⁵ Esta es la fórmula adoptada por nuestra legislación. El artículo 82° del TUO-LRCT, señala que “*Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.*” (“Legislación general del...”, Op.cit.)

¹³⁶⁶ OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.494. Agrega este autor que “*Reducir la prestación a lo indispensable supone admitir la diferencia entre esencialidad abstracta y concreta, motivada por las circunstancias de cada caso: el ejemplo típico aducido usualmente es el de los medios de comunicación donde sólo una mínima parte de las llamadas o noticias no pueden aplazarse so pena de perjudicar los niveles adquiridos por la sociedad y sus individuos irreversiblemente.*” (Ídem, p.487.)

¹³⁶⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Loc.cit.

¹³⁶⁸ El artículo 78° del TUO-LRCT establece lo siguiente; “*Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga.*” (“Legislación general del...”, Op.cit.). El artículo 82° de esta misma norma regula el mecanismo para definir la dimensión del servicio mínimo, tanto en el caso de los servicios esenciales cuanto en el de actividades a que se refiere el artículo 78°. Comentando esta última norma, se ha manifestado que “*(...) busca no causar mayores daños, a la empresa, que los producidos por la paralización de labores, y permitir que los*

limitación del derecho de huelga. Esta situación puede presentarse en cualquier centro de trabajo, aunque este no preste un servicio esencial. Sin embargo, la diferencia entre una clase y otra de servicio durante la huelga, estriba, en que la función del servicio de mantenimiento se cumple *ad intra* de la empresa, para proteger la seguridad de las personas y los bienes que existen en esta, mientras que los servicios mínimos se dirigen *ad extra*, hacia los usuarios y consumidores.¹³⁶⁹ En el primer caso, se protege a la empresa y a quienes laboran en ella, para que la huelga no ocasione daños a sus bienes ni ponga en peligro la integridad física de las personas; en el segundo, se busca proteger a los usuarios y consumidores, para estos no se vean privados de los servicios o los productos que requieren en su vida habitual.

El establecimiento de “servicios mínimos”, puede aplicarse, además de en los servicios esenciales, a juicio de la OIT, en servicios que no siendo esenciales, pero en los cuales la prolongación o extensión de una huelga puede devenir en una situación de crisis aguda que ponga en peligro las condiciones normales de existencia de la población, así como en servicios públicos de importancia trascendental.¹³⁷⁰

Un criterio claramente afirmado por la OIT es que la determinación del alcance y dimensión del servicio mínimo debe efectuarse con la participación de las organizaciones de trabajadores involucrados en la huelga, lo cual constituye una garantía para éstos de que esa decisión no afectara el derecho de huelga.¹³⁷¹

trabajadores puedan seguir laborando una vez terminada la huelga. Se defiende a la vez, la empresa y la permanencia del empleo.” (BOZA PRÓ et al, “Ley de relaciones...”, Op.cit., p.p.185.).

¹³⁶⁹ Cfr. OJEDA AVILES, “Derecho...”, Op.cit., p.495.

¹³⁷⁰ Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, P.131. Núm.606. Así, el CLS/OIT ha considerado justificado el establecimiento de un servicio mínimo en actividades tales como los que presta una empresa nacional de puertos, la empresa del metro, los servicios ferroviarios, el servicio de correos y el de recolección de basuras, entre otros. (Ídem, p.133-134, Nos.616, 617, 619, 620, 622 y 623.)

¹³⁷¹ *“En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen debería poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesados. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones*

3.5.3. Huelga y Regímenes de excepción.

El ejercicio del derecho de huelga puede ser objeto de limitaciones temporales cuando el país, en su totalidad, o una parte de él, se encuentra sometido a los estados de excepción previstos por la Constitución en el Capítulo VII de su Título IV.

Una noción general indica que el régimen de excepción se refiere a las “competencias de crisis” que la Constitución atribuye al Estado , con carácter extraordinario, para que este pueda conjurar situaciones de extremada gravedad, susceptibles de poner en peligro el normal funcionamiento o continuidad de los poderes públicos o y los principios básicos de convivencia de la comunidad política.¹³⁷²

La proclamación de los estados de excepción tiene por objeto defender al Estado y la Constitución frente a acontecimiento que, de forma directa o indirecta, afectan la estabilidad o, incluso, la propia existencia, del primero y la vigencia efectiva de la segunda. Aunque su contenido implique establecer restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales, su fin último consiste en salvaguardar la Constitución y proteger los derechos de las personas. En este sentido, Bernal Ballesteros sostiene que “Cuando la Constitución regula las situaciones de excepción, lo hace no sólo para garantizar la superación de la crisis, sino también la vuelta a la normalidad constitucional a fin de consolidar la vocación de permanencia de la Ley Fundamental.”¹³⁷³

sindicales, en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente.” (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.p.132-133, Núm.612.) Este es el mecanismo adoptado por nuestra legislación, el cual se encuentra regulado en el artículo 82º del TUO-LRCT.

¹³⁷² GARCÍA TOMA, 2006, “Legislativo y Ejecutivo en el Perú”, 2da edición, Lima, Jurista Editores, p.315.

¹³⁷³ BERNALES BALLESTEROS, Op.cit., p.532.

Los regímenes de excepción suponen, en cualquier caso, la presencia de dos elementos esenciales: la ampliación o fortalecimiento de los poderes del gobierno- el Poder Ejecutivo- al que se dota de todos los medios legales y materiales para enfrentar la situación de anormalidad y, por otro, la restricción de los derechos de las personas. Podría decirse que el equilibrio entre poder y libertad, que es característico del Estado constitucional de derecho, se inclina, durante los estados de excepción, hacia el poder, pero no para suprimir la libertad sino, precisamente, para salvaguardarla, venciendo la crisis que la amenaza.

Sin embargo, ello no supone la ausencia de controles ni de garantías respecto de quien asume los poderes excepcionales. Bernal es señala que en cualquier caso durante el régimen de excepción se mantiene el respeto a la independencia y funcionamiento de los poderes del Estado, las atribuciones extraordinarias deben ejercerse con respeto del principio de legalidad, las medidas extraordinarias que se adopten deben tener carácter temporal y transitorio, se deben aplicar los principios de proporcionalidad y razonabilidad respecto de dichas medidas u durante tales estados excepcionales la Constitución mantiene su vigencia, plena y efectiva, y no puede ser objeto de reforma.¹³⁷⁴

Nuestra Constitución regula, en el artículo 137º dos estados de excepción: el estado de emergencia y el estado de sitio.

El “estado de emergencia” procede en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación. Declarado este estado, el Poder Ejecutivo puede restringir o suspender el ejercicio de los siguientes derechos: libertad y seguridad personales, comprendido en el inciso 24, literal f del artículo 2º de la Constitución; la inviolabilidad del domicilio, previsto en el inciso 9 del mismo precepto; la libertad de tránsito en el territorio nacional, a que se refiere el inciso 11 del citado artículo;

¹³⁷⁴ Ídem, p.p.532-533.

y, finalmente, la libertad de reunión, prevista en el inciso 12 del artículo 2º. De modo expreso, se prohíbe el destierro de personas durante dicho estado.

Este estado no puede exceder de 60 días de duración, pero puede ser prorrogado mediante un nuevo decreto del Poder Ejecutivo.

Una situación más grave origina la declaración del “estado de sitio”. Este procede en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan. Se trata, como puede verse, de situaciones de conflicto bélico capaces de amenazar la soberanía del Estado y su integridad territorial.

En este supuesto, las restricciones a los derechos fundamentales puede ser mucho mayor, pues la norma constitucional señala que el decreto que declara el estado de sitio debe hacer mención de los derechos fundamentales “cuyo ejercicio no se restringe o suspende”. Ello significa que, *prima facie*, el ejercicio de todos los derechos fundamentales es objeto de restricción, salvo el caso de aquellos que el decreto del Poder Ejecutivo mencione expresamente.

Sin embargo, como lo recuerda García Toma, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en ningún caso, los Estados signatarios de dichos tratados puede suspender ni restringir los siguientes derechos: derecho a la vida, a la integridad personal (se prohíbe la práctica de la tortura), libertad de conciencia y religión, derecho a la igualdad, prohibiendo las prácticas discriminatorias por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, derecho a la nacionalidad, derechos políticos, derecho a la libertad y seguridad personales en lo relativo a la esclavitud, servidumbre, encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional relativos a la prohibición de aplicar las leyes penales con efecto retroactivo, la aplicación del principio de legalidad y las demás garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Finalmente, tampoco podrán ser objeto de suspensión o restricción los derechos vinculados con el reconocimiento de la

personalidad jurídica, el nombre, la familia y los motivos específicos a los mismos.¹³⁷⁵

La vigencia del estado de sitio no puede exceder de 45 días y sólo puede ser prorrogado con aprobación del Congreso, el cual se reúne de pleno derecho al decretado el referido régimen de excepción.

Es innegable, por consiguiente, que el derecho de huelga puede resultar afectado al establecerse cualquiera de los estados de excepción antes mencionados. Si bien no se encuentra enumerado entre aquellos que pueden ser restringidos o suspendidos durante el “estado de emergencia”, su eficacia puede ser afectada en virtud a la suspensión de otros derechos estrechamente relacionados con la huelga como la libertad de reunión y la libertad de tránsito. En el “estado de emergencia” su ejercicio puede ser completamente restringido o, incluso, prohibido en tanto este se mantenga.

Cabe señalar, sin embargo, que la restricción o suspensión del ejercicio de ciertos derechos no está exenta del control jurisdiccional. Con criterio avanzado y garantista, el artículo 23º del Código Procesal Constitucional establece que las garantías constitucionales, señaladas en el Título V de la Constitución, no se suspenden durante los regímenes de excepción. Estas pueden ser interpuestas en defensa no sólo de aquellos derechos que no hayan sido objeto de restricción, sino incluso de aquellos que si lo hayan sido, lo que puede ocurrir en dos supuestos: i) cuando se alegue que las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no guardan relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, y ii) cuando se alegue que el acto restrictivo resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho que el Juez debe evaluar sumariamente.¹³⁷⁶

¹³⁷⁵ GARCÍA TOMA, “Legislativo...”, Op, cit., p.p.332-333.

¹³⁷⁶ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, 2004, Lima, Ministerio de Justicia. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.

A estas situaciones excepcionales también se ha referido el Comité de Libertad Sindical de la OIT, admitiendo la posibilidad de prohibir las huelgas: *“La prohibición general de huelgas no podría estar justificada más que en una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada.”*¹³⁷⁷ Por su parte, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha señalado que para la validez de dicha prohibición *“(...) debe existir una auténtica situación de crisis, como la que se produce en casos de conflicto graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil.”*¹³⁷⁸



CAPÍTULO 6

LOS DERECHOS INDIVIDUALES LABORALES

En los artículos 24º, 25º, 27º y 29º, la Constitución enuncia diversos derechos laborales de carácter individual, a saber, el derecho a una remuneración

¹³⁷⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La libertad...”, Op.cit., p.123. Núm., 570.

¹³⁷⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Libertad sindical y negociación...”, Op.cit., p.p.71-72, Núm., 152.

equitativa y suficiente, así como a la remuneración mínima, la jornada máxima de trabajo y el derecho al descanso semanal y anual remunerados, la protección adecuada del trabajador contra el despido arbitrario y, finalmente, el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y a otras formas de participación. Desde un punto de vista histórico y jurídico, la mayoría de estos derechos, representan hitos esenciales en el desarrollo del Derecho del Trabajo, a los cuales nuestra constitución confiere la condición de derechos fundamentales.

6.1. El derecho a la remuneración equitativa y suficiente. La remuneración mínima.

6.1.1. Antecedentes

Desde la Constitución de 1920 podemos encontrar en los textos constitucionales referencias al salario. Esta constitución, en su artículo 47º estableció que *“La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.”*

En términos parecidos, la Constitución de 1933, señaló, en el artículo 46º que *“La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.”*

La Constitución de 1979, se refirió con mayor amplitud a la remuneración, pues no se limitó a garantizar la existencia de salarios mínimos. Dedicó el artículo 43º a esta materia y en éste expresó lo siguiente:

El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual.

*El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador.
Las remuneraciones mínimas vitales se reajustan periódicamente por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores, cuando las circunstancias lo requieren.
La ley organiza el sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa.*

6.1.2. Noción de la remuneración.

El artículo 24º de la actual constitución establece que

*El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.
El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.
Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.*

La remuneración es un elemento esencial de la relación de trabajo, pues el trabajador presta su fuerza de trabajo al empleador para recibir, a cambio, una retribución. Sin embargo, existen diferentes nociones acerca del salario, que Barassi sintetiza en la siguiente forma:

a) el salario no es más que el precio del trabajo; b) es el medio de sustento del trabajador; c) es la parte reservada al trabajador sobre el capital del empresario, distinta del capital técnico y anticipada por este último sobre el resultado de la venta del producto: anticipo (descuento) posible por el ahorro acumulado por el empresario (4); d) es la “compensación equitativa del trabajo”¹³⁷⁹

Esta síntesis, recoge los diferentes puntos de vista desde los cuales puede abordarse la noción de la remuneración. Estos pueden ser, cuando menos, los siguientes: el económico, que ve en el salario el costo del factor trabajo; el político-social, que lo concibe como el medio de vida fundamental de los trabajadores por cuenta ajena, el medio exclusivo de sustento del trabajador y

¹³⁷⁹ BARASSI, Op.cit., T.III, p.13.

su familia; y el jurídico, para el cual el salario es la contraprestación que recibe el trabajador asalariado por la prestación de sus servicios al empleador.¹³⁸⁰

En rigor estas tres perspectivas son válidas y no tienen porque oponerse entre sí, antes bien el Derecho no puede ignorar a ninguna de ellas, siendo frecuente encontrar en las legislaciones referencias normativas que toman en cuenta una y otra de aquellas.¹³⁸¹

Sin embargo, mientras que el reconocimiento de la remuneración como costo del factor trabajo (perspectiva económica) y como contraprestación del empleador por el servicio prestado por el trabajador (perspectiva jurídica) constituyen perspectivas plenamente aceptadas, no sujetas por tanto a debate, la perspectiva político-social, que concibe al salario como medio de sustento y de satisfacción de las necesidades personales y familiares del trabajador, es materia, aún, de debate, si bien no en cuanto se refiere a la necesidad de considerar dichos factores sí en cuanto hace a la importancia que debe concederse a éstos a la hora de determinar el monto de la remuneración.

Por ello, la presencia de una norma en la Constitución referida a la remuneración sólo puede entenderse desde la perspectiva político-social de ésta, habida cuenta que sería, de todo punto de vista, innecesaria, por redundante, desde la perspectiva jurídica, pues resulta obvio que el pago de la remuneración es la obligación principal que el contrato de trabajo impone al empleador como contraprestación por los servicios que presta el trabajador, para lo cual bastaría con recurrir a la legislación del trabajo o, incluso, a la disciplina contractual del derecho civil.

En este sentido, el artículo 24º de nuestra Constitución alude, sin duda alguna, a la perspectiva político-social de la remuneración, en el marco de la cual habremos de analizar su significación concreta así como sus alcances y efectos.

¹³⁸⁰ Cfr. VIDA SORIA et al, "Manual de Derecho del Trabajo", Op.cit., p.548.

¹³⁸¹ *Ibidem*

Esta perspectiva (político-social) fue completamente ignorada en los momentos iniciales de la revolución industrial y del desarrollo del capitalismo. En esa época predominó una concepción economicista, impregnada de liberalismo, conforme a la cual se concibió al trabajo como una mercancía y al salario como el precio de ésta, el cual era fijada por el juego de la libre oferta y demanda del mercado, como en el caso de cualquier otra mercancía.¹³⁸² Según opina Barassi “(...) era la apoteosis de la ley mecánica y pura de la demanda y de la oferta (...) por cuya virtud el salario se limitaba a ser la resultante de dos egoísmos contrapuestos llegados a un estado de equilibrio.”¹³⁸³

No obstante, esta teoría aceptaba que el salario no fuera, necesariamente, la resultante mecánica del juego de la oferta y la demanda, sino que tuviera como límite mínimo, la subsistencia del trabajador, por lo que se le conoció como la “teoría de la subsistencia”. Según esta teoría, explica Dobb, el salario es igual a la cantidad de artículos necesarios para alimentar y vestir a un trabajador y a su familia, lo cual representa para la sociedad el costo, según David Ricardo para “permitir a los trabajadores subsistir y perpetuar su raza.”¹³⁸⁴ Esta teoría tenía como fundamento la ley malthusiana de la población, en base a la cual se consideraba que si el salario se elevaba por encima del nivel de subsistencia, los trabajadores tendrían familias más numerosas con el consiguiente aumento de la oferta de mano de obra, lo que traería como efecto necesario la caída de los salarios. Por el contrario, si el salario se fijaba debajo del nivel de subsistencia, aumentaría la mortalidad infantil y se reduciría la tasa de natalidad, lo que tendría como resultado la disminución de la oferta de mano de obra y el consiguiente aumento de los salarios.¹³⁸⁵ “Se trata pues,- anota Dobb- de un caso de equilibrio mecánico como el péndulo de un reloj: toda perturbación de la posición “normal” provoca un juego de fuerzas que lo trae de nuevo a la “normal”.”¹³⁸⁶

¹³⁸² Cfr. ALONSO OLEA, “Introducción...”, Op.cit., p. 311.

¹³⁸³ BARASSI, Op.cit., p.p. 14-15.

¹³⁸⁴ Cfr. DOBB, Maurice, 1965, “Salarios”, Cuarta edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, p.71.

¹³⁸⁵ Ídem, p.p. 71-72.

¹³⁸⁶ Ídem, p.72.

Por tanto, el nivel de subsistencia vendría a ser el “precio natural” del trabajo, “(...) *el necesario para que el trabajador pueda subsistir y mantener su especie, sin aumento ni disminución;*”¹³⁸⁷ Otro argumento, además del basado en las teorías de Malthus, era aquel que consideraba que no era conveniente que el salario superarse el nivel de subsistencia del trabajador, pues en tal caso éste carecería de incentivos para trabajar, pues en la estrechez y necesidad de las clases trabajadoras debía encontrarse dicho incentivo.¹³⁸⁸

Esta teoría ha sido desvirtuada por la realidad, pues, como lo afirma Dobb, “*A la luz de la experiencia moderna, no hay nada que garantice la suposición de que la población aumenta automáticamente a medida que los salarios suban; de hecho, hay ciertas pruebas en sentido contrario.*”¹³⁸⁹

Otra teoría muy en boga, en una época algo posterior a la “teoría de la subsistencia”, fue la del “fondo de salarios”, cuya tesis principal describe Dobb:

*En esa época era muy común considerar al capital como simple “anticipo de salarios” a los trabajadores, esto es como una suma destinada a salarios, para comprar fuerza de trabajo antes de que el producto fuera terminado y vendido. De ahí la naturaleza con que se consideraba que el acervo de capital existente aumentaba la demanda de mano de obra o, por lo menos, que esta variaba en relación directa de la acumulación de capital. El nivel de salarios, por consiguiente, podía descubrirse mediante una simple operación aritmética dividiendo el monto del capital (el fondo de salarios) que los capitalistas estuvieran dispuesto a invertir en la forma de anticipos de salarios entre el número de asalariados en busca de trabajo.*¹³⁹⁰

¹³⁸⁷ ALONSO OLEA, Loc.cit

¹³⁸⁸ Ídem, p.p.311-312. Agrega este autor que “*Pobreza y trabajo aparecen así como unidas necesariamente; “la pobreza es la condición de quien para subsistir tiene que trabajar”, sentenció BENTHAM (...) y sin pobreza no hay compulsión que lleve a trabajar, ideas que por cierto presidieron sus muy influyentes ensayos sobre la reforma de las Leyes de pobres.*”

¹³⁸⁹ Dobb, Op.cit., p.72. “*No fue hasta muy avanzado el siglo XIX cuando se admitió que el coeficiente de natalidad no tiende a ser mayor sino menor, entre la gente con un patrón de vida elevado, de manera que aún considerando la menor mortalidad infantil que la riqueza trae consigo un alza en el patrón de vida, puede reducir en realidad el coeficiente de incremento. Un alza de salarios puede, por lo tanto, producir una reacción importante sobre la oferta de mano de obra en un sentido opuesto al que supusieron los malthusianos.*” (Ídem, p.78).

¹³⁹⁰ Ídem, p.76.

Los efectos de esta teoría, elaborada desde la perspectiva de la demanda de mano de obra, no conducían a una situación diferente respecto de la “teoría de la subsistencia”, pues se consideraba que cualquier elevación de los salarios, originada en la intervención estatal o la contratación colectiva e, incluso, el aumento de impuestos sobre el capital, conllevaba a la reducción del fondo de salarios con la consiguiente disminución de éstos, por lo cual, como lo afirma Dobb, *“La única esperanza que la clase trabajadora tenía de mejorar radicaba en la limitación de la magnitud de sus propias familias y en ayudar a la mayor prosperidad de sus amos.”*¹³⁹¹

También esta teoría fue dejada de lado, al comprobarse que el alza de los salarios podía aumentar la eficiencia del trabajo, estimulando a los capitalistas a aumentar su demanda, al invertir más dinero en la compra de trabajo, lo que conllevaría un cambio en la magnitud del “fondo de salarios”, en sentido contrario al que habían previsto los creadores de esta teoría.¹³⁹²

Durante el siglo XIX, bajo el predominio de estas teorías, se acuñó la primigenia, y vieja, noción del “salario vital”, conforme a la cual el “precio” del trabajo tenía como límite mínimo el nivel de subsistencia del trabajador. Como lo anota De Ferrari, en dicho período esta noción sirvió de fundamento para la determinación de los salarios mínimos, de modo tal que la noción del “salario mínimo” se confundía con la del “salario vital”.¹³⁹³

Huelga insistir en los efectos perniciosos que esta noción del salario engendró, siendo esta uno de los factores principales de la “cuestión social” a la que ya nos

¹³⁹¹ Ibídem. Explica este autor los efectos de esta teoría de la siguiente forma: *“Si un grupo de trabajadores lograba, gracias a una ley o a su acción sindical, un aumento de salarios, lo único que hacía era reducir el fondo de salarios disponible para otros trabajadores, lo que implicaba la reducción de sus salarios y aún su despido. Pero si, por el contrario, se obligaba a un grupo de trabajadores a aceptar un salario anormalmente bajo, esto no quería decir que la clase trabajadora en su conjunto estaba siendo víctima de un despojo, sino que una parte mayor del fondo de salarios quedaría libre para emplear a otros grupos de obreros. En realidad, es más probable que la acción estatal o sindical tuviera un efecto adverso si estorbaba la acumulación de capital o alentaba a los trabajadores a multiplicarse más de prisa que antes.”* (Ídem, p.p.76-77.)

¹³⁹² Cfr. Ídem, p. 78.

¹³⁹³ Cfr. DE FERRARI, Op.cit., Vol.II, p.222.

hemos referido (Supra...). Desde diferentes perspectivas filosóficas e ideológicas se atacó, con contundencia, esta concepción. Marx vio en ella, una consecuencia inevitable del modo de producción capitalista, en el cual los salarios se mantenían en un nivel de subsistencia, como efecto de la superación de la demanda de trabajo por la oferta de trabajo, característica propia del sistema capitalista en razón de la existencia de lo que llamó el “ejército industrial de reserva”, que consiste en el conjunto de medios que oponen resistencia al ascenso de los salarios. Tales medios incluyen la sustitución de la fuerza de trabajo por la mecánica, las crisis cíclicas del capitalismo que afectan el nivel de salarios a causa de la desocupación y la tendencia a la exportación de capitales hacia lugares donde existen reservas baratas de mano de obra.¹³⁹⁴ Para Marx, el régimen del salariado en general, -incluso, cuando el nivel del salario pudiera superar el nivel de subsistencia- es visto como un mecanismo por el cual el empleador se apropia de la plusvalía creada por el trabajador, ya que este no recibe el valor del tiempo empleado en la producción de un bien, sino una cantidad menor, configurando, así, un cuadro de explotación abierta de éste por aquel.¹³⁹⁵

Desde una perspectiva distinta, en la Encíclica “Rerum Novarum”, difundida en 1891, el Pontífice León XIII, criticó la injusticia de la situación creada por el régimen del salariado, al afirmar que “(...) *la contratación del trabajo y el comercio en general cayeron casi totalmente en manos de unos pocos, de suerte que un número muy pequeño de opulentos y excesivamente ricos ha impuesto sobre la multitud innumerable de los proletarios un yugo casi de esclavos.*”¹³⁹⁶

Se ha señalado, así, que en esta noción del salario, conforme a la cual el trabajador sólo debe recibir lo necesario para reparar sus fuerzas de trabajo, está

¹³⁹⁴ Cfr. DOBB, Op.cit., p.75.

¹³⁹⁵ Cfr. DE BUEN, Op.cit., T.II, p.176.

¹³⁹⁶ COMISIÓN EPISCOPAL..., Op.cit., p.27. La doctrina social de la Iglesia Católica no rechaza, empero, el régimen del salariado como tal, sino sus excesos e injusticias. En la encíclica citada, León XIII señala “*Que el trabajo asalariado, si se atiende a la razón natural y a la filosofía cristiana, no es motivo de vergüenza para el hombre, sino de honor, pues le habilita para sustentar la vida honestamente. Que lo verdaderamente torpe e inhumano es abusar de los hombres como si no fueran otra cosa que instrumentos de lucro y no estimarlos en más de los que dan de sí sus músculos y sus fuerzas.*” (Ídem, p.42.)

ausente una concepción moral y humana del trabajo, al tratar al hombre como una máquina a la que hay que mantener.¹³⁹⁷

También se ha puesto de relieve la funcionalidad con esta teoría del salario, de la perspectiva jurídica del mismo, prevaleciente en la misma época, basada en la visión individualista del contrato promovida por el derecho civil. Conforme a ésta, el trabajador en ejercicio de su autonomía individual pactaba libremente las condiciones de trabajo a que se habría de someter, entre ellas la remuneración, sin que, por tanto, pudiera objetarse la legitimidad de este negocio jurídico. Este razonamiento, sustentado en la idea de la igualdad jurídico-formal entre el trabajador y el patrono, ignoraba, por completo, el estado de necesidad en el que se encontraba aquel así como la posición dominante de éste, factores ambos que, en la realidad, determinaban la existencia de una absoluta desigualdad material de las partes al momento de la contratación, haciendo de ésta una mera actividad ritual, por la que el trabajador debía someterse a las condiciones dictadas por el empleador. Por este motivo, Monereo Pérez, sostiene que en dichas circunstancias, el contrato de trabajo *“(...) devenía así en un contrato de adhesión en sentido estricto, su no aceptación bajo las condiciones prefijadas por el empleador implicaba el paro o la miseria.”*¹³⁹⁸

6.1.3. La remuneración “suficiente” y “equitativa”.

6.1.3.1. Remuneración “suficiente”.

Como antes lo hemos afirmado, el artículo 24º de la Constitución se aleja por completo de esas nociones tradicionales de la remuneración y postula una concepción distinta, sustentada en una noción político-social de la misma, conforme a la cual ha de concebirse el salario como la fuente de sustento del trabajador para alcanzar el bienestar personal y familiar.

¹³⁹⁷ Cfr. VAN GESTEL, Op.cit., p.231.

¹³⁹⁸ MONEREO PÉREZ, Op.cit., p.91. En el mismo sentido, Van Gestel afirma que la teoría del salario-subsistencia *“Pierde de vista que la libertad del trabajador, que sólo dispone de su fuerza de trabajo para vivir es puramente teórica: no tiene más opción que aceptar el salario que se le ofrece o morir de hambre.”* (VAN GESTEL, Op.cit., p.231.)

Los intentos de superar el nivel de subsistencia de la remuneración, han dado origen a diversas nociones que pretenden responder a esa intención de hacer del salario el medio para una vida digna del trabajador y su familia. Se han acuñado, así, expresiones tales como “salario justo”, “salario familiar” “salario social” y “salario suficiente.”

La idea del “salario justo” se encuentra en los textos de la doctrina social cristiana, como la Encíclica “Rerum Novarum”, la cual afirma que procede de la justicia natural y es, por tanto anterior al contrato y a la libre voluntad de los contratantes,” (...) *que el salario no debe ser insuficiente para sustentar al obrero que sea frugal y de buenas costumbres.*”¹³⁹⁹ También dice que es deber de los patronos “(...) *dar a cada uno lo que es justo. Ciertamente, para fijar el salario de modo equitativo, han de considerarse muchas razones; pero, hablando en general, deben acordarse los ricos y patronos de que al oprimir a los desgraciados e indigentes en beneficio propio, o aprovecharse de la necesidad ajena para lucrarse, no lo toleran ni el derecho divino ni el humano.*”¹⁴⁰⁰

Finalmente, en otro pasaje, afirma la necesidad de que el trabajador reciba “(...) *un salario suficiente para atender al bienestar propio, de su mujer y de sus hijos*”, ya que de esta forma, actuando con prudencia, podrá ahorrar y acumular un pequeño patrimonio. ¹⁴⁰¹ Como se puede apreciar, en estos pasajes “Rerum Novarum”, se refiere tanto a la justicia como a la suficiencia del salario, así como a su carácter familiar.

Encíclicas papales posteriores han acentuado el sentido familiar que debe tener el salario. Así, Pío XI, en “Quadragesimo Anno” afirma que “*Ante todo, al trabajador hay que fijarle una remuneración que alcance a cubrir el sustento suyo y de su familia.*” ¹⁴⁰² . La misma idea, se afirma en la “Mater et Magistra” de Juan

¹³⁹⁹ COMISIÓN EPISCOPAL, Op.cit., p.65.

¹⁴⁰⁰ Ídem, p.42.

¹⁴⁰¹ Ídem, p.66.

¹⁴⁰² Ídem, p.131. Sostiene, asimismo, que “*No está fuera de lugar hacer aquí el elogio de todos aquellos que, con muy sabio y provechoso consejo, han experimentado y probado diversos procedimientos para que la remuneración del trabajo se ajuste a las cargas familiares, de modo que aumentando éstas, aumente también aquel; e incluso, si fuere menester, que satisfaga a las necesidades extraordinarias.*” (Ídem, p.132.)

XXIII¹⁴⁰³ y, por cierto, en *Laborem Exercens* del pontífice Juan Pablo II, la cual afirma que una *“Justa remuneración por el trabajo de la persona adulta que tiene responsabilidades de familia es la que sea suficiente para fundar y mantener dignamente una familia y asegurar su futuro.”*¹⁴⁰⁴ Puede advertirse que en esta expresión los conceptos de salario justo, suficiente y familiar, se confunden en aras del mismo objetivo: la vida digna del trabajador. En esta carta, el pontífice indica que dicha remuneración puede alcanzarse ya sea mediante el denominado “salario familiar”, abonado directamente al trabajador como cabeza de familia, o mediante medidas sociales, tales como los subsidios familiares o ayudas a la madre que se dedica exclusivamente a la familia.¹⁴⁰⁵

Para Juan Pablo II, la importancia del salario es decisiva a la hora de juzgar la justicia del sistema en su conjunto: *“De aquí que, precisamente el salario justo se convierta en la verificación concreta de la justicia de todo el sistema socio-económico y, de todos modos, de su justo funcionamiento. No es esta la única verificación, pero es particularmente importante y es en cierto sentido la verificación-clave.”*¹⁴⁰⁶

Desde la misma perspectiva doctrinaria, Lepp considera que salario justo es aquel que permite al trabajador superar la condición proletaria de miseria y le brinda la posibilidad de llevar una vida verdaderamente humana, sin que ello implique una igualdad aritmética de salarios, que sería tan injusta como la explotación capitalista, pues el salario debe ser proporcional al valor cuantitativo

¹⁴⁰³ “(...) creemos que es deber Nuestro advertir una vez más que la fijación del salario ni puede abandonarse en absoluto a la libre competencia, ni es lícito que la determine el arbitrio de los poderosos, sino que en esta materia deben observarse estrictamente las normas de justicia y de equidad. Esto exige que se dé al trabajador un salario tal que le permita llevar una vida digna de persona humana y hacer frente como conviene a sus obligaciones familiares.” (COMISIÓN EPISCOPAL, Op.cit., p.259.)

¹⁴⁰⁴ JUAN PABLO II, Op.cit., p.p.80-81.

¹⁴⁰⁵ Cfr. Ídem, p. 81. Van Gestel afirma que “(...) según la doctrina de la teología escolástica, el salario fijado por la estimación común debe cubrir al menos los gastos de mantenimiento del trabajador; ciertos autores escolásticos reclamaban ya, en estricta justicia, un salario familiar.” (VAN GESTEL, Op.cit., p.233.)

¹⁴⁰⁶ Ídem, p.80. Afirma, igualmente, “Hay que subrayar también que la justicia de un sistema socio-económico y, en todo caso, su justo funcionamiento merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo humano dentro de tal sistema.” (Ibídem).

y cualitativo del trabajo realizado.¹⁴⁰⁷ Considera, por ello, que el salario familiar no debería existir, ya que el salario normal debería bastar para cubrir las necesidades de una familia corriente.¹⁴⁰⁸

Establece De Ferrari la diferencia entre el salario “mínimo” con el salario “justo”, al precisar que este último incluye elementos extra-económicos relativos a la vida que debe llevar el trabajador y que le permiten encarar una vida “(...) *que no es la puramente vegetativa, como el contemplado por el salario vital*”.¹⁴⁰⁹ Sin embargo, el tratadista uruguayo, considera que la subjetividad predominante en muchas de las acepciones del salario justo lo transformó en un tipo de salario teórico. Acota, asimismo, que también se puede entender por “salario justo” aquel que pondera tanto los derechos del trabajador a una vida digna cuanto los intereses del empleador “(...) *siendo justo porque pretende representar un valor equivalente al que recibe el empleador de la prestación del servicio.*”¹⁴¹⁰

Diversas constituciones han plasmado en sus textos, la perspectiva político-social de la remuneración, como la italiana y la española, las cuales, sin duda, han servido como antecedentes para la redacción del artículo 24º de nuestra Constitución, por lo que consideramos necesario referirnos a éstas.¹⁴¹¹ También se encuentra consagrada en las más importantes declaraciones y tratados sobre derechos humanos de los que forma parte el Perú.¹⁴¹²

¹⁴⁰⁷ Cfr. LEEP, Op.cit., p.160.

