

Pensamiento Constitucional

Escuela de Graduados
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

ENSAYOS

Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica

Baldo Kresalja Roselló

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina

Francisco Fernández Segado

El amparo iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

El amparo como proceso «residual» en el código procesal constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable

Francisco José Eguiguren Praeli

El derecho de la lengua

Diego Valadés Ríos

La interpretación transnacional a la luz del reciente triunfo del orden internacional sobre la pena de muerte en Estados Unidos de América

María Sofía Sagüés

Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana

Alberto Oehling de los Reyes

NOTAS

Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional

Ramón Peralta Martínez

Vieja-nueva constitución

Francisco Zúñiga



FONDO
EDITORIAL

Los derechos laborales como derechos fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral*

Michael Vidal Salazar

Sumario

1. Introducción
2. Los derechos laborales como fundamentales
 - 2.1. Derechos fundamentales o derechos humanos: categorización de los derechos laborales
 - 2.2. Inclusiones y exclusiones de derechos laborales del concepto de derechos fundamentales
 - 2.3. Los derechos fundamentales laborales en el marco del ordenamiento internacional
3. Los derechos laborales fundamentales como derechos económicos, sociales y culturales (DESC)
 - 3.1. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y su calidad de derechos fundamentales
 - 3.2. El reconocimiento de los derechos laborales como derechos económicos, sociales y culturales (DESC)
 - 3.3. Obligaciones del Estado para con los derechos laborales en su calidad de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)
4. El desarrollo económico y el respeto de los derechos laborales fundamentales

* Trabajo que presenta el alumno como parte del curso de Fundamentos de los Derechos Humanos de la Maestría en Derecho, con mención en Derecho Constitucional. Lima, julio de 2005.

- 4.1. La globalización y los procesos de integración y su repercusión en el ámbito laboral
 - 4.2. La flexibilización laboral
 - 4.3. La globalización, los procesos de integración y la flexibilización frente a los derechos laborales fundamentales
5. Conclusiones
 6. Bibliografía

1. Introducción

Llegado el siglo XXI, no cabe duda de que la sociedad ha incorporado como una de sus principales preocupaciones el desarrollo económico de los Estados, pero esta vez de una manera interconectada. Esta nueva visión del mundo ha ido acompañada, como era de preverse, por una tendencia liberal justificada en el necesario desarrollo industrial.

Estos fenómenos «modernos» (aunque ya no tanto) traen consigo, como consecuencia necesaria de sus fines económicos, efectos sobre las relaciones existentes entre el sector industrial y los sectores proletarios (trabajadores), los que se encuentran relacionados fundamentalmente con el papel que asume el Estado frente a la protección de este segundo grupo.

El objetivo del presente trabajo es determinar si los procesos modernos de impulso económico, materializados básicamente en los fenómenos de *globalización* y *flexibilidad laboral*, deben estar acordes con la teoría de los derechos fundamentales y las normas que recoge esta. Ciertamente, debemos reconocer que la tendencia hacia un desarrollo económico es un rumbo que los Estados no dejarán (es más, quizás no deban dejar), por lo que es necesario plantear determinadas reglas que puedan garantizar que, en dicho camino de «progreso», no se vean afectados derechos calificables como fundamentales, de modo que se ponga en juego la dignidad del hombre.

2. Los derechos laborales como fundamentales

Pese a lo simple que puede parecer el tema, la calificación de un derecho como humano o fundamental no es un asunto poco complejo. Las diversas

posturas que sobre el particular existen tienen como consecuencia que sea necesario iniciar nuestro análisis acogiendo una definición de *derechos fundamentales* que pueda llevarnos a calificar a los derechos laborales bajo dicha denominación o, en todo caso, a excluirlos de ella.

Para dicho fin, empezaremos revisando la definición de *derechos fundamentales* y su vínculo con la denominación de *derechos humanos*, tema que, consideramos, es necesario para realizar una adecuada calificación de los derechos laborales. Luego de ello, pasaremos a analizar qué derechos laborales pueden quedar incluidos dentro de la categoría de derechos fundamentales, para, finalmente, revisar el tratamiento normativo internacional que ha recibido el tema.

2.1. Derechos fundamentales o derechos humanos: categorización de los derechos laborales

Para establecer una definición de los derechos fundamentales, debemos tener presente otro término utilizado comúnmente en la doctrina, legislación y jurisprudencia para otorgar un estatus especial a determinados derechos. Nos referimos a los derechos humanos.

Empezaremos citando las definiciones que la doctrina ha otorgado a dicha categoría. Según Pérez Luño, «los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (1991: 48).

De la definición antes señalada nos interesa recoger dos cuestiones. La primera, la relación necesaria de los derechos humanos con la dignidad, la libertad y la igualdad humana, sentando como «principios de principios» a estas instituciones. La segunda, la obligación de positivización en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales de los derechos que sean calificados como *humanos*.

De otro lado, para definir *derechos humanos*, Laporta hace referencia a tres características de estos derechos: universalidad, carácter absoluto e inalienabilidad. A propósito de la universalidad, el distinguido profesor señala que los derechos humanos «[...] se adscriben a todos los seres

humanos» (1987: 32), y agrega que dicha adscripción se da al margen de cualquier circunstancia, condición y contexto. Sobre el carácter absoluto, Laporta señala que se refiere a la característica por la cual los derechos humanos, «[...] en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer» (1987: 39). Finalmente, sobre la inalienabilidad, el autor señala que esta se basa en el hecho de que un derecho humano «[...] no puede ser arrebatado o sustraído de la persona de su titular» (1987: 42). Si bien esta manera de abordar el tema parece más dirigida a establecer las consecuencias de calificar un derecho como *humano* que a fijar una definición de dicha clase de derecho, resulta sumamente útil para nuestro estudio, tal como lo veremos más adelante.

Ahora bien, sobre el concepto de *derechos humanos*, y resaltando de alguna manera el carácter universal al que hace referencia Laporta, Gosepath señala que «[...] son un subconjunto de los derechos morales y comprenden a los denominados derechos universales que poseen los hombres en tanto seres humanos, es decir, los derechos que se tienen sin estar necesariamente en una determinada relación con otros hombres» (2001: 20).

De esta manera, el citado autor desvincula la calificación de un derecho como *humano* de la existencia de acciones previamente establecidas, acuerdos u otra clase de relaciones sociales. Se trata, pues, de una definición relacionada a la propiedad de un derecho por el solo hecho de ser persona.

Como puede apreciarse, las distintas definiciones que se otorgan a los derechos humanos no hacen referencia a disposiciones positivas o reconocimientos expresos que reafirmen el carácter *humano* de un derecho, y tal vez en ello radique la diferencia con los derechos fundamentales.

En ese sentido, Pérez Luño hace referencia a la tendencia de definir como *derechos fundamentales* a «[...] los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales» (1991: 31). De esta manera, se vincularía la denominación *derechos fundamentales* a la tendencia en los Estados modernos de controlar las instituciones mediante el derecho positivo. Se busca, pues, la transformación de derechos

morales en derechos legales, lo cual termina haciendo viable una mejor —o verdadera— protección. Acerca de dicho proceso de positivización, Gosepath indica que «[...] sólo en este nivel los derechos humanos pueden ser reclamados judicialmente al Estado, se convierten en derechos fundamentales y son garantizados» (2001: 25).

En esa línea se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional peruano. En efecto, en su sentencia del 3 de junio de 2005,¹ el Tribunal señala lo siguiente: «Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales».²

Sobre los derechos fundamentales, indica el órgano supremo, nos encontramos frente a «bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar potencialidades en la sociedad», definición que es complementada con la realizada por Pérez Luño³ (citada en líneas anteriores). El mencionado pronunciamiento resalta, además, los alcances vinculantes de los derechos fundamentales en relación con el Estado y los particulares, y su origen anterior al mismo Estado.⁴

Es evidente que el Tribunal Constitucional peruano considera, como gran parte de la doctrina, a los derechos fundamentales como el correlato positivizado de los derechos humanos. Dicha posición ha sido recientemente reafirmada por la sentencia emitida el 8 de julio de 2005 (expediente 1417-2005-AA/TC),⁵ en la que, sin embargo, se otorga un contenido más

¹ Emitida en el proceso de inconstitucionalidad seguido por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos con el Congreso de la República, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 28389.

² Fundamento 71.

³ Fundamento 72.

⁴ Citando para ello a Carl Smith cuando afirma que los derechos fundamentales son «[...] aquellos que pueden valer como anteriores o superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mesurable en principio, y sólo dentro de su procedimiento regulado» (fundamento 72).

⁵ Emitida en el proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

axiológico al término *derechos humanos*, lo que permite que este alcance a derechos explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución.⁶

Esta ampliación del catálogo de derechos fundamentales resulta sumamente interesante, pues no limita dicho universo a los derechos expresamente citados en cada texto constitucional. Si bien estamos de acuerdo con ello, consideramos que dicha ampliación debe ser aún más extensa. En efecto, considerando que el ordenamiento internacional juega un papel importantísimo en la consagración de derechos humanos, a nuestro entender, debe agregarse al grupo de derechos fundamentales aquellos reconocidos en los tratados, declaraciones o cartas suscritas por el Estado o emitidas por organizaciones internacionales a las que estos se encuentren adscritos. Se constituiría así lo que, en doctrina, se ha denominado como *bloque constitucional*.⁷

Así, por ejemplo, en el caso peruano, la Constitución Política contiene una lista expresa de derechos denominados *fundamentales* (capítulo I del título I). Sin embargo, el artículo 3 de la citada Carta Magna indica lo siguiente: «La enumeración de los derechos contenidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Esta disposición viabiliza la posición asumida por el Tribunal sobre la inclusión de los derechos implícitamente reconocidos en la Constitución dentro del universo de los derechos fundamentales.

A lo antes citado, el artículo 55 de la Constitución peruana agrega que «[...] los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». En ese mismo sentido, la cuarta disposición final y transitoria del texto constitucional dispone que «[...] las normas relativas a derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad

⁶ La sentencia declara, en su fundamento 1, lo siguiente: «Si bien el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal u proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 1° de la Constitución)».

⁷ Así, por ejemplo se expresa Neves Mujica al comentar los efectos de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana (Neves 1999: 201).

con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Ambas disposiciones, además de —a nuestro entender— consagrar a los instrumentos internacionales como fuente de derechos fundamentales (lo que puede ser aún materia de discusión), tiene como consecuencia principal el reconocimiento de las reglas de interpretación y garantía contenidas en dichos instrumentos como aplicables a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Por nuestra parte, pese a existir otras concepciones sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales,⁸ hemos optado por la aquí expuesta debido a dos cuestiones: la casi identidad que se plantea entre ambas denominaciones y, a su vez, los parámetros objetivos que llevan a explicar su diferenciación (positivización).