¹⁴⁰⁸ Ídem, p.162. Agrega: “*En esa forma se libraría al trabajador del humillante complejo de sentirse un “asistido”. Se sentiría él mismo plenamente responsable del bienestar de los suyos, y por ese hecho tomaría una conciencia más aguda de su valor y de su dignidad. Pero mientras subsista el actual régimen económico, esta concepción del salario familiar será irrealizable. Habrá que contentarse, pues, con el sistema de asignaciones familiares, que da un suplemento fijo a los padres de familia según el número y la edad de sus hijos. No se trata naturalmente de una limosna, sino de una obligación de justicia estricta.*” (Ibídem).

¹⁴⁰⁹ DE FERRARI, Op.cit., Vol.II., p.225.

¹⁴¹⁰ Ibídem.

¹⁴¹¹ También se encuentran referencias a esta idea de remuneración en las constituciones de Bolivia, Chile, Argentina, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Uruguay (Vid, CARRILLO CALLE, “Los Derechos...”, Op.cit., p.69. En Europa, además de Italia y España, Portugal e Irlanda,

¹⁴¹² La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona que trabaja “*a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (...)*” (art. 23.3); el artículo 7, a), ii) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores

El artículo 36º de la Constitución italiana establece en su primer párrafo que *“El trabajador tiene derecho a una remuneración proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y, en cualquier caso, suficiente para asegurar a él y a su familia una existencia libre y digna.”*¹⁴¹³ Comentando este precepto, Barassi afirma que *“Es la retribución adecuada al mínimo vital y biológico, es el salario familiar “capaz, según las condiciones particulares de cada región, de satisfacer las exigencias normales del trabajador y de su familia”.*¹⁴¹⁴ De igual opinión es Pizzorusso, para el cual, por esa razón, el salario familiar a que se refiere la disposición constitucional no es identificable con el “salario legal” impuesto en otros países.¹⁴¹⁵

La Constitución española, consagra en el inciso 1 del artículo 35, entre otros derechos de “todos los españoles”, el de *“una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”*¹⁴¹⁶ En relación a este precepto constitucional, la doctrina laboralista española considera que se refiere al salario como sustento del trabajador pero *“(...) no en el sentido minimalista sino el de ser medio para alcanzar una vida digna; de ahí la necesidad de proveer a que esa función quede garantizada.”*¹⁴¹⁷ Por su parte, Alonso García destaca que la

“Condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias (...); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconoce que “Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y para su familia.” (Art. XIV, in fine.); finalmente, el Pacto de “San Salvador”, consagra, en el artículo 6 el Derecho al Trabajo, señalando que “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”, y en el artículo 7 precisa que el reconocimiento de este derecho obliga a los Estados partes a garantizar en sus legislaciones nacionales, de manera particular “a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;”. (Cfr. Compilación..., Op.cit.)

¹⁴¹³ DÍAZ REVORIO, Op.cit., p.553.

¹⁴¹⁴ BARASSI, Op.cit., T.III, p.25. *“El problema de la retribución justa tiene por primer y principal fundamento la adecuación a las exigencias familiares del trabajador. Veremos más adelante (Nº 266) que sobre el nivel de la retribución influyen también otros criterios. Pero este destino al sustento es, desde el punto de vista del trabajador, el criterio esencial.”* (Ídem, p.27.)

¹⁴¹⁵ PIZZORUSSO, Op.cit, T.I, p.181.

¹⁴¹⁶ Editorial Técno, Op. cit., p.51.

¹⁴¹⁷ VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho del Trabajo”, Op.cit., p.548.

retribución del trabajo tiene una doble función: por un lado satisface necesidades individuales y familiares del trabajador y, del otro, garantiza la paz social pues un nivel justo, aunque no elevado, de la retribución logra ese efecto en la comunidad.¹⁴¹⁸ Empero, sostiene que la idea de la suficiencia del salario es político-social y no jurídica, pues jurídicamente la retribución debe corresponder al servicio que se presta, sin que ello signifique que el derecho se desentienda de la existencia de necesidades que debe satisfacer, en muchísimos, casos, mediante dicha retribución.¹⁴¹⁹

La imposibilidad de fijar criterios abstractos, susceptibles de ser aplicados, para establecer la remuneración justa, ha llevado, según Martínez Emperador, a sustituir dicha nota por la de "suficiencia", que este autor identifica con la idea de salario expresada por Juan Pablo II en "Laborem Exercens".¹⁴²⁰ La remuneración suficiente, a que se refiere el artículo 35º de la Constitución española obedece, según Montoya Melgar a la exigencia de procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador, misión político-social que se suma a la de la retribución basada en la equivalencia de las prestaciones y que se traduce en la función sustentadora del salario. Esta función fundamenta, a su juicio, la idea del "salario familiar", de la cual dice que a pesar de su escasa aceptación entre los especialistas del Derecho del Trabajo, tiene una seria base argumental en el artículo 35º de la Constitución española y en numerosas declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos.¹⁴²¹

¹⁴¹⁸ Cfr. ALONSO GARCÍA, Op.cit, p.458.

¹⁴¹⁹ Ídem, p.463. Agrega: "*La valoración de éste, aun cuando no se haga con criterios económicos tiene una traducción jurídica bien patente. Por otro lado, el criterio de la suficiencia es, igualmente, un criterio económico, o económico-sociológico, cuya delimitación ha de hacerse teniendo en cuenta factores o elementos extraños a la relación de trabajo y a los vínculos que la determinan.*" (Ibidem.)

¹⁴²⁰ Cfr. MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, 1994, "La Nueva Regulación del Salario", Revista de Derecho Privado. El Nuevo Régimen Jurídico del Salario. Tomo I - Vol. 1º, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, p.27.

¹⁴²¹ Cfr. MONTOYA MELGAR, "Derecho del..." Op.cit., p.357. En sentido contrario, Alonso Olea opina que la satisfacción de las necesidades familiares del trabajador corresponde a las normas de seguridad social: "*digo de seguridad social porque desde hace tiempo se ha abandonado por imposibilidad técnica la idea de que los salarios puedan ser directamente influidos por las cargas familiares de quienes los perciben.*" (ALONSO OLEA, Las fuentes...", Op.cit., p.p.36-37.

La Constitución argentina asegura el trabajador una “retribución justa”, lo que Vásquez Vialard relaciona con la idea de “suficiencia” del salario, que permita al trabajador condiciones de vida normales para sí y su familia, y “(...) *mantener un nivel y género (calidad) de vida compatible con la dignidad humana y con la mayor capacidad técnica adquirida.*”¹⁴²²

En relación al artículo 24º de nuestra constitución, Rubio Correa, sostiene que la remuneración debe ser suficiente para procurar al trabajador y a su familia el bienestar material y espiritual, criterio que, a su juicio, introduce un nuevo elemento a la hora de establecer el nivel de aquella: “*Este parámetro de la determinación de las remuneraciones ya no tiene que ver con el trabajo aportado en sí mismo, sino con una cantidad referente al consumo que debe hacer la persona. ¿Consumo para qué? Para el bienestar material y espiritual.*”¹⁴²³

Coincide García Toma¹⁴²⁴ con este enfoque al señalar que, además de recibirse como contraprestación por el servicio realizado, la remuneración, con cargo al reconocimiento de la dignidad humana, procure condiciones de existencia moralmente aceptables para el trabajador y su familia. Sostiene, asimismo, que, en razón a que la riqueza, la renta y el interés del capital son frutos eminentes del trabajo humano “(...) *es deber del cuerpo político y de la comunidad el posibilitar que el trabajador reciba una retribución moral y material que satisfaga*

¹⁴²² VAZQUEZ VIALARD, Antonio, 198, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, T.I., 4ª edición corregida y actualizada, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p.351.

¹⁴²³ RUBIO CORREA, “Estudio...” Op.cit., T. II, p.216. Respecto a la manera de calcular el valor del bienestar del trabajador y su familia puntualiza lo siguiente: “*Obviamente, es muy difícil valorizar el bienestar espiritual, pero sí es posible, relativamente, hacerlo con el material. Se puede determinar qué consumo mínimo humano y razonable deben hacer una persona o una familia promedio y, en función de ello, estimar escalas globales para una sociedad o grupo humano determinado. Se entiende que el bienestar material dependerá no solamente de una canasta de productos y servicios que la persona va a adquirir, sino que también habrá ciertas diferencias de calidad en función de las calificaciones y ubicación social que se estima tendrá ese trabajador con su familia. Entonces hay canastas mínimas y otras de mayor costo. Estas son estimaciones que valen para determinadas sociedades o determinados territorios, durante ciertos períodos y se forman averiguando los costos de la alimentación vestido, educación, servicios e agua, energía, etc. y haciendo un estimado del costo promedio que tiene para una persona sobrellevar dichos gastos. El monto resultante será un piso a partir del cual se podrá fijar las remuneraciones.*” (Ibídem.).

¹⁴²⁴ GARCÍA TOMA, Víctor, 2008, “Los Derechos Fundamentales en el Perú”, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., p. 463.

*sus necesidades vitales para él y su familia y que sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado.”*¹⁴²⁵

La característica de “suficiencia” de la remuneración la vincula Bernal Ballesteros con el logro para el trabajador y su familia del bienestar material y familiar. En el primero, incluye la satisfacción de las necesidades mínimas para la sobrevivencia como alimentación, vestido, vivienda y salud; y entre las que atienden a la segunda, considera la educación, el descanso y las condiciones para el progreso personal.¹⁴²⁶

La concepción de remuneración contemplada en el artículo 24° constitucional supone, para Arce Ortiz,¹⁴²⁷ una noción paralela y distinta a la de carácter contraprestativo o conmutativo de la remuneración, desde el momento en que concibe a ésta como el principal medio de vida de la clase trabajadora y herramienta de conquista de su bienestar material y espiritual, superando a aquella noción que hace del trabajador una mercancía. A criterio de este autor, la noción de remuneración plasmada en el artículo 24° de la Constitución “(...) *exige garantizar la inclusión social del trabajador y su familia.*”¹⁴²⁸

También, el Tribunal Constitucional ha enfatizado la relación entre remuneración, bienestar -material y espiritual- y dignidad humana, afirmando el carácter de “derecho fundamental” que el artículo 24° confiere a la remuneración:

El artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a

¹⁴²⁵ Ibídem.

¹⁴²⁶ BERNALES BALLESTEROS, Op.cit., p.219.

¹⁴²⁷ ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.p.346-347.

¹⁴²⁸ Ídem, p.347.

la vida, acorde con el principio -derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana.¹⁴²⁹

Fluye de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que hemos revisado, que la “suficiencia” de la remuneración debe establecerse en función de dos aspectos o dimensiones: de un lado, el ámbito personal o subjetivo de la misma, conforme al cual debe ser suficiente para cubrir las necesidades no sólo individuales sino, asimismo, las de la familia del trabajador; de otro, el ámbito material u objetivo de aquella, en virtud del cual las necesidades que deben ser satisfechas no son únicamente las materiales (alimento, vestido, vivienda, transporte, cuidado de la salud, etcétera), sino también las espirituales, esto es, la educación de los hijos, el acceso a la cultura, el esparcimiento y otras semejantes. En la primera dimensión, de ello no hay duda, la Constitución se orienta al salario familiar¹⁴³⁰; en la segunda, se proyecta como instrumento para la realización del derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona, a que se refiere el artículo 2º, inciso 1 de la ley fundamental.

En cualquier caso, la idea de remuneración “suficiente” alude a aquella mediante la cual el trabajador y su familia, pueden gozar de una existencia digna, que les permita desarrollarse en todos los aspectos de su vida, superando, de este modo, la concepción del salario-subsistencia, que se limita a cubrir las necesidades materiales básicas del trabajador. En este sentido, el salario “suficiente” ha de concebirse como uno de los principales mecanismos para concretar el derecho a un nivel de vida adecuado, al que se refiere el artículo 11 del PIDESC reconoce “(...) *el derecho de toda persona a un nivel de vida*

¹⁴²⁹ STC, Exp. N° 04922-2007-PA/TC Lima, FJ.6.

¹⁴³⁰ De esta opinión participa Bernales Ballesteros cuando señala que “En la remuneración existe una dimensión individual y una familiar que confluyen: la remuneración es suficiente cuando alcanza tanto para el individuo como para la familia. Por consiguiente, el cálculo de las remuneraciones del trabajador debe considerar necesariamente sus necesidades y las de su familia que, probablemente, tendrá que ser la familia promedio. Esto es adecuado tanto para las remuneraciones mínimas como para las que se hallen sobre ella.” (BERNALES BALLESTEROS, Loc.cit.).

*adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”*¹⁴³¹

No obstante, concretar la noción del salario “suficiente” parece una tarea difícil, sino imposible, en un mercado de trabajo dominado por agentes económicos privados que ven al salario, desde una perspectiva fundamentalmente económica, como un costo de producción que deben mantener dentro de límites estrictos que no afecten la tasa de ganancia del capital y que no exceda su condición de contraprestación del trabajado realizado.

Por esta razón, el logro mandato constitucional de lograr la remuneración suficiente legitima la intervención del Estado mediante medidas indirectas, susceptibles de influir en el nivel de los salarios. Estas medidas pueden ser de diversa índole como la fijación de salarios mínimos, la inembargabilidad del salario, su carácter de crédito privilegiado, la prohibición de discriminación, la regulación de las reducciones salariales, etcétera.¹⁴³²

Un aspecto particularmente importante, en orden a la realización de la remuneración suficiente es el que se refiere a los denominados “beneficios sociales”, a los que alude el segundo párrafo del artículo 24º constitucional para incluirlos dentro del crédito laboral prioritario. La Constitución de 1979, mencionó expresamente algunos de estos, en el artículo 44º, como es el caso de la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, bonificaciones “y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo.” También aludió, en el artículo, 43º, a las asignaciones familiares.

Estos “beneficios sociales”, creados por la norma heterónoma,¹⁴³³ obedecen, según Arce Ortiz, a la dimensión social de la remuneración, porque no retribuyen

¹⁴³¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Compilación...”, Op.cit., p.58.

¹⁴³² Cfr. MONTOYA MELGAR, “Derecho...”, Op.cit., p.358; ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.349.

¹⁴³³ En el ordenamiento peruano estos son los siguientes: Compensación por Tiempo de Servicios (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650/Decreto Supremo N° 001-97-TR); Asignaciones familiares (Ley N° 25129); Gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad (Ley N° 27735); Remuneración Vacacional (Decreto Legislativo N° 713);

directamente la prestación del servicio “(...) sino que son percepciones económicas que apoyan la inclusión social del trabajador y su familia (...). Son prestaciones de origen legal con un claro objeto social y, si cabe, de redistribución del bienestar.”¹⁴³⁴ También Pizarro Díaz, quien defiende el carácter exclusivamente contraprestativo de la remuneración, sostiene que en la “función social” del salario residen las razones por la cual el ordenamiento dicta normas protectoras que inciden en la estructura de cambio del contrato de trabajo. Como ejemplo de ello, menciona el pago de la remuneración durante el descanso vacacional, así como la obligación del empleador de abonar una remuneración adicional por Navidad.¹⁴³⁵ Alude, de este modo a otra noción que frecuentemente se ha equiparado a la de “salario justo” o “suficiente”, que es la de “salario social”, la cual se acuñó para comprender todas aquellas sumas, directas o indirectas, que percibe el trabajador y que no tienen origen contraprestativo. Aquel comprende, a su vez, el denominado “salario social continuado”, que se percibe incluso en los períodos de suspensión o interrupción de la relación laboral (como la remuneración vacacional), y el “salario social suficiente”, que alude a complementos salariales, de origen heterónimo o autónomo, que percibe el trabajador para satisfacer necesidades esenciales del trabajador (como las gratificaciones o la asignación familiar. Precisamente, la noción del salario como fuente de sustento del trabajador, fundamenta estos dos aspectos del “salario social”.¹⁴³⁶ No obstante, Pizarro Díaz considera que ello

Participación en las utilidades (Decretos Legislativos Nos 677 y 892; y Seguro de Vida (Decreto Legislativo N° 688/Ley 27700).

¹⁴³⁴ ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.327. Precisa este autor que “Dado que la persona del trabajador se halla intensamente anudada a la fuerza de trabajo que éste cede a su empleador mediante un contrato, el legislador tiene la obligación de realizar todas las acciones posibles para que el salario asegure al trabajador y su familia una vida digna y libre. De esta forma, se puede admitir que la propia ley cree beneficios económicos a favor de los trabajadores, con el fin de que éstos y sus familias alcancen un bienestar material y espiritual aceptable. A partir de este momento, vamos a llamar beneficios sociales “a las percepciones otorgadas por ley, cuyo objeto no es el de retribuir la prestación de servicios del trabajador, sino el de asegurar su inclusión social así como el de su familia”. Por ejemplo, una asignación para gastos familiares se encuadraría en este concepto o la ley que obligue al empresario a que distribuya un porcentaje de sus utilidades entre sus trabajadores.” (Ídem, p.p.349-350.).

¹⁴³⁵ Cfr. PIZARRO DÍAZ, Mónica, 2006, “La Remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral”, Lima, Estudio González & Asociados, Consultores Laborales S.C., p.60.

¹⁴³⁶ Cfr. Ídem, p.p.52-54. Respecto al salario social, Pizarro Díaz lo explica así: “(...) para las teorías del salario social, el pago del salario no se asentaría únicamente en el hecho de que el trabajador presta un servicio, sino que, como consecuencia de dicha prestación y por el hecho de que el trabajador pone a disposición de su empleador el único medio de

no autoriza a distinguir en la remuneración dos aspectos: el contraprestativo y el social, pues, a su juicio, este último forma parte del esquema contractual, toda vez que el contrato de trabajo se caracteriza por incorporar las normas protectoras dictadas por el Estado.¹⁴³⁷

Compartimos, no obstante, el criterio de Arce Ortiz, que afirma la existencia de dos dimensiones de la remuneración, la contraprestativa, de raigambre civil o de derecho privado, y la social, de raigambre constitucional o de derecho público.¹⁴³⁸ Y ello, porque es innegable que sólo la segunda de dichas dimensiones legitima la intervención del legislador para, mediante normas protectoras, otorgar determinados beneficios económicos y prestaciones al trabajador, atendiendo, no al valor de la prestación del servicio, sino a las necesidades individuales y familiares del trabajador, es decir a la consideración de la remuneración como condición de una existencia digna o, como se ha dicho con acierto, de “(...) *la inserción social del trabajador y su familia*”.¹⁴³⁹ Resulta por ello, indiscutible, que los beneficios nacidos de dicha intervención, muchas veces resistidos por los empleadores - calificados por estos como “sobrecostos”- no pueden asimilarse a la noción de la remuneración como contraprestación del servicio realizado, pues esta sólo está obligada a considerar la cantidad y calidad de este y no otros factores, de carácter social, como los antes mencionados.

subsistencia que tiene (su trabajo), el empleador debe hacerse responsable de procurarle los elementos necesarios para la satisfacción de sus necesidades. De esta forma, la construcción de la remuneración dejaría de tener una base contractual para pasar a asentarse en un concepto social o económico, susceptible de incorporar todas las ventajas patrimoniales recibidas por el trabajador para la satisfacción de sus necesidades personales.” (Ídem, p.52.).

¹⁴³⁷ “Al respecto, debemos resaltar que el hecho de que el pago de un determinado beneficio se origine en una norma protectora no trae como consecuencia que el mismo no pueda formar parte del esquema de cambio del contrato. Tal como se desprende de los argumentos expuestos a lo largo de este capítulo, al momento de diseñar la estructura de cambio del contrato de trabajo, las partes toman en cuenta los pagos impuestos por las normas protectoras, los mismos que, en la mayoría de los casos, pasan a formar parte de la contraprestación que es abonada al trabajador. Lo que ocurre es que la naturaleza del contrato de trabajo impide que su estructura de cambio sea diseñada íntegramente por las partes. Así, debe recordarse que, según vimos en el punto 1.1., el contrato de trabajo es un contrato reglado, cuyo diseño se encuentra en gran medida predeterminado normativamente. Por tanto, no es que las normas protectoras obliguen al pago de prestaciones que no pueden ser explicadas desde el contrato, sino que aquellas inciden en él, predeterminando o modificando según la aplicación temporal) su estructura. (Ídem, p.55.).

¹⁴³⁸ Cfr. ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.349.

¹⁴³⁹ Ibídem.

Pero, además de la norma heterónoma, como lo subraya Martínez Emperador¹⁴⁴⁰, el medio normal para lograr la suficiencia de la remuneración es la negociación colectiva, mecanismo que para Barassi “(...) es el instrumento de justicia más eficaz porque emana de los mismos interesados y es mucho mejor que el Estado.”¹⁴⁴¹ Mediante él en ejercicio de la autonomía colectiva, trabajadores y empleadores pueden regular el nivel de las remuneraciones, ponderando las necesidades de los primeros y las posibilidades de los segundos. Por ello, nuestra Constitución (Art.28.2) impone al Estado la obligación de fomentar la negociación colectiva (Supra...).

6.1.3.2. Remuneración “equitativa”.

Esta nota de la remuneración, alude a una característica distinta, a saber la del equilibrio que esta debe reflejar entre los intereses del trabajador y los del empleador.

Esta idea también encuentra su origen en la doctrina social de la Iglesia, la cual postula la justa distribución de la renta entre el capital y el trabajo. Pio XI en la Encíclica “Cuadragésimo Anno” sostuvo que *“Es completamente falso atribuir sólo al capital o sólo al trabajo, lo que es resultado de la eficaz cooperación de ambos; y es totalmente injusto que cualquiera de ellos, negando todo derecho a la otra parte, trate de arrogarse todo lo producido.”*¹⁴⁴² Afirma, por ello, que *“Para fijar la cuantía del salario deben tenerse en cuenta también las condiciones de la empresa y del empresario, pues sería injusto exigir unos salarios tan elevados que, sin la ruina propia y la consiguiente de todos los obreros, la empresa no podría soportar.”*¹⁴⁴³

¹⁴⁴⁰ MARTÍNEZ EMPERADOR, Op.cit., p.30.

¹⁴⁴¹ BARASSI, Op.cit., T. III, p.147.

¹⁴⁴² COMISIÓN EPISCOPAL, Op.cit., p.123.

¹⁴⁴³ Ídem, p.p.132-133.

La Encíclica “Mater et Magistra”, de Juan XXIII, tras sostener que la fijación del salario no debe abandonarse a la libre competencia ni ser determinado por el “arbitrio de los poderosos”, debiendo observarse en esta materia normas de justicia y equidad, precisa que

*(...) para determinar con equidad la remuneración del trabajo es necesario ponderar también otras circunstancias: ante todo la efectiva aportación de cada uno a la producción, la situación económica de las empresas respectivas, las exigencias del bien común nacional, particularmente por lo que se refiere al pleno empleo de la mano de obra, y, por último, las exigencias del bien común internacional (...).*¹⁴⁴⁴

Refiriéndose al concepto de “salario justo” del artículo 14 bis de la Constitución argentina, Vásquez Vialard considera que este además de cumplir con los requisitos de conmutatividad y suficiencia, debe cumplir con otros dos requisitos: i) la capacidad de pago de la empresa o del empleador, y ii) los requerimientos del bien común que exige que el ingreso salarial resulte equilibrado, pues de ser excesivamente elevado, por el “factor demostración” trasladará presión a otros sectores que pretenderán alcanzar el mismo nivel, lo que podría provocar desajustes en el mercado.¹⁴⁴⁵

Una de las acepciones de la noción de “salario justo” es aquella, según De Ferrari, que considera que la remuneración, además de tener en cuenta los derechos del trabajador a una vida digna y decorosa, también tiene en cuenta los intereses del empleador, siendo justo el salario que represente un valor equivalente al que recibe el empleador por la prestación del servicio.¹⁴⁴⁶ También en la doctrina española hay quienes opinan que las referencias al salario “equitativo”, toman como punto de vista el aspecto económico del salario, es decir, como costo de la producción, en una perspectiva microeconómica, y como una variable fundamental de la política de rentas, desde la perspectiva macroeconómica.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴⁴ Ídem, p.259.

¹⁴⁴⁵ VÁSQUEZ VIALARD, Op.cit., p.351.

¹⁴⁴⁶ DE FERRARI, Op.cit., Vol., II, p.225.

¹⁴⁴⁷ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho del Trabajo”, Op.cit., p.548.

En la doctrina nacional, Arce Ortiz es de la opinión que el principio de suficiencia se satisface con la fijación de la remuneración mínima vital, mientras que el principio de equidad impone al legislador deber de intervenir, aún por encima de dicha remuneración en la cuantía del salario, para convertir a éste en “(...) *una herramienta auténtica de satisfacción generalizada de las necesidades humanas fundamentales.*”¹⁴⁴⁸ Rubio Correa asume una posición distinta, coincidente con la que afirma la doctrina extranjera, al indicar que la equidad de la remuneración debe establecerse en función de la cantidad y la calidad del trabajo aportado. Respecto a la primera expresa que: “*a igual calidad, el que trabaja más deberá recibir mayor remuneración que el que trabaja menos*”; respecto a la segunda, señala que “*si una persona presta una labor más elaborada, o hecha con mayor cuidado, o para la que ha requerido mayores calificaciones como práctica o estudios, entonces dicha calidad también deberá ser reconocida con un pago proporcionalmente mayor.*”¹⁴⁴⁹

Puede concluirse que la noción de remuneración equitativa, guarda relación con diversos factores tales, como: i) la capacidad del empleador para asumir el costo de los salarios, ii) la cantidad y calidad del trabajo, iii) la influencia de los salarios de una empresa, industria o una parte del territorio sobre el conjunto de los salarios del país; y iv) su relación con los niveles de empleo.

No obstante, la equidad del salario no es un criterio que deba predicarse en desmedro de la suficiencia del mismo. Precisamente, la equidad verdadera será aquella que además de tomar en cuenta los factores antes señalados, coloque en primer lugar la exigencia de suficiencia del salario. Esta debe ser satisfecha en la medida que los demás factores mencionados no lo impidan, como, por ejemplo, cuando la estabilidad económica de la empresa peligre. En todo caso, el salario suficiente no resultará complementemente postergado, pues, como antes se ha señalado, el empleador no podrá eximirse de satisfacer ciertos aspectos del

¹⁴⁴⁸ ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.350.

¹⁴⁴⁹ RUBIO CORREA, “Estudio...”, Op. cit, T.II, p.216. Con este criterio coincide Bernal Ballesteros, quien afirma que “*La remuneración tiene que guardar equidad con la cantidad y calidad de la labor desarrollada. Crecerá en función de ambas variables*” (BERNALES BALLESTEROS, Loc.cit.)

mismo que obedecen a la nota de suficiencia, como el pago de salarios mínimos y los beneficios sociales de origen legal o convencional.

También en este caso, la negociación colectiva es el instrumento idóneo para establecer una remuneración equitativa, que no afecte sino antes bien concorra con la aspiración a una remuneración suficiente.

6.1.4. La remuneración mínima.

El establecimiento de salarios mínimos es una de las formas de intervención del Estado en el mercado de trabajo, que nuestra Constitución recoge en el párrafo final del artículo 24º. Para De Buen, es, tal vez, una de las ideas más importantes consagradas en la legislación pues *“Implica la limitación fundamental a la posibilidad de la explotación ya que va más allá de la voluntad formal del trabajador y le impide ofrecer sus servicios a cambio de una remuneración exigua. Es un obstáculo a la necesidad del trabajador, que de otra manera aceptaría cambiar su fuerza de trabajo por cualquier cosa.”*¹⁴⁵⁰

Como antes lo señalamos (Supra...), en un primer momento, en el siglo XIX, el salario mínimo se identificó con el mínimo vital o nivel de subsistencia del trabajador. Pero De Ferrari, considera que esta noción ha sido superada y que hoy ha sido reemplazada por una noción estrictamente formal y jurídica, que carece de contenido propio, no responde a un concepto determinado ni tiene un origen único. Por ello, desde el punto de vista de su contenido material, puede ser, en un extremo, sólo un salario vital o, en el otro, un salario justo; y desde el punto de vista de su fuente u origen, este puede encontrarse en la ley, el convenio colectivo o en un órgano creado por la ley con esa finalidad.¹⁴⁵¹ Por ello, sostiene que *“(…) es el salario que la ley obliga a pagar como retribución mínima, prohibiendo toda retribución inferior.”*¹⁴⁵² Rubio Correa destaca,

¹⁴⁵⁰ DE BUEN, Op.cit., T.II, p.203.

¹⁴⁵¹ Cfr. DE FERRARI, Op.cit., Vol., II, p.222.

¹⁴⁵² Ibídem.

también, el carácter jurídico-formal de las remuneraciones mínimas: *“Son éstas las cantidades que el Estado fija por norma jurídica como el menor pago posible a un trabajador en el país, o en una determinada parte del país.”*¹⁴⁵³

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que la *“(...) remuneración mínima vital debe considerarse que, por su grado de imperatividad y dispositividad, frente a la autonomía privada, es un derecho necesario relativo. Como tal se constituye en un estándar mínimo por debajo del cual no se puede pactar, dado que ello sería inconstitucional.”*¹⁴⁵⁴

Sin embargo, hoy el salario mínimo, sin llegar necesariamente a ser equivalente al salario “justo” o “suficiente” tiene, por lo general un contenido diferente al salario “vital”, entendido este como salario de subsistencia y reproducción. Para De la Cueva, el salario mínimo no debe limitarse a reconocer lo existente, el bajo nivel de vida de los pueblos latinoamericanos, sino que debe servir para colocar al trabajador en un standard adecuado de vida, elevándolo de la situación en que se encuentra. A su juicio, el salario mínimo debe tener una triple finalidad: asegurar la satisfacción de las necesidades propiamente vitales, asegurar la educación de los hijos y brindar a la familia los placeres honestos a que tiene derecho.¹⁴⁵⁵

También Barassi conceptúa que el límite mínimo debe ser valorado sobre la base del mínimo biológico necesario para el sustento digno del trabajador y de su familia, ya que esta es, a su juicio, la formulación más correcta *“(...) y más adaptada al trabajador como persona, no como máquina (...).”*¹⁴⁵⁶

Subraya De Ferrari que esta idea del salario mínimo, que supera el salario vital, posee *“un sentido reivindicatorio que le falta a aquel.”* Considera, asimismo, que no se llama “mínimo” por el hecho de que en caso de percibir una suma inferior el trabajador no podría subsistir, ya en muchos casos este salario puede

¹⁴⁵³ RUBIO CORREA, “Estudio...”, Op.cit. T., II, p.220.

¹⁴⁵⁴ STC N° 00027-2006-PI, FJ.16

¹⁴⁵⁵ Cfr. DE LA CUEVA, “Derecho...”, Op.cit., T.I, p. 669.

¹⁴⁵⁶ BARASSI, Op.cit., T. III, p.145.

representar cifras elevadas y sustanciosas, sino porque no puede negociarse contractualmente uno inferior.¹⁴⁵⁷

En el ámbito internacional el derecho al salario mínimo, y la correlativa obligación de los Estados de establecerlos, se encuentra regulado en los Convenios de la OIT Nos 26, 99 y 131. El primero de éstos, adoptado en 1928,¹⁴⁵⁸ obliga a los Estados a fijar salarios mínimos en las industrias o partes de éstas donde no existe un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos. Señala, asimismo, el carácter obligatorio de dichos salarios, para los empleadores y trabajadores, precisando que estos no podrán rebajarlos por medio de un contrato individual ni, tampoco por un contrato colectivo, excepto, en este último caso, cuando la autoridad competente dé una autorización general o especial. Finalmente, reconoce el derecho de todo trabajador al que se le pague menos que el salario mínimo, a recuperar la suma dejada de percibir, mediante una acción judicial u otra vía, de acuerdo a la legislación nacional.

El Convenio 99¹⁴⁵⁹, se refiere a los salarios mínimos en la agricultura y fue acordado el año 1951. Su contenido reproduce, mutatis mutandi, lo que estableció el Convenio 26, en cuanto se refiere al carácter obligatorio de los salarios mínimos, la prohibición de reducirlos por las partes y el derecho del trabajador a reclamar el pago de lo que hubiere percibido de menos.

El Convenio 131¹⁴⁶⁰, fue adoptado en 1970, con el carácter de instrumento complementario de los Convenio 26 y 99, así como del Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración. En cuanto a su ámbito subjetivo comprende a *“todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema.”* (Art. 1.1.). En cuanto se refiere a la eficacia de los salarios mínimos, estipula que estos tendrán “fuerza de ley”, no podrán reducirse

¹⁴⁵⁷ Cfr. DE FERRARI, Op.cit., Vol. II, p.225.

¹⁴⁵⁸ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...” Op.cit., p.p.139-141. Este convenio fue ratificado por el Perú el 04 de abril de 1962.

¹⁴⁵⁹ Ídem, p.p.843-846. Este convenio no ha sido ratificado por el Perú.

¹⁴⁶⁰ Ídem, p.p.1325-1328. Tampoco este convenio ha sido ratificado por el Perú.

y quienes no los apliquen se harán acreedores a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza (Art.2.2). Un aspecto muy importante es el que se refiere al contenido o nivel de los salarios mínimos, pues el artículo 3, indica que en la determinación de este, deberían incluirse, en la medida que sea posible y apropiado, los siguientes elementos: a) las necesidades de los trabajadores y sus familias, considerando el nivel de salarios del país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; y b) los factores económicos, como los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

Como se puede apreciar, el concepto plasmado en este convenio, se aleja de la noción de salario “vital” para incorporar elementos propios de la idea del salario suficiente, así como del salario equitativo.

Nuestra norma constitucional se refiere a las “*remuneraciones mínimas*”, a diferencia de la constitución anterior que hacía mención a las “*remuneraciones mínimas vitales*” (Art.43º), adoptando una terminología moderna, capaz de albergar contenidos más amplios que aquellos a que se limita el salario “vital”. No obstante, en la doctrina nacional prevalece la idea de que éste se fija “(...) *en función del gasto que debe hacer cualquier trabajador para subsistir.*”¹⁴⁶¹, o “(...) *en base a un estimado del gasto más elemental que tiene que hacer una persona para sostenerse ella y una familia tipo (...)*”.¹⁴⁶² Rendón Vásquez diferencia entre la remuneración “mínima” que es el mínimo que debe abonarse al trabajador por suministrar su fuerza de trabajo, de la remuneración “mínima vital” que debe ser un monto suficiente para que atienda sus necesidades vitales.¹⁴⁶³ De este modo, a pesar de la variación terminológica existe una tendencia a ver en la remuneración mínima un salario de subsistencia, que se contrae a las más elementales necesidades del trabajador y de su familia, tendencia inducida, seguramente por el hecho de que en nuestro país “(...) *los salarios mínimos han*

¹⁴⁶¹ RUBIO CORREA, “Estudio...”, Op.cit., T.II., p.221.