En todo caso, consideramos que, como se desprende de lo hasta aquí desarrollado, la positivización exigida para calificar un derecho (humano) como fundamental no puede limitarse únicamente al reconocimiento constitucional explícito, sino que debe ampliarse al reconocimiento implícito, así como al contenido en disposiciones internacionales a que se hubiese sometido (directa o indirectamente) un Estado.

De otro lado, nos cuesta mucho incorporar en nuestro universo de derechos fundamentales a algún derecho reconocido solo a nivel legal. Consideramos que ello no es posible, salvo pues que el citado derecho se encuentre previamente regulado en un instrumento internacional aplicable, supuesto

⁸ Ferrajoli nos presenta una interesante teoría sobre la relación *derechos fundamentales-derechos humanos*. Para empezar, define a los primeros como «[...] aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar». En esa línea establece, desde un punto de vista subjetivo, una tipología en la que distingue cuatro clases de derechos fundamentales: humanos (aquellos que pertenecen a todas las personas en cuanto tales), civiles (aquellos que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar), públicos (aquellos que pertenecen a las personas en tanto ciudadanos) y políticos (aquellos que corresponden solo a los ciudadanos capaces de obrar) (Ferrajoli *s.a.*: 291-3). Si bien un análisis detenido de esta tipología nos lleva a identificar el carácter universal de los derechos humanos, y a concluir que, finalmente, el concepto que se maneja de estos es similar al planteado por otros autores, la compleja estructura presentada (la tipología es complementada por otras clasificaciones) y la distinta óptica con que se aborda el tema (en este caso, todo derecho humano sería fundamental, y no viceversa) nos ha llevado a optar por una posición más identificada con la mayoría de la doctrina y los instrumentos internacionales.

en que, por cierto, ya no estaremos ante un derecho de reconocimiento meramente legal.

Finalmente, debemos indicar que, en el caso de las declaraciones o cartas emitidas por organizaciones internacionales a las que se encuentra adscrito el Estado, no es necesaria (por su propia naturaleza) ratificación alguna, al ser sus disposiciones aplicables de manera inmediata. De otro lado, considerando las obligaciones asumidas por los Estados al incorporarse a una organización internacional, nos resulta impensable que no consignen en su Constitución disposiciones que hagan posible incorporar a su ordenamiento las normas emitidas por dichas organizaciones.

2.2. Inclusiones y exclusiones de derechos laborales del concepto de derechos fundamentales

Determinar si los derechos laborales pueden ser considerados como derechos fundamentales nos lleva, primero, a identificar el origen de aquellos. Como lo señala la historia, el reconocimiento de los derechos laborales es, en cierta medida, reciente. En efecto, su reconocimiento se materializa conjuntamente con la aparición de la segunda generación de derechos (derechos económicos, sociales y culturales). Siendo ello así, no debe llamarnos la atención que su consagración se haya plasmado por primera vez en las constituciones sociales de principios del siglo XX (especialmente, en las Constituciones de Querétaro [1917] y Weimar [1919]).

Ahora bien, para afirmar que todo derecho laboral debe ser considerado como un derecho fundamental primero debemos determinar si todo derecho laboral puede ser calificado como derecho humano. Desde un punto de vista teórico, podrían surgir algunos cuestionamientos.

Uno de los cuestionamientos que puede surgir está relacionado a la universalidad de los derechos humanos. Si entendemos dicho rasgo de manera estricta, podríamos llegar a excluir de la noción de derechos humanos a ciertos derechos laborales por ser, de alguna manera, atribuidos a un titular a partir de la constitución de una situación jurídica (relación de trabajo). En tal sentido, mientras el derecho al trabajo o el derecho a la libertad de trabajo son derechos que ostenta toda persona sin necesidad de haber entablado una relación laboral, dicha situación no se presenta en el caso del derecho a una remuneración equitativa y suficiente, a vacaciones, a descansos semanales o a una jornada máxima de trabajo, los cuales no

cumplirían con el requisito de universalidad. Algo similar pasaría con derechos calificados de manera unánime como fundamentales, tales como la libertad sindical y la huelga, afirmándose que estos están condicionados a la existencia de una relación laboral.

Lo antes señalado, en lugar de llevarnos a una labor de exclusión, debe hacernos pensar sobre la necesidad de ajustar el rasgo de universalidad de los derechos humanos. En el caso de los derechos laborales, ese rasgo debería tal vez estar vinculado al hecho de que derechos como los antes citados son parte del conjunto de potestades que ostenta toda persona por el hecho de ser persona, y que se ponen en actividad al entablar una relación laboral. Consideramos que ello no nos lleva a sostener la existencia de una universalidad puramente lógica (en términos de Laporta, y expresamente rechazada por dicho autor) (Laporta 1987: 32), toda vez que no existe condicionamiento previo que pueda ser aplicable a la titularidad de tales derechos, que, entendemos, es lo que pregonaba el rasgo bajo comentario.

2.3. Los derechos fundamentales laborales en el marco del ordenamiento internacional

Bajo la perspectiva expuesta en el punto anterior podemos entender la lista de derechos laborales incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),⁹ la cual, en su artículo 22, consagra al derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a las condiciones equitativas satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Asimismo, reconoce el derecho de toda persona a un igual salario por trabajo igual, a una remuneración equitativa y satisfactoria, a fundar sindicatos, a sindicarse para la defensa de sus intereses, al descanso, al disfrute de tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Sin embargo, la consagración internacional de los derechos laborales no se limita a la norma antes citada, sino que recibe su principal reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).¹⁰ Dicho tratado considera en su listado de derechos a los siguientes:

⁹ Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

¹⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

- A una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, así como condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias (artículo 7)
- A seguridad e higiene en el trabajo (artículo 7)
- A igualdad de oportunidades para ser promovidos (artículo 7)
- A descanso, disfrute de tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo y vacaciones periódicas pagas, así como a remuneración de los días festivos (artículo 7)
- A fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección (artículo 8)
- A fundar federaciones o confederaciones (artículo 8)
- A que los sindicatos funcionen sin obstáculos (artículo 8)
- A la huelga (artículo 7)

A la DUDH y al PIDESC debe sumarse una serie de instrumentos regionales que consagran derechos laborales en sus textos. Tal es el caso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos (Organización de Estados Americanos [OEA], 1948), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (OEA, 1948), la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y el Protocolo de San Salvador (1988), la Carta Social Europea (1961), entre otros.

Finalmente, encontramos la legislación que ha producido desde su creación la Organización Internacional de Trabajo (OIT), que reúne una numerosa cantidad de tratados (convenios), recomendaciones y declaraciones referidas a derechos laborales. Dentro de estas normas, se destaca la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*.¹¹

La declaración a que hacemos referencia tiene dos aspectos relevantes. El primero es que declara que los miembros de la OIT, a partir de su mera pertenencia a esta, aun cuando no hayan ratificado los convenios elaborados por la Organización, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer

¹¹ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión (Ginebra, 1998).

realidad, de buena fe, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de dichos convenios (artículo 2). De otro lado, establece un listado de los derechos que, a consideración de la OIT, deben ser calificados como derechos fundamentales en el trabajo, que incluye los siguientes:

- La libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva
- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio
- La abolición efectiva del trabajo infantil
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

La inclusión de los citados principios en la declaración ha sido justificada en el consenso mundial sobre su importancia (materializada con los altos índices de ratificación de los convenios que los contienen), su fundamentación en los principios constitucionales de la OIT y la representación por parte de estos del piso mínimo de respeto que permite el goce de los demás derechos laborales (Cannesa Montejó 2004: 262-3).

Ahora bien, considerando el conjunto de normas antes citadas, así como lo señalado en el punto anterior, podríamos considerar como derechos laborales calificables como fundamentales a aquellos considerados en los instrumentos internacionales antes citados y los consagrados en la Constitución de cada país. En ese sentido se expresa Ermida Uriarte cuando, buscando una respuesta a la pregunta *¿cuáles serían los derechos laborales calificables como derechos humanos o fundamentales?*, señala lo siguiente:

Por supuesto que lo son, sin lugar a dudas aquellos derechos que están expresamente consagrados en los pactos o declaraciones universales sobre derechos humanos y, en los respectivos países, los contenidos en instrumentos regionales. Según Barbagelata, lo son, asimismo, los previstos en convenios internacionales del trabajo que desarrollan a alguno de los proclamados en los instrumentos de derechos humanos. Cabría agregar asimismo que, en el respectivo derecho nacional, también serán derechos fundamentales los previstos (directamente o por remisión) en la Constitución, que a menudo consagra unos expresamente y remite luego a otros dimanantes de las normas internacionales o intrínsecos a la persona humana o a la forma democrática o republicana de gobierno. En estos casos, cada vez más

frecuentes, los instrumentos internacionales forman parte del «bloque de constitucionalidad» de los derechos humanos y/o constituye una «fuente de conocimiento» de los derechos constitucionalmente reconocidos como fundamentales (2001: 292).

Es importante señalar que la no ratificación de dichos instrumentos internacionales no debería ser un obstáculo para que los Estados que forman parte de las organizaciones que los emiten estén obligados a su cumplimiento (como bien señala la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*). Incluso, se ha llegado a sostener la existencia de un *ius cogens* de cumplimiento obligatorio por parte de cualquier Estado. Sobre el particular, Racciatti fundamenta dicho fenómeno en la vocación de universalidad de los instrumentos sobre derechos humanos y en la idea de que una convención o una declaración firmada por un gran número de Estados confirma la aceptación general de sus disposiciones, haciéndolas de obligatorio cumplimiento para la sociedad internacional (2001: 319). Se afirma, pues, la existencia de un *patrimonio jurídico de la humanidad* constituido por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los que, sumados a las normas de derecho interno de cada Estado (Constitución), constituyen el ya citado *bloque constitucional* (Babace 2001: 339).

Finalmente, se ha venido construyendo la idea de un *núcleo duro* de los derechos humanos, es decir, de cierto grupo de derechos que deben ser respetados en todo momento y ocasión, no pudiendo ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. Para construir dicho *núcleo duro* se hace necesaria una jerarquización al interior del grupo de derechos humanos, que se basaría en la fundamentación de cada derecho. Sobre el particular, Canessa señala lo siguiente: «Un derecho humano pertenecería al núcleo duro cuanto más directa y fuerte sea su lazo con la fundamentación. En otras palabras, cada fundamentación de derechos humanos adoptada justifica con mayor fuerza a determinado grupo de derechos respecto a otros, estableciendo con ello una graduación entre los derechos. Pertenecerían al núcleo duro los derechos mejor justificados por esa fundamentación» (2004: 247).