¹⁴⁶² BERNALES BALLESTEROS, Op.cit., p.220.

¹⁴⁶³ RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho...”, Op.cit., p.347.

*tenido cantidades irrisorias que no cumplen con la función que les da la Constitución ni tampoco con su papel de estimulación de la economía (...).*¹⁴⁶⁴

La actual Constitución ha omitido la indicación de la Constitución de 1979, a que las remuneraciones mínimas deben “reajustarse periódicamente”, exigencia esta consustancial a la idea misma del salario mínimo, el cual debe ser esencialmente relativo y variable. “(...) pues no es posible fijar una cantidad para períodos largos de tiempo: será necesario tener en cuenta las condiciones del medio en que se vive, las nuevas necesidades y las posibilidades de las industrias.”¹⁴⁶⁵ En este sentido, el Convenio 131 OIT señala que debe ser posible “ajustar de tiempo en tiempo” los salarios mínimos (Art.4.1.). Sin embargo, a pesar del cambio en el texto constitucional, Carrillo Calle, considera que la interpretación sistemática de los artículos 22º, 23º y 24º de la Constitución, así como el concepto de salario social, determinan que, sobreviva la obligación estatal de reajustar periódicamente las remuneraciones mínimas.¹⁴⁶⁶

La fijación de las remuneraciones mínimas, debe hacerse “con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”, según reza el artículo 24º, reproduciendo la noción establecida en el artículo 43º de la Constitución de 1979. Los convenios de la OIT establecen como método para la fijación de los salarios mínimos la consulta con los representantes de los trabajadores y de los empleadores, los cuales deberán participar en la misma “en número igual y en el mismo plano de igualdad”, conforme al artículo 3,2, 2) del Convenio N° 26. El Convenio N° 99 (Art.3.2) indica que antes de adoptarse

¹⁴⁶⁴ RUBIO CORREA, Loc.cit. Desde una posición distinta, Arce Ortiz considera que el concepto de remuneración mínima satisface el principio de “suficiencia” de la remuneración contemplado en el artículo 24º de la Constitución. (Cfr. ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.350.).

¹⁴⁶⁵ DE LA CUEVA, Loc.cit.

¹⁴⁶⁶ CARRILLO CALLE, Martín, 2001, “La Flexibilización del Contenido Laboral de la Constitución”, en Balance de la Reforma Laboral Peruana, Víctor Ferro Delgado (Coord), Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p.73. A favor de la omisión de la exigencia legal del reajuste periódico Zavala Costa, quien considera que esta “(...) inducía a los trabajadores a reclamar una equivalencia entre el monto del salario y la variación del costo de vida.” (ZAVALA COSTA, Jaime, 1994”Remuneraciones y Jornada de Trabajo”, *Asesoría Laboral* Año IV, N° 37, pp. 21-23, Lima, Estudio Caballero Bustamante, p.22.).

una decisión sobre los salarios mínimos, deberá procederse a *“una detenida consulta preliminar con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores (...)”*, puntualizando, asimismo, que estas deberán participar *“sobre la base de una absoluta igualdad”* (Art.3.3). Finalmente, el Convenio N° 131 señala que debe disponerse que para el establecimiento, aplicación y modificación de los mecanismos de fijación de los salarios mínimos *“se consulte exhaustivamente”* con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

La consulta es una forma de participación. Esta puede comprender otras formas como la negociación y la codecisión. No parece que el artículo 24° de la Constitución se refiera a estas últimas. En el primer caso porque la negociación sólo puede concebirse como un método para fijar salarios mínimos en una industria o circunscripción territorial a través de la convención colectiva de trabajo, pues tanto el Convenio N° 26 como el Convenio N° 131, dejan a salvo la libertad de negociación colectiva, pero no es un mecanismo apropiado cuando es el Estado a quien compete establecerlo. Y, en el segundo caso, porque dada la trascendencia que tiene la figura de la codecisión, en la medida que supedita la decisión estatal al acuerdo con los representantes de los trabajadores y los empleadores, hubiera sido necesario que el propio texto constitucional lo indique claramente, lo que, obviamente, no ha ocurrido, pues el artículo 24° se refiere a que el Estado regula las remuneraciones mínimas *“con participación”* de las organizaciones de trabajadores y empleadores y no *“con acuerdo”* de éstas.

Estimamos, por consiguiente que dicha participación debe entenderse como consulta a dichos representantes, la misma que, conforme a los convenios de la OIT, debe ser previa, detenida y exhaustiva. Esta puede realizarse directamente, consultando a cada grupo de organizaciones, o a través de la participación de éstas - en pie de igualdad- en un organismo consultivo, pero no tiene carácter vinculante para el Estado, quien puede adoptar una decisión válida en caso de discrepancia o abstención de éstas.

Finalmente, es necesario puntualizar que el artículo 24º constitucional no se refiere a la remuneración mínima en singular sino en plural (“remuneraciones mínimas”), lo cual, según anota Zavala Costa, deja en libertad al Estado para fijar más de una remuneración mínima, atendiendo a la edad, naturaleza de las labores y condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.¹⁴⁶⁷

En rigor, las remuneraciones mínimas, pueden establecerse diferenciadamente en función a dos criterios: el profesional (o sectorial) y el geográfico (territorial). Conforme al primer criterio, se puede distinguir entre salario profesional, aplicable a un sector o rama de actividad, o interprofesional, aplicable a todos los sectores; de acuerdo al segundo, el salario mínimo puede ser regional (o provincial, departamental, etc) o nacional, según se aplique a una parte o a la totalidad del territorio del Estado.¹⁴⁶⁸

Sin embargo, desde la perspectiva que lo contempla como un salario de “garantía”, que establece un piso salarial para proteger a los grupos de trabajadores más débiles, ya sea por su escasa calificación o por su falta de organización, se concluye en la necesidad de establecer un salario interprofesional de ámbito nacional.¹⁴⁶⁹ Rubio Correa, opina que diferenciar el salario mínimo por sectores de la producción o el tamaño de las empresas “(...) quitaría validez al principio que subyace a la remuneración mínima: que vale

¹⁴⁶⁷ Cfr. ZAVALA COSTA, Loc.cit. De la misma opinión es Carrillo Calle, quien agrega que los mínimos -sectoriales o geográficos- deben ser concertados con los representantes de los interlocutores sociales. (CARRILLO CALLE, “La flexibilización...”, Op.cit., p.73.

¹⁴⁶⁸ Cfr. RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho...”, Op.cit., p.348. Desde la expedición en Agosto de 1985 del Decreto Supremo N° 026-85-TR, rige en el Perú la remuneración mínima única para todo el país, sin distinción de regiones ni de actividades. Antes de esta norma, al amparo del Decreto Ley N° 14222, los salarios mínimos se fijaban por regiones económicas y, dentro de éstas, por actividades económicas, considerándose separadamente los siguientes grupos: a) el comercio, la industria, los transportes urbanos, interurbanos, provinciales o interprovinciales y las ocupaciones urbanas en general, b) la agricultura y ocupaciones anexas, c) la minería y ocupaciones anexas, y d) cualquier otra actividad distinta de las anteriores (Art.4º). (Cfr. “Legislación...”, Op.cit., p.193.).

¹⁴⁶⁹ Cfr. VIDA SORIA et al, “Manual de Derecho del Trabajo”, Op.cit., p.563. Estos autores indican que “(...) el salario interprofesional del salario mínimo sirve de elemento igualatorio - en la lógica de la renta mínima- entre las distintas categorías y sectores profesionales, además permite atender a aquellos sectores a los que no ha llegado la negociación colectiva y garantiza la progresión en la cuantía de los salarios, al tomarlo como parámetro de referencia a la hora de negociar los salarios profesionales.” (Ibídem).

*igual para todos en un ámbito determinado por los precios y demás condiciones de vida, así como por la capacidad de pago del empleador.”*¹⁴⁷⁰

1.5. Igualdad de Remuneración y No Discriminación.

El principio de igualdad de la remuneración por trabajo igual no se encuentra expresamente mencionado en la Constitución, tal como, en cambio lo hizo la Constitución de 1979, en el segundo párrafo del artículo 43º: *“El trabajador, varón o mujer, tienen derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador.”*

No obstante, de acuerdo con el principio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos¹⁴⁷¹, debemos considerar que forma parte del derecho fundamental a la remuneración suficiente y equitativa, ya que este aspecto del derecho se encuentra expresamente enunciado en el Artículo 23º de la Declaración Universal: *“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”*¹⁴⁷² Lo afirma, igualmente, el PIDESC, en su artículo 7, a), i) cuando reconoce el derecho de todos los trabajadores a *“Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie,”*¹⁴⁷³ y, asimismo, con términos similares, el Protocolo de “San Salvador”.¹⁴⁷⁴

¹⁴⁷⁰ RUBIO CORREA, “Estudio...”, Op.cit., T. II., p.222.

¹⁴⁷¹ Establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

¹⁴⁷² CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Compilación...”, Op.,cit., p.50.

¹⁴⁷³ Ídem, p.56. Agrega esta norma: *“(...) en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.”* (Ibídem).

¹⁴⁷⁴ Cfr. Ídem, p.268. Señala este instrumento en el artículo 7, al enumerar los derechos que emanan del derecho al trabajo: *“a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.”* (subrayado agregado). (Ibídem).

Apoyándose en estos instrumentos internacionales, el Tribunal Constitucional reconoce la dimensión constitucional del principio de a igual trabajo igual remuneración:

En tal sentido se infiere de los tratados de Derechos Humanos referidos a los que se hace mención que la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana.¹⁴⁷⁵

Por otro lado, debe considerarse que este principio-derecho se encuentra implícito en el principio de “Igualdad de oportunidades, sin discriminación”, que rige la relación laboral según el artículo 26.1 constitucional, conforme a la interpretación del mismo realizada por la jurisprudencia constitucional, según la cual la igualdad de oportunidades se identifica con la “igualdad de trato” y esta, a su vez, “(...) obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.”¹⁴⁷⁶

De acuerdo con este principio, carece de justificación la diferenciación salarial entre trabajadores que realizan la misma labor, en idénticas condiciones, cuando no existen causas objetivas y razonables que la justifiquen. Precisamente, la desigualdad en materia salarial es uno de los hechos en los que más frecuentemente resulta contrastado aquel principio, cuando prevalecen criterios subjetivos o, incluso, abiertamente discriminatorios para fijar su monto.

El Convenio N° 100 de la OIT¹⁴⁷⁷, afirma este principio en relación al salario del hombre y de la mujer, con el objeto de proscribir la diferenciación salarial basada en el sexo, pero establece ciertos criterios respecto a la forma de establecer

¹⁴⁷⁵ STC N° 04922-2007-PA/TC, FJ.8.

¹⁴⁷⁶ STC N° 008-2005-PI/TC, FJ. .23.

¹⁴⁷⁷ “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. Fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de diciembre de 1959.

cuando se produce una diferenciación injustificada en materia salarial, que resultan susceptibles de ser aplicados al trabajo realizado por personas del mismo sexo.

Un primer criterio es el de considerar que la noción de “remuneración” comprende todos los ingresos que percibe el trabajador y que tengan como origen la labor que realiza. Al respecto, el artículo 1, inciso a) del citado convenio señala que el término “remuneración” *“comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de éste último.”*¹⁴⁷⁸ Se ha destacado que, con esta fórmula, se trata de asegurar que *“(...) la igualdad no se limite al salario básico u ordinario ni pueda restringirse en modo alguno por disquisiciones semánticas.”*¹⁴⁷⁹

El otro criterio relevante es el relativo a la forma de determinar si el empleo que realizan dos trabajadores puede considerarse “igual” o “idéntico”, que es el supuesto de hecho en el cual una diferencia de remuneración podría considerarse discriminatoria. Al respecto, el artículo 3, numeral 1, del Convenio indica que deberán adoptarse medidas *“(...) para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe (...)*. Por ello, el numeral 3 del mismo artículo, precisa que las diferencias remunerativas existentes entre el varón y la mujer que resulten de la evaluación objetiva de los trabajos, no deben considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Este mismo criterio es aplicable a la comparación del trabajo realizado por dos personas del mismo sexo, pues cuando de esta resulte que dicha labor no es igual o idéntica, la diferenciación salarial no podrá catalogarse como discriminatoria.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.849-852.

¹⁴⁷⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), 1986, “Igualdad de Remuneración. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, en Conferencia Internacional del Trabajo 72ª reunión (Ginebra 1986), Informe III (Parte 4B), Ginebra, p.9. El mismo estudio de la Comisión de Expertos, subraya que *“El Convenio abarca a todos los componentes de la remuneración, directos e indirectos, derivados de la relación de empleo.”* (Ídem, p.11.)

¹⁴⁸⁰ Respecto a esta última norma, la Comisión de Expertos señala que *“(...) del párrafo 3 del artículo 3 se deduce que se ha de emplear alguna forma objetiva de evaluación de los*

6.2. El derecho a la jornada máxima y al descanso semanal y anual.

6.2.1. Antecedentes.

Las Constituciones de 1920 y 1933 no contuvieron normas específicas sobre la jornada máxima de trabajo ni sobre los descansos semanal y anual. Ambas, establecieron que la ley “fijará las condiciones máximas del trabajo”, pudiendo deducirse de esta expresión la intención de poner límite a aquellas condiciones laborales perjudiciales para el trabajador, como el trabajo prolongado o excesivo.¹⁴⁸¹

En cambio, la Constitución de 1979, estableció, en el artículo 44º que

La jornada diaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley.

Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios.

También tiene derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo.

6.2.2. El derecho a la jornada máxima.

6.2.2.1. Significado y Contenido.

La constitución vigente varía en algunos aspectos la redacción de su predecesora al señalar:

empleos en función del trabajo que ha de efectuarse y que esta manera es la única prevista en el Convenio para establecer diferencias de remuneración, en conformidad con el principio de igualdad.” (CONFERENCIA..., Op.cit., p.13.).

¹⁴⁸¹ Vid. Constitución de 1920, artículo 47º; Constitución de 1933, artículo 46º (GARCÍA BELAÜNDE, Op.cit.).

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

La limitación del tiempo de trabajo, mediante la jornada máxima de trabajo, fue una de las primeras reivindicaciones de los trabajadores y representó, en su momento, también, una de las primeras y mayores conquistas de la clase trabajadora. En la era de la revolución industrial y el liberalismo económico, se rechazó cualquier limitación de la jornada, por considerarla contraria a la libertad y al derecho del trabajador de obtener mayores ganancias: *“El hombre es libre; ¿cómo prohibirle que trabaje durante diez, doce o catorce horas? ¿No equivale esa prohibición a impedirle que obtenga una ganancia lícita? La limitación de la jornada traerá consigo la reducción de las posibilidades de ganancia y es, por tanto, incompatible con la libertad natural del hombre.”*¹⁴⁸²

Sin embargo, no resultó difícil que la realidad de los hechos demostrara que esta “libertad” del trabajador, tan acendradamente defendida por los empleadores y los teóricos del liberalismo, conspiraba contra su salud e, incluso, contra su vida. Las extenuantes jornadas de hasta 16 horas diarias, habituales durante el siglo XIX, daban lugar, dice Daubler¹⁴⁸³, a un prematuro deterioro de la capacidad laboral y a graves perjuicios en la salud del trabajador, al mismo tiempo que lo convertían en un “apéndice laboral”, sin tiempo disponible para atender sus necesidades personales, ni participar en la vida social, política y cultural, pues su tiempo libre apenas alcanzaba para descansar y hacer las tareas domésticas. Destaca, por ello, que la lucha por la reducción de la jornada ofrecía *“(…) la oportunidad de que la persona no quede convertida en un “simple robot”, sino que se pueda desarrollar también como ser humano que es.”*¹⁴⁸⁴

¹⁴⁸² DE LA CUEVA, “Derecho...”, Op.cit., T.I., p.595.

¹⁴⁸³ DAUBLER, Op. cit., p. 581.

¹⁴⁸⁴ Ibídem. En este sentido, De la Cueva sostiene que *“(…) toda la crítica al individualismo y liberalismo se dejó sentir en esta materia y además se dijo: Las jornadas de quince o más*

No duda De Ferrari en considerar que la práctica de largas y extenuantes jornadas de 16 y 18 horas dio lugar en ese momento de la historia “(...) a una costumbre industrial inhumana que recordamos hoy como uno de los agravios más grandes inferidos al hombre y como las iniquidades y crímenes sociales más abominables del siglo pasado y de los albores del actual.”¹⁴⁸⁵

Por ello, el establecimiento de una jornada máxima de trabajo constituyó una de las primeras manifestaciones del intervencionismo del Estado en el campo laboral, la cual estuvo fundada tanto en razones humanitarias, referidas a la protección de la salud y moral del trabajador, cuanto en razones económicas, al comprobarse que la extensión excesiva de la jornada genera el decrecimiento de la productividad del trabajo.¹⁴⁸⁶

La intervención del Estado en este aspecto se inició en Inglaterra, en los inicios del siglo XIX. William S. Jevons, en su última obra, publicada en 1882, relata el proceso que tuvo lugar en ese país a través de las denominadas Leyes de Fábricas. Según este autor, la más antigua de dichas leyes se dictó en 1802, denominada como Ley de Salud y Moral de los Aprendices, aunque más conocida como la Ley de sir Robert Peel (padre). Esta ley reguló la labor de los aprendices, menores de edad a quienes se hacía laborar en ciudades fabriles del norte donde “(...) recibían un trato apenas mejor que el de los esclavos, que es lo que en realidad eran.”¹⁴⁸⁷ Obligó a asear las fábricas dos veces al año, abrir ventanas que garantizaran una buena ventilación y estableció una jornada laboral máxima de 12 horas diarias, prohibiendo el trabajo nocturno, con algunas excepciones. Otra ley, de 1816, prohibió el trabajo de los niños menores de 9 años en las fábricas de algodón y señaló una jornada máxima de 12 horas diarias para los niños entre nueve y dieciséis años, sin contar el tiempo para comer,

horas, que apenas si dejan tiempo al trabajador para dormir, no son compatibles con la persona humana, pues obligan al hombre a llevar una vida animal, comer y dormir; el trabajo excesivo agota prematuramente las energías del hombre conduciéndole con mayor rapidez a la vejez o invalidez.” (DE LA CUEVA, Loc.cit.)

¹⁴⁸⁵ DE FERRARI, Op.cit., Vol. III, p.p.46-47.

¹⁴⁸⁶ Cfr. MONTOYA MELGAR, “Derecho...”, Op.cit., p.325.

¹⁴⁸⁷ JEVONS, William S., 2006, “El Estado y los Trabajadores”, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., p.88.

reiterando la prohibición del trabajo nocturno. La ley dictada en 1825, otorgó a los menores entre esas edades, la reducción de la jornada del sábado a nueve horas, que debían laborarse entre las cinco de la mañana y las cuatro y media de la tarde. Leyes posteriores, dictadas por la Reina Victoria, redujeron la jornada a diez horas y media, al incluir en la jornada de doce horas, una hora y media para comer; asimismo, señalaron como día de descanso el sábado desde las dos de la tarde. La Ley de Fábricas y Talleres de 1878, estableció diversas medidas relativas a la hora mínima de ingreso (6 o 7 de la mañana) y la hora máxima de terminación (7 o 9 de la noche), el descanso el sábado desde las dos de la tarde en fábricas y talleres y desde las cuatro en otras industrias y un tiempo para comer no menor a dos horas diarias, salvo los sábados que era de media hora. Todo lo cual condujo, señala Jevons, a establecer una jornada de 56 horas semanales en las fábricas textiles y de 60 en las no textiles.¹⁴⁸⁸

Estas normas, sin embargo, sólo se aplicaban a niños, jóvenes y mujeres, no así a los hombres adultos, para quienes seguían rigiendo jornadas excesivas. Por esta razón insistieron en su exigencia de una jornada de ocho horas a través de una célebre canción cuya letra era la siguiente:

*“Eight hours to work, eight hours to play;
Eight hours to sleep, and eight shillings a day”.*

[Ocho horas para trabajar y ocho para jugar;
ocho horas de sueño y ocho chelines de jornal].¹⁴⁸⁹

La reducción de la jornada de los varones adultos, a ocho horas diarias, fue introducida en Inglaterra, por iniciativa propia, por el empresario Robert Owen, uno de los exponentes del llamado socialismo utópico o pre-marxista, en sus fábricas de hilanderías de New Lanark. Sin embargo, su ejemplo no tuvo el eco deseado y sólo algunas industrias, como las de hilados y tejidos, redujeron la jornada a once horas diarias.¹⁴⁹⁰

¹⁴⁸⁸ Cfr. Ídem, p.p.88-94.

¹⁴⁸⁹ Ibídem, p.p.95-96.

¹⁴⁹⁰ Cfr. DE FERRARI, Op. cit, Vol. III, p.51; DE LA CUEVA, Op.cit., T.I, p.596. En el caso de Alemania, el otro país que alcanzó un alto grado de desarrollo industrial en el siglo XIX, el proceso fue similar, aunque algo posterior al inglés. Señala Daubler que hacia 1850 la

Sin embargo, el intervenciones del Estado que condujo al establecimiento de la jornada máxima de ocho horas, no fue una concesión generosa del poder político sino el resultado de la lucha social librada incesantemente, desde finales del siglo XIX por las organizaciones de la emergente clase trabajadora. Uno de los episodios más importantes, cuanto dramáticos, de esta lucha, lo representa la cruenta represión del paro iniciado el 1º de mayo de 1886 en Chicago, efectuada el 3 de mayo con un saldo de numerosos muertos y heridos y a consecuencia de la cual cinco dirigentes obreros fueron ejecutados en la horca y otros tres condenados a prisión. El sacrificio de los “mártires de Chicago” motivó la decisión de las más importantes organizaciones sindicales norteamericanas y europeas de celebrar manifestaciones todos los años, el 1º de mayo, hasta conquistar la jornada de ocho horas, siendo notable la gran “manifestación obrera de dos mundos” que el 1º de mayo de 1990 congrego a millones de trabajadores en las grandes ciudades de los principales países europeos y de Estados Unidos, en una impresionante demostración de unidad internacional del movimiento obrero.¹⁴⁹¹

En el Perú la conquista de la jornada de las 8 horas precedió, en mucho tiempo, a su reconocimiento constitucional. El inicio de la lucha del incipiente movimiento sindical peruano para reducir la jornada de trabajo a las ocho horas, se sitúa alrededor de 1905, año a partir del cual se sucedieron crecientes movilizaciones de protesta que tenían como una de sus principales reivindicaciones la jornada máxima de 8 horas.¹⁴⁹² Un reflejo, aunque limitado de estas exigencias, fue el establecimiento de esta jornada a favor de las mujeres y de los menores de 14 a 18 años de edad, dispuesto en el artículo 5º de la Ley 2851, el cual, asimismo,

jornada de trabajo era de unas 14 horas, de 12 horas en 1875 y al finalizar el siglo llegaba a diez horas y media. (Cfr. DAUBLER, Op.cit., p.582.)

¹⁴⁹¹ Cfr. CABANELLAS, Op.cit., T.1, Vol., 1, p.243.

¹⁴⁹² Señala Lévano al respecto: “El primer período de la lucha por las ocho horas y por la organización sindical masiva en el Perú es el que va de 1905 a 1911. Comienza con el acto de la Federación de Panaderos en que por vez primera se conmemora el 1º de mayo y se llama a la lucha por las ocho horas. Culmina con un histórico llamamiento lanzado por el Comité de Propaganda Sindical, el 16 de junio de 1911.” (LÉVANO, César, 1967, “La Verdadera Historia de la Jornada de las Ocho Horas en el Perú”, Lima, p.16.).

fijó, para estos grupos, la jornada semanal en 45 horas.¹⁴⁹³ El siguiente hito en este proceso, lo constituyó la huelga de los trabajadores del puerto del Callao, realizada en Enero de 1913, a consecuencia de la cual el 13 de enero de ese año, se dictó una resolución ministerial estableciendo la jornada de 8 horas para los jornaleros del muelle y dársena del puerto. Al respecto, se ha señalado que *“Este es el primer antecedente al reconocimiento general de las ocho horas, que se formalizó jurídicamente en 1919, luego de un largo proceso de lucha a cargo del movimiento obrero.”*¹⁴⁹⁴

Finalmente, tras una larga huelga que se inició en el sector de la industrial textil el 12 de diciembre de 1918 y que se extendió a todos los sectores obreros organizados, paralizando la capital los días 13, 14 y 15 de enero de 1919¹⁴⁹⁵, el Presidente José Pardo dictó, el 15 de ese mes un decreto supremo fijando la jornada de 8 horas diarias de trabajo.¹⁴⁹⁶

La limitación de la jornada de trabajo encuentra fundamentos de diversa naturaleza que podrían resumirse en los siguientes: i) de orden fisiológico o

¹⁴⁹³ Esta Ley dictada en 1912 reguló el régimen laboral de las mujeres y de los menores. (Cfr. RAMÍREZ OTÁROLA, Jorge, 1963, “Codificación de la Legislación del Trabajo y de Previsión Social del Perú”, Segunda Edición, Lima, Editorial Antonio Lulli S.A., p.p.100-109.).

¹⁴⁹⁴ SANTISTEVAN, et al, Op.cit., p.35.

¹⁴⁹⁵ Respecto al momento culminante de esta huelga Lévano hace el siguiente relato: *“La lucha se extendía y agudizaba. Cada día los diarios daban cuenta de nuevos incidentes, de nuevas huelgas. Los policías mismos habían presentado su pliego de reclamos, exigiendo aumento de sueldos a pesar de que les acababan de otorgar uno. Los trabajadores domésticos, los encargados de la limpieza pública, todos los explotados, en suma, se unían al torrente del paro general.”* (LÉVANO, Op.cit., p.44.).

¹⁴⁹⁶ El artículo 2º de dicho decreto señalaba lo siguiente: *“En las fabricas, ferrocarriles, establecimientos comerciales, agrícolas y mineros, de empresas o de particulares, el tiempo de la duración del trabajo diario se fijará de mutuo acuerdo entre los propietarios, industriales o administradores con los operarios. A falta de acuerdo y mientras el Congreso estatuye sobre el particular, el tiempo de duración del trabajo quedará sometido de hecho al régimen oficial de ocho horas, manteniendo el monto de los actuales salarios.”* El artículo 1º del mismo decreto, estableció dicha jornada en los talleres del Estado, sus ferrocarriles, establecimientos agrícolas e industriales y en las obras públicas. (Cfr. RAMÍREZ OTÁROLA, Op.cit., p.42.). Este decreto supremo permaneció vigente hasta la dación del Decreto Ley N° 26136, publicado el 30 de diciembre de 1992, el cual reguló la jornada de trabajo de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales. Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo N° 854, “Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo”, publicado el 1º de Octubre de 1996, el cual, a su vez, fue modificado por la Ley N° 27671, publicada el 21 de febrero de 2002. Mediante el Decreto Supremo N° 007-2002-TR , publicado el 4 de julio de 2002, se aprobó el Texto Único Ordenado de esta ley.

relativos a la salud; ii) de orden social; iii) de orden económico, iv) de orden cívico-político y v) de orden espiritual o religioso.

- Los de orden fisiológico, destacan el efecto pernicioso que la duración excesiva de la jornada de trabajo produce en la salud del trabajador. Como lo señala De Buen, la fatiga del trabajador entorpece su actividad y es causa de accidentes de trabajo que suelen incrementarse al término de la jornada; además, disminuye las defensas del trabajador facilitando que contraiga enfermedades.¹⁴⁹⁷

- Razones de orden social también justifican la reducción de la jornada. El trabajador forma parte de un medio familiar y social del cual surgen deberes que debe cumplir, además de resultar necesario para su desarrollo como persona. Por ello, la limitación de la jornada permite al trabajador disponer del tiempo necesario para cumplir sus deberes familiares y sociales.¹⁴⁹⁸ Caldera pone de relieve que ello permite *“Rescatar al hombre para la comunidad, integrarlo en su propio ser dentro del ambiente comunal (...)”* Y agrega: *“Permitir jornadas muy largas significaría condenar de antemano este objetivo, indispensable para reconciliar el sentido humano de la vida con los cambios que ha traído consigo el desarrollo de la industrialización.”*¹⁴⁹⁹

- Existen, también, importantes razones de índole económico, la principal de las cuales se expresa en la denominada “ley del rendimiento -o productividad-decreciente” la misma que sostiene que a una mayor jornada no corresponde un rendimiento más elevado pues, al contrario, una vez alcanzado su nivel óptimo, este *“(...) comienza a descender a partir de un determinado momento en que la fatiga crea en la relación jornada-rendimiento una correspondencia inversamente proporcional.”*¹⁵⁰⁰ Otra razón de este tipo, consiste, en tiempos actuales, en la necesidad de repartir el trabajo disponible, habida cuenta de los extraordinarios

¹⁴⁹⁷ DE BUEN, Op.cit., T.II, p.143.

¹⁴⁹⁸ Cfr. ALONSO GARCÍA, Op.cit., p.434.

¹⁴⁹⁹ CALDERA, Op.cit., p.430.

¹⁵⁰⁰ ALONSO GARCÍA, Loc.cit. En el mismo sentido, Cfr. DE BUEN, Loc.cit.

incrementos en el rendimiento del trabajo producido por los avances tecnológicos.¹⁵⁰¹

- El fundamento de carácter cívico- político, aunque estrechamente relacionado con el de carácter social, pone el acento en la pertenencia del trabajador a una comunidad política, en la que tiene derecho a participar y, por cierto, deberes que cumplir. Debemos recordar, al respecto, que el artículo 2º, numeral 17, de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a *“Participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”*, derecho éste que, obviamente, requiere que el trabajador disponga del tiempo libre necesario para ejercerlo.

- Finalmente, cabe aludir al fundamento espiritual-religioso, en cuanto el trabajador, por lo general, participa, también, de una comunidad religiosa, como medio para su realización espiritual. Aunque este es un fundamento que cobra especial importancia en relación al descanso semanal, no deja de estar presente en la limitación de la jornada diaria.

El establecimiento de una jornada máxima de trabajo -diaria y semanal- fue sancionado en el Convenio N° 01 de la OIT, adoptado, en 1919. Este primer convenio de la OIT es aplicable a las “empresas industriales” y en su artículo 21 establece que la duración del trabajo *“no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho horas por semana”*.¹⁵⁰² En su artículo 6, este convenio admite la posibilidad de que la autoridad pública establezca excepciones permanentes a la jornada máxima para la ejecución de trabajos preparatorios o complementarios, o para labores intermitentes así como otras de carácter temporal para que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo, señalando que, en tales casos, dichas horas extraordinarias deberán ser pagadas con una sobretasa del 25 por ciento respecto del salario normal (Art.6.2).

¹⁵⁰¹ ALONSO OLEA, “Introducción...”, Op.cit., p.332.

¹⁵⁰² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p. 1-7. Este convenio fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 10195 del 23 de marzo de 1945.

En 1930, el Convenio N° 30 de la OIT extendió la jornada máxima de 8 horas diarias y 48 semanales al comercio y las oficinas.¹⁵⁰³ Otros convenios, han reducido la jornada semanal a 40 horas en determinadas actividades, como la construcción civil¹⁵⁰⁴ y la industrial textil¹⁵⁰⁵

El derecho a la “*limitación razonable de la duración del trabajo*” también goza de pleno reconocimiento en los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que lo relacionan directamente, como lo hace el artículo 24° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el descanso y el disfrute del tiempo libre.¹⁵⁰⁶

La jornada máxima de trabajo tiene la naturaleza de una norma de derecho necesario relativo, en cuanto la duración “máxima” de la jornada constituye la protección “mínima” que la norma heterónoma otorga al trabajador, siendo válido, por consiguiente válido el acuerdo de partes o, inclusive, la decisión unilateral del empleador, que establezca una duración menor de dicha jornada.¹⁵⁰⁷ En este caso, la imperatividad de la norma protectora opera para

¹⁵⁰³ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p.178-182. Este convenio no ha sido ratificado por el Perú. (Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), 2009, “Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2009 (II)”, Documento informativo sobre ratificaciones y actividades normativas (hasta el 31 de diciembre de 2008), Informe III (Parte 2). Conferencia Internacional del Trabajo. 98ª reunión (Ginebra 2009), Ginebra, p. 60.)

¹⁵⁰⁴ Cfr. Convenio N° 51, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p.329-333. Este convenio no ha sido ratificado por el Perú y no entró en vigor al no haber alcanzado el número de ratificaciones requerido para ello. (Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Aplicación de las...”, Op.cit., Segunda Parte, p.p.41-123.)

¹⁵⁰⁵ Cfr. Convenio N° 61, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p.394-400. Este convenio no ha sido ratificado por el Perú y no entró en vigor al no haber alcanzado el número de ratificaciones requerido para ello. (Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Aplicación de las...”, Op.cit., Segunda Parte, p.p.41-123.)

¹⁵⁰⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Compilación...”, Op.cit., p.50. Asimismo, lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Art.7, d) (Ídem, p.56); y el Pacto de San Salvador (Art.7, h.) (Ídem, p.268.)

¹⁵⁰⁷ La norma infraconstitucional así lo reconoce: el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, indica que “*Se pueden establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.*” (Cfr. “LEGISLACIÓN...”, Op.cit., p.168.)

impedir que, por cualquier medio, la jornada ordinaria supere las 8 horas diarias y las 48 horas semanales.

6.2.2.2. Las jornadas acumulativas o atípicas.

El precepto constitucional indica que *“En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.”* Se admite, de este modo, en el plano constitucional la existencia de esas jornadas, que representan, en cierta forma, una excepción, a la regla general de 8 horas diarias y 48 semanales como duración máxima de la jornada. La sustitución la conjunción “y” (en la Constitución de 1979) por la disyunción “o” en el texto de la actual, ha permitido, opina Zavala Costa, la implantación de estos sistemas de jornada.¹⁵⁰⁸

El Convenio N° 01 OIT estableció excepciones a dicha regla general en los siguientes casos:

- Cuando - por ley, costumbre o convenio colectivo- la duración del trabajo sea inferior a 8 horas diarias en uno o varios días de la semana, en cuyo caso la jornada de los restantes días de ésta podrá exceder las 8 horas, sin que dicho exceso supere una hora diaria, es decir 9 horas (Art.2,b). En todo caso, se respeta la duración máxima de la jornada semanal, es decir 48 horas, por lo que, en realidad, se trata de una redistribución del tiempo de trabajo semanal entre los días de la semana, con el límite de una hora para aquellos días en que se exceda la jornada de 8 horas. El trabajo se presta diariamente, pero la cantidad de horas de trabajo no es igual, pues en unos se labora por debajo de la jornada máxima y en otros por encima de ésta. Se trata de un tipo de jornadas que la norma infraconstitucional ha denominado “compensatorias.”¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁸ ZAVALA COSTA, Loc.cit.