Como señala el mismo autor, en el campo de los derechos humanos laborales, la fundamentación exigida ha sido vinculada a la dignidad humana y a la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo (2004: 247). Sin embargo, la difícil determinación de un esquema jerárquico adecuado

ha llevado a que resulte sumamente complejo ponerse de acuerdo sobre el listado de derechos que formarían parte del denominado *núcleo duro*.

Para concluir este punto, debemos rescatar el hecho de que, debido a que la mayor parte de personas tiene en la relación laboral el principal medio para proveerse de recursos para su subsistencia, así como a la situación de subordinación imperante en dicha relación, la actuación y protección de los derechos fundamentales en este ámbito se torna esencial. Al respecto, debe recordarse que, en una sociedad de mercado, la lógica de los empresarios gira en torno al beneficio económico, con el que muchas veces va a entrar en conflicto el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores (Sanguinetti 2003: 222).

3. Los derechos laborales fundamentales como derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

En el esquema de derechos fundamentales al que —hemos llegado a la conclusión— pertenecen los derechos laborales consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las constituciones de cada Estado, debe resaltarse su inclusión dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Su pertenencia a dicho tipo de derechos tiene consecuencias importantes respecto a su protección y respeto.

3.1. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y su calidad de derechos fundamentales

Cuando nos referimos a los DESC estamos haciendo referencia a aquellos derechos nacidos a inicios del siglo XX, que introdujeron la obligación del Estado en su garantía y promoción. Para Gosepath, los derechos sociales «[...] se entienden como los derechos de previsión, el trabajo, la vivienda y la educación, es decir, los derechos a prestaciones en sentido estricto» (2001: 17). Tradicionalmente, se ha definido como DESC a aquellos derechos que, a diferencia de los derechos de libertad, exigen una actividad por parte del Estado para su disfrute. En ese sentido, Blancas Bustamante afirma que «[...] mientras que tratándose de los derechos-libertades la intervención del Estado suele considerarse nociva y perjudicial, pues de suyo implica la afectación de la esfera de libertad de la persona, cuando

se trata de los derechos sociales, —conceptuados, igualmente, como derechos-prestación— lo nocivo y perjudicial para su titular es la inacción o abstención del Estado, pues sin la intervención de éste su efectivización [sic] no es posible» (1996: 32).

Pese a la definición ensayada, la cual incluso podría ser materia de cuestionamiento por parte de las nuevas tendencias doctrinales, la conceptualización de los DESC sigue siendo un problema cuya discusión excedería los fines del presente trabajo.

Ahora bien, para el objeto de la presente investigación, consideramos que resulta más importante destacar el carácter fundamental de los DESC, así como la inclusión de los derechos laborales en dicha categoría.

Sobre lo primero, debemos empezar señalando que, según Blancas Bustamante, una de las consecuencias del constitucionalismo social, nacido a partir del Estado social, es «[...] el reconocimiento y positivación de los “derechos sociales” ampliando el catálogo y concepto de los derechos fundamentales» (1996: 31). No cabe duda de que, para el citado autor, los DESC deben ser considerados como derechos fundamentales. Incluso hay quienes se han forjado el concepto de *derechos fundamentales sociales*, al destacar su papel frente al Estado, el que ya no sería destinatario de una pretensión de no intervención, sino de una de realización (Bokenforde 1993: 75).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente sobre este tema, declarando, en la sentencia emitida el 8 de julio de 2005 (expediente 1417-2005-AA/TC) lo siguiente: «Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que 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».¹²

De esta manera, queda en evidencia que los DESC forman parte de los denominados derechos fundamentales, y, por tanto, le son aplicables todas las afirmaciones que sobre estos se realicen.

¹² Fundamento 2.3.

3.2. El reconocimiento de los derechos laborales como derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

Si bien una definición de DESC es materia de discusión hasta el día de hoy, debemos destacar que lo que nunca se ha negado es que los derechos o disposiciones de contenido laboral formen parte de ellos. Es más, han existido posturas que han identificado a los DESC como patrimonio exclusivo de la clase trabajadora. En ese sentido, Castro Cid nos señala lo siguiente:

Para varios autores los derechos económicos sociales y culturales son los derechos de los trabajadores, es decir, los derechos de los que corresponden a los hombres en cuanto son miembros de ese sector de la sociedad cuya existencia depende de la realización de un trabajo asalariado. Estos derechos deben ser reconocidos, por tanto, a los individuos por razón de la función que desempeñan dentro de la organización social. Pero lo que les une en cuanto titulares de los derechos no es tanto la coincidencia en la función social desempeñada cuanto la pertenencia a una clase social que detenta intereses enfrentados a los intereses de otras clases sociales. Frente al alcance general de los viejos derechos del «hombre y del ciudadano», éstos serían unos derechos exclusivos y, en cierta medida, excluyentes; serían los derechos propios de aquellos individuos que pertenecen a la peculiar categoría de los trabajadores (1993: 24-5).

Si bien dicha posición es un tanto extrema, y ha sido ya dejada de lado debido a la concepción más amplia que debe tenerse de los DESC,¹³ nos muestra lo indiscutible que resulta la pertenencia de los derechos laborales a este conjunto de derechos (DESC).