¹⁵⁰⁹ Arce Ortiz las denomina, también, “asimétricas”. (Cfr. ARCE ORTIZ, “Derecho...”, Op.cit., p.444.)

- Cuando el trabajo se realice por equipos, en cuyo caso podrá sobrepasar las 8 horas diarias y las 48 semanales, siempre que el promedio de horas trabajadas en un período de tres semanas o menor, no exceda de 8 horas diarias ni de 48 horas por semana. Estas vienen a ser, propiamente, las jornadas “acumulativas o atípicas” mencionadas en el artículo 25º de la Constitución, cuya característica consiste en que, por necesidades imperiosas de la producción y del trabajo en equipos o por turnos, se amplía el período de cómputo a uno máximo de tres semanas, dentro de las cuales resulta posible redistribuir las horas de trabajo, excediendo los límites de duración diaria y semanal de la jornada, siempre que en dicho período -o uno más breve- tales límites sean efectivamente respetados. En este sistema se acumulan las jornadas superiores a 8 horas en un bloque continuo seguido de otro en el cual se acumulan los días de descanso que compensan los de trabajo.¹⁵¹⁰

Refiriéndose a ésta clase de jornada, el Tribunal Constitucional ha señalado cual es el parámetro que habrá de tenerse en cuenta para justificar su aplicación:

*Es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.*¹⁵¹¹

Asimismo, ha precisado que al establecer el artículo 25º de la Constitución que la jornada máxima semanal no podrá exceder de 48 horas, “(...) ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora.”¹⁵¹²

¹⁵¹⁰ Así, por ejemplo, en un período de 21 días podría combinarse un bloque de 12 jornadas de trabajo de 12 horas cada una, seguido de un bloque de 9 días continuos de descanso. Si, en cambio la jornada diaria fuera de 10 horas, el resultado sería 14 días de labor por 7 días de descanso consecutivo.

¹⁵¹¹ STC N° 4635-2004-AA, FJ.20.

¹⁵¹² Ídem, FJ.29. Descarta, de esta manera, que en el ordenamiento nacional se pueda aplicar la excepción contenida en el artículo 4 del Convenio N° 01 OIT, el cual señala que en aquellos trabajos cuyo funcionamiento continuo, por la naturaleza misma del trabajo, deba

Aplicando los criterios antes señalados, el TC ha establecido que en la actividad minera la jornada diaria no puede ser mayor a 8 horas diarias, descartando la aplicación a este sector económico de las jornadas acumulativas o atípicas.¹⁵¹³ Fundamenta el tribunal su decisión en el principio-derecho de dignidad humana enunciado en el artículo 1º de la Constitución, así como en el derecho a la vida en cuanto, a su juicio, la aplicación de esta modalidad de jornada incide en la disminución de la esperanza de vida de los trabajadores mineros. Adicionalmente, la considera incompatible con el derecho a la protección del medio familiar.¹⁵¹⁴

6.2.3. El derecho al descanso semanal y anual.

Las razones que se invocan a favor del descanso semanal y anual son, en esencia, las mismas que se aducen para justificar la limitación de la jornada diaria de trabajo. Sin embargo, se pone el énfasis, no tanto en la necesidad del descanso físico, cuanto en el descanso psíquico o mental, así como en el fomento de la vida familiar y social e, incluso, la actividad religiosa del trabajador.

El descanso hebdomadario existió mucho antes del advenimiento de la revolución industrial, pero su finalidad era religiosa, pues las grandes religiones dedican un día de la semana al descanso y al culto: el domingo para los católicos, el sábado para los judíos y el viernes para los musulmanes. Por esta razón, el descanso semanal prevaleció en Occidente, bajo la influencia del catolicismo, en

ser asegurado por equipos sucesivos, el promedio de horas de trabajo no excederá las 56 horas por semana.

¹⁵¹³ “ (...) el Tribunal Constitucional estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, que han sido descritas a lo largo de la presente sentencia; y que, en este caso concreto, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.” (Idem, FJ. 28.).

¹⁵¹⁴ Cfr. Ídem, FJ. 35.

la fase previa a dicha revolución industrial, antes que por razones atinentes a la necesidad de descanso de los artesanos, campesinos y siervos, por motivaciones estrictamente religiosas, aunque un efecto necesario de ello consistió en permitir dicho descanso y la vida familiar y comunitaria, pues no pocas festividades sociales estaban vinculadas al culto religioso. Sin embargo, al sobrevenir el liberalismo y el desarrollo del capitalismo, esta tradición fue abolida, tanto por motivos ideológicos cuanto por el afán productivista reinante en esa época.¹⁵¹⁵

Sostiene De Buen que el descanso semanal permite al trabajador liberarse de la tensión que implica tener que volver al trabajo al día siguiente, permitiéndole, cuando menos, un día de inactividad laboral.¹⁵¹⁶ Durante el fin de semana dice Daubler, la persona “*debe disponer de si misma*”, para poder atender sus propias necesidades.¹⁵¹⁷ Para Caldera más relevantes son las razones sociales señalando que, por este motivo, la legislación tiende a que el descanso semanal sea colectivo, esto es, en un mismo día para todos los trabajadores, lo cual asegura el trato social, la comunicación familiar, la participación en la vida de la comunidad y el funcionamiento de “*diversiones higiénicas e instructivas*”.¹⁵¹⁸

En el día de descanso semanal colectivo, según afirma la jurisprudencia alemana “*(...) debe reinar una atmósfera de tranquilidad, libre de bullicio y de espíritu de lucro; debe quedar interrumpida la presión de competencia reinante en el mundo laboral (...)*”.¹⁵¹⁹ En ese día, afirma Daubler, “*El trabajador deja de ser una ruedecilla del aparato manejado por manos ajenas; él mismo puede decidir lo que ha de hacer.*”¹⁵²⁰ Señala por eso, que no tiene el mismo efecto el hecho de

¹⁵¹⁵ Cfr. DE FERRARI, Op.cit., Vol. III., p.100. Señala este autor que “*Durante el período a que nos estamos refiriendo, los abusos fueron tan grandes que se cuenta el caso de los menores en Inglaterra, obligados por tales costumbres a permanecer todo el domingo en la cama a fin de poder reiniciar una nueva semana de trabajo.*” (Ídem, p.101.).

¹⁵¹⁶ DE BUEN, Op.cit., T. II., p.p.160-161.

¹⁵¹⁷ DAUBLER, Op.cit., p.593.

¹⁵¹⁸ Cfr. CALDERA, Op, cit., p. 468.

¹⁵¹⁹ DAUBLER, Loc.cit.

¹⁵²⁰ Ibídem. Apunta este autor, que la coincidencia del tiempo libre es condición esencial para que pueda funcionar la vida familiar, sobre todo cuando ambos cónyuges trabajan y, asimismo, numerosas actividades realizadas en tiempo libre, como excursiones familiares, construir una vivienda o reparar la avería de un coche, requieren la coincidencia del tiempo libre de las personas.(Ibidem.)

que el trabajador descanse en otro día de la semana que no coincida con el día general de descanso, pues en este caso, el trabajador no gozará del beneficio de no ser perturbado en su descanso, pues al gozar del día de descanso en un día que es de plena actividad para las demás personas, está plenamente disponible para el mundo que lo rodea.¹⁵²¹

El Convenio N° 14 de la OIT¹⁵²² regula el descanso semanal en las empresas industriales y el Convenio N° 106¹⁵²³ lo hace para el comercio y las oficinas. El primero de estos convenios, establece el derecho a un descanso de como mínimo 24 horas en el curso de cada período de siete días, el cual deberá, en lo posible, comprender a todo el personal de cada empresa y coincidir, si fuera posible, con los días consagrados por la tradición o costumbres del país o de la región (Art.2.). Estipula, asimismo, que en caso de poder gozar el trabajador de descanso en ese día, tendrá derecho a períodos de descanso compensatorios (Art.5). El segundo convenio reitera, en su artículo 6, estas disposiciones y agrega que las tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas serán respetadas siempre que sea posible. De esta manera se tiene en cuenta el día de guardar que las diversas religiones observan, facilitando que el trabajador pueda cumplir sus deberes religiosos.

Igualmente, el Convenio N° 106, establece que los ingresos de las personas amparadas por el convenio, no sufrirán disminución alguna como consecuencia de la aplicación de medidas adoptadas de conformidad con éste (Art.9). Nuestra Constitución precisa que dicho descanso, así como el anual (vacaciones) serán remunerados.¹⁵²⁴

¹⁵²¹ Cfr. *Ibíd*em

¹⁵²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Convenios...", Op.cit., p.p. 65-67. Fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 10195 del 23 de marzo de 1945.

¹⁵²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Convenios...", Op.cit., p.p. 956-960. **Ratificado por el Perú el 11 de julio de 1988. VER RES. LEGISLATIVA.**

¹⁵²⁴ En el Perú el descanso semanal en "*los domingos, días de fiesta cívicas y el primer día de elecciones políticas*" fue establecido por la Ley N° 3010 (26/12/1918), la cual prohibió trabajar en esos días, con las naturales excepciones, estableciendo, para el caso de éstas, la obligación del empleador de conceder a sus trabajadores 24 horas continuas de descanso durante la semana. Sin embargo, el salario dominical recién fue establecido a favor de los obreros mediante el Decreto Ley N° 10908, a partir del 1° de enero de 1949, condicionado a que estos hubieran laborado durante la semana 6 días o 48 horas, en el caso de los varones,

En lo que respecta al descanso anual o vacaciones, la doctrina coincide en que tiene igual fundamento que el descanso semanal. Afirma De Buen, que *“Su finalidad es clara: el permitir al trabajador, mediante un descanso más o menos prolongado, recuperar las energías pero, sobre todo, aliviar la tensión que resulta del sometimiento diario a un régimen de disciplina y subordinación. En cierto modo el trabajador, mediante el disfrute de las vacaciones, recupera su libertad.”*¹⁵²⁵ Este espacio de libertad cumple una función importante, al permitir al trabajador reponerse del esfuerzo continuado a lo largo del año, poniendo, de este modo, pausa, a las tensiones propias del mismo. Atiende, como el descanso semanal, más al factor psicológico o de salud mental que al estrictamente físico, al prevenir al trabajador del estrés y otras anomalías causadas por el sometimiento ininterrumpido a las exigencias del trabajo. Por ello, De Ferrari estima que la limitación del trabajo diario así como la institución del descanso semanal, no resultan suficientes para que el trabajador escape del agobio e intensidad del trabajo, haciendo necesario este período más extenso de tiempo libre para que descanse, de ser posible, *“(…) en el campo o en la playa, lejos del lugar de la prestación del servicio”*.¹⁵²⁶ Destaca, por eso, Alonso Olea, además, la trascendencia social de las vacaciones anuales, pues de este hecho nace el turismo masivo.¹⁵²⁷

45 en el caso de las mujeres y menores entre 14 a 18 años, o 33 horas semanales tratándose de menores entre 12 a 14 años. (Vid, RAMÍREZ OTÁROLA, Op.cit.).

¹⁵²⁵ DE BUEN, Op.cit., T. II, p.167.

¹⁵²⁶ DE FERRARI, Op.cit., Vol. III., p.p.115-116. Señala el profesor uruguayo que *“La vida moderna, en efecto, con el desarrollo del maquinismo, los planes de racionalización del trabajo, las formas de producción colectiva, el crecimiento y densidad de los centros urbanos, el fenómeno de la concentración industrial y el predominio, cada vez mayor, del trabajo intelectual sobre las viejas formas de la actividad manual, crearon un género de vida antinatural e hicieron nacer la necesidad de descansar algunos días durante el año, lejos de la ciudad y de los lugares de trabajo.”* (Ídem, p.115).

¹⁵²⁷ ALONSO OLEA, “Introducción...”, p.333. Fenómeno favorecido por el hecho de que en la mayoría de las naciones europeas el período anual de vacaciones suele coincidir, para gran parte de la población, con la estación estival, lo que favorece el desplazamiento masivo de aquella hacia centros vacaciones en las playas y en el campo.

El derecho al descanso anual se encuentra regulado en el Convenio N° 52¹⁵²⁸, el cual fue revisado por el Convenio N° 132¹⁵²⁹. El primero de estos establece el derecho a seis días de vacaciones pagadas después de un año de servicio continuo (Art.2.1), estableciendo que para las personas menores de 16 años, incluidos los aprendices, será de 12 días laborales cuando menos (Art.2.2.) y, asimismo que no se computarán como vacaciones los días feriados oficiales o los establecidos por la costumbre, así como los de inasistencia al trabajo debido a enfermedad (Art.2.3.). También indica que las legislaciones deben prever el aumento de la duración de las vacaciones en función a la duración del servicio. Prescribe, igualmente que el trabajador que goce de vacaciones deberá percibir durante estas su remuneración habitual (Art.3) y que es nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la renuncia a las mismas (Art.4.).

Por su parte, el Convenio 132, incrementa la duración mínima de las vacaciones a tres semanas laborables por un año de servicios (Art.3.2) y señala que se podrá exigir un período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas (Art.5.1). Contempla, asimismo, el fraccionamiento de las vacaciones (Art.8), el disfrute de éstas dentro del año siguiente a la finalización de aquel en que se haya generado el derecho (Art. 9.1.), así como la prohibición, y consiguiente nulidad, de los acuerdos que impliquen la renuncia al período mínimo de vacaciones anuales pagadas o por el que se sustituya dicho descanso por el pago de una indemnización (Art.12.).¹⁵³⁰

En nuestro país, la legislación infraconstitucional supera la norma mínima internacional contemplada en los mencionados convenios, al establecer un período de descanso vacacional pagado de treinta días calendario por cada año

¹⁵²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p.334-337. Ratificado por el Perú por la Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de diciembre de 1959.

¹⁵²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenios...”, Op.cit., p.p. 1329-1334. No ha sido ratificado por el Perú.

¹⁵³⁰ En nuestro país, inicialmente se concedieron 15 días de vacaciones anuales a los obreros (Ley 7505) y 30 a los servidores públicos y empleados al servicio de la banca, el comercio y la industria (Ley 9049). Posteriormente, la Ley 13683 (28/8/1961) extendió la duración de las vacaciones de los obreros a 30 días.

completo de servicios, siempre que en éste el trabajador haya alcanzado una cantidad de días de trabajo efectivo.¹⁵³¹

6.3. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

6.3.1. Antecedentes.

La regulación constitucional del despido es introducido por la Constitución de 1979, cuyo artículo 48° estableció que *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada.”*¹⁵³²

Sin embargo, al momento de su consagración constitucional, este derecho ya había sido reconocido por la legislación laboral. Fue establecido, inicialmente, por el Decreto Ley N° 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970 y luego, reformado, por el Decreto Ley N° 22126, que entró en vigencia el 21 de marzo de 1978.¹⁵³³ Posteriormente, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1979, se

¹⁵³¹ El Decreto Legislativo N° 713, establece que para tener derecho a vacaciones anuales los trabajadores cuya jornada semanal es de seis días, deben laborar por lo menos doscientos sesenta días; los que tienen jornada de cinco días, deben cumplir doscientos diez días de labor efectiva, y los que laboran sólo tres o cuatro días por semana, o sufran paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad de Trabajo, tendrán derecho al goce vacacional siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en ese período (Art.10°). Asimismo, establece que la remuneración vacacional será equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando (Art. 15°). Las vacaciones deben gozarse dentro del año siguiente a aquel en que adquieren el derecho, pues en caso contrario, el trabajador tiene derecho a percibir una remuneración por el trabajo realizado, una por el descanso vacacional adquirido y no gozado, y una más como indemnización por no haber disfrutado del descanso (Art.23°). (Cfr. LEGISLACIÓN..., Op.cit., p.p.179-183.)

¹⁵³² Respecto al significado y alcances de este derecho en la Constitución de 1979, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, “El Derecho de la Estabilidad...” Op.cit.; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo et al, 1989, “El Derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución Peruana”, en *Trabajo y Constitución*, Javier Neves Mujica (director), Carlos Palomeque, Wilfredo Sanguinetti, Alfredo Villavicencio, Guillermo Boza y Ernesto de la Jara. pp. 84-135, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores.

¹⁵³³ Ambas normas fueron dictadas por el denominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, establecido tras el golpe de Estado del 3 de octubre de 1968 que derrocó al Presidente Fernando Belaúnde Terry. Cada uno de estos decretos leyes corresponde, respectivamente, a las llamadas “primera fase” y “segunda fase” de dicho régimen, estando esta última caracterizada por un sentido moderado o conservador respecto a la primera, la cual tuvo un claro sentido reformista radical.

aprobó la denominada Ley de Estabilidad en el Trabajo, Ley N° 24514, que puede considerarse la norma de desarrollo del derecho fundamental consagrado en el artículo 48° de dicha carta.¹⁵³⁴

6.3.2. Significado del artículo 27° ¿un derecho de configuración legal?

El Artículo 27° de la Constitución vigente, que viene a reemplazar al Art. 48° de la anterior carta fundamental, presenta como característica principal, en contraste con aquel, el hecho de que esta se formula en términos de un mandato y delegación al legislador, para que esta otorgue al trabajador *"adecuada protección contra el despido arbitrario"*.

Un primera cuestión que este mandato plantea, en orden a la interpretación de la norma está relacionada con el grado de preceptividad de ésta y la interdicción de la arbitrariedad en el despido como su posible contenido mínimo o esencial, pues a partir de su texto¹⁵³⁵ es válida la interrogante acerca de si la remisión a la ley que aquella hace es total, dejando que sea ésta la que defina el contenido del derecho, o si aquella atribuye a ésta un contenido mínimo al cual debe sujetarse el legislador.

En las normas constitucionales, suele distinguirse, en cuanto a su grado de aplicación o de eficacia, entre las de "preceptividad inmediata", en las cuales el derecho surge, y es exigible, con la entrada en vigor de la Constitución, y las "programáticas" o de "preceptividad diferida o aplazada", que son aquellas en que la efectividad del derecho se pospone hasta que el Estado establezca y

¹⁵³⁴ "La Ley 24514, al estar subordinada, por el principio de supremacía constitucional, al artículo 48 de la Constitución, debe estimarse como una ley de desarrollo de dicho precepto y fuente complementaria de él, en la medida que si bien la disposición constitucional no es meramente "programática", sino que contiene indicaciones precisas sobre su propio alcance, no se puede desconocer el hecho de que el ejercicio del derecho de estabilidad laboral comprende una diversidad de aspectos y situaciones que requieren, necesariamente, la existencia de normas legales, e, incluso, reglamentarias, que los regulen exhaustivamente." (BLANCAS BUSTAMANTE, "El Derecho de Estabilidad...", Op.cit., p. 68.).

¹⁵³⁵ El tenor literal del Art. 27° de la Constitución de 1993 es el siguiente : "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". **OJO NUMERACION FICHAS**

ejecute las políticas públicas requeridas o adopte las medidas legislativas correspondientes, según el caso.¹⁵³⁶ Esta diferenciación no viene a significar, por cierto, que los derechos de preceptividad inmediata no puedan ser regulados mediante disposiciones legales, sino a destacar que en el caso de las normas programáticas la actuación del legislador, e inclusive los gobernantes, es indispensable para que el derecho se establezca pues, como lo afirma Crisafulli, estas normas se caracterizan por que no *"regulan desde el principio e inmediatamente las relaciones y situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a su vez a incidir sobre tales materias; establecen lo que los gobernantes deberán o podrán hacer (y viceversa lo que no podrán hacer) respecto a determinados objetos"*.¹⁵³⁷

Siguiendo estos criterios, puede observarse que el Art. 27º de la Constitución, no se puede considerar como una norma de aplicación inmediata, tal como lo era, en cambio, su precedente constitucional (Const.79, Art.48º), toda vez que un aspecto esencial de este precepto radica en la remisión expresa que hace a la ley para que regule el derecho. Sin embargo, y pese a ello, tampoco parece posible catalogarla, sin más, como una norma programática de aquellas cuya eficacia se encuentra supeditada a la ejecución de políticas públicas (como el derecho a la educación o a la salud), en cuanto al disponer que el legislador otorgue al trabajador *"adecuada protección contra el despido arbitrario"*, dicho mandato, al mismo tiempo que supone encomendar a aquel la tarea de configurar finalmente el derecho, también enuncia ciertos elementos en base a los cuales resulta posible identificar un contenido mínimo del derecho, que si bien reconoce a la actuación del legislador un amplio margen de discrecionalidad, no lo exime de la obligación de ceñirse a dicho contenido.

¹⁵³⁶ MONTOYA MELGAR, "La protección..." Op.cit., p.270. LUCAS VERDÚ clasifica las normas constitucionales en: a) Normas inmediatamente aplicables, b) Afirmaciones políticas y definiciones constitucionales; c) Normas programáticas. (Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, 1986 "Curso de Derecho Político", Volumen II, 3ª edición, revisada, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., p. 545.).

¹⁵³⁷ Cfr. LUCAS VERDÚ, Op.cit., p.547.

Desde esta perspectiva, el citado Art. 27º podría catalogarse, más bien, un derecho de "configuración legal", que es aquella categoría de derechos previstos por las constituciones, en los que *"la posibilidad de ejercicio del derecho se hace pender de un necesario desarrollo legislativo;"*.¹⁵³⁸ Este es el criterio que acoge, el Tribunal Constitucional al realizar la interpretación del mencionado precepto constitucional.¹⁵³⁹

Característica esta que, no obstante, no afecta la vinculatoriedad o eficacia inmediata de tales derechos en cuanto se refiere a su contenido mínimo, el cual será susceptible de protección, pues de no ser así *"se produciría la negación radical de un derecho"*.¹⁵⁴⁰ Respecto a esta clase de derechos, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"(...) no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias."*¹⁵⁴¹

En tal sentido, al ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección "contra el despido arbitrario", el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual la

¹⁵³⁸ MONTOYA MELGAR, "La protección..." Op.cit., p.270. Señala Montoya que en este caso "(...) la efectividad del derecho queda condicionada a su desarrollo legal, de modo tal que hasta que éste no se produzca no podrá nacer el derecho (o el derecho garantizado)." (Ídem, p.271) Para este mismo autor, estos derechos se diferencian de los "programáticos" porque en estos "la Constitución no se limita a trasladar al legislador ordinario la carga de dotar de efectividad el correspondiente derecho o libertad, sino que prefiere trazar una directriz o programa, no ya al legislador en concreto, sino genéricamente a los "poderes públicos". (Ídem, p.272.)

¹⁵³⁹ *"En la medida que el artículo 27 constitucional no establece los términos en que debe entenderse la "protección adecuada" y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un "derecho constitucional de configuración legal"*. (STC 976-2001-AA/TC, FJ.11).

¹⁵⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, 1994 "La Dogmática de los Derechos Humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)", Lima, Ediciones Jurídicas, p.p.64-68.) Afirmando esta idea, García de Enterría sostiene que *"no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, como ya hemos sentido más atrás, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación"* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Op.cit., 68.).

¹⁵⁴¹ STC de 3 de Junio de 2005 (Exp. Nos. 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2004-PI/TC y 009-2005-PI/TC), FJ. 120.

doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido , y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido "ad nutum", pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida de "protección adecuada" contra el despido arbitrario.¹⁵⁴²

Cabe anotar, sin embargo, que admitir que el precepto constitucional recusa el despido "arbitrario" no es suficiente para superar la indeterminación de esta expresión, imponiendo, por ello, al legislador un contenido preciso, pues al no haberse incluido en este texto constitucional la exigencia de que el despido se funde en una "causa justa", sustituyendo este concepto por la protección contra el despido "arbitrario", bien podría la ley asumir una noción restringida de lo "arbitrario" , hasta reducir el ámbito de protección sólo a aquellos despidos que importen la vulneración de derechos fundamentales, como los despidos "discriminatorios" o "antisindicales", abriendo, con ello, la posibilidad de que en los despidos que no encuadren en esta clase de extinciones, la facultad extintiva del empleador se ejerza libremente, cuando menos en relación a a la exigencia de acreditar causa justa para sustentarla, quizás con la única "protección" que pudiera derivarse de la exigencia de cumplir con garantías formales.

Según lo hemos dicho antes, *"al no exigirse una "causa justa" para el despido, virtualmente desaparece la noción de "estabilidad laboral". En este sentido, el texto constitucional resulta menos protector que el Convenio 158 de la OIT, el cual exige una "causa justificada" para que el empleador ponga término a la relación de trabajo" (art.4º)"*¹⁵⁴³

¹⁵⁴² Vid. NEVES MUJICA, "Introducción..." Op.Cit., p.54. También, expresan similar posición, FERRO DELGADO, Víctor "El Despido Arbitrario y el Despido Nulo", en Themis revista de Derecho Nº 34, Lima, 1996 p.p. 47-56 y VINATEA RECOBA, Luís, 1994, "El Derecho de Estabilidad Laboral en la Nueva Constitución", *Asesoría Laboral* Año IV, Nº 37, Lima, Estudio Caballero Bustamante, p.p.18-20.

¹⁵⁴³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos et al, 1994, "Los derechos laborales y la estabilidad en el trabajo en la Constitución de 1993", en: La Constitución de 1993, Análisis y comentarios, Serie: *Lecturas sobre Temas Constitucionales 10*, pp. 95-108, Lima, Comisión Andina de Juristas.

Ahora bien, la interpretación del Art. 27º de la Constitución tiene que efectuarse, necesariamente, en relación con otros preceptos de la propia Constitución y, asimismo, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de ésta, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Estado peruano.

Por ello, debe , en primer término, advertirse que la consagración por nuestra Constitución del "derecho al trabajo" (Const., art. 22º), acarrea consecuencias sobre la normativa del despido, en cuanto, conforme antes lo hemos señalado,¹⁵⁴⁴ este derecho posee una doble vertiente, que incluye, además de su tradicional concepción como una aspiración legítima al empleo -que toca a los poderes públicos efectivizar a través de las adecuadas políticas económicas y sociales -, otra, no menos importante, como es la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene, protegiéndolo contra extinciones carentes de razón, y, por tanto, abusivas o arbitrarias. Porque, en definitiva, tanto se opone al "derecho al trabajo" el desempleo original, de quien accede a la edad de trabajar y carece de empleo, cuanto el desempleo sobreviniente de quien pierde el puesto de trabajo que ocupaba, más aún cuando esta pérdida obedezca a motivos irrazonables y arbitrarios.

Si el "derecho al trabajo" - como ocurre en España o Italia que no cuentan específicamente con una norma constitucional sobre el despido - es capaz de fundar, y exigir, por sí mismo, un derecho específico del trabajador a ser protegido contra el despido, es evidente que cuando aquel concurre con otra norma constitucional que reconoce concretamente la protección contra el despido, el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica¹⁵⁴⁵ de

¹⁵⁴⁴ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, "El Derecho de la Estabilidad...", Op.cit., p.p.20-22.

¹⁵⁴⁵ *"La Constitución ha de interpretarse como conjunto armónico, no contradictorio, aunque la interpretación verbal e incluso la lógico-sistemática condujera a resultado extraño"* (Lucas Verdú, Pablo, Op.cit., p. 556.). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido

ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues la ausencia de esta conduce a calificar el acto extintivo del empleador como contrario al "derecho al trabajo" y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica.

En segundo termino, el Art.27º de la Constitución, debe interpretarse conforme al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo Art. 7º inc.d) establece que los Estados garantizarán: *"La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional."*

La interpretación conforme a los tratados sobre derechos humanos, posibilita que el intérprete recurra a lo que disponen estos instrumentos internacionales respecto a un determinado derecho consagrado por la Constitución, con el objeto de aclarar, profundizar o ampliar su contenido. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho constitucional que, además, se encuentra regulado en un tratado sobre derechos humanos ratificado por el Perú, estará integrado por lo que dispone tanto la Constitución como el tratado respectivo.¹⁵⁴⁶

Siguiendo los lineamientos anteriores, se puede afirmar que la interdicción del despido "arbitrario" contenida en el precepto constitucional, supone la exigencia de causa justa para el despido, o en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento

que *"La interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto."* (STC N° 5854-2005-AA/TC, FJ.12.a).

¹⁵⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dogmática...", Op.cit. p.p.84-86.

constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia.

La jurisprudencia constitucional ha asumido esta posición, al realizar la interpretación del artículo 27° constitucional en forma conjunta con el artículo 22° que reconoce el derecho al trabajo.

La sentencia prototípica en relación a la vulneración del derecho al trabajo a través del despido, es la de 11 de Julio del 2002.¹⁵⁴⁷ En ésta, el TC interpreta que el contenido esencial del "derecho al trabajo" *"...implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa"*.¹⁵⁴⁸ Puntualiza, asimismo que *"El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa."*¹⁵⁴⁹

Dicha operación hermenéutica abarca también, el artículo 27° de la ley fundamental, que consagra la *"protección adecuada contra el despido arbitrario"*, ante la innegable vinculación, y potencial colisión, entre ambas disposiciones. Interpretando conjuntamente ambas normas, el TC concluye que si bien el referido precepto no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, concediendo, por tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero *"...no debe considerarse el citado artículo 27° como la*

¹⁵⁴⁷ STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC. Fue dictada en relación a la acción de amparo interpuesta por los sindicatos de la empresa Telefónica del Perú S.A. contra el despido de más de 500 trabajadores, efectuado al amparo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que faculta al empleador a despedir sin expresión de causa con la condición de pagar al trabajador la indemnización correspondiente al despido arbitrario. La verdadera importancia de esta sentencia radica en que considera que los despidos efectuados al amparo de este precepto legal, aún habiendo puesto el empleador a disposición de los trabajadores despedidos el monto de la indemnización por despido arbitrario establecido por la ley, vulneran el contenido esencial del "derecho al trabajo", reconocido en el artículo 22° de la Constitución, por el hecho de no expresar causa, motivo por el cual declara incompatible con la Constitución el citado precepto, cuya inaplicación al caso concreto es dispuesta por la sentencia, la misma que declara fundada la acción de amparo y ordena la reposición de los trabajadores despedidos.

¹⁵⁴⁸ STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, FJ. 12.

¹⁵⁴⁹ Ibídem.

*consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador".*¹⁵⁵⁰

Según este método, no puede interpretarse el artículo 27º prescindiendo del artículo 22º que reconoce el derecho al trabajo, y en función de tal omisión subsumir en la categoría "despido arbitrario" cualquier clase de despido, incluyendo aquel que lesiona derechos fundamentales, dejando por consiguiente la cuestión relativa a la reparación del mismo a lo que establezca de la ley ordinaria que, como se ha visto, puede elegir entre una u otra clase de tutela reparadora. Este razonamiento, llevaría a erigir el artículo 27º en la única norma constitucional rectora en materia de despido, vaciando de contenido el artículo 22º, que quedaría reducido a su tradicional contenido programático, de eficacia diferida. Además, supondría excluir del ámbito de la jurisdicción constitucional la lesión de derechos fundamentales acaecida en el despido, al reconducir, en exclusiva, la impugnación y revisión del despido al cauce procesal laboral, con el efecto de privar a los sujetos afectados por el despido de la tutela restitutoria de sus derechos, que es inherente a los procesos constitucionales de garantía.

Por el contrario, la interpretación coordinada de ambas normas, lleva a concluir que cuando el artículo 27º alude al despido arbitrario, este concepto no es excluyente y, por ello, no comprende todos los supuestos del despido, sino tan sólo aquellos en que la causa justa alegada no se configura legalmente o no puede probarse, es decir aquella clase de despidos antes los cuales suele plantearse, como medida reparadora, la reposición o la indemnización. Tal sería, por consiguiente, el ámbito de actuación del legislador pues *"...este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional"*¹⁵⁵¹

¹⁵⁵⁰ STC Nº 1124-2001-AA/TC, FJ. 12.

¹⁵⁵¹ *Ibidem*.

Tal núcleo duro, - del derecho al trabajo-, reside, precisamente, en *“El segundo aspecto del derecho (...).Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa”*¹⁵⁵² Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad *ad nítum* del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales, susceptible de ser protegido mediante las acciones de garantía constitucional.

Aspecto importante de esta sentencia es que el despido impugnado fue un despido "legal" en cuanto se produjo por aplicación de una norma que expresamente habilitaba al empleador a despedir sin expresión de causa, pagando al trabajador una indemnización. Por tanto, en este caso, el TC no sólo analizó un despido arbitrario, carente de causa, sino que se vio obligado a dilucidar, por la vía del control difuso de constitucionalidad, la cuestión relativa a la compatibilidad de esta norma con la Constitución

Al respecto, el TC señala que *“El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido, salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”*.

Para llegar a esta conclusión, el TC asume criterios que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales italiano y español, entre los primeros, así como la doctrina ya tienen firmemente establecidos, afirmando el carácter de derecho inmediatamente aplicable, en el ámbito individual, del derecho al trabajo, además de su tradicional concepción como derecho colectivo de naturaleza programática.⁽¹⁵⁵³⁾

¹⁵⁵² Loc.cit.

¹⁵⁵³ Vid un análisis de esta sentencia en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2002, “El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”, *IUS ET VERITAS*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la

Mediante este razonamiento, el TC introduce una clara distinción entre el despido incausado y el despido arbitrario, basado en una causa justa, no demostrada. El primero es contrario al derecho al trabajo y la norma que lo posibilita es, por ello mismo, inconstitucional. El segundo no vulnera derechos fundamentales, aún cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa invocada. A este despido - fundado en causa no demostrada- le son aplicables las categorías propias de un régimen de estabilidad laboral, la cual puede ser absoluta o relativa, en función a que el legislador prevea la reposición del trabajador o el pago de una indemnización como "protección adecuada" para el despido; en cambio, cuando la causa del despido ni siquiera es alegada la cuestión pertenece al ámbito constitucional porque ello implica la lesión del derecho al trabajo.

Esta doctrina, ha sido reiterada en la Sentencia del 13 de Marzo de 2003 la cual precisa que la tutela restitutoria, es decir, la reposición del trabajador procede, entre otros supuestos, en caso de "despido incausado", señalando que *"...la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad - y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal - cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos"*.¹⁵⁵⁴

6.3.3. El objeto de la protección: el sentido del concepto "despido".

No menos importante, para definir el alcance de la protección dispensada por la norma constitucional, es la cuestión que se refiere al ámbito material u objeto de

Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XIII N° 25. Edición Especial, pp. 268-280, Lima, Asociación Civil Ius et Veritas.