Tal vez, la única objeción que puede plantearse a dicha afirmación esté referida a que existen derechos laborales reconocidos como derechos humanos (por ejemplo, vacaciones) que son exigibles de forma inmediata y ante un particular. Es decir, su disfrute no depende directamente del Estado, como en el caso de otros DESC. Contra dicha objeción debemos indicar que el concepto de DESC ha ido variando hacia un reconocimiento de que, como tales, no solo se deben considerar a derechos-prestación, o,

¹³ El mismo autor nos señala que «[...] si entendemos que los derechos económicos, sociales y culturales como los “derechos propios de los trabajadores”, tendríamos que segregar de este grupo varios derechos que no pertenecen exclusiva ni preferentemente a los trabajadores, sino que son derechos debidos a todos los ciudadanos, y que, sin embargo, están integrados en dicha categoría» (Castro 1993: 30).

más aún, la calificación de un derecho como DESC no lo limita de manera inmediata a una eficacia programática.

En todo caso, a fin de tener un parámetro objetivo del asunto, debemos indicar que el PIDESC reconoce como DESC a varios derechos laborales cuyo disfrute es exigible de manera directa ante el Estado o un particular.

3.3. Obligaciones del Estado para con los derechos laborales en su calidad de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

Habiendo llegado a la conclusión de que los derechos laborales son calificables como DESC, es importante que señalemos las consecuencias prácticas de dicha calificación.

Sobre el particular, debemos indicar que, a partir de lo establecido en PIDESC, se ha determinado que los Estados asumen frente a los DESC las siguientes obligaciones: la obligación de adoptar medidas inmediatas, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y la obligación de progresividad y prohibición de regresividad (Abramovich y Curtis 2002: 79).

Sobre la primera obligación debemos indicar que, si bien los Estados asumen la tarea de llevar los DESC a una plena efectividad de manera progresiva, existen obligaciones que sí deben cumplirse de manera inmediata a partir de que un derecho es incorporado al listado de derechos fundamentales que le es aplicable, las que estarían relacionadas especialmente con la garantía de que los DESC se ejerzan sin discriminación alguna y la adopción de medidas (orientadas a su satisfacción) por ser materializadas en un plazo razonablemente breve (Abramovich y Curtis 2002: 79). Entre estas medidas, se encontraría la adecuación de la legislación nacional a las obligaciones asumidas, el relevamiento de información, la vigilancia efectiva y la formulación de un plan para alcanzar progresivamente la efectividad de los DESC, así como la provisión de los recursos efectivos (Abramovich y Curtis 2002: 81-9).

De otro lado, como se ha señalado, existiría una obligación mínima de los Estados de garantizar la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos, lo que implicaría adoptar medidas que conlleven a acciones positivas si es que el grado de satisfacción de un DESC se encuentra en un nivel que no alcanza los mínimos exigibles (Abramovich y Curtis 2002: 89).

Finalmente, se encuentra la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad que implica esta. Sobre la obligación de progresividad,¹⁴ debemos indicar que abarca dos sentidos complementarios. De un lado, una cierta gradualidad, es decir, la necesidad de establecer plazos razonables para llegar a las metas que el reconocimiento del DESC impone; y, de otro, la búsqueda del progreso, a través del mejoramiento de las condiciones de goce y ejercicio de los DESC (Abramovich y Curtis 2002: 93).

Pero, además de las aristas antes señaladas, la obligación de progresividad impone a los Estados obligaciones más concretas, entre las que destaca la prohibición de regresividad, que es definida por Abramovich y Curtis del siguiente modo:

[...] la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido (2002: 94).

Se trata, pues, de que, si bien el Estado puede no contar con los recursos necesarios para implementar los mecanismos de progreso de los DESC, por lo menos no ponga en práctica acciones que lleven a disminuir o extinguir la protección alcanzada. Sobre esta prohibición, Carpio Marcos señala que ella impone al intérprete de los derechos fundamentales (en este caso, DESC) «[...] evaluar, en cada caso concreto, que el legislador no haya establecido medidas regresivas, esto es, aquellas acciones destinadas a reducir los ámbitos de eficacia ya alcanzados» (2004: 148).

Considerando el carácter fundamental de los DESC, y los conceptos básicos esgrimidos en la primera parte de este trabajo, la obligación de

¹⁴ Contendida en el artículo 2 del PIDESC cuando señala lo siguiente: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas».

no regresividad «[...] constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativos y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales» (Abramovich y Curtis 2002: 95).

Como sucede con la mayoría de instituciones, la citada prohibición tiene sus detractores. Ejemplo de ello es el caso de De la Villa, quien, a propósito de los derechos laborales (calificados como DESC), señala que no cabe sostener un progresismo absoluto del derecho del trabajo «[...] en la medida en que las conquistas que materializa no son invariables ni susceptibles de la no regresión» (Martínez Emperador 1983: 226).

Negamos dicha posición toda vez que, tratándose de los DESC por excelencia, no cabe duda de que le es aplicable a los derechos laborales fundamentales la prohibición bajo comentario.