¹⁵⁵⁴ STC N° 976-2001-AA/TC, FJ.20. La sentencia precisa que el despido incausado se produce no sólo cuando se omite en la comunicación escrita señalar la causa del mismo, sino, igualmente, cuando éste se produce verbalmente. (Cfr. Ídem, FJ.15). Siguiendo la misma lógica, tendrá que incluirse en este categoría a los despidos de hecho, a los que se refiere como un supuesto de despido, la norma reglamentaria de la ley laboral (Decreto Supremo N° 001-96-TR, art.45°) y en los que, igualmente, no hay expresión de causa, porque ni siquiera existe comunicación del despido, sea escrita o verbal.

dicha protección, cuestión ésta que nos lleva a dilucidar el sentido que la norma constitucional atribuye al concepto de "despido", pues esta expresión se puede emplear asignándole un sentido restringido o uno amplio o integral, de lo cual dependerá el ámbito de protección del derecho, que será menos extenso en el primer caso y más extenso en el segundo. La diferencia entre ambos sentidos reside en la causa del despido, pues la primera sólo conceptúa como tal aquellos que se producen por incumplimiento del trabajador o disciplinario, mientras que la segunda se extiende a otras causas, ajenas a la conducta del trabajador, a condición de que la extinción de la relación laboral sea producto de la decisión del empleador, como ocurre en aquellas basadas en causas económicas o tecnológicas, es decir, provenientes de situaciones de crisis o necesidades de la empresa. ¹⁵⁵⁵ Hemos sostenido, por eso, que la divergencia entre ambos sentidos del despido se plantea, fundamentalmente, *"(...) como una divergencia entre el despido "individual" y el despido "colectivo" o, en otros términos, si debe calificarse como "despido" la terminación colectiva de las relaciones laborales basada en causas económicas o tecnológicas u otras semejantes o debe reservarse para este supuesto otra expresión."*¹⁵⁵⁶

Al respecto, corresponde señalar que, a nuestro juicio, cuando la Constitución recurre a conceptos propios de una rama especializada del Derecho, a efectos de conceder su propio rango normativo a un derecho que, sin embargo, se encuadra en el campo de dicha rama, es evidente que aquel concepto deberá entenderse en su acepción técnica, esto es en el significado que le atribuye la rama del Derecho de la cual proviene, salvo que el precepto constitucional introduzca alguna variante o le atribuya un sentido distinto. Opinamos, por ello, que cuando el Art. 27º de la Constitución alude al "despido", sin agregar matiz o adjudicarle un significado distinto, es necesario entender que lo hace en el mismo sentido que esta expresión tiene en el Derecho del Trabajo, es decir como toda extinción de la relación de trabajo basada en la voluntad del empleador. ¹⁵⁵⁷

¹⁵⁵⁵ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2002, "El despido en el derecho laboral peruano", Lima, ARA Editores, p.p.52-53.

¹⁵⁵⁶ Ídem, p.53.

¹⁵⁵⁷ Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, "El Despido...", Op.cit., p.p.52-61.

Este sentido integral o amplio del despido, resulta coherente con la finalidad protectora del Art. 27º en cuanto este proscribe la arbitrariedad en el despido, prohibición que debe alcanzar a todos aquellos actos extintivos de la relación laboral mediante los cuales puede exteriorizarse una voluntad susceptible de ser calificada como "arbitraria", lo que nos reconduce, obligatoriamente, a la voluntad del empleador. De no ser así, es decir de interpretarse que el "despido", a que se alude en el art. 27º, debe entenderse en sentido "restringido", el resultado de tal interpretación sería dejar al margen de la interdicción de la arbitrariedad otros supuestos de extinción de la relación por voluntad del empleador en los que, precisamente por actuar ésta como factor decisivo, puede manifestarse aquella.

Tal es, concretamente el caso de los "despidos colectivos", que, en caso de afiliarse el legislador a una noción restringida del despido, quedarían excluidos de la "adecuada protección" contra la arbitrariedad.

Pensamos que la norma constitucional, nuevamente vista en conexión con el "derecho al trabajo" y el Protocolo Adicional a la Convención de San José, asume el sentido amplio del despido que prevalece claramente en la doctrina del Derecho Laboral, pues no existe elemento objetivo alguno en su texto que autorice a sostener que el constituyente sólo ha querido conceder protección al trabajador respecto de ciertos actos extintivos del empleador y no de todos. También, por ello, el legislador habrá de ajustar su comportamiento a este sentido, comprendiendo dentro de la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*", a todos los supuestos de terminación de la relación laboral por decisión del empleador.

6.3.4. La "protección adecuada": la reparación del despido arbitrario.

En la legislación comparada, la doctrina e instrumentos internacionales, como el Protocolo de San Salvador o el Convenio N° 158 de la OIT¹⁵⁵⁸, se contemplan diversas medidas reparadoras frente al supuesto del despido, las cuales, en función a aquellas que elija un determinado ordenamiento jurídico, configuran distintos modelos de protección contra el despido injustificado o arbitrario. La mayor o menor eficacia de dichas medidas reparadoras, en el supuesto de un despido ilegítimo, determinará a su vez, que podamos identificar modelos de alta protección o protección absoluta - como los que privilegian la tutela restitutoria y conllevan la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, conocidos como modelos de estabilidad laboral absoluta o real - o modelos de protección relativa - como todos aquellos que optan por la tutela resarcitoria a través del pago de una indemnización al trabajador, identificados como modelos de estabilidad laboral relativa- dentro de los cuales, es posible diferenciar entre modelos de protección media o de protección mínima en función de la cuantía de ésta, la cual vendrá a constituir un parámetro cuantitativo para establecer si efectivamente existe protección frente al despido injustificado o si esta es meramente nominal o simbólica.¹⁵⁵⁹ Esta clasificación no debe, sin embargo, considerarse como algo rígido, pues no faltan, modelos en los coexisten diversas clases de tutela para distintos supuestos de despido.¹⁵⁶⁰

No es frecuente que las constituciones que contienen alguna disposición relativa a la estabilidad laboral o a la protección contra el despido arbitrario o

¹⁵⁵⁸ Adoptado por la Conferencia de la OIT en 1982 y en vigor desde el 23 de noviembre de 1985. No ha sido ratificado por el Perú (Vid. Oficina Internacional del Trabajo, "Aplicación...", Op.cit., p.p.114-115.).

¹⁵⁵⁹ *"La eficacia de todas estas medidas restrictivas dependerá principalmente de su onerosidad: cuanto más gravosas sean las sanciones, menos despidos injustificados habrá. Si las indemnizaciones son mínimas, no funcionan como sistema restrictivo. Si son elevadas, operan efectivamente como estímulo negativo. Se trata, pues, de una limitación elástica en la que actúan frenos económicos, y no jurídicos."* (PLÁ RODRÍGUEZ, "Los principios...Op.cit., p.174.)

¹⁵⁶⁰ Así, por ejemplo, cuando siendo la regla general la protección relativa, mediante el pago de una indemnización, en ciertos casos como los despidos de dirigentes sindicales o los despidos discriminatorios o, incluso, cualquiera que vulnera un derecho constitucional, se otorga una protección absoluta mediante la reposición del trabajador. A la inversa, un régimen de protección absoluta, puede dispensar a determinada categoría de trabajadores, como el personal de dirección y de confianza de las empresas, una protección relativa.

injustificado¹⁵⁶¹ lleguen a precisar cual es el tipo de reparación que corresponde al trabajador afectado por un despido arbitrario, dejando esta decisión a criterio del legislador. No obstante, algunas lo hacen, como las de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá y Paraguay, que optan por el pago de una indemnización; otras, como las de México y Honduras, conceden al trabajador despedido injustificadamente el derecho de optar entre su reposición en el puesto de trabajo o el cobro de una indemnización.¹⁵⁶²

Sobre esta materia, el artículo 27º constitucional remite a la voluntad del legislador decidir el grado de protección que habrá de otorgar al trabajador que sufra el despido arbitrario, pero establece como única exigencia, y límite a la actuación de aquel, que dicha protección sea "adecuada", expresión esta que por su indeterminación está lejos de configurar un parámetro concreto al que deba ceñirse el órgano legislativo. Al no contener la norma constitucional, criterio o expresión alguna relativa a los mecanismos en que pudiera residir la "adecuada protección" contra el despido arbitrario, es menester concluir que deja en total libertad al legislador para que opte, según su criterio, entre fórmulas de "tutela restitutoria" (la reposición) o de "tutela resarcitoria" (la indemnización), o una utilización combinada de ambas, según los supuestos del despido.¹⁵⁶³

Pensamos, no obstante, que tal exigencia alude a la necesidad de que la ley disponga, cuando menos, alguna medida dotada de eficacia reparadora frente al

¹⁵⁶¹ En América Latina son 14 las constituciones que contienen esta clase de disposiciones. (Vid. CARRILLO CALLE, "Los Derechos Laborales en ...", Op.cit., p.74). Marcenaro, considera que son 19 los Estados latinoamericanos que reconocen el derecho a nivel constitucional (MARCENARO FRERS, Op.cit., p.p.183-186).

¹⁵⁶² CARRILLO CALLE, Loc.cit. En Europa, solo las Constituciones de Portugal y de Finlandia contienen disposiciones relativas al despido. La primera, en su artículo 53º, indica que "Se garantiza a los trabajadores la seguridad en el empleo, estando prohibidos los despidos sin justa causa o por motivos políticos o ideológicos". La segunda, en la oración final del artículo 18º establece que "Nadie podrá ser despedido de su trabajo sin un motivo fundado en Ley."

¹⁵⁶³ Según la opinión de FERRO DELGADO, "Corresponderá al desarrollo infraconstitucional establecer los márgenes de esa adecuada protección, dentro de los cuales cabe, siguiendo el esquema de Oscar Ermida, desde la estabilidad absoluta que implica que el despido sin justa causa es nulo y su consecuencia es la reincorporación real y efectiva al trabajo hasta la estabilidad relativa en sus distintas variantes" (FERRO DELGADO, Víctor, Op.cit. p.p. 47-48.) En el mismo sentido, Vid. NEVES MUJICA, Javier, "Introducción...", Op.cit., p.54.

despido, excluyendo las que no tienen tal carácter como las simples formalidades, por ejemplo, el pre-aviso.

Este mismo criterio lo afirma el TC, al sostener que el hecho de que la Constitución no indique los términos de la protección adecuada,

*(...) no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido como puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deben satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".*¹⁵⁶⁴

Considera, por ello, el TC, que en nuestro ordenamiento jurídico, la "protección adecuada" contra el despido arbitrario puede abordarse desde dos perspectivas, de un lado a través de un régimen "sustantivo" y, por otro mediante un régimen "procesal".¹⁵⁶⁵ El primero tiene fundamento en el artículo 27° de la Constitución que establece el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos que otorgue la ley. En este caso, *"el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27° de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador".*¹⁵⁶⁶ En la misma sentencia¹⁵⁶⁷, el TC concluye que *"el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales"*, cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de *"tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador"*, quien, de este modo *"decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización"*. A partir de esta premisa, el TC

¹⁵⁶⁴ STC N° 976-2001-AA/TC, FJ. 11.

¹⁵⁶⁵ Ibídem.

¹⁵⁶⁶ Ídem, FJ. 12, a.2). Agrega la sentencia: *"En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias."* (Ibídem).

¹⁵⁶⁷ Ibídem.

concluye que la opción del legislador *“ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.”*¹⁵⁶⁸

El otro régimen de protección, al que el TC denomina de carácter "procesal" es aquel que *“en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional”*.¹⁵⁶⁹

En este régimen, la obtención por parte del trabajador de la tutela restitutoria es la consecuencia de la vía procesal elegida para impugnar el despido, esto es, el proceso constitucional del amparo, pues, como lo indica el tribunal

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1º de la Ley N° 23506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”.¹⁵⁷⁰

El mismo tribunal concreta hasta que punto alcanza la tutela reparadora que el trabajador puede obtener mediante el proceso de amparo: *“En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.”*¹⁵⁷¹

¹⁵⁶⁸ Ibídem. Puntualiza el TC que en este régimen *“(…) de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada: es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente”*. (Ídem, FJ 13,b.1).

¹⁵⁶⁹ STC N° 976-2001-AA/TC, FJ. 13, b.1).

¹⁵⁷⁰ Ibídem. La Ley 23506 ha sido reemplazada por el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) cuyo artículo 1º establece la finalidad de los procesos de garantía en términos similares: *“Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.”* (CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, 2004, Primera Edición Oficial, Editora Perú-Ministerio de Justicia, Lima, p.30.).

¹⁵⁷¹ STC N° 976-2002-AA/TC, FJ.13, b.1).

La posibilidad de acudir al amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido y, mediante aquel, obtener su reposición en el trabajo, no depende, sin embargo, de la voluntad del trabajador de elegir entre la vía procesal ordinaria o la vía procesal constitucional, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto (régimen sustantivo) se agravia el derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por este a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscribe el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la "protección adecuada", o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, ésta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la "estabilidad laboral", cuyo tratamiento legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*". Por consiguiente, lo que el TC denomina "régimen de protección sustantivo" se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27º constitucional y de la legislación infraconstitucional, la cual privilegia la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del "despido nulo", supuesto en el cual admite la reposición del trabajador cuando el despido está basado en motivos que suponen la vulneración de determinados derechos constitucionales.

1572

En cambio, en el segundo supuesto ("régimen procesal"), al amparo solo será posible si el despido implica la violación de un derecho fundamental. En otras palabras, sólo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel

¹⁵⁷² La figura está regulada en el artículo 29º del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR. Al respecto, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, "El Despido...", Op.cit., Capítulo Quinto y ARCE ORTÍZ, Elmer Guillermo 1999, "La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

trabajador que sostenga que dicho acto está basado en un motivo que resulta lesivo a sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedibilidad de los procesos constitucionales, previsto en el artículo 2º del CPCO, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. En ese sentido, el TC ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que:

(..) en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales" ¹⁵⁷³.

Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la "arbitrariedad" del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su "inconstitucionalidad" por la presencia en éste, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales.

De este razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que, las sentencias del TC que, en vía de amparo constitucional, ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, un retorno, por vía jurisprudencial, del derecho a la estabilidad laboral -omitido por la actual Constitución -, pues, lo afirma el propio tribunal, *"Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral."* ¹⁵⁷⁴

¹⁵⁷³ STC N° 976-2001-AA/TC, FJ.13, b.1).

¹⁵⁷⁴ Ídem, FJ.16. En sentido contrario, Vid, PASCO COSMÓPOLIS, Mario, 2006, "Jurisprudencia Constitucional en Materia de Despido Laboral" en *Jurisprudencia y Doctrina*

Por consiguiente tales decisiones jurisprudenciales se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede ser excluido, a priori, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que

*La pérdida de eficacia legal de cierto tipo de despidos, deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad del empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos de uno o más de sus dependientes.*¹⁵⁷⁵

Quizás, por ello, resulte necesario distinguir, en el plano terminológico, entre el despido “arbitrario” y el despido “lesivo de derechos fundamentales” como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la “protección contra el despido arbitrario” tiene lugar mediante dos regímenes, calificando el primero como “sustantivo”, que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27º de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido, y el segundo como “procesal”, que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que posee eficacia restitutoria respecto al despido.¹⁵⁷⁶ Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del TC cuando esta señala que “...en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que

Constitucional Laboral. Primer Seminario: Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Lima 2006). pp. 365-373, Lima, Tribunal Constitucional del Perú/Palestra Editores S.A.C.

¹⁵⁷⁵ Ídem, FJ.20. También afirma el TC: “En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de sus derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir.” (Ibídem).

¹⁵⁷⁶ Los argumentos por los que consideramos inconveniente esta terminología, los hemos expresado en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2006, “El Despido Lesivo de Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional”, en *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Primer Seminario: Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* (Lima 2006). pp. 343-364, Lima, Tribunal Constitucional del Perú/Palestra Editores S.A.C.

*dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido*¹⁵⁷⁷, o, asimismo, que “...la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51º de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.”¹⁵⁷⁸

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia del TC, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido “arbitrario” para referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, sólo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de “despido lesivo de derechos fundamentales” a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

En este último, además de la figura del despido “incausado”, el TC considera que existen otras dos figuras igualmente lesivas de derechos constitucionales. Estas son: el despido fraudulento y el despido nulo.

Respecto al primero, la invalidez de esta categoría de despidos proviene del hecho de que el empleador utiliza, formalmente, las disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real. Se configura este supuesto cuando: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) o se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas.¹⁵⁷⁹

¹⁵⁷⁷ STC N° 976-2001-AA/TC, FJ. 14.

¹⁵⁷⁸ Ídem, FJ. 20..

¹⁵⁷⁹ Cfr. STC N° 976-2001-AA/TC, FJ.15,c).

En todos estos casos, como lo indica la sentencia, existe *"ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aún cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales..."*.¹⁵⁸⁰

El despido nulo es aquel que se produce en los supuestos previstos en el artículo 29° de la LPCL, circunscrito a la vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical, no discriminación y a la tutela judicial. No obstante que la nulidad del despido puede ser obtenida a través de la vía ordinaria laboral, con la consiguiente reposición del trabajador, y a pesar de que el artículo 5°. inciso 2, del CPCO establece que no procede el proceso de amparo cuando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria para la protección del derecho, el TC ha reafirmado la procedencia de esta vía para obtener la nulidad del despido.¹⁵⁸¹

6.4. El derecho a la participación en las utilidades y a otras formas de participación.

6.4.1. Antecedentes,

La idea de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas en las que laboran, aparece, por vez primera, en la Constitución de 1933, cuyo artículo 45° prescribió que *"El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, (...)"*.¹⁵⁸²

¹⁵⁸⁰ Ibídem. Vid, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "El despido lesivo...", Op.cit.

¹⁵⁸¹ *"Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo (...) el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados."* (STC N° 0126-2005-PA/TC, FJ.9.).

¹⁵⁸² Bajo la vigencia de esta constitución, el régimen militar establecido en 1948 dictó, el 3 de diciembre de 1948, el Decreto Ley N° 10908 que estableció la participación de empleados y obreros en el monto del 30% de las utilidades netas, luego de deducirse de la utilidad bruta el 10% de interés anual del capital y las demás deducciones permitidas por las leyes tributarias. Las utilidades debía entregarse a los trabajadores el 20% en dinero en efectivo y el 80% en acciones intransferibles a su nombre de la Caja del Trabajo, que la misma

La Constitución de 1979 estableció una norma de mayor precisión y alcance, al señalar su artículo 56° lo siguiente:

*El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta.
La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide.*

Es preciso señalar que al aprobarse esta carta, ya existía en el Perú un régimen casi generalizado de participación de los trabajadores en las utilidades, la gestión y la propiedad de las empresas, establecido durante el régimen militar que gobernó entre 1968 y 1980, por lo cual vio en el artículo 56° la recepción constitucional de dicha institución.¹⁵⁸³

6.4.2. Origen y fundamentos.

La idea de otorgar a los trabajadores alguna participación en la empresa se encuentra en plena época del desarrollo de la economía capitalista, en 1842, en Francia, cuando el industrial Leclair, propietario de una fábrica de pinturas y cristalería decidió dar a sus obreros una parte de las utilidades generadas por su empresa. Esta decisión fue duramente criticada por la mayoría de los demás industriales, pero no faltaron algunos que en su país, así como en Inglaterra, Alemania y los Estados Unidos la acogieron favorablemente y la aplicaron.¹⁵⁸⁴

Afirma Dobb que la finalidad de esta participación era estimular entre los trabajadores un espíritu colectivo favorable a una mayor producción, al interesarlos financieramente en el éxito de la empresa. Apunta, sin embargo a la

norma creó. Esta radical participación jamás se aplicó pues bajo la presión de los empresarios, aduciendo dificultades para reglamentar el D.L. 10908, el sistema establecido por este fue sustituido, al poco tiempo, mediante sucesivos decretos supremos, por un sistema supuestamente provisional, completamente distinto de asignaciones anuales sustitutorias de la participación en utilidades conforme al cual, de acuerdo a una escala basada en la antigüedad del trabajador este percibía un porcentaje de su remuneración. La Ley 11672 vino a convalidar definitivamente este sistema de asignaciones sustitutorias.

¹⁵⁸³ Vid, BLANCAS BUSTAMANTE, "La Constitución..... p.p.48-53.

¹⁵⁸⁴ Cfr. DE LA CUEVA, "Derecho...", Op.cit., T.I, p.678.

existencia de otro objetivo, no necesariamente explícito: “(...) *desprender a los operarios de los sindicatos, liberando a la administración de la obligación de contratar colectivamente y evitando, quizás, las huelgas.*”¹⁵⁸⁵ Como ejemplo de esta oculta intención, menciona el plan de Henry Briggs Son and Co., propietarios de minas de carbón en Normanton, quienes en 1865, concedieron acciones a sus trabajadores y un lugar en el consejo directivo de la empresa para un representante de estos, a condición de renunciar al sindicato de que fueran miembros. No obstante, al declararse más adelante una huelga contra una reducción de salarios, la empresa suspendió la participación en las utilidades.¹⁵⁸⁶

Estos planes eran voluntarios, es decir, no impuestos por la ley y, según Dobb, en 1936 existían en Inglaterra 412 empresas que los aplicaban, comprendiendo a 260 mil trabajadores. El promedio de la participación en las utilidades equivalía a un 5 a 6% del salario del trabajador y, casi nunca, excedía del 10% de la utilidad total. Para dicho autor, tal participación no era más que una bonificación adicional al salario calculada no de acuerdo con los resultados logrados respecto a un trabajador o a un equipo en particular, sino en función del resultado financiero de la empresa. Se mostraba, por ello, escéptico respecto a la eficacia de este sistema como incentivo para aumentar la productividad, teniendo en cuenta que el resultado financiero de la empresa depende menos del esfuerzo del trabajador que de otros factores ajenos al control de éste, como las condiciones financieras, la situación del mercado y la eficiencia de la administración.¹⁵⁸⁷

La finalidad perseguida por estas iniciativas fue, fundamentalmente, de orden económico: incrementar la productividad del trabajador y, por ende, la producción de la empresa y, de paso, neutralizar el conflicto social entre el capital

¹⁵⁸⁵ DOBB, Op.cit., p.60. Según este autor, Fox, Head y Co, fundidores de hierro de Middlesbrough establecieron un sistema semejante en 1866 y 15 años antes, en Francia, lo había hecho la Compagnie d'Assurances Générales, con el objeto de evitar que otras empresas se llevaran a sus mejores empleados ofreciéndoles salarios mayores. (Ibidem).

¹⁵⁸⁶ Cfr. Ibidem.

¹⁵⁸⁷ Cfr. Ídem, p., 61. De La Cueva, apoyándose en Georges Bry, indica que en 1913, existían en Francia 114 empresas que concedían participación en las utilidades, 136 en Inglaterra, 30 en Alemania, 25 en Estados Unidos y cerca de 40 entre Suiza, Bélgica, Italia, Holanda, Suecia y Rusia. Menciona, también, que en Francia, en 1891 el Gabinete Waldeck-Rousseau presentó dos proyectos de ley para hacer obligatorio el sistema pero, finalmente, estos no fueron aprobados. (DE LA CUEVA, Loc.cit.).

y el trabajo. Bry resumió, en 4, las ventajas que la participación en las utilidades podía brindar: a) aumentar la productividad del trabajo, b) promover que los trabajadores se ingenien en mejorar los métodos de trabajo, c) prevenir las huelgas y conflictos, y d) estimular y facilitar el ahorro de los trabajadores.¹⁵⁸⁸

Sin embargo, desde otra perspectiva, también se alentaron esta clase de iniciativas. La Iglesia Católica, a través de su doctrina social, promovió desde un inicio con mucho vigor la idea de asociar a los trabajadores a los resultados económicos de la empresa e, incluso, a su administración y propiedad. La Encíclica “Quadragesimo Anno” de Pío XI, propugna complementar el contrato de trabajo con el contrato de sociedad:

*“(...) estimamos que estaría más conforme con las actuales condiciones de la convivencia humana que, en la medida de lo posible, el contrato de trabajo se suavizara algo mediante el contrato de sociedad, como ha comenzado a efectuarse ya de diferentes maneras con no poco provecho de patronos y obreros. De este modo, los obreros y empleados se hacen socios en el dominio y en la administración o participan, en cierta medida, de los beneficios percibidos.”*¹⁵⁸⁹

Prevalece en este planteamiento una concepción de la empresa como comunidad o asociación entre el capital y el trabajo, tal como lo explicita Juan XXIII en “Mater et Magistra”:

(...) estamos convencidos, como lo estuvieron Nuestros Predecesores, de que es legítimo el deseo de los obreros de participar en la vida de las empresas a las que están incorporados y en las que ponen su trabajo. (...) no dudamos en afirmar que debe darse a los obreros participación activa en los negocios de la empresa en que trabajan, tanto si es privada como pública, por cuanto de ello depende el que las empresas revistan como es debido las características de una auténtica comunidad humana, cuyo espíritu impregne totalmente las relaciones entre todos sus miembros y el desempeño de sus diversas tareas y obligaciones.

¹⁵⁸⁸ Cfr. DE LA CUEVA, “Derecho...”, Op.cit., T.I., p.690.

¹⁵⁸⁹ COMISIÓN EPISCOPAL...Op.cit., p.p.129-130.

La amplitud del ámbito de esta participación, es precisada por Juan Pablo II en “*Laborem Exercens*”, para quien esta se refiere “(...) a la copropiedad de los medios de trabajo, a la participación de los trabajadores en la gestión y o en los beneficios de la empresa, al llamado “accionariado” del trabajo y otras semejantes.

No es tanto el aumento de la productividad y de la producción lo que interesa desde esta perspectiva, - aunque ello pueda ser un resultado casi natural de la participación- sino la cooperación entre los factores de la producción, descartando el antagonismo congénito entre éstos, la justa distribución de los frutos del trabajo¹⁵⁹⁰, y el “*principio de la prioridad del trabajo respecto al capital*”.¹⁵⁹¹ Son, por consiguiente, razones de orden moral y social las que sustentan este planteamiento, dentro del contexto de la concepción general de la sociedad y de la economía que caracteriza la doctrina social de la Iglesia Católica.

Otra línea de argumentación ensayada para defender y fomentar la participación en la empresa, guarda relación con la idea de la democracia industrial y económica. La primera se refiere a la corriente que busca democratizar la toma de decisiones en la empresa con el objeto de superar la contradicción que entraña la situación del trabajador quien, de un lado, como ciudadano participa en las decisiones que atañen a la vida de su comunidad, mientras que, del otro, como trabajador carece de toda influencia en las que conciernen a la empresa

¹⁵⁹⁰ Esta idea está claramente expuesta en “*Quadragesimo Anno*”: “*Por lo cual es absolutamente falso atribuir únicamente al capital o únicamente al trabajo lo que es resultado de la efectividad unida de los dos, y totalmente injusto que uno de ellos, negada la eficacia del otro, trate de arrogarse para sí todo lo que hay en el efecto.*” (COMISIÓN EPISCOPAL, Op.cit., p.123.).

¹⁵⁹¹ Juan Pablo II, Op.cit., p.65. Refiriéndose a este principio, señala la encíclica “*Laborem Exercens*” lo siguiente: “*Este postulado tiene importancia clave en un sistema basado sobre el principio de la propiedad privada de los medios de producción, como en el sistema en que se haya limitado, incluso radicalmente, la propiedad privada de estos medios. El trabajo, en cierto sentido, es inseparable del capital, y no acepta de ningún modo aquella antinomia, es decir, la separación y contraposición con relación a los medios de producción, que han gravado sobre la vida humana en los últimos siglos, como fruto de premisas únicamente económicas. Cuando el hombre trabaja, sirviéndose del conjunto de los medios de producción, desea a la vez que los frutos de este trabajo estén a su servicio y al de los demás y que en el proceso mismo del trabajo tenga la posibilidad de aparecer como corresponsable y coartífice en el puesto de trabajo, al cual está dedicado.*” (Ibidem).

en que labora: *“Rectificar estas contradicciones es lo que desean con frecuencia quienes tratan de implantar la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa y fortalecer la democracia política poniendo en práctica sus principios en la vida económica.”*¹⁵⁹²

La “democracia industrial” lleva a la “democracia económica”. Prieto Juárez señala al respecto que *“(…) el sistema general parece reposar sobre el siguiente silogismo: democracia industrial es a participación en las decisiones (o gestión), como democracia económica es a participación económica.”*¹⁵⁹³ Desde esta perspectiva, fueron concebidas dos formas principales de participación económica: la participación en la propiedad, mediante acciones adjudicadas o adquiridas por los trabajadores, y la participación en resultados o beneficios.¹⁵⁹⁴

En el marco del constitucionalismo social, esta idea fue acogida por las constituciones emblemáticas de este proceso. La primera en hacerlo fue la Constitución mexicana, de 1917, la cual, en la fracción VI del artículo 123, estableció que *“en toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades.”*¹⁵⁹⁵ La Constitución alemana de 1919, no reconoció el derecho a la participación en las utilidades, pero sí el de los trabajadores a intervenir en las decisiones de las empresas, a través de los consejos obreros, que no sólo debían formarse en este ámbito sino en los distritos y en el plano nacional. **CITA** El artículo 46, numeral 8 de la Constitución de la República española, de 1931, confirió a la legislación social regular *“La participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas (...).”*¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La participación de ...”.....p.11.

¹⁵⁹³ PRIETO JUÁREZ, José Antonio et al, 2004, “Nuevas formas de participación de los trabajadores en las empresas desde la perspectiva española”, en Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa, LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (Coord.) y otros. pp. 151-170, Albacete (España), Editorial Bomarzo S.L., p.154. Agrega este autor: *“Tanto en uno como en otro caso, el punto de partida de todo intento por hacer factible su articulación en los sistemas de relaciones laborales parece ser el mismo, a saber: “...el moderno Derecho del Trabajo habría conformado la empresa, aunque jerarquizada, a imagen de la sociedad política democrática y, por tanto, habría convertido a cada trabajador de <<sujeto>> en <<ciudadano>> de la microsociedad”* (Ibídem).

¹⁵⁹⁴ Cfr. Ídem, p.153.

¹⁵⁹⁵ DE LA CUEVA, “Derecho...”, Op.cit., T.I, p.p.691-692.

¹⁵⁹⁶ DÍAZ REVORIO, Op.cit., p.417.

Las constituciones sociales europeas, posteriores a la segunda guerra, incluyeron, con muchas diferencias entre sí, alguno o varios aspectos de la participación de los trabajadores. Así, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946- conservado por la constitución de 1958- y la Constitución italiana (art.46), reconocen el derecho de éstos a participar en la gestión de las empresas. La Constitución española contiene una norma programática de contornos muy difusos al señalar que *“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.”* (Art.129.2).¹⁵⁹⁷ La de Portugal establece el derecho de las “comisiones de trabajadores” que se creen en las empresas a *“Ejercer el control de la gestión en las empresas”* (Art. 54, 5,b.) y garantiza la participación de los trabajadores en las empresas de producción del sector público (Art.90).¹⁵⁹⁸ Y también contiene una norma relativa a esta forma de participación la Constitución de Noruega.¹⁵⁹⁹

Además de la constitución de México y la nuestra, contienen normas relativas a la participación de los trabajadores, los textos fundamentales de Argentina, **Bolivia**, Brasil, Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Venezuela.¹⁶⁰⁰

6.4.3. Contenido y alcances.

A diferencia de la constitución anterior, la de 1993 sólo reconoce a los trabajadores el derecho a participar en las utilidades de las empresas. Respecto a la participación en la gestión y en la propiedad recurre a una fórmula

¹⁵⁹⁷ Editorial Técno S.A., Op.cit. p.94.

¹⁵⁹⁸ Constituicao da República Portuguesa, Op,cit.

¹⁵⁹⁹ Vid. MARCENARO, Op.cit., p.299.

¹⁶⁰⁰ Ídem, p.p.179-182.

programática e imprecisa al señalar que el Estado *“promueve otras formas de participación.”*

Por la manera en que es formulado en el artículo 29º de la constitución, el derecho a la participación en las utilidades debe catalogarse como un derecho de configuración legal, en la medida que, por la generalidad de su enunciado, resulta necesitado de legislación, a la cual corresponde precisar el monto de la participación, los requisitos para acceder al derecho, la forma de cálculo de la misma, la forma y oportunidad de su pago y otros aspectos semejantes.

El objeto sobre el cual recae el citado derecho es la utilidad o beneficio de la empresa. En ese sentido, es necesario puntualizar que la percepción de utilidades por los trabajadores puede resultar de su vinculación con otra forma de participación como es la que se produce en la propiedad de la empresa. En tal caso, los trabajadores reciben utilidades por el hecho de ser accionistas o copropietarios de la empresa. De este modo, el título de propiedad es el fundamento jurídico de su derecho a participar proporcionalmente en los beneficios generados por aquella.¹⁶⁰¹ Pero, también, puede operar desvinculada de aquella forma caso en el cual *“(...) el nexo es directamente con el resultado económico de la explotación, sin necesidad del soporte jurídico de la propiedad: los beneficios se reparten por mandato directo de una ley especial o del convenio colectivo, no por aplicación de las normas mercantiles ordinarias aplicables a todos los titulares del capital.”*¹⁶⁰²

Al omitir cualquier mención expresa a la participación en la propiedad, es innegable que nuestra Constitución concibe el derecho a la participación en las utilidades como un derecho directo respecto de las utilidades generadas por la empresa, sin que constituya requisito para ello tener la condición de propietario o accionista. En tal sentido, el título jurídico para acceder a los beneficios no es el título de propiedad sino el título de trabajo, esto es, la mera condición de

¹⁶⁰¹ Por ello, sostiene Prieto Juárez, *“En esta lógica la distinción formal entre participación en la propiedad y en los beneficios carece de fundamento real, en tanto en cuanto la segunda sea extensión y fruto natural de la primera.”* (PRIETO JUÁREZ, Op.cit.p.153.).

¹⁶⁰² RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín,p.p.418-419.

trabajador, que mediante su trabajo personal contribuye a la obtención de aquellos resultados. En esta tesitura, Obregón conceptúa que mediante ella, el trabajador “(...) queda asociado al goce del lucro (propio de toda empresa) obtenido en la realización de la tarea, que se distribuye en efectivo, según el porcentaje que la legislación o los convenios colectivos señalen.”¹⁶⁰³

En lo que respecta al ámbito subjetivo del derecho, este se reconoce a favor de “los trabajadores”, lo que significa que comprende a todas las personas que trabajan en la empresa, cualquiera que sea su condición, categoría o su adscripción, o no, a una organización representativa de los trabajadores. Como se ha dicho, la sola condición de trabajador otorga el derecho a percibir las utilidades que correspondan, sin que, por tanto, pueda fundarse cualquier exclusión en alguno de los criterios antes mencionados o en cualquiera otro.