De otro lado, debemos señalar que la prohibición de regresividad se encuentra íntimamente vinculada al principio de razonabilidad aplicado en la reglamentación de los derechos fundamentales. En tal sentido, se señala que la prohibición citada agrega a las limitaciones vinculadas a la racionalidad otras relacionadas con criterios temporales o históricos. Y es que, aun siendo racional la reglamentación del derecho vigente, el Estado no puede empeorar la situación de reglamentación de este derecho (Abramovich y Curtis 2002: 97).

Esta relación es interesante, pues nos lleva a comentar el principio de razonabilidad aplicable a la reglamentación de los derechos fundamentales por los Estados. De acuerdo a este principio, las restricciones de los derechos fundamentales (entre ellos los DESC) «[...] no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y circunstancias que le han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas» (Abramovich y Curtis 2002: 99). En tal sentido, para concluir que una reglamentación restrictiva es razonable, deberemos comprobar lo siguiente:

- Que la especie legal no es directamente contraria al género constitucional, es decir, que no desnaturalice la esencia del derecho que reglamenta o reconozca el mismo más allá de los límites de su definición, afectando otros derechos constitucionales

- Que la restricción de los derechos se encuentre justificada por el contexto social que le ha dado origen y los fines lícitos que persigue la norma reglamentaria
- Que la restricción sea proporcional a los antecedentes y fines de la medida (Abramovich y Curtis 2002: 99-101)

Retornando a la prohibición de regresividad, debemos señalar que esta no es absoluta. Si bien una vez comprobada la existencia de una reglamentación regresiva se presume su invalidez, el Estado mantiene la posibilidad de justificar tal medida (inversión de la carga de la prueba) (Abramovich y Curtis 2002: 102). Para ello, no bastará con que se acredite que la norma es racional (bajo los parámetros citados al comentar el principio de razonabilidad), sino que debe probarse que existía una *imperiosa necesidad* para su adopción. La necesidad de la que hablamos ha sido considerada por los organismos de derechos humanos como una *necesidad social imperiosa*, no siendo suficiente demostrar que la restricción es útil, razonable u oportuna (Abramovich y Curtis 2002: 107).

Siendo ello así, se ha determinado que para justificar una acción regresiva el Estado debe demostrar la existencia de un interés estatal permisible, el carácter imperioso de la medida y la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos (Abramovich y Curtis 2002: 109).

Es interesante resaltar la tendencia adoptada por el Tribunal Constitucional peruano respecto a esta materia. Sobre el particular, en su sentencia del 3 de junio de 2005 (citada anteriormente), justifica la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría en la «[...] equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo al principio de dignidad humana de la mayoría», lo que tiene como consecuencia que no se vea afectado el principio de progresividad.¹⁵

Finalmente, respecto a los alcances de la prohibición de regresividad, considerando la posición asumida en este trabajo, esta alcanza no solo a los derechos incluidos en el PIDESC (que consagra la obligación de progresividad), sino también a todo DESC de rango constitucional. Asimismo, teniendo presente la idea de un bloque constitucional y la existencia de *ius cogens*, alcanzaría a los DESC contenidos en instrumentos

¹⁵ Fundamento 49.

internacionales de derechos humanos. En ese sentido, Abramovich y Curtis agregan que la «[...] determinación de las obligaciones del Estado surgirá entonces de una comparación de los estándares interno e internacional de cada derecho (2002: 115).

4. El desarrollo económico y el respeto de los derechos laborales fundamentales

Habiendo realizado el análisis correspondiente a la naturaleza de los derechos laborales como derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales (DESC), procedemos a revisar en qué medida dicha calificación se puede ver afectada por los procesos económicos de la globalización y la flexibilidad laboral.

4.1. La globalización y los procesos de integración y su repercusión en el ámbito laboral

El fenómeno económico más importante en los últimos años está constituido por lo que se ha denominado la globalización. A la fecha, dicho proceso no ha podido ser detenido ni siquiera por los activistas más perseverantes. Es entonces importante revisar cuáles serían sus consecuencias en torno al respeto de los derechos fundamentales y, por tanto, qué limitaciones le serían oponibles a partir de ello.

4.1.1. La globalización y los procesos de integración como producto de las necesidades del comercio internacional

Si tuviéramos que explicar en términos sencillos en qué consiste la globalización, diríamos que se trata de un proceso por el cual se mundializa la regulación económica de los países, en el que se llega a depender más de las políticas internacionales que de las nacionales. En ese sentido, Monereo señala lo siguiente: «[...] se trata de un proceso en virtud del cual las economías nacionales se integran de forma progresiva en la economía mundial, hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y en menor medida de las políticas económicas de los gobiernos nacionales» (1999: 222).

De manera complementaria, la globalización ha sido entendida como la existencia de una unidad productiva mundial. Sobre el particular, Castells

entiende que existen economías globalizadas en tanto «[...] las actividades económicas centrales, nucleares, de nuestras economías, trabajan como una unidad, en tiempo real, a nivel planetario a través de una red de interconexiones» (2001: 365).

Para alcanzar las metas planteadas por la globalización, se han puesto en práctica procesos de integración por los cuales los Estados participantes se comprometen a concederse potestades recíprocas. De manera más detallada, Villavicencio Ríos define a estos procesos de la siguiente manera:

Los procesos de integración pueden definirse como acuerdos firmados por dos o más Estados cuya finalidad se expresa en gran medida, en lo externo, en la consecución de mayor poder de negociación y mayor capacidad de atracción de recursos internacionales y de reinversión, en tanto que busca, en lo interno, destacadamente, ampliaciones en el mercado efectivo como producto de las relaciones entre los países, un mayor aprovechamiento de economías de escala en la producción y una menor vulnerabilidad económica, especialmente debido a factores externos (2004: 192).