Es, también, un derecho individual, al no disponer que las utilidades deban ser entregadas a un ente colectivo (sindicato, cooperativa, comunidad, fondo, etcétera), encargado de administrarlas y distribuir las.¹⁶⁰⁴

El derecho a participar en las utilidades es un derecho necesario relativo. En efecto, tiene un origen heterónomo al estar previsto en la Constitución y regulado por la ley. El contenido concreto del mismo que surja de su configuración legal es imperativo para las partes de la relación laboral, por lo que no cabe ningún pacto, individual ni colectivo, que reduzca sus alcances, en perjuicio del trabajador. Pero nada obsta para que por acuerdo de partes, estas puedan superar el beneficio establecido por la ley, por ejemplo, incrementando la cuantía

¹⁶⁰³ OBREGÓN SEVILLANO.....p.23.

¹⁶⁰⁴ Aunque en última instancia el beneficiario será siempre el trabajador individual, existen sistemas en los cuales las utilidades que corresponden a los trabajadores deben ser entregadas a una entidad colectiva que debe entregarlas a éstos en determinadas ocasiones y bajo ciertos criterios. Menciona Dobb, el caso de una empresa francesa que en 1855 implantó un sistema conforme al cual las utilidades no se pagaban inmediatamente sino en forma diferida, debiendo acumularse en un fondo de previsión destinado a pagar al trabajador una compensación acumulada a cada trabajador cuando cumplieran 25 años de servicios o más de 65 años de edad.(DOBB, Op.cit., p.60.). En el caso de participación en la propiedad es más frecuente que las acciones de la empresa sean entregadas a una cooperativa o, como en el modelo que rigió anteriormente en el Perú, a la denominada “comunidad laboral”, la cual debía distribuir entre sus miembros los dividendos que percibía por las acciones de su propiedad.

de la participación o fijando una adicional o complementaria, bajo alguna modalidad distinta. En este sentido, la participación en las utilidades no queda sustraída al ámbito de la negociación colectiva, marco este privilegiado para que los actores sociales convengan en montos de participación más elevados que las previstas por la ley.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se suelen plantear varias hipótesis, siendo las más relevantes las siguientes: como remuneración, como acto de liberalidad del empleador, como reconocimiento de la plusvalía del trabajo y como utilidad proveniente de un contrato de sociedad.¹⁶⁰⁵

Entre la remuneración y la participación en las utilidades existe una diferencia esencial, que reside en el carácter aleatorio de esta última, que sólo debe pagarse en caso de producirse beneficios, y en función al monto de éstos, mientras que la remuneración debe cancelarse obligatoriamente al trabajador en forma independiente de la existencia o no de utilidades, y en el monto convenido entre las partes o fijado por ley o convenio colectivo. El derecho a la participación en las utilidades nace al producirse éstas, mientras que el derecho al salario nace desde que el trabajador presta el servicio.¹⁶⁰⁶

Por razones semejantes debe descartarse la tesis del contrato de sociedad pues el trabajador no requiere tener la condición de socio o accionista para percibir utilidades. El trabajador no asume, en modo alguno, el riesgo del negocio como sí lo hace cualquier socio, motivo por el cual el sólo hecho de percibir utilidades no lo convierte ni asimila a éste.

Tampoco se le puede catalogar como acto de liberalidad del empleador, cuando viene impuesta por norma heterónoma, incluso, como en nuestro caso, de jerarquía constitucional. Es por tanto obligación y no acto gracioso del

¹⁶⁰⁵ Cfr. DE BUEN, Op.cit., T.II, p.p.241-243.

¹⁶⁰⁶ Por otro lado, la normativa infraconstitucional excluye expresamente a la participación en las utilidades de la condición de remuneración, conforme fluye de la concordancia del artículo 7º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 y el artículo 19, inciso b) del TUO del Decreto Legislativo N° 651.

empleador, lo cual no obsta a que este, superando su deber legal, puede conceder sumas suplementarias por decisión unilateral.

Respecto a la tesis que plantea que la participación en las utilidades supone reconocer la teoría de la plusvalía formulada por Marx, De Buen anota

*“(...) consideramos que esta tesis de la plus-valía constituye la mejor justificación del reparto de beneficios. Fundamentalmente la misma permite apoyar en datos objetivos y comprobables, a través de un examen económico contable de las empresas, la repartición de una determinada cuota de los beneficios. Así entendida, la participación constituye un pago, en una relación sinalagmática imperfecta y no un sacrificio de una clase en beneficio de la otra”.*¹⁶⁰⁷

Sin necesidad de adherir a esta teoría, De la Cueva sostiene que la participación en las utilidades obedece a la idea de la justicia social, conforme a la cual tanto el capital como el trabajo deben tener idénticos derechos y oportunidades respecto a los resultados de su actividad combinada:

*“El Trabajo debe percibir un salario que le asegure, en el presente y en el futuro, una existencia decorosa; el Capital obtendrá las reservas adecuadas para su reparación y sustitución y un interés razonable, sin el cual se escondería o perdería aliciente para su inversión. Los propios resultados de la actividad combinada de los elementos de la producción deben repartirse; no encontramos razón alguna, económica, social, moral o jurídica que justifique que los resultados de la actividad combinada de los elementos de la producción deban corresponder a uno sólo.”*¹⁶⁰⁸

A mi juicio, el derecho a la participación en las utilidades, se relaciona directamente con otros derechos enumerados en la Constitución, como lo son el derecho al bienestar (Art.2.1), a participar, en forma individual y asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (Art.2.17), al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona (Art.22º) así como el deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (Art.44º). Es un

¹⁶⁰⁷ DE BUEN, Op.cit., p.242.

¹⁶⁰⁸ DE LA CUEVA, “Derecho...”, Op.cit., T.I, p.689.

derecho con contenido propio, mediante el cual se persigue el mayor bienestar del trabajador y la justa distribución de la riqueza. Desde luego, el logro de estos objetivos depende de la configuración legal del derecho, pues a la ley ha confiado el constituyente decidir la intensidad y forma de dicha participación.

Respecto a las otras formas de participación, elípticamente mencionadas en el artículo 29º, estas no son otras que la participación en la propiedad y en la gestión, las cuales fueron expresamente mencionadas en el artículo 56º de la Constitución de 1979.

Respecto a la participación en la propiedad, la fórmula tradicional consiste en conceder a los trabajadores acciones representativas del capital social de la empresa. Como es obvio que los trabajadores no cuentan con recursos suficientes para adquirir las acciones de la empresa, esta operación se financia con una porción de las utilidades de ésta, que no se entrega a los trabajadores en dinero sino en acciones.¹⁶⁰⁹ Cuando se elige esta forma de participación, puede considerarse que ello la convierte en el fundamento jurídico de las otras dos pues los trabajadores, como accionistas tendrán derecho -como cualquier otro accionista- a las utilidades y a la gestión de la empresa, en proporción, desde luego, al grado de participación que alcancen en la propiedad de la empresa. Ello no significa que - como antes, lo hemos señalado respecto a la participación en las utilidades- estas dos formas de participación no puedan existir autónomamente, esto es, sin necesidad de que exista la participación en la propiedad.¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁹ Obregón menciona que ello se logra “(...) mediante la asignación de las acciones o participaciones provenientes de la capitalización de utilidades o de los excedentes de revaluación o mediante la suscripción de nuevas acciones, o concediéndoles una parte de las utilidades en acciones representativas del capital social de la empresa.” (OBREGÓN SEVILLANO, Op.cit., p.23.).

¹⁶¹⁰ Desde una perspectiva crítica respecto del potencial de cambio de las estructuras empresariales, Rodríguez Sañudo afirma que “(...) en esta fórmula de participación el sistema no se altera en nada: el camino para acceder a la propiedad es la adquisición de los títulos y la posición de los trabajadores, convertidos así en propietarios de una parte del capital, no se modifica tampoco: siguen siendo trabajadores por cuenta ajena y su titularidad parcial no supone en ningún momento una influencia decisiva sobre la gestión de la sociedad o de la empresa (...). Este tipo de participación, que en otra época pudo tener un cierto predicamento, debe considerarse hoy periclitada y, salvo excepciones muy concretas, no forma parte de la polémica actual más significativa sobre la participación de los trabajadores en la empresa (...). (RODRÍGUEZ SAÑUDO, Op.cit., p.418.).

La participación en la propiedad mediante la entrega de acciones a los trabajadores fue tradicionalmente conocida como “accionariado obrero” y recibió, como hemos tenido ocasión de verlo, firme respaldo desde la doctrina social de la Iglesia y los sectores político sociales vinculados o inspirados en esta. Sin embargo, en general, no ha prosperado como fórmula de transformación de la empresa y, a la vez, fundamento de la participación económica y en la gestión. Se ha dicho al respecto que *“(…) no otra cosa representa el “accionariado obrero” que una fórmula de participación adulterada y desprovista de toda efectividad real en cuanto a la capacidad de influencia sobre las decisiones y/o gestión que la empresa pueda llevar a cabo.”*¹⁶¹¹

No obstante, el modelo establecido en el Perú a partir de 1970, identificado como “comunidad laboral” puede ser considerado como uno de los que pretendió llegar más lejos, pues, posibilitaba que mediante sucesivas entregas de acciones a la “comunidad laboral” -integrada por todos los trabajadores de la empresa- esta llegara a poseer la mitad del capital social. A su vez la participación de representantes de dicha comunidad en el Directorio de la empresa, era proporcional a su participación en la propiedad, por lo cual cuando aquella igualara al capital en manos de los accionistas capitalistas, el gobierno de la empresa sería compartido por estos y los trabajadores. En 1977, el modelo fue rectificado y tanto la participación en el patrimonio cuanto en la gestión se limitó a un tercio, respectivamente. No obstante, como lo señala Bernal Ballesteros, este modelo fue acusado de socializante y generó mucha polémica, por lo que, finalmente, fue eliminado al dictarse, en 1991, el Decreto Legislativo N° 677 que, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1979, redujo la participación en la empresa sólo a las utilidades.

¹⁶¹¹ PRIETO JUÁREZ, Op.cit., p.p.161-162. Sustenta este autor su afirmación señalando que *“Tal extremo se admite indiscutiblemente y de manera mayoritaria por la doctrina iuslaboralista y es igualmente ratificado en el diagnóstico realizado por la Comisión de la CEE en su Libro Verde sobre Participación de los trabajadores. En efecto, en este destacado e influyente documento comunitario se admite expresamente que ningún Estado miembro ha desarrollado los sistemas de accionariado hasta el punto de permitir a los trabajadores ejercer, de modo general, una influencia determinante sobre el proceso de decisión de las empresas grandes y medianas.”* (Ídem, p.162.)

La crítica a la inoperancia transformadora del “accionariado obrero” no comprende, necesariamente la de la participación en las utilidades, sino al hecho de recurrir a aquella como fundamento indispensable de ésta y de la participación en la gestión, mecanismos estos que, conforme lo hemos señalado, pueden existir autónomamente. En lo que se refiere a la participación en las utilidades, cuando esta no dependen de la tenencia de acciones por parte de los trabajadores, considera Prieto Juárez que *“(...) sí estaríamos técnicamente en presencia de una modalidad distinta a la estricta participación en la propiedad y por tanto, susceptible de ser concebida como categoría diferenciada, si bien a la postre englobable en la más amplia noción de participación económica en la empresa.”*¹⁶¹²

La participación en la gestión, responde, anota Rodríguez-Sañudo, a la idea básica de que *“(...) los trabajadores, considerados hasta hace relativamente poco tiempo como meros aportadores de fuerza de trabajo al proceso productivo, y como tales excluidos de la gestión de la organización productiva, son integrados en el mecanismo de la toma de decisiones.”*¹⁶¹³ De la Villa, por su parte, considera que por participación de los trabajadores en la empresa *“(...) se podría entender la actividad de los trabajadores encaminada a >restringir, compartir o asumir> el gobierno de la empresa.”*¹⁶¹⁴ La actividad de “restringir”, la identifica con la acción sindical en la empresa y se traduce en funciones de control y vigilancia o de consulta o informe de la, o frente a la, decisión patronal; la actividad de “compartir” el poder empresarial se identifica con la figura de la cogestión, en virtud del cual los trabajadores aceptan corresponsabilizarse de la decisión y el empleador la limitación de su poder; y , finalmente, la actividad de “asumir” el poder empresarial corresponde a la autogestión, situación que representa un “salto cualitativo” ya que se configura como un género distinto de la participación.¹⁶¹⁵

¹⁶¹² Ídem, p.154.

¹⁶¹³ RODRÍGUEZ SAÑUDO, Op.cit. 420.

¹⁶¹⁴ DE LA VILLA, Luís Enrique,p.23.

¹⁶¹⁵ Cfr. Ídem, p.p.23-24.

La OIT, en un informe dedicado a esta cuestión, considera que la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa obedece a objetivos de diverso orden: de orden ético, porque favorece el desarrollo de la personalidad humana o la realización del individuo; de orden político y social, porque es el mecanismo para alcanzar la “democracia industrial” por la cual, a la par que en la vida social y política el trabajador forma parte de una sociedad democrática en la cual participa, debe poder hacerlo en la empresa en que trabaja; y, finalmente, de orden económico, en cuanto asociando al trabajador a las decisiones se favorece el mejoramiento cuantitativo y cualitativo de la producción, el uso racional de la mano de obra, la introducción de nuevas técnicas, etc.¹⁶¹⁶

En cuanto a los métodos para lograr la participación en las decisiones, la OIT, distingue varios que van de menos a más, y que son los siguientes: i) información y consulta, ii) negociación colectiva, iii) codecisión en comités o consejos de empresa u organismos similares, y iv) participación en los órganos directivos de la empresa.¹⁶¹⁷ Respecto a éste último, señala el informe de la OIT que “*Se trata, pues, de una participación en la gestión propiamente dicha, dado que la competencia de esos órganos es de orden general y abarca el conjunto de problemas que plantea el funcionamiento de la empresa (...)*”.¹⁶¹⁸

Precisa el citado informe de la OIT que la participación en los órganos directivos puede tener carácter minoritario o paritario, de acuerdo a la correlación existente entre el número de representantes de los accionistas y de los trabajadores. En el segundo caso, nos encontramos con el sistema de “cogestión paritaria”, establecido en la República Federal de Alemania por leyes de 1951 y 1976.¹⁶¹⁹ La codecisión, supone no sólo un salto cuantitativo respecto de los métodos o formas de participar en la gestión, afirma Rodríguez Sañudo, “*(...) sino también de importancia cualitativa: el empresario pierde la exclusividad de la decisión*”.

¹⁶¹⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La participación..... p.9-20.

¹⁶¹⁷ Cfr. Ídem, p.p.21-24.

¹⁶¹⁸ Ídem, p.23.

¹⁶¹⁹ Cfr. Ídem, p.p.23-24.

*que, por definición, corresponde ahora tomarla a ambas partes, situadas jurídicamente en un plano de igualdad.”*¹⁶²⁰

La Constitución, como lo hemos señalado, no reconoce ningún derecho a los trabajadores, limitándose a imponer al Estado el deber de promoverlas. Rubio Correa, destaca la diferencia entre la Constitución de 1979, que reconoció expresamente el derecho a la participación en la gestión y la propiedad y la fórmula del artículo 29º de la actual constitución, señalando que esta “(...) *establece una norma más genérica en el sentido de que el Estado promueve otras formas de participación. No excluye, por consiguiente, la participación en la gestión y en la propiedad, pero no las consagra como sí lo hacía la anterior.*”¹⁶²¹

Bernales opina en sentido coincidente, ya que, a su juicio, el artículo 29º, no es específico en la materia y deja abierta una posibilidad sujeta a varias interpretaciones y aplicaciones.¹⁶²² Sin embargo, no debemos soslayar el hecho de que el texto constitucional indica que el Estado “promueve otras formas de participación”, enunciado éste que excluye que aquel puede asumir una actitud meramente pasiva o indolente y que, por el contrario, lo compromete a explorar y proponer, de acuerdo, a las circunstancias económicas y sociales del país, medidas que puedan plasmar esas otras formas de participación. Considero, por ello, que desde el momento que la Constitución desea que el Estado promueva otras formas de participación, afirma un juicio positivo de la participación en la empresa en general, la cual, por ello mismo, no está limitada a la participación en las utilidades, por más que ésta sea la única forma de aquella que ha concretizado como derecho fundamental de los trabajadores.

Por otro lado, dentro del marco de este precepto, resultaría jurídicamente posible, como lo indica Obregón, establecer formas de participación en la gestión y en la propiedad mediante la negociación colectiva, aunque la probabilidad de

¹⁶²⁰ RODRÍGUEZ SAÑUDO, Op.Cit., p.422.

¹⁶²¹ RUBIO CORREA, “Estudio...”, Op.cit., T.II, p.290.

¹⁶²² Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Op.cit., p.229.

que eso ocurra, cuando menos en nuestro medio, es extremadamente remota habida cuenta de la resistencia numantina que los empleadores suelen ofrecer a cualquier planteamiento participativo.



CONCLUSIONES

1. En su artículo 43º nuestra Constitución Política establece que *“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”*, reproduciendo una fórmula similar contenida en el artículo 79º de la Constitución de 1979. La definición del Estado como “Estado social”, aparece en varias de las nuevas constituciones europeas adoptadas después de la segunda guerra mundial, en España tras la restauración de la democracia y en algunas de Europa Oriental después de la caída del comunismo. Otras constituciones

que no explicitan esta fórmula contienen, sin embargo, ciertas declaraciones equivalentes, e incluso, existen otros Estados que sin sustento constitucional expreso han adoptado fines y políticas que corresponden al modelo del “Estado Social”, encontrándose entre éstos algunos de los que representan las formas más avanzadas del mismo, como, por ejemplo, los estados escandinavos.

2. La formación del “Estado social” tiene su origen en la revolución industrial y el desarrollo de la economía capitalista que, en el marco político-jurídico del Estado Liberal surgido de la revolución francesa y las revoluciones burguesas del siglo XIX, generó la llamada “cuestión social”. Esta se caracterizó por las penosas e inhumanas condiciones de trabajo y de vida de los asalariados o proletarios, que debían vender su fuerza de trabajo a los capitalistas, a cambio de salarios ínfimos, para poder subsistir. Para cambiar esta situación y defender sus intereses, los trabajadores se unieron y crearon organizaciones, pero estas fueron prohibidas y reprimidas por la legislación civil e, incluso, penal, tipificándose como delito participar en aquellas o declararse en huelga. Pese a ello, los trabajadores persistieron en su empeño y gracias a ello, en la segunda mitad del siglo XIX, e incluso antes en Inglaterra, las leyes prohibitivas y represivas fueron derogadas, dando paso a la libre formación de los sindicatos, que se expandieron rápidamente. Este fenómeno se consolidó al conquistarse el sufragio universal, en 1848 en Francia, pues los trabajadores vieron en este derecho el medio de contrarrestar con su fuerza numérica en la sociedad el poder económico y político de la clase capitalista y así lograr mejoras y reformas en su propio beneficio. Un efecto importante del sufragio universal fue el surgimiento de partidos políticos de orientación social-demócrata, socialista o laborista, que recogieron las aspiraciones de la clase trabajadora y lograron acceder a los parlamentos, desde los cuales propiciaron leyes y medidas de defensa y protección de ésta.
3. El desarrollo de los elementos que fueron configurando los contornos del Estado Social se produjo paulatinamente, a partir de una serie de

acontecimientos históricos que contribuyeron decisivamente a ello. Estos fueron:

- a) El desarrollo de una legislación laboral de protección a los trabajadores, que limitó la libertad de contratación de los empleadores, así como el reconocimiento del derecho de asociación y de la libertad sindical que permitió a los trabajadores organizarse autónomamente.
- b) La creación de los seguros sociales en Alemania, por el Canciller Bismarck, para cubrir las contingencias de enfermedad, accidentes de trabajo y jubilación, que representó el inicio de la seguridad social moderna.
- c) La aparición del “constitucionalismo social” caracterizado por la incorporación a las constituciones de derechos laborales y sociales, al lado de los derechos civiles y políticos. Este fenómeno se expresó en las Constituciones precursoras de México (1917) Alemania (1919) y la República española (1931).
- d) La creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por el Tratado de Versalles que puso fin a la primera guerra mundial. Este tratado estableció ciertos principios y derechos relativos al trabajo siendo el principal de ellos que *“el trabajo no debe ser considerado una mercadería o artículo de comercio.”*
- e) La política del “New Deal” aplicada en Estados Unidos por el Presidente Franklin Delano Roosevelt para superar la crisis económica de 1929, la misma que se caracterizó por la intervención del Estado para regular el mercado, promover el empleo y proteger a los trabajadores.
- e) El desarrollo de nuevas teorías económicas como la de John Maynard Keynes y la Escuela de Friburgo, que, sin proponer la supresión del mercado cuestionaron aspectos de la clásica teoría económica y

reconocieron la necesidad de la intervención del Estado para corregir los desequilibrios del mercado y promover el empleo.

f) La idea de la seguridad social universal planteada en el Informe Beveridge, formulado por la Comisión creada en 1941 por el gobierno inglés, que planteó superar los seguros sociales de trabajadores por un sistema de seguridad social nacional, de alcance universal. Este tipo de seguro se aplicó en Inglaterra y en otros países europeos, alguno de los cuales lo tuvieron antes que dicho informe lo propusiera.

4. En la mayoría de países que no poseen una cláusula constitucional explícita de “Estado social”, los estudiosos de este fenómeno utilizan la expresión “Estado de bienestar”, muy difundida en los países anglosajones y escandinavos. Hay quienes las consideran expresiones sinónimas, pero no faltan quienes pretenden que tras la diferencia de denominación existen diferencias conceptuales. Sin embargo, esta posición no es sólida, pues en verdad ambas expresiones aluden al mismo fenómeno, siendo las diferencias que se señalan de matices o énfasis. Más adecuado resulta admitir que el “Estado social” (o “Estado de bienestar”) no es una realidad unívoca y monolítica, un modelo definitivo, sino que ofrece variantes, según los países o grupos de éstos. La tipología más conocida es la que distingue tres tipos: i) el liberal, ii) el corporativo y iii) el social-demócrata.
5. El Estado Social se diferencia del Estado Liberal en el hecho de implicar la intervención del Estado en la economía para corregir los desequilibrios del mercado y brindar prestaciones sociales. El Estado Social no se limita a respetar y proteger los derechos subjetivos individuales sino que interviene en la configuración del orden social para que todas las personas tengan una vida digna e igualdad de oportunidades. Se opone, por ello, a la teoría del “estado mínimo” propia del liberalismo y asume un rol activo en la promoción de derechos y mejores condiciones de vida de sus miembros, superando la rígida separación entre Estado y sociedad, propia del liberalismo clásico.

6. El Estado Social se configura como un “Estado Social de Derecho”, como expresamente lo enuncian varias constituciones y en el caso de la nuestra ello se deduce del artículo 3º de la misma, conforme lo señala el Tribunal Constitucional. El Estado Social de Derecho supera los límites formalistas del Estado Liberal de Derecho, pues su propósito es dotar a los valores y principios de éste como la libertad, la igualdad ante la ley, la seguridad y la propiedad de un sustento material, pero se desenvuelve dentro de los moldes propios del Estado de derecho, tales como la separación de poderes, el imperio de la ley y la garantía de los derechos fundamentales.
7. El Estado Social es, asimismo, un Estado democrático, pues se construye dentro de la democracia y con el objeto de dotar a esta de un contenido social. Desde sus orígenes la idea del “Estado Social” se asoció con la aspiración a la “democracia social”, que superara los marcos formales de la democracia liberal para avanzar hacia la igualdad de oportunidades y la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. El Estado Social busca profundizar la democracia en torno a la idea de igualdad de oportunidades y la participación social. Por otro lado, es un hecho comprobado que el proceso de democratización de la sociedad, iniciado con el sufragio universal, ha influido decisivamente en la construcción del Estado Social y continúa siendo su principal sustento político.
8. El Estado Social está configurado por tres elementos fundamentales. En primer lugar, por el pluralismo social e institucional, pues, por un lado, reconoce la existencia y libre actuación de organizaciones sociales creadas para la realización de distintos fines y, por otro, se estructura a sí mismo a partir de diversos centros de decisión política en el ámbito funcional y territorial, en un esquema descentralizado. De esta manera supera la dialéctica individuo-Estado del liberalismo, reacia a admitir la existencia de los grupos intermedios. En segundo lugar, el Estado Social supone la reformulación de los derechos fundamentales, en un doble sentido: mediante la relativización o limitación de algunos derechos clásicos en

función del interés social y a través de la ampliación del catálogo de derechos al reconocer los derechos sociales. Finalmente, el Estado Social conlleva la intervención del Estado en la economía como un elemento de regulación y de redistribución social, a través de lo que se denomina la “Constitución económica”.

9. En tiempos recientes, tras la crisis económica de la década del 70, el Estado Social padeció importantes dificultades en su función reguladora y redistribuidora. Ello motivó el renacimiento de la crítica liberal que lo acusaba de ineficiente, paternalista e, incluso, totalitario. En algunos países triunfaron propuestas y partidos claramente neoliberales, favorables a desmantelar el Estado Social, pero ello no ha ocurrido en ningún caso debido, por un lado, a la actitud contraria del propio electorado, beneficiario de las prestaciones sociales, y, por otro, a la ausencia de un modelo alternativo. Por ello, lo que se plantea con mayor aceptación es una reforma o actualización del Estado Social que reduzca el paternalismo, focalice sus prestaciones hacia los sectores menos favorecidos, estimule la participación de la comunidad en el bienestar e incentive la productividad económica, pero sin renunciar a sus funciones de configuración del orden social para procurar la igualdad de oportunidades y la justicia social.
10. En el Perú las primeras manifestaciones del Estado Social se plasmaron en las Constituciones de 1920 y 1933, las cuales reconocieron ciertos derechos laborales y sociales, aunque de forma incipiente. La recepción plena, aunque tardía, del Estado Social se produce en la Constitución de 1979 la cual, además de explicitar la definición del Estado peruano como “Estado social”, reconoció un amplio elenco de derechos sociales y estableció un régimen económico que admitió formas relevantes de intervención del Estado dentro del marco de una “economía social de mercado. La Constitución de 1993, mantiene la definición de Estado social y enuncia derechos sociales, pero, por un lado, elimina algunos y reduce el alcance y contenido de otros y, por otro lado, opta por un modelo económico claramente neo-liberal, reduciendo significativamente el rol del Estado. No

obstante, el Tribunal Constitucional en base a la propia cláusula de Estado Social y a la noción de “economía social de mercado”, conservada en el texto constitucional, ha interpretado el rol del Estado, el alcance de los derechos sociales así como los límites de las libertades económicas en un sentido conforme a dichas definiciones, superando el sentido regresivo de los constituyentes.

11. En el Estado Social se reformulan y relativizan algunos derechos clásicos como los de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y las libertades económicas. En el primer caso, el derecho a la igualdad supera su limitada dimensión formal como igualdad jurídica para adquirir una nueva dimensión, la material o sustancial, mediante la cual se procura la igualdad de oportunidades y, mediante ésta, la igualdad real de las personas en el goce de los derechos y bienes necesarios para su desarrollo. En cuanto a la propiedad, su carácter absoluto resulta relativizado al establecerse que esta tiene una “función social”, lo que significa que el interés particular del propietario debe subordinarse al interés general de la sociedad. Aún cuando la actual Constitución ha suprimido la expresión “interés social”, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que la noción de “bien común” que la sustituye alude, asimismo, a la prevalencia del interés de la sociedad sobre el individual. Lo propio sucede con las libertades económicas (de empresa y de comercio), que se reconocen pero subordinadas al interés general. La jurisprudencia constitucional deduce el límite consistente en el interés social de la opción de la Constitución por la economía social de mercado.
12. El derecho o libertad de asociación no figuró en las declaraciones iniciales de derechos humanos debido a la resistencia del liberalismo a reconocer la existencia de agrupaciones intermedias y autónomas que se interpusieran entre el individuo y el Estado. Por ello, incluso, se dictó en Europa una legislación represiva respecto de los sindicatos y otras formas de asociación, pero, finalmente, el derecho de asociación y, luego, la libertad sindical y la de constituir partidos políticos, fue reconocido y

garantizado. Una de las características central del Estado Social es, precisamente, el pluralismo social, que tiene en la libertad de asociación, uno de sus principales fundamentos jurídicos.

13. El sufragio universal tampoco fue un derecho político coetáneo a las primeras declaraciones de derechos, porque el liberalismo inicial no aspiraba a una democracia en el sentido clásico de la democracia ateniense, sino a un gobierno representativo o por procuración, sistema en el cual el sufragio no era un derecho sino una función, reservada para los propietarios y la gente más instruida a la cual, también, debían reservarse las funciones públicas. Sin embargo, el sufragio restringido, o censitario, no pudo subsistir ante las exigencias de las nuevas clases sociales trabajadores que vieron en el sufragio universal la forma de acceder al poder político para promover sus intereses y conquistar derechos. En Francia fue obtenido en 1848 y, posteriormente, se extendió a muchos otros países, provocando un amplio proceso de democratización que se encuentra estrechamente unido al desarrollo del Estado Social.
14. El Estado Social supone el reconocimiento de nuevos derechos, los llamados “derechos sociales” que atienden a la satisfacción de las necesidades sociales, culturales y económicas de las personas. La fuente de estos derechos se encuentra, en primer lugar en las constituciones, las cuales, a partir del proceso iniciado con las constituciones de México (1917), Alemania (1919) y la República Española (1931), los han reconocido, tal como ha ocurrido en el Perú desde la Constitución de 1920. Este proceso se ha extendido al ámbito universal, al reconocerse derechos sociales en los más importantes documentos y tratados sobre derechos humanos. Entre estos, figuran algunos de carácter general como, en el ámbito universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente, desde luego, este último. En el ámbito regional o continental, estos son la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana sobre

Derechos Humanos y, en particular, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Existen también tratados de carácter especial, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial”, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

15. Los derechos sociales corresponden a una “segunda generación” de derechos, expresión ésta que alude a un hecho cronológico pero no implica un supuesto de de sucesión normativa, ni, menos aún de jerarquía jurídica respecto de los derechos clásicos o de “primera generación.” Estos derechos tienen su núcleo original en los derechos laborales y, además de éstos, comprenden, cuando menos, l los derechos relativos a la seguridad y a la salud, los derechos a la educación y al acceso a la cultura y, finalmente, en un sentido más amplio, los derechos al bienestar.
16. Frente a la tradicional fundamentación de los derechos civiles y políticos en el valor de la libertad, existen diversas perspectivas respecto al fundamento de los derechos sociales. Para una de éstas, dicho fundamento reside en el valor igualdad pues mediante los derechos sociales se persigue alcanzar la igualdad real o material. Otra considera que el valor libertad es, también, el fundamento de estos derechos pues su reconocimiento apunta a la realización de la libertad en su sentido fáctico o real, superando la noción formal de la libertad. Otras posiciones intentan escapar al dilema igualdad o libertad y adoptan posiciones autónomas como aquellas que encuentran dichos fundamentos: i) en las necesidades humanas, ii) en la desmercantilización de la vida social y iii) en la noción de ciudadanía social. No obstante, postulamos, que el verdadero fundamento de los derechos sociales, como, asimismo, de todos los derechos fundamentales, se encuentra en la dignidad humana, que nuestra Constitución erige, en su artículo 1º, en el valor supremo de la sociedad y del Estado.

17. La idea clásica de los derechos fundamentales que los concibe como libertades, individuales, universales y de eficacia inmediata, suele ser contrapuesta a los derechos sociales para, incluso, negar su condición de verdaderos derechos fundamentales. El análisis demuestra que esta tesis no es correcta, pues i) el proceso expansivo de los derechos fundamentales ha llevado a su especificación al reconocerse derechos a grupos específicos de personas necesitados de protección, lo que no enerva su condición de fundamentales; ii) asimismo, algunos derechos sociales se configuran como genuinas libertades, como la libertad sindical o el derecho de huelga, y no sólo como prestaciones, de la misma manera que las libertades clásicas también requieren determinadas prestaciones del Estado; iii) si bien los derechos sociales, en algunos aspectos, requieren prestaciones estatales o penden de su configuración legal, presentan otros aspectos o facetas en las cuales gozan de eficacia inmediata, implicando deberes de respeto y garantía; iv) finalmente, muchos derechos clásicos, requieren un ejercicio colectivo, como las libertades de asociación y de reunión, mientras que los derechos sociales aunque son otorgados para proteger a sectores desfavorecidos, son, en su mayoría, de ejercicio individual.
18. También se cuestiona la condición de verdaderos derechos de los derechos sociales en razón de su supuesta imposibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento. Las más frecuentes objeciones a la exigibilidad judicial de los derechos sociales se basan en su naturaleza prestacional, en su carácter vago e indeterminado, en ser derechos de configuración legal y, finalmente, en que la política social no es competencia de los jueces. Tales observaciones no son consistentes por cuanto: i) los derechos sociales tienen una faceta no prestacional que es exigible judicialmente y, a su vez, los derechos clásicos también poseen un aspecto prestacional, ii) la vaguedad o indeterminación en la formulación del derecho no es privativa de los derechos sociales y, en todo caso, el Derecho tiene métodos y procedimientos para interpretar las normas ambiguas; iii) la configuración legal tampoco es condición exclusiva para el ejercicio de los derechos

sociales, pues, igualmente, hay derechos clásicos que la requieren y, en cualquier caso, el legislador debe respetar un contenido esencial del derecho que es exigible al margen de su regulación legal, iv) finalmente, los jueces, al resolver controversias atinentes a derechos sociales no formulan una política social, sino que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales.

19. En cualquier caso las dificultades que puedan ofrecer los derechos sociales respecto a su exigibilidad no justifica que en base a ella se cuestione su fundamentalidad. La situación es exactamente la contraria, por lo cual debe entenderse que en tal supuesto lo que existe es un vacío en cuanto a la garantía del derecho fundamental que el ordenamiento jurídico debe solucionar. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que un esquema aplicable a todos los derechos fundamentales indica que estos presentan tres niveles de obligaciones para el sujeto pasivo de los mismos: las obligaciones de respeto, las de protección y las de satisfacción, debiendo, por tanto, evaluarse la exigibilidad de los derechos sociales en relación a cada una de estas clases de obligaciones, antes de descartar, a priori, su carácter exigible.

Un estudio detallado de la jurisprudencia, nacional y extranjera, evidencia que la eficacia de los derechos sociales puede predicarse en función al objeto del derecho y al sujeto obligado por éste. En el primer caso, se pueden contemplar las siguiente situaciones: i) el derecho social opera como parámetro de constitucionalidad para evaluar la legitimidad constitucional de normas contrarias al derecho, ii) actúa como límite negativo respecto de disposiciones públicas o decisiones privadas, iii) el derecho social ha sido otorgado sólo en beneficio de determinados sectores discriminando a otros, en cuyo caso es exigible la equiparación entre unos y otros; iv) cuando se produce la violación individualizada y concreta, y no genérica, del derecho social, v) cuando se despoja a una persona del derecho del cual disfrutaba o se le impide acceder a él, y vi) cuando la vulneración de un derecho social conlleva la de un derecho civil

o político. Desde el punto de vista del sujeto obligado, debe tenerse que, en el caso de muchos derechos sociales, este no es el Estado sino un sujeto privado, y aquellos se traducen en obligaciones de respeto y garantía, razón por la cual la exigibilidad del derecho resulta perfectamente factible.

20. Otro aspecto característico del Estado Social es el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Esta es sostenida a partir de un conjunto de razones, de diversa índole. En primer lugar, la existencia de los llamados “poderes fácticos”, dotados de un gran poder real en relación al individuo; asimismo la concepción de la Constitución como una norma fundante y unificadora del ordenamiento jurídico, que se irradia a todos los sectores de éste; y, en tercer lugar, la idea de que los derechos fundamentales, no sólo constituyen derechos subjetivos individuales, sino, de igual modo, son normas objetivas de derecho, que expresan los valores e instituciones que rigen la vida social y el ordenamiento jurídico en su conjunto.
21. En relación a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, o “eficacia horizontal”, se presentan tres posiciones. Una que la rechaza, asumiendo la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos de libertad frente al Estado, no ejercitables en las relaciones privadas. Entre las posiciones favorables se distingue la que acepta la eficacia de los derechos fundamentales en esta clase de relaciones, pero de forma mediata o indirecta, ya que considera que aquella sólo puede lograrse a través de la legislación o la actividad judicial, y la tesis de la “eficacia inmediata”, que sostiene que los derechos fundamentales son ejercitables en las relaciones privadas, aún sin la mediación de la ley, es decir en forma directa. El Tribunal Constitucional peruano se adscribe a la tesis de la eficacia inmediata, partiendo del artículo 38º de la Constitución que impone a todos los peruanos el deber de respetar y cumplir la Constitución y, asimismo, del artículo 200º de la Constitución que faculta al ciudadano a interponer las acciones de amparo, habeas corpus y habeas

data, contra los actos no sólo de “autoridades y funcionarios”, sino de “cualquier persona”.

22. La Constitución peruana afirma la protección del trabajo en sus diversas modalidades por el Estado aunque prioriza la atención a la madre, el menor de edad y el impedido que trabajan. Se considera, sin embargo, que dicha prioridad no excluye la protección de los trabajadores en general y que esta alcanza, incluso, al referirse a “sus diversas modalidades”, a los denominados “trabajadores autónomos”, aunque con diferente intensidad según las características específicas de dicha clase de trabajo.
23. También reconoce la libertad de trabajo, de forma independiente de la libertad de empresa, aunque no falta alguna jurisprudencia que las confunde en razón del origen de esta última en la primera. Sin embargo, predomina el concepto según el cual la libertad de trabajo opera en tres momentos: al inicio de una actividad laboral, en cuanto la persona puede decidir si trabaja no, en qué actividad lo hace, si lo hace por cuenta propia o ajena y, en este caso, para quien trabaja; durante el desarrollo de una relación laboral, como opción de ejercer libremente una ocupación adicional por cuenta ajena o propia; y en la fase final o extintiva, como libertad de desvincularse de una relación laboral, siendo su manifestación típica el derecho de renuncia ad nutum que tiene el trabajador.
24. El derecho al trabajo es reconocido y enunciado en forma separada de la libertad de trabajo, pese a que ambos nacieron juntos, bajo la noción de ésta última, es decir como mera libertad. Desde la revolución francesa de 1848 el “derecho al trabajo” adquirió autonomía conceptual, entendiéndose como el derecho a obtener un empleo para alcanzar los medios necesarios para vivir. Por ello, se la ha catalogado como un derecho programático, supeditado a las políticas económicas y de fomento del empleo, no exigible judicialmente. Sin embargo, siguiendo la huella trazada por los tribunales constitucionales de Italia y España, nuestro Tribunal Constitucional reconoce que el derecho al trabajo tiene otro aspecto o contenido,

plenamente exigible, el cual consiste en proscribir la pérdida del trabajo, o despido, sin que exista causa justa.

25. La afirmación de la existencia de un “deber de trabajar” debe entenderse en un sentido moral o ético, como expresión de la solidaridad social, pero no en un sentido jurídico pues este devendría contradictorio con la libertad de trabajo.
26. La Constitución garantiza la indemnidad de los derechos fundamentales de la persona en la relación de trabajo, en la cual existen manifestaciones específicas de éstos que, según los casos, el empleador debe sólo respetar o, también, garantizar, aceptando para ello ciertas singularidades en el cumplimiento de las obligaciones del trabajador o, incluso, en la organización misma del trabajo. De este modo, se descarta la tesis tradicional de que los derechos fundamentales de la persona son irrelevantes en el seno de la relación laboral.
27. El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, garantiza la igualdad de trato en la relación laboral y proscribire las conductas discriminatorias, directas o indirectas del empleador. A su vez el principio de irrenunciabilidad de los derechos, se basa en el carácter imperativo de la ley laboral, del cual se deduce que la mayor parte de los derechos laborales son indisponibles, por lo que no es válida la renuncia de éstos por el trabajador. Aunque la Constitución restringe este carácter a los derechos nacidos de la Constitución y de la ley, la doctrina es unánime en señalar que también comprende los que surgen de la convención colectiva de trabajo, cuya parte normativa es fuente de derecho.
28. El principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, es una manifestación típica del principio protector o tuitivo. El supuesto de hecho que justifica la aplicación de este principio es la existencia de una norma que posee varios sentidos, lo que lo diferencia del principio de norma más favorable -no reconocido por

la Constitución - que supone la concurrencia de varias normas aplicables a la misma situación. El principio *“in dubio pro operario”* supone, por tanto la existencia de una *“res dubia”* que no haya podido ser dilucidada aplicando los métodos de interpretación del derecho, en cuyo caso habrá de aplicarse la interpretación que resulte más favorable al trabajador. Dentro de su ámbito objetivo debe comprenderse a la convención colectiva respecto de su parte normativa.

29. El Tribunal Constitucional ha señalado que además de los principios de la relación laboral que enuncia la Constitución en su artículo 26º, existe el principio de “primacía de la realidad”, afirmado por la doctrina del derecho laboral, que el citado tribunal considera como un “principio implícito”, deduciendo su existencia del principio protector que esta consagra. Según este principio, para establecer la existencia de una relación laboral o de otros aspectos de ésta, debe preferirse la realidad que fluye de los hechos sobre los documentos o contratos formalmente establecidos.
30. La libertad sindical que la Constitución reconoce en el artículo 28º, es ampliamente desarrollada por la jurisprudencia constitucional que reconoce su vertiente individual, como derecho subjetivo, y su vertiente colectiva, como derecho de la organización sindical misma; asimismo, reconoce, su aspecto estático, como facultad de constituirse y organizarse, y su aspecto dinámico, como despliegue de actividad sindical, concepto este que resulta clave para la libertad sindical. Esta libertad es reconocida a todos los trabajadores pero, en el caso de los servidores públicos, excluye a los funcionarios con poder de decisión o que ejercen cargos de confianza o de dirección, así como a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, jueces del Poder Judicial y fiscales. Un caso especial es el de los trabajadores autónomos a quienes existe la tendencia actual de reconocerles esta libertad, habida cuenta de las singularidades y limitaciones que presenta su ejercicio. No se niega, tampoco, a los empresarios aunque la experiencia demuestra que estos prefieren las formas asociativas civiles a las sindicales.

31. El derecho a la negociación colectiva representa el reconocimiento de la autonomía colectiva, es decir la facultad concedida por el ordenamiento a las partes sociales para regular libremente sus relaciones. Ello no excluye la existencia de un derecho de cada parte a la negociación y el consiguiente deber de negociar. La Constitución no se limita a garantizar la negociación colectiva sino que impone al Estado un deber de fomento de la misma, que lo obliga a crear condiciones para su cabal realización. Asimismo, la norma fundamental reconoce “fuerza vinculante” a la convención colectiva, expresión que doctrina y jurisprudencia interpretan en el sentido de la eficacia normativa de la denominada, por esta razón, parte normativa de la convención. En cuanto a la titularidad del derecho, se reconoce que este corresponde al trabajador individualmente considerado y no a los sindicatos, aunque debe precisarse que en caso de existir organización sindical debe ser ésta, por su condición de ente representativo de los trabajadores, quien ejerza el derecho. La jurisprudencia constitucional ha precisado que aún cuando la Constitución no reconoce expresamente a los servidores públicos el derecho a la negociación colectiva, este se deriva de la libertad sindical.
32. El derecho de huelga es concebido como un mecanismo de autotutela de los trabajadores, para la defensa y protección de sus intereses. Por ello, debe concebirse en un sentido amplio, como toda alteración o perturbación del proceso productivo, decidida colectivamente y como medida de presión para la defensa de los intereses de los trabajadores, sin reducirla a un molde rígido consistente en la paralización de labores con abandono del centro de trabajo. Por ello, deben admitirse como válidas, tal como lo señala la OIT, las modalidades que, equivocadamente, la norma infraconstitucional, denomina como irregulares, siempre que no conlleven - igual que el molde tradicional - violencia, pues los trabajadores debe elegir, libremente, las formas de lucha más eficaces para lograr sus objetivos. La huelga, también, debe tener un objeto amplio, relacionado a todos los aspectos que se vinculan al mejoramiento de las condiciones sociales y

económicas de los trabajadores, excluyendo únicamente los fines políticos, en sentido estricto, esto es cuando se trate de objetivos desprovistos de vinculación con el propósito de mejorar la situación de los trabajadores. Respecto a la titularidad del derecho, se afirma, por un lado su titularidad individual y, por otra, su titularidad colectiva, aunque, parece existir coincidencia en admitir que se trata de un derecho complejo, algunos de cuyos aspectos obedecen a decisiones individuales y otros a actos colectivos. El interés social, que la Constitución suprimió como límite de los derechos clásicos, lo invoca para limitar el derecho de huelga, siendo aplicable, básicamente, para la huelga que afecte servicios esenciales.

33. Frente al Estado Liberal que rechazaba toda intervención en la economía, el Estado Social afirma el derecho del trabajador a la remuneración suficiente y equitativa. La “suficiencia” de la remuneración alude a que esta debe subvenir a la satisfacción de las necesidades del trabajador, incluso, como lo señala nuestra Constitución, a su bienestar personal y familiar, material y espiritual. No corresponde, por ello, a un salario de subsistencia o “vital”, determinado por las leyes del mercado, sino al que tiene en consideración el bienestar del trabajador y su familia, por lo cual se la relaciona con la idea del salario familiar. El carácter equitativo del salario responde a su relación con la cantidad y calidad del trabajo y las posibilidades de la empresa, siendo la negociación colectiva uno de los instrumentos más eficaces para establecerlo. La remuneración mínima es un concepto legal, desprovisto de contenido propio, que sólo indica la cantidad mínima que es lícito pagar a un trabajador, siendo, por ello, ajena a la idea del “salario vital” que hacía referencia a un salario de subsistencia.
34. Los derechos a la jornada máxima de trabajo, diaria o semanal, y a los descansos semanal y anual (vacaciones) pagados, están plenamente justificados por la necesidad de proteger la salud, física y psíquica, del trabajador, quien debe poder reponer, diaria, semanal y anualmente, las energías que consume en el trabajo, pues jornadas prolongadas y extenuantes atentarían, como sucedió en el siglo XIX, contra su integridad

física y psíquica. Existen, igualmente, razones de carácter social, familiar y religioso que justifican, especialmente, los tiempos de descanso semanal y anual.

35. A diferencia de la Constitución anterior, la actual no reconoce el derecho a la estabilidad laboral sino únicamente a una “protección adecuada contra el despido arbitrario” establecida conforme a ley. La jurisprudencia constitucional ha señalado que esta remisión al legislador no implica el reconocimiento de una facultad de despido arbitrario al empleador, sino que la regulación legal debe hacerse respetando su contenido esencial que proscribe la existencia de arbitrariedad en el despido. El Tribunal Constitucional considera que si bien conforme al artículo 27° de la Constitución, la protección frente al despido arbitrario mediante el pago de una indemnización es legítima, la interpretación sistemática de dicho precepto con el artículo 22° que consagra el “derecho al trabajo” permite establecer una “protección procesal” mediante la vía del amparo, para aquellos despidos carentes de causa (incausados) o fraudulentos, por vulnerar estos aquel derecho, así como en el caso de los despidos nulos, por ser lesivos de otros derechos fundamentales. De este modo, el Tribunal Constitucional admite la impugnación del despido mediante el proceso de amparo, caso en el cual la reparación del despido se logra mediante la reposición del trabajador, en todos aquellos supuestos en los que un despido vulnera los derechos fundamentales de éste.
36. La Constitución reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y afirma que el Estado promoverá otras formas de participación. De esta manera, no reconoce expresamente la participación en la gestión y la propiedad como lo hizo la constitución anterior. El fundamento de la participación en las utilidades puede encontrarse, según las diversas corrientes o doctrinas que la propugnan, en la justicia de una adecuada distribución de las ganancias entre el capital y el trabajo, o en el estímulo al incremento de la productividad de los trabajadores, o en la extensión de las ideas de la democracia política al ámbito productivo

(democracia industrial). Se trata de un derecho de configuración legal por no definir la Constitución el monto de la participación, los requisitos para acceder a esta, su forma de cálculo, la oportunidad de su pago y otros necesarios para su concreción. A pesar que el artículo 29º de la Constitución establece al Estado el deber de “promover” otras formas de participación este, por el contrario, ha suprimido la participación en la gestión, anteriormente existente.

BIBLIOGRAFÍA 2010

- ABENDROTH, Wolfgang
1973 *Sociedad Antagónica y Democracia Política. Ensayos sobre Sociología Política.* Traducción castellana de Manuel Sacristán. Colección “Teoría y Realidad”. Numero 2. Barcelona: Ediciones Grijalbo, S.A.
- 1986 “El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político”. En ABENDROTH, Wolfgang; Ernest, FORSTHOFF; Karl, DOEHRING. *El Estado Social.* Traducción: José Puente Egido. pp. 9-42
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS.
2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel-Ramón
1979 “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”. En: *Revista de Política Social*, número 121, pp.5-39.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- ALEXY, Robert.
1993 *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión 2002.
Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ALONSO GARCÍA, Manuel.
1981 *Curso de Derecho del Trabajo*. Séptima Edición, Actualizada.
Madrid: Editorial Ariel.
- ALONSO OLEA, Manuel
1990 *Las Fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Segunda Edición.
Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- 1994 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Quinta edición, revisada, renovada y ampliada.
Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- ALONSO OLEA, Manuel y Ma. Emilia, CASAS BAAMONDE
2001 *Derecho del Trabajo*. Decimonovena edición, revisada.
Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- AÑÓN ROIG, María José y José GARCÍA AÑÓN (Coord.)
2004 *Lecciones de Derechos Sociales*. Segunda edición.
Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ARAGÓN REYES, Manuel
1998 "El Marco Económico y Social en el Constitucionalismo Democrático". En DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.). *El Diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica*. pp. 21-35
Madrid: Consejo Económico y Social.
- ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo
1999 *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial
- 2008 *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*
Lima: Palestra Editores S.A.C.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar.
1995 *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*.
Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A./Instituto de Estudios del Libre Comercio.
- ÁVALOS JARA, Oxal Víctor

2008 *Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema. Jurisprudencia Vinculante y de Observancia Obligatoria.*
Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

BALBÍN TORRES, Edgardo

2008 “Sobre el derecho de negociación colectiva de los trabajadores estatales y la normativa presupuestal”. En *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos*. Libro Homenaje a Luis Aparicio Valdez. pp. 497-514.
Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/ Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

BALDASSARRE, Antonio

2001 *Los derechos sociales*. Traducción de Santiago Perea Latorre.
Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BARASSI, Ludovico

1953 *Tratado de Derecho del Trabajo*. Versión castellana del Dr. Miguel Sussini (h). Prólogo y notas de Derecho argentino del Dr. Mario L. Deveali. Tomo I, II y III.
Buenos Aires: Editorial Alfa

BARCELLONA, Pietro

1991 “Los Sujetos y Las Normas. El concepto de Estado social”. En: OLIVAS, Enrique, Pietro BARCELLONA, Eduardo DÍAZ-OTERO H., Ulrich K. PREUSS, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, Joaquín ALMOGUERA CARRERES, Alessandro BARATTA, José A. ESTÉVEZ ARAUJO, Francisco SERRA Juan-Ramón CAPELLA. *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Traducción castellana: Eduardo Díaz-Otero H. pp. 29-47
Madrid: Editorial Trotta, S.A.

BASILE, Silvio

1981 “Los Valores Superiores, Los Principios Fundamentales y Los Derechos y Libertades Públicas”. En *La Constitución Española de 1978*. Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría. pp. 263-315.
Madrid: Editorial Civitas S.A.

BAYLOS GRAU, Antonio

2006 *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Tercera edición corregida.
Albacete (España): Editorial Bomarzo

- BECKER, Uwe
2000 "El Sistema de Bienestar Holandés en Perspectiva". En MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (ed). *El Estado de Bienestar en el Cambio de Siglo Una Perspectiva Comparada*. pp. 217-246
Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- BENDA, ERNESTO.
2001a "Dignidad humana y derechos de la personalidad". Capítulo IV. En BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Edición, prolegomena y traducción de Antonio López Piña. Segunda edición. pp. 118-144.
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
2001b "El Estado Social de Derecho". Capítulo X. En BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Edición, prolegomena y traducción de Antonio López Piña. Segunda Edición. pp. 487-559.
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE.
1996 *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*.
Lima: ICS Editores/Konrad-Adenauer- Stiftung/ CIEDLA
- BERNAL PULIDO, Carlos
2005 *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Segunda edición actualizada.
Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERLIN, Isaiah
1998 *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*.
Madrid: Alianza Editorial
- BIDART CAMPOS, Germán J.
1989 *Teoría General de los Derechos Humanos*.
México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA.
1997 *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.

Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BISCARETTI di RUFFIA, Paolo

1982 *Derecho Constitucional*. Segunda edición.
Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

1982 “La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo”. En *Derecho*.
Número 36, pp.7-53
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa
Académico de Derecho.

1991 *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*.
Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

1992 “La Huelga en los Servicios Esenciales”. *Asesoría Laboral*, Año II,
número 20, pp. 23-25.
Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.

1993a “Las normas laborales del proyecto de Nueva Constitución”.
Asesoría Laboral Año III, número 34, pp.7-10
Lima: Estudio Caballero Bustamante/Caballero, Obregón &
Flores. Consultores Laborales S.A.

1994 “Los derechos laborales y la estabilidad en el trabajo en la
Constitución de 1993”. En *La Constitución de 1993. Análisis y
comentarios*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales,
numero 10. pp. 95-108.
Lima: Comisión Andina de Juristas

2002a “El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una
sentencia del Tribunal Constitucional”. *IUS ET VERITAS*. Revista
editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú. Año XIII Número 25. Edición
Especial. pp. 268-280
Lima: Asociación Civil Ius et Veritas.

2002b *El despido en el derecho laboral peruano*.
Lima: ARA Editores

2003 “El derecho al trabajo en la futura Constitución”. *Derecho PUC*:
Número 56. pp. 795-824.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de
Derecho.

2006 “El Despido Lesivo de Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional”. En: Tribunal Constitucional del Perú. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Primer Seminario: Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* (Lima 2006). pp. 343-364.
Lima: Tribunal Constitucional del Perú/Palestra Editores S.A.C.

2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo.*
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

BLUME MOORE, Iván Alfredo

2009 *Salario igual por trabajo de igual valor: De la construcción teórica a la aplicación práctica.* Tesis (Abogado).
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

BOBBIO, Norberto.

1986 *El Futuro de la Democracia.* Primera edición en español. Traducción de José F. Fernández Santillán.
México: Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V.

1989 *Liberalismo y democracia.* Traducción de José F. Fernández Santillán. Primera edición en español. Decimosegunda reimpresión 2008.
México: Fondo de Cultura Económica.

1991 *El tiempo de los derechos.* Traducción de Rafael de Asís Roig.
Madrid: Editorial Sistema. Fundación Sistema.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang.

1993 *Escritos sobre Derechos Fundamentales* Traducción: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez
Baden-Baden (Germany): Nomos Verlagsgesellschaft.

2000 *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.* Traducción de Rafael de Agapito Serrano.
Madrid: Editorial Trotta, S.A.

BOYER MERINO, Javier.

1994 *La Constitución Económica de 1993. Principios Generales.* Tesis (Abogado)
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho

- BOZA PRO, Guillermo
1989 “Negociación y Convención Colectiva en la Constitución de 1979”. En NEVES MUJICA, Javier (Director). *Trabajo y Constitución*. pp. 211-262.
Lima: Cultural Cuzco S.A.
- BOZA PRO, Guillermo et ál.
1994a *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*.
Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.
- BOZA PRO, Guillermo
1994b “Los Principios del Derecho del Trabajo en la Nueva Constitución”. *Asesoría Laboral*. Año IV, Número 37, pp. 33-39
Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- 2004 “La Madre Trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano”. En BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Guillermo BOZA PRÓ y Fernando GARCÍA GRANARA (Editores). *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. pp. 75-96.
Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- 2008 “La Protección Constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)”. En *Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos. Libro Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. pp. 333-360.
Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- BURDEAU, Georges
1981 *Derecho Constitucional e Institucional Políticas*. Traducción de Ramón Falcón Tello.
Madrid: Editora Nacional.
- BUTRÓN FUENTES, José
2004 “Transacción, Conciliación y Desistimiento”. En BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Guillermo BOZA PRÓ y Fernando GARCÍA GRANARA. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. pp. 153-168.
Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- BURKE, Edmund.
1942 [1790] “Reflexiones sobre la Revolución Francesa”. En *Textos Políticos*.
Primera reimpresión 1984.
México: Fondo de Cultura Económica.
- CABANELLAS, Guillermo.
1987 *Tratado de Derecho Laboral. Doctrina y Legislación Iberoamericana*. Tomo I, Volumen 1 y 2. Tercera edición.
Buenos Aires: Editorial Claridad S.A.
- CALDERA, Rafael.
1972 *Derecho del Trabajo*. Segunda edición 1960. 3ª reimpresión
aumentada con un trabajo del autor sobre Los Derechos Sociales
en la Constitución de Venezuela de 1961. Tomo I
Buenos Aires: Librería “El Ateneo” Editorial
- CALVEZ, Jean-Yves.
1966 *El pensamiento de Carlos Marx*. Quinta edición. Versión española
de Florentino Trapero.
Madrid: Taurus Ediciones, S.A.
- CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G.
1974 *Derecho del Trabajo*. Primera edición española. Traducción de la
Quinta edición francesa por Juan M. Ramírez Martínez.
Madrid: Aguilar S.A. de ediciones.
- CAPELLA, Juan-Ramón
1991 “La Crisis del “Estado del Bienestar” en la Crisis de Civilización. El
Futuro del Estado Social”. En: OLIVAS, Enrique, PIETRO
BARCELLONA, Eduardo DÍAZ-OTERO H., Ulrich K. PREUSS,
Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, Joaquín ALMOGUERA
CARRERES, Alessandro BARATTA, José A. ESTÉVEZ ARAUJO,
Francisco SERRA, Juan-Ramón CAPELLA. *Problemas de
legitimación en el Estado Social*. pp. 177-188
Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- CARMONA CUENCA, Encarnación.
2000 *El Estado Social de Derecho en la Constitución*.
Madrid: Consejo Económico y Social.
- CARRILLO CALLE, Martín.
1993 “Los Derechos Laborales en las Constituciones
Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado”. En
BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Martín CARRILLO CALLE;
Julio FRANCO PÉREZ; Emilio MORGADO VALENZUELA.

Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado de 20 Constituciones Hispanoamericanas. pp. 63-82.
Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

2001 “La Flexibilización del Contenido Laboral de la Constitución”. En FERRO DELGADO Víctor (Coord). *Balance de la Reforma Laboral Peruana.* pp. 45-91
Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CARPISO, JORGE.

1986 *La Constitución Mexicana de 1917.* Séptima Edición.
México: Editorial Porrúa, S.A.

CARRÉ DE MALBERG, R.

1998 *Teoría General del Estado.* Segunda edición en español. Primera reimpresión 2000. Traducción: José Lión Depetre.
México: UNAM. Facultad de Derecho/Fondo de Cultura Económica.

CASCAJO, José Luis.

1992 “Pasado y Presente del Constitucionalismo Social”. Material de Enseñanza. En BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; César LANDA ARROYO y Marcial RUBIO CORREA. *Derecho Constitucional General.* Tomo I. Tercera edición, revisada y ampliada. pp. 439-457.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

CASTRO, Juventino V.

1986 *Garantías y Amparo.* Quinta Edición.
México: Editorial Porrúa, S.A.

COMISIÓN EPISCOPAL DE APOSTOLADO SOCIAL.

1963 *Doctrina Social de la Iglesia. Desde la “Rerum Novarum” a la “Mater et Magistra”.*
Madrid: Ediciones Rialp, S.A.

COMBELLAS, Ricardo.

1990 *Estado de Derecho, Crisis y Renovación.* Colección Estudios Jurídicos N° XLVI.
Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

- CONSTANT, Benjamín.
1989 [1815] "Principios de política". En *Escritos Políticos*. Estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía. pp. 3-205.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos
1994 "La Huelga en la Constitución de 1993". *Asesoría Laboral*, Año IV, número 37, pp.30-33
Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón.
1989 *Estado Social y Derechos de Prestación*.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CREMADES, Bernardo María.
1988 "El tratamiento igual en la empresa". En NEVES MUJICA, Javier. *Derecho Laboral*. Materiales de enseñanza. pp. 171-182.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.
- DÄUBLER, Wolfgang
1994 *Derecho del Trabajo*. Traducción: M^a Paz Acero Serna y Pío Acero López.
Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio.
2003 "El Principio Pro Operario". En DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Lourdes LÓPEZ CUMBE, (dir). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Capítulo Tres. pp. 73-105.
Madrid: Centro de Estudios Financieros
- DE BUEN L., Néstor
1981 *Derecho del Trabajo*. Tomo Primero y Segundo. Cuarta Edición Actualizada.
México: Editorial Porrúa, S.A.
- DE CABO MARTÍN, Carlos
1986 *La crisis del Estado Social*
Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias
- DE JUAN ASENJO, Oscar

1984 *La Constitución Económica Española. Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la constitución española de 1978.*
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DE FERRARI, Francisco

1970 *Derecho del Trabajo.* Volumen III. La Relación del Trabajo. Su Reglamentación. Segunda edición actualizada.
Buenos Aires: Ediciones Depalma.

1974 *Derecho del Trabajo.* Volumen IV. Las Relaciones Colectivas. La Empresa. Los Convenios Colectivos. Las Asociaciones Profesionales. La Huelga. Segunda edición actualizada.
Buenos Aires: Ediciones Depalma.

1976 *Derecho del Trabajo.* Volumen I. Parte General. Teoría y Nociones Generales del Derecho del Trabajo. Segunda edición actualizada. Reimpresión.
Buenos Aires: Ediciones Depalma.

1977 *Derecho del Trabajo.* Volumen II. De las Relaciones Individuales del Trabajo Formación, Suspensión y Extinción de los Contratos. Segunda edición actualizada. Reimpresión.
Buenos Aires: Ediciones Depalma

DE LA CUEVA, Mario

1970 [1949] *Derecho Mexicano del Trabajo.* Tomo I y II. Décima Segunda Edición.
México: Editorial Porrúa, S.A.

1979 *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Seguridad Social, Derecho Colectivo del Trabajo, Sindicación, Convenciones Colectivas, Conflictos de Trabajo, la Huelga.* Tomo II.
México: Editorial Porrúa, S.A.

DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto

1986 *Derecho de Huelga en el Perú: dos modelos normativos en debate.*
Lima: Instituto de Defensa Legal/Tarea, Asociación de Publicaciones Educativas.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.

1996 “La libertad de contratar”. *THEMIS.* Segunda Época. Número 33. pp. 7-14.

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociación Civil Themis. Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho.

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique
1980 *La participación de los trabajadores en la empresa.*
Madrid: Instituto de Estudios Económicos
- 2003 “Presentación”. En DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Lourdes LÓPEZ CUMBRE (Directores). *Los Principios del Derecho del Trabajo.* pp. 7-14.
Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- DE OTTO, Ignacio
1987 *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*
Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE.
1971 *La Democracia en América.* (Edición Abreviada).
[Libro I: 1835- Introducción, notas, traducción y selección de
Libro II: 1840] textos de Dalmacio Negro Pavon. Madrid:
Aguilar S.A. de Ediciones.
- DE TRAZEGNIES G., Fernando.
1978 *La Transformación del Derecho de Propiedad. Revista de
Derecho N° 33.* pp. 75-104
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de
Derecho.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro
1996 “Dificultades y Problemas para la Construcción de un
Constitucionalismo de la Igualdad (El caso de la Eficacia
Horizontal de los Derechos Fundamentales)”. En PÉREZ
LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.) *Derechos Humanos y
Constitucionalismo ante el Tercer Milenio.* pp. 265-280.
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- 2002 “La Eficacia frente a Particulares de los Derechos Fundamentales
(La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”. En
FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.) *Derecho
Procesal Constitucional.* Tomo II. Tercera edición. pp.1817-
1836.

México: Editorial Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.

DE VERGOTTINI, Giuseppe.

1992 "La Constitución frente al progreso económico y social".
Traducción: Alejandro Saiz Arnaiz. *Revista Vasca de Administración Pública*, número 33. Mayo-Agosto 1992. pp. 133-156.
OÑATI, Gipúzkoa. País Vasco

DÍAZ, ELÍAS

1989 "El Nuevo Contrato Social: Instituciones Políticas y Movimientos Sociales". En MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (Compilador) *Crisis y Futuro del Estado de Bienestar*. pp. 227- 239
Madrid: Alianza Universidad, S. A.

DÍAZ-OTERO H., Eduardo

1991 "Los Derechos Subjetivos Fundamentales en el Constitucionalismo Social y Democrático". En OLIVAS, Enrique, Pietro BARCELLONA, Eduardo DÍAZ-OTERO H., Ulrich K. PREUSS, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, Joaquín ALMOGUERA CARRERES, Alessandro BARATTA, José A. ESTÉVEZ ARAUJO, Francisco SERRA, Juan Ramón CAPELLA. *Problemas de Legitimación en el Estado Social*. pp. 49-63.
Madrid: Editorial Trotta, S.A.,

DÍAZ REVORIO, F. Javier (Compilador)

2004 *Textos Constitucionales Históricas. El Constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos*.
Lima: Palestra Editores S.A.C.

DOEHRING, Karl.

1986 "Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático". En ABENDROTH, Wolfgang; Ernst, FORSTHOFF; Karl, DOEHRING. *El Estado Social*, Traducción: José Puente Egidio. pp.107-208.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DOBB, Maurice

1965 *Salarios*. Versión española de Emigdio Martínez Adame. Cuarta edición en español.
México: Fondo de Cultura Económica.

DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo.

- 1994 *La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y concordada.* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- DUVERGER, Maurice.
- 1957 *Los Partidos Políticos.* Décima reimpresión en español 1987. México: Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V.
- 1972 *Las Dos Caras de Occidente.* Traducción castellana de Ismael-Elías Pitarch Segura. Espulgues de Llobregat (Barcelona): Ediciones Ariel, S.A.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta
- 1993 *Los Tres Mundos del Estado del Bienestar.* Traducción de Begoña Arregui Luco. València: Generalitat Valenciana. Diputació Provincial de Valencia/ Edicions Alfons El Magnànim/Institució Valenciana D'Estudis I Invesgigació.
- ESTEVE MORA, Fernando
- 2000 "Bienestar y Crisis del Estado de Bienestar. Elementos para una Economía de la Felicidad". En MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (ed) *El Estado de Bienestar en el Cambio de Siglo. Una Perspectiva Comparada.* pp. 351-398. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS
- 1991 *Sindicatos en Libertad Sindical.* Tercera. Edición. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda
- 1992 "La Igualdad y la Discriminación en la Jurisprudencia Constitucional". En ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (Coord.). *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)* pp. 161-248 Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.
- 1994a "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993". En *La Constitución de 1993, análisis y comentarios.* Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, número 10. PP. 11-65. Lima: Comisión Andina de Juristas Lima
- 1994b *La Dogmática de los Derechos Humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978).* Lima: Ediciones Jurídicas

FERRAJOLI, Luigi

2001 *Los fundamentos de los derechos fundamentales.*
Madrid: Editorial Trotta, S.A.

FERRO DELGADO, Víctor

1996 “El Despido Arbitrario y el Despido Nulo”. *THEMIS*. Segunda Época
Número 34. pp. 47-56.

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociación Civil
Themis. Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho.

2004 “El Principio de Irrenunciabilidad en la Interpretación Constitucional”.
En BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Guillermo BOZA PRÓ y
Fernando GARCÍA GRANARA (Editores). *Los Principios del Derecho
del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor
Américo Plá Rodríguez*. pp. 111-134.

Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social.

FORSTHOFF, Ernst-Wolfgang

1975 *El Estado de la Sociedad Industrial. (El modelo de la República
Federal de Alemania)*. Traducción de Luis López Guerra y Jaime
Nicolás Muñiz.

Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

1986a “Problemas Constitucionales del Estado Social”. En ABENDROTH,
Wolfgang; Ernest, FORSTHOFF; Karl, DOEHRING. *El Estado Social*.
Traducción: José Puente Egido. pp. 43-67

Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1986b “Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho”. En
ABENDROTH, Wolfgang Ernest FORSTHOFF y Karl DOEHRING.
El Estado Social. Traducción de José Puente Egido. pp. 69 - 106.

Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

FREEDLAND, Mark

2007 “Aplicación del derecho laboral más allá el contrato de trabajo”.
Revista Internacional del Trabajo, Volumen 126, número 1-2. pp. 3-

20

Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo.

1993 *Las Constituciones del Perú. Textos institucionales. Cuadros
comparativos*.

Lima: Ministerio de Justicia. Edición Oficial/ WG Editor.

GARCÍA COTARELO, Ramón

1986 *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar (La crisis del Estado Social y el problema de legitimidad)*.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1985 *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición.
Madrid: Editorial Civitas, S.A.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL.

1980 *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Segunda edición.
Madrid: Alianza Editorial, S.A.

GARCÍA TOMA, Víctor.

1998 *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II.
Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

2006 *Legislativo y Ejecutivo en el Perú*. Segunda edición corregida y aumentada. Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego.
Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

2008 *Los Derechos Fundamentales en el Perú*.
Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

GARRORENA MORALES, ÁNGEL.

1984 *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*.
Temas Clave de la Constitución Española. Cuarta reimpresión 1991.
Madrid: Editorial Tecnos S.A.

GIDDENS, Anthony

2000 *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*. Traducción de Pedro Cifuentes Huertas.
Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A.

GINSBURG, Norman

2000 "El Estado de Bienestar Británico y el Gobierno Conservador: 1979-1997". En MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael (ed.). *El Estado de Bienestar en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada*. Traducción de Rafael Muñoz de Bustillo. pp. 173-193
Madrid: Alianza Editorial, S.A.

GIUGNI, Gino

1983 *Derecho Sindical*. Primera edición en español. Traducción y estudio preliminar por José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Servicio de Publicaciones

GÓMEZ MONTORO, Ángel J.

2004 *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*. Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

GONZÁLEZ HUNT, César

2004 “La Reducción de la Remuneración y el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos”. En BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Guillermo BOZA PRÓ y Fernando GARCÍA GRANARA (Editores). *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. pp. 135-151. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz.

2002 *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Universidad de Vigo/Civitas Ediciones, S.L.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús.

1986 *La Dignidad de la Persona*
Madrid: Editorial Civitas, S.A.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan

1995 *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*
Madrid: Editorial Civitas S.A.

GUANCHE MARRERO, Alberto.

1993. *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*.
Madrid: Editorial Cívitas S.A.

GROS SPIELL, Héctor.

1985 *Estudios sobre Derechos Humanos*.
Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

GUENIFFEY, Patrice.

2001 *La Revolución Francesa y las Elecciones. Democracia y Representación a fines del Siglo XVIII.* Traducción: Eliane Cazenave Tapie Isoard.
México: Instituto Federal Electoral. Fondo de Cultura Económica.

HÄBERLE, Peter

1997 *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional.* Traducción del italiano: Carlos Ramos (revisión Antonio Luya C.). Traducción del alemán: Jürgen Saligmann - Cesar Landa
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2003 *El Estado Constitucional.* Traducción: Héctor Fix-Fierro.
Lima: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

HAMILTON, A.; J. MADISON y J. JAY

2001 [1780] *El Federalista.* Segunda Edición en español. Prólogo y traducción de Gustavo R. Velasco.
México: Fondo de Cultura Económica.

HARTWING, Karl-Hans

1991 "Democracia Política y Economía Social de Mercado: Elementos y Principios Básicos". En *Economía Social de Mercado: alternativa para el desarrollo peruano.* pp. 29-37.
Lima: Universidad del Pacífico. Centro de Investigación/Fundación Konrad Adenauer.

HAURIOU, André.

1971 *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.* Traducción castellana, adaptación y apéndice sobre El Derecho Constitucional y las Instituciones Políticas en España a cargo de José Antonio González Casanova.
Barcelona: Ediciones Ariel, S.A.

HELLER, Hermann

1985 *Escritos políticos.* Versión española de Salvador Gómez de Arteché.
Madrid: Alianza Universidad

2004 *La Ideas Políticas Contemporáneas.* Traducción del alemán por Manuel Pedroso.
Granada: Editorial Comares, S.L.

HENAO HIDRÓN, Javier

2006 *Constitución Política de Colombia (Comentada)*. Decimosexta edición.
Bogotá: Editorial Temis S.A.

HIERRO, Liborio L.

2007 “Los Derechos Económico-Sociales y el Principio de Igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy”. En ALEXY, Robert. *Derechos Sociales y Ponderación*. pp. 163-222.
Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan

1997 “La Delimitación del Concepto de Partido Político. Las Teorías sobre el Origen y Evolución de los Partidos”. En MELLA MÁRQUEZ, Manuel (Ed.) *Curso de Partidos Políticos*. pp.13-35
Móstoles (Madrid): Ediciones Akal, S.A.

HESSE, Conrado.

1983 *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Traducción: Pedro Cruz Villalón. Constitucionales Colección
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2001a “Significado de los derechos fundamentales”. En BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda Edición. Capítulo III. pp. 83-115.
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

2001b “Constitución y Derecho Constitucional”. En BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina. pp. 1-15
Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H.C.

1963 *Compendio de Derecho del Trabajo*. Traducción, presentación y notas de Derecho español por Rodríguez Piñero, Miguel y De La Villa, Luis Enrique.
Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

JAVILLIER, Jean-Claude

1982 *Derecho del Trabajo*. Primera edición en castellano.
Madrid: Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social/ Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social.

JELLINEK, Georg.

2000 *Teoría General del Estado*. Primera edición en español.
México: Fondo de Cultura Económica.

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER.

1999 *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*.
Madrid: Editorial Trotta S.A.

JEVONS, William S.

2006 [1882] *El Estado y los Trabajadores*. Traducción de Esteban Flamini y
Gloria Trinidad.

Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

JUAN PABLO II Sumo Pontífice

1981 *Carta Encíclica Laborem Exercens*

Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción Social (ed.)

JULIO ESTRADA, Alexei

2000 *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*.
Reimpresión actualizada 2001.

Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KRESALJA R., Baldo y César Ochoa C.

1999 "Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional".
Pensamiento Constitucional Año VI Número 6. pp.729-790.

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo.

2004 *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico
constitucionalizado*. En Libro Homenaje a Jorge Avendaño Tomo I.
pp. 473-576

Lima: Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú.

KRESALJA Roselló, Baldo y César OCHOA CARDICH.

2009 *Derecho Constitucional Económico*.

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial

KROTOSCHIN, Ernesto

1987 *Manual de Derecho del Trabajo*. Tercera edición ampliada y
actualizada.

Buenos Aires: Ediciones Depalma

LANDA ARROYO, César

2006 *Constitución y Fuentes del Derecho. Derechos / jurisdicción / democracia.*

Lima: Palestra Editores S.A.C.

LAZZARINI, José Luis.

1987 *El Juicio de Amparo.* Segunda edición Actualizada y Ampliada.

Buenos Aires: La Ley S.A.

LEPP, Ignace.

1968 *Angustias y Esperanzas del Proletariado.*

Madrid: Editorial ZYX. Biblioteca Promoción del Pueblo 28.

LÉVANO, César

1967 *La Verdadera Historia de la Jornada de las Ocho Horas en el Perú.*

Lima: s/impenta

LOEWENSTEIN, KARL.

1976 *Teoría de la Constitución.* Segunda edición. Traducción y estudio de la obra: Alfredo Gallego Anabitarte.

Barcelona: Editorial ARIEL/Esplugues de Llobregat

LÓPEZ CALERA, Nicolás.

2000 *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos.*

Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

LUCAS VERDÚ, Pablo

1986 *Curso de Derecho Político. La crisis de la Teoría del Estado en la Actualidad. Federalismo y Estado Federal. La teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político.* Volumen II. Tercera edición, revisada

Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

LUHMANN, Niklas

1993 *Teoría política en el Estado de Bienestar.* Versión española e introducción de Fernando Vallespín.

Madrid: Alianza Editorial, S.A.

MAIHOFER, Werner
2001 “Principios de una democracia en libertad”. En BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina. pp. 217-323
Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

MACKENZIE, W.J.M.
1962 *Elecciones Libres*. Traducción: F. Condomines Pereña.
Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

MACKENZIE, Norman.
1973 *Breve Historia del Socialismo*. Segunda Edición. Traducción de Jesús Fomperosa Aparicio.
Barcelona: Editorial Labor, S.A.

MANIN, Bernard.
1998 *Los Principios del Gobierno Representativo*. Versión de Fernando Vallespín.
Madrid: Alianza Editorial, S.A.

MARITAIN, Jacques
1943 *Los Derechos del Hombre y La Ley Natural*. Traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri.
Buenos Aires: Biblioteca Nueva.

MARCENARO FRERS. Ricardo
2004 *El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*.
Lima: Diálogo S.A.

MARSHALL, Thomas Humphrey
1997 “Ciudadanía y Clase Social”. [en línea]. Base de datos *Revista Española de Investigaciones Sociológicas Reis*, Número 79 Julio-Setiembre 1997, pp. 297-344. Consulta: 08 de Octubre de 2009.
Disponible en:
<<http://reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS07901.PDF>>
Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

MARTÍN VALVERDE, Antonio.
1978 “Concurrencia y Articulación de Normas Laborales”. *Revista de Política Social*: Número 119, pp. 3-31.
Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

MARTÍN VALVERDE, Antonio et ál.

1980 “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”. En *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979. pp. 187-204
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; Fermín, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ; Joaquín, GARCÍA MURCIA.

2003 *Derecho del Trabajo*. Duodécima Edición.
Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael

1994 “La Nueva Regulación del Salario”. *Revista de Derecho Privado. El Nuevo Régimen Jurídico del Salario*. Tomo I - Volumen 1º. pp. 7-43.
Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris.

1931 *Las Nuevas Constituciones del Mundo*. Segunda Edición.
Madrid: Editorial España.

MISHRA, Ramesh

1989 “El Estado de Bienestar después de la Crisis: Los años ochenta y más allá”. En Muñoz de Bustillo, Rafael (Compilador) *Crisis y Futuro del Estado de Bienestar*. pp. 55-79
Madrid: Alianza Universidad, S. A.

MONEREO PEREZ, JOSÉ LUIS.

1996 *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*. Colección Estudios Número 26. Junio 1996,
Madrid: Consejo Económico y Social.

MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael et ál.

1989 “Economía de Mercado y Estado de Bienestar”. En MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (Compilador). *Crisis y Futuro del Estado de Bienestar*. pp. 23-53
Madrid: Alianza Universidad, S. A.

2000 “Retos y Restricciones del Estado de Bienestar en el Cambio de Siglo”. En MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (ed). *El Estado de*

Bienestar en el Cambio de Siglo. Una Perspectiva Comparada. pp. 17-108
Madrid: Alianza Editorial, S.A.

MONTANCHEZ RAMOS, Manuel

2005 “Concepto Constitucional de la Propiedad: Especial Referencia a la Propiedad Urbana”. En BASTIDA, Francisco J. (Coord.) *Propiedad y Derecho Constitucional.* pp. 153-172
Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris/Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, Jesús M. GALIANA MORENO, Juan GARCÍA ABELLÁN y Antonio V. SEMPERE NAVARRO

1984 *Las sentencias laborales del Tribunal Constitucional*
Madrid: Editorial Tecnos

MONTOYA MELGAR, Alfredo. et ál.

1980 “La Protección Constitucional de los Derechos Laborales”. En *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución.* Ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979. pp. 267-299.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MONTOYA MELGAR, Alfredo

1990 *Derecho del Trabajo.* Undécima Edición.
Madrid: Editorial Tecnos S.A.

MORALES CORRALES, Pedro G.

2008 “La negociación colectiva en Entidades del Sector Público cuyos trabajadores se encuentran comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada”. En *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos.* Libro Homenaje a Luis Aparicio Valdez. pp. 423-441
Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/ Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

MOSQUERA MONELOS, Susana

2006 “El Derecho a la Igualdad y la no Discriminación por Razón de Religión”. En MOSQUERA MONELOS, Susana (Coord.) *El Derecho Fundamental de Igualdad.* Segundas Jornadas de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura, 20 y 21 de Junio de 2005. pp. 11-57
Lima: Palestra Editores S.A.C.

NEVES MUJICA, Javier

1994 “La Negociación y el Convenio Colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993”. En *Asesoría Laboral*. Número 37, Año IV. pp. 27-30.
Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.

2003 *Introducción al Derecho Laboral*. Segunda edición.
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2002 “Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo”.
Asesoría Laboral. Número 137: pp. 10-12
Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.

NUGENT, Ricardo

2006 *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Lima: Universidad de San Martín de Porres. Facultad de Derecho y
Ciencia Política.

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio M.

1994 “La Constitución de 1993 y la Participación de los trabajadores en la
empresa”. *Asesoría Laboral* Año IV, Número 37. pp. 23-26
Lima: Estudio Caballero Bustamante

OFFE, Claus

1988 *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Edición de John
Keane. Versión española de Antonio Escotado.
Madrid: Alianza Editorial, S.A.

OJEDA AVILÉS, Antonio

1995 *Derecho Sindical*. Séptima Edición.
Madrid: Editorial Tecnos S.A.

2002 “La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos”.
En García Laso, Agustín y Wilfredo Sanguinetti Raymond (Editores).
“Sindicatos y Cambios Económicos y Sociales pp. 188-189
Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

- 1985 *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. 1919-1984. Adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 1986 “Igualdad de Remuneración. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”. En Conferencia Internacional del Trabajo 72ª reunión (Ginebra 1986). Informe III (Parte 4B)”
Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo
- 1986 *Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 1994 *Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Informe III (Parte 4B) de la Conferencia Internacional del Trabajo 81ª reunión 1994.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2006a *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada).* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2006b *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director General I (B). Conferencia Internacional del Trabajo 95ª reunión.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2009 *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2009 (II). Documento informativo sobre ratificaciones y actividades normativas (hasta el 31 de diciembre de 2008). Informe III (Parte 2).* Conferencia Internacional del Trabajo. 98ª reunión (Ginebra 2009)
Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

- 1993 “Declaración y Programa de Acción de Viena”, Párrafo 5. [en línea]. En *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. A/Conf. 157/23. Consulta: 05 de Octubre de 2009.
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23).
Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- 1998 Observación general N° 9. [en línea]. La aplicación interna del Pacto. 19º período de sesiones (1998). *En 2008 Instrumentos Internacionales*

de Derechos Humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I) pp. 61-65. Consulta: 22 de setiembre de 2009.

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

New York: Organización de las Naciones Unidas (ONU). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- 1999 Observación general N° 12. [en línea]. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11). 20° período de sesiones (1999). *En 2008 Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I)*. pp. 71-79. Consulta: 22 de setiembre de 2009.

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

New York: Organización de las Naciones Unidas (ONU). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- 1999 Observación general N° 13. [en línea]. El derecho a la educación (artículo 13). 21° período de sesiones (1999). *En 2008 Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I)*. pp. 80-95. Consulta: 22 de setiembre de 2009.

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

New York: Organización de las Naciones Unidas (ONU). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- 2000 Observación general N° 14. [en línea]. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 22° período de sesiones (2000). *En 2008 Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I)*. pp. 96-117. Consulta: 22 de setiembre de 2009.

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf)

New York: Organización de las Naciones Unidas (ONU). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos

- 1989 *Derecho Sindical Español*. Tercera Edición Revisada. Reimpresión 1990.

Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

1991. *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Cuadernos y Debates 28
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2003 “El Principio de Favor en el Derecho del Trabajo”. En DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Lourdes LÓPEZ CUMBRE (dir), *Los Principios del derecho del Trabajo*. Capítulo I: pp. 17-38.
Madrid: Centro de Estudios Financieros.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA
2003 *Derecho del Trabajo*. Undécima edición.
Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín.
2003 “El derecho de sufragio en el Perú”. *Elecciones Año 2 - Número 2*: pp. 61-89
Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales (Onpe).

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José.
2005 *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)*. Segunda edición, revisada, corregida y aumentada.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial

PASCO COSMÓPOLIS, Mario
1997 *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*.
Lima: Aele

2005 “En Torno al Principio de Irrenunciabilidad”. En PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coord.). *En Torno a los Principios del Derecho del Trabajo*. Libro Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez. pp. 67-85.
México: Editorial Porrúa, SA de CV. México

2006 “Jurisprudencia Constitucional en Materia de Despido Laboral”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Primer Seminario: Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (Lima 2006). pp. 365-373.
Lima: Tribunal Constitucional del Perú/Palestra Editores S.A.C.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio
1995 *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*.
Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado

PELAYO OLMEDO, José Daniel.

2007 “El Derecho de Asociación en la Historia Constitucional Española, con particular referencia a las Leyes de 1887 y 1964” [En línea]. *Historia Constitucional*. Número 8. Consulta: 03 de Mayo de 2008.
<http://hc.rediris.es/08/index.html>

PEREÑA PINEDO, Ignacio.

2005 “La Función Social del Derecho de Propiedad”. En BASTIDA, Francisco J. (Coord.) *Propiedad y Derecho Constitucional*. pp. 173-193.

Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris/Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1991 “La evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales”. En OLIVAS, Enrique, Pietro BARCELLONA, Eduardo DÍAZ-OTERO H., Ulrich K. PREUSS, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, Joaquín ALMOGUERA CARRERES, Alessandro BARATTA, José A. ESTÉVEZ ARAUJO, Francisco SERRA, Juan Ramón CAPELLA. *Problemas de Legitimación en el Estado Social*. pp. 91-106.

Madrid: Editorial Trotta, S.A.

2001 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Séptima Edición.

Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.)

PÉREZ ROYO, Javier

2003 *Curso de Derecho Constitucional*. Novena Edición.

Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

PICÓ i LÓPEZ, Josep

1987 *Teorías sobre el Estado del Bienestar*.

Paracuellos de Jarama (Madrid): Siglo XXI de España Editores, S.A.

- PISARELLO, Gerardo
2007 *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción.*
Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- PIZARRO DÍAZ, Mónica
2006 *La Remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral.*
Lima: Estudio González & asociados. Consultores Laborales S.C.
- PIZZORUSSO, Alessandro.
1984 *Lecciones de Derecho Constitucional.* Tomo I. Tercera Edición de "IL Foro Italiano" Roma. Traducción de Javier Jiménez Campo.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- POLANYI, Karl
2003 *La Gran Transformación. Los Orígenes Políticos y Económicos de Nuestro Tiempo.* Traducción de Eduardo L. Suárez. Segunda edición. Primera reimpresión 2006.
México: Fondo de Cultura Económica.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo
1978 *Los Principios del Derecho del Trabajo.* Segunda edición actualizada.
Buenos Aires: Ediciones Depalma
- PREUSS, Ulrich K.
1991 "El Concepto de los Derechos y el Estado de Bienestar". En: OLIVAS, Enrique; Pietro BARCELLONA; Eduardo DÍAZ-OTERO H.; Ulrich K. PREUSS; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO; Joaquín ALMOGUERA CARRERES; Alessandro BARATTA; José A. ESTÉVEZ ARAUJO; Francisco SERRA; Juan-Ramón CAPELLA. *Problemas de legitimación en el Estado social.* pp. 65-89
Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- PRIETO JUÁREZ, José Antonio
2004 "Nuevas formas de participación de los trabajadores en las empresas desde la perspectiva española". En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (Coord.) *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa.* pp. 151-170.
Albacete (España): Editorial Bomarzo S.L.

QUIÑONES INFANTE, Sergio

2007 *La libertad de trabajo: Vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú.*

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho/Palestra Editores S.A.C.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto.

1987 *Derecho Constitucional.* Reimpresión 1984.

Buenos Aires: Ediciones Depalma.

RAMÍREZ OTÁROLA, Jorge

1963 *Codificación de la Legislación del Trabajo y de Previsión Social del Perú.* Segunda Edición.

Lima: Editorial Antonio Lulli S.A.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2000 *Diccionario de la Lengua Española.* Vigésima Primera Edición.

Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge

2000 *Derecho del Trabajo individual. Relaciones individuales en la actividad privada.* Quinta Edición.

Lima: Ediciones EDIAL e.i.r.l.

2004 *Derecho del Trabajo Colectivo. Relaciones colectivas de trabajo en la actividad privada en la administración pública.* Sexta Edición.

Lima: EDIAL, e.i.r.l.

2007 *Derecho del Trabajo. Teoría General I.* Segunda edición actualizada y aumentada.

Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

RITTER, GERHARD A.

1991 *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional.* Traducción: Joaquín Abellán. Colección Ediciones de la Revista de Trabajo. Numero 31.

Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
1979 “El Principio de Igualdad y las Relaciones Laborales”, en *Revista de Política Social*. Número 121.
Madrid: Instituto de Estudios Políticos

2003 “El Principio de la Indisponibilidad de los Derechos Laborales y el Nuevo Papel de la Autonomía Contractual”. En DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Lourdes LÓPEZ CUMBE (directores). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Capítulo 4. pp. 107-126.
Madrid: Centro de Estudios Financieros.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ.

1986 *Igualdad y Discriminación*.
Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

1998 *La Voluntad del Trabajador en la Extinción del Contrato de Trabajo*.
Madrid: La Ley-Actualidad, S.A.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín

1979 “Participación de los Trabajadores en la Empresa”. *Revista de Política Social*. Número 121. pp. 415-437
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1980 “La Negociación Colectiva en la Constitución de 1978”. En *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979. pp. 337-361.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ROUSSEAU, Juan Jacobo.

1975 [1762] *Contrato Social*. Traducción: Fernando de los Rios Urruti.
Madrid: Espasa-Calpe, S.A.

RUBIO LARA, M.^a Josefa.

1991 *La Formación del Estado Social*. Colección Tesis Doctorales Núm. 32.
Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

RUBIO, Marcial y Enrique BERNALES.

1988 *Constitución y Sociedad Política*. Tercera edición reformulada y ampliada.
Lima: Mesa Redonda Editores S.A.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 4.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

2005 *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

SAGARDOY, Juan Antonio

1980 *La terminación del contrato de trabajo*.
Madrid: Instituto de Estudios Económicos

SALA FRANCO, Tomás.

2003 “Los Principios de Imperatividad Legal, de Norma Mínima y de Norma más Favorable”. En DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Lourdes LÓPEZ CUMBE, (directores). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Capítulo 5. pp. 127-138
Madrid: Centro de Estudios Financieros

SALA FRANCO, Tomás e Ignacio ALBIOL MONTESINOS

2003 *Derecho Sindical*. Novena Edición.
Valencia: Tirant Lo Blanch

SÁNCHEZ ALBAVERA, Fernando

1989 “Aplicación y Resultados del Régimen Económico de la Constitución”. En BERNALES, Enrique; Francisco EGUIGUREN; Guillermo FERNÁNDEZ-MALDONADO; Domingo GARCÍA BELAÚNDE; Diego GARCÍA SAYÁN; César LANDA; Jorge MELO VEGA; Jorge POWER; Aníbal QUIROGA; Marcial RUBIO; Fernando SÁNCHEZ ALBAVERA. *La Constitución Diez Años Después*. pp. 75-135
Lima: Fundación Friedrich Naumann. Constitución y Sociedad.

SÁNCHEZ AGESTA, Luís

1981 *Sistema Político de la Constitución Española de 1978. Ensayo de un Sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*. Segunda Edición.
Madrid: Editora Nacional.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y Javier A. GONZÁLES VEGA. (Prólogo, notas e índices)

2003 *Derechos Humanos. Textos Internacionales*. Quinta edición.
Lima: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.)

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo

- 1989 “El Derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución Peruana”. En NEVES MUJICA, Javier (director) Carlos PALOMEQUE, Wilfredo SANGUINETI, Alfredo VILLAVICENCIO, Guillermo BOZA y Ernesto DE LA JARA. *Trabajo y Constitución*. pp. 84-135
Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores
- 2007 *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.
Lima: Gaceta Jurídica S.A.

SANTISTEVAN, Jorge y Ángel DELGADO

- 1980 *La Huelga en el Perú - historia y derecho-*.
Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad

SARTORI, Giovanni.

- 1980 *Partidos y Sistemas de Partidos. Marco para un análisis*. Volumen 1. Versión española de Fernando Santos Fontenla. Primera reimposición 1987.
Madrid: Alianza Editorial S.A.

SASTRE IBARRECHE, Rafael

- 1996 *El derecho al trabajo*
Madrid: Editorial Trotta, S.A.

SERRA, Francisco I.

- 1991 “El Futuro del Estado Social”. En: OLIVAS, Enrique, Pietro BARCELLONA, Eduardo DÍAZ-OTERO H., Ulrich K. PREUSS, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, Joaquín ALMOGUERA CARRERES, Alessandro BARATTA, José A. ESTÉVEZ ARAUJO, Francisco SERRA, Juan-Ramón CAPELLA. *Problemas de legitimación en el Estado Social*. pp. 165-176
Madrid: Editorial Trotta, S.A.

SCHMITT, Carl.

- 1982 *Teoría de la Constitución*. Versión Española de Francisco Ayala.
Madrid: Alianza Editorial, S.A.

SCHNEIDER, Hans-Peter.

1979 "Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático". *Revista de Estudios Políticos*. Número 7, pp.7-35.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SIEYES, Enmanuel.

1989 [174..?] *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Traductores: María Lorente Sariñena y Lidia Vásquez Jiménez.
Madrid: Alianza Editorial S.A.

SILVA SOLAR, Julio y Jacques CHONCHOL.

1965 *El desarrollo de la Nueva Sociedad en América Latina (Hacia un Mundo Comunitario)*.
Santiago de Chile: Editorial Universitaria, S.A.

THERBORN, Göran y otros

1989 "Los Retos del Estado de Bienestar: La contrarrevolución que fracasa, las causas del malestar y la economía política de las presiones de cambio". En MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael (Compilador) *Crisis y Futuro del Estado de Bienestar*. pp. 81-99
Madrid: Alianza Universidad, S. A.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

2001 "El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad". *IUS ET VERITAS*, Número 22. pp.164-179
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando.

1992 "Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador". En APARICIO, Joaquín, Antonio, BAYLOS. *Autoridad y democracia en la empresa*. Colección Estructuras y Procesos, Serie 1º de Mayo. pp. 27-49
Madrid: Editorial Trotta, S.A.

1996 *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*. Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales. Número. 16
Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones.

2003 "Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador" .En *Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. pp.37-160
Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

VAN GESTEL, C.

1959 *La Doctrina Social de la Iglesia*. Traducción española de Gabriel Ferrer, O.P. Sobre la segunda edición revisada y aumentada de la obra original francesa.
Barcelona: Editorial Herder.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio

1989 *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Cuarta edición corregida y actualizada.
Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

VIDA SORIA, José; José Luis MONEREO PÉREZ; Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA.

2004 *Manual de Derecho Sindical*
Albolote (Granada): Editorial Comares, S.L.

VIDA SORIA, José; José Luis MONEREO PÉREZ y Cristóbal MOLINA NAVARRETE.

2003 *Manual de Derecho del Trabajo*.
Albolote (Granada): Editorial Comares, S, L.

VILLARÁN, Manuel Vicente

1936 *El Gobierno de Alemania. El Imperio. La República. La Dictadura*.
Lima: Librería e Imprenta Gil S.A.

1962 *Ante-Proyecto de Constitución de 1931 por la Comisión que él presidiera. Exposición de Motivos*.
Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A.

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo

1999 *La libertad sindical en el Perú*. Documento de Trabajo 114. Lima:
Oficina Internacional del Trabajo. Oficina de Área y Equipo Técnico
Multidisciplinario para los Países Andinos.

- 2004 "El Principio de Autonomía Colectiva". En Carlos BLANCAS BUSTAMANTE, Guillermo BOZA PRO y Fernando GARCÍA GRANARA (Editores). *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. pp.47.59.
Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- 2008 "Huelga y Servicios Esenciales: Alcances, Estándares Internacionales y Nueva Afectación (La educación básica regular)". En *Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos*. Libro Homenaje a Luis Aparicio Valdez. pp. 443-473
Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/ Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- 2009 "Los Tratados sobre Derechos Humanos y sus Interpretaciones como parte del Bloque de Constitucionalidad". En Libro Homenaje a los 90 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. pp. 59-89
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial/ARA Editores E.I.R.L.
- VINATEA RECOBA, Luis
1994 "El Derecho de Estabilidad Laboral en la Nueva Constitución". *Asesoría Laboral* Año IV, Número 37, pp.18-20
Lima: Estudio Caballero Bustamante
- VON POTOBSKY, Geraldo W. y Héctor G., BARTOLOMEI DE LA CRUZ,
1990 *La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*.
Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- VON STEIN, Lorenz
1981 *Movimientos Sociales y Monarquía*. Traducción de Enrique Tierno Galván. Segunda edición.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

WEISS, Manfred

- 2008 "La Conexión entre la Constitución y el Derecho Laboral en Alemania". *Themis*, número 55. pp. 243-253
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociación Civil Themis. Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho.

ZAVALA COSTA, Jaime

- 1994 "Remuneraciones y Jornada de Trabajo". *Asesoría Laboral* Año IV, número 37. pp. 21-23.
Lima: Estudio Caballero Bustamante

DOCUMENTOS LEGALES

CIVITAS, Biblioteca de Legislación.

- 2001 Legislación Social Básica. Vigésima edición actualizada por José E. Serrano Martínez y Marcial Sequeira de Fuentes.
Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERÚ.

- 2001 *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*.
Lima: Congreso de la República del Perú. Comisión de Derechos Humanos y Pacificación.

CONSTITUICAO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 5 de outubro de 1988.

- 1988 Juarez de Oliveira (ed)
Sao Paulo: Editora Saraiva.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991.

- 1995 Séptima reimpresión.
Santafé de Bogotá: Ecoe ediciones.

CONSTITUCION ESPAÑOLA.

- 1994 Luis López Guerra (ed). Séptima Edición, Reimpresa.
Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

CONSTITUICAO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Actualizada

- 1995 Coimbra (Portugal) Livraria Almedina

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

- 1979 Lima: Ministerio de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

2008 Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Apel. N° 3205-2007, del 08 de mayo de 2008.
Lima

2006 TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.
Madrid: Ediciones CEF

EDITORIA NORMAS LEGALES S.A.C.

2005 *Legislación General del Trabajo. Concordancias y Anotaciones. Jurisprudencia. Plenos Jurisdiccionales.*
Trujillo (Perú): Editora Normas Legales S.A.C.

2004 *Código Procesal Constitucional.*
Lima: Ministerio de Justicia. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.

1986[1949] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en 1949 y enmiendas hasta 23 de agosto de 1976.
Traducción: Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal.
Bonn: Gobierno Federal de Alemania: Departamento de Prensa e Información.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.

2008. *Anuario estadístico.*
Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Oficina de Estadística e Informática.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Centro de Estudios Constitucionales.

2006 *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Primer Seminario. Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*
Lima: Palestra Editores S.A.C.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Sentencia N° 008-97-AA/TC
Sentencia N° 337-97-AA/TC
Sentencia N° 594-99-AA/TC
Sentencia N° 976-2001-AA/TC
Sentencia N° 0895-2001-AA/TC
Sentencia N° 1121-2001-AA/TC
Sentencia N° 1124-2001-AA/TC.
Sentencia N° 1485-2001-AA/TC.
Sentencia N° 011-2002-AI/TC.
Sentencia N° 014-2002-AI/TC.
Sentencia N° 976-2002-AA/TC.
Sentencia N° 1469-2002-AA/TC.
Sentencia N° 1944-2002-AA/TC.
Sentencia N° 2532-2002-AA/TC.
Sentencia N° 2906-2002-AA/TC.
Sentencia N° 001-2003-AI/TC
Sentencia N° 003-2003-AI/TC
Sentencia N° 0008-2003-AI/TC.
Sentencia N° 0261-2003-AA/TC.
Sentencia N° 1246-2003-AC/TC.
Sentencia N° 2256-2003-AA/TC.
Sentencia N° 2495-2003-AA/TC.
Sentencia. N° 2763-2003-AC-TC
Sentencia N° 2945-2003-AA/TC
Sentencia N° 004-2004-CC/TC
Sentencia N° 007-2004-PI/TC
Sentencia N° 0050-2004-AI/TC
Sentencia N° 0051-2004-AI/TC,
Sentencia N° 0052-2004-AA/TC
Sentencia N° 1027-2004-AA/TC
Sentencia N° 1058-2004-AA/TC

Sentencia N° 0606-2004-AA/TC
Sentencia N° 1594-2004-AA/TC.
Sentencia N° 1595-2004-AA/TC.
Sentencia N° 2016-2004-AA/TC.
Sentencia N° 2235-2004-AA/TC.
Sentencia N° 3208-2004-AA/TC.
Sentencia N° 3330-2004-AA/TC
Sentencia N° 4241-2004-AA/TC
Sentencia N° 4635-2004-AA/TC
Sentencia N° 01776-2004-AA/TC
Sentencia N° 03361-2004-AA/TC
Sentencia N° 004-2005-PI/TC,
Sentencia N° 008-2005-PI/TC.
Sentencia N° 009-2005-PI/TC.
Sentencia N° 0025-2005-PI/TC
Sentencia N° 0026-2005-PI/TC.
Sentencia N° 0091-2005-AA/TC
Sentencia N° 0126-2005-PA/TC
Sentencia N° 0206-2005-PA/TC.
Sentencia N° 1161-2005-PA/TC.
Sentencia N° 1417-2005-AA/TC.
Sentencia N° 3311-2005-PA/TC
Sentencia N° 5854-2005-AA/TC
Sentencia N° 8200-2005-PA/TC
Sentencia N° 9707-2005-PA/TC.
Sentencia N° 02349-2005-PA/TC.
Sentencia N° 03971-2005-PA/TC,
Sentencia N° 04699-2005-PA/TC.
Sentencia N° 04877-2005-PA/TC.
Sentencia N° 10287-2005-PA/TC.
Sentencia N° 0004-2006-PI/TC
Sentencia N° 2002-2006-PC/TC.
Sentencia N° 8152-2006-PA/TC

Sentencia N° 00027-2006-PI/TC.
Sentencia N° 01875-2006-PA/TC
Sentencia N° 01886-2006-PA/TC
Sentencia N° 10063-2006-PA/TC,
Sentencia N° 10777-2006-PA/TC.
Sentencia N° 1972-2007-AA/TC.
Sentencia N° 3081-2007-PA/TC.
Sentencia N° 4646-2007-PA/TC.
Sentencia N° 00025-2007-PI/TC.
Sentencia N° 02645-2007-PA/TC.
Sentencia N° 04333-2007-PA/TC.
Sentencia N° 04922-2007-PA/TC.
Sentencia N° 05614-2007-PA/TC
Sentencia N° 05652-2007-PA/TC.
Sentencia N° 04331-2008-PA/TC
Sentencia N° 03561-2009-PA/TC.
Sentencia N° 00535-2009-PA/TC