De acuerdo a las diferentes tendencias de los Estados, la doctrina ha identificado hasta seis tipos de procesos de integración. Así, nos encontraremos ante *acuerdos de preferencias comerciales* cuando exista una reducción de la barreras arancelarias y no arancelarias favorables únicamente a los suscriptores del acuerdo; ante *acuerdos de libre comercio*, cuando se fije un ámbito geográfico en el que todas las barreras de comercio han sido eliminadas; ante una *unión aduanera*, cuando se constituyen aduanas comunes entre los países participantes; ante un *mercado común*, cuando se eliminan las restricciones entre los Estados miembros, tanto del movimiento de bienes y servicios como de los factores de producción (mano de obra, capital y tecnología); ante una *unión económica*, cuando se unifican los regímenes y políticas en el plano económico; y ante una *unión política*, cuando se abordan temas económicos centrales (forma de gobierno, soberanía y ciudadanía) (Villavicencio Ríos 2004: 193-4).

4.1.2. El significado de la globalización y los procesos de integración en el ámbito laboral

Ahora bien, la globalización, así como los procesos de integración derivados de dicho fenómeno, debido a su justificación primordialmente económica,

pueden tener como consecuencia el colocar en una situación desfavorable a los trabajadores.

Así, para Ermida Uriarte, el proceso de globalización puede tener hasta tres complicaciones para los trabajadores. Primero, el desinterés por el mercado interno; segundo, la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas; y, tercero, el predominio de ideologías que no privilegian el factor trabajo (2001: 286). En un plano más concreto, García Granara señala como efectos de la globalización en las relaciones laborales a la reducción y pérdida de la actuación estatal en la regulación de las relaciones laborales, la prevalencia del espacio internacional sobre el nacional y la unilateralidad en la regulación de las relaciones jurídico-laborales (dirigida por el modelo empresarial de la globalización) (2001: 310).

Todo lo antes señalado se resume en un cuestionamiento del sistema tradicional de relaciones laborales que pretende, fundamentalmente, la no intervención del Estado, buscando una masiva individualización de dichas relaciones, lo que obviamente tendría como consecuencia, debido a la situación de subordinación existente en todo contrato de trabajo, situaciones de exclusión y precarización (Villavicencio Ríos 2004: 190).

Lo hasta aquí planteado nos lleva a la conclusión de que, sin un adecuado control, la globalización y los procesos de integración surgidos a partir de esta pueden dar lugar a un contexto en el que la vulneración de los derechos laborales fundamentales sería más que posible. En esa línea, Canessa señala que «[...] el piso mínimo de los derechos fundamentales en el trabajo puede ser objeto de manipulaciones para profundizar la debilidad de los trabajadores en el mundo, especialmente en el actual contexto de la globalización de la economía» (2004: 267).

El tema no ha pasado inadvertido, por ello la preocupación por establecer mecanismos que ayuden a evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores basada o justificada en un mero interés económico.

4.1.3. Acciones implementadas para la protección de los derechos laborales

Si bien la globalización y los procesos de integración pueden llevar a situaciones de vulneración de derechos laborales fundamentales, no puede negarse que su implementación también puede generar beneficios

importantes para los Estados que participan en dichos fenómenos. Por ello, Córdova señala que «[...] la globalización es “un hecho”, “una etapa”, un escenario distinto de la historia económica que dependiendo de la forma cómo se le encause, puede tener consecuencias funestas o beneficiosas» (2001: 274).

Según lo manifestado por Villavicencio R, se debe buscar otorgar a la globalización una dimensión social, en tanto «[...] el desarrollo socioeconómico no toma a las personas sólo como fuerza laboral o factor productivo, sino que busca atender al conjunto de necesidades que corresponden a la condición humana» (2004:187).

Para dicho fin, se han utilizado dos mecanismos de regulación de las relaciones laborales en la globalización y en los procesos de integración. Por un lado, se encuentra la aplicación de normas internacionales sobre los derechos humanos (regulación tradicional o directa) y, por otro, la utilización de técnicas convencionales o unilaterales y las condiciones, estímulos o disuasivos éticos (regulación alternativa o indirecta).

Dentro de las formas de regulación directa, destaca el ya mencionado esquema creado por la OIT, encabezado por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), y complementado por los numerosos convenios y recomendaciones emitidos por dicha organización relacionados con los derechos laborales. Asimismo, los diversos pactos internacionales (sea de ámbito mundial o regional, generales o específicos) referidos al tema. A todo ello se suma la preconización de la existencia de *ius cogens* internacional (en los términos descritos en líneas anteriores).

Pero más interesantes resultan las formas de regulación indirectas introducidas para prevenir la vulneración de los derechos laborales. En ese campo, encontramos las cláusulas sociales incorporadas a los tratados de comercio, los sistemas de preferencias arancelarias, los códigos de conducta, los sellos y marcas distintivos, etcétera.

Finalmente, nos gustaría dedicarle algunas líneas a las denominadas *cláusulas sociales*, definidas como «[...] las normas que se incluye en una ley comercial o en un tratado de libre comercio con la finalidad de exigir a los sujetos regidos por el instrumento, el cumplimiento de determinadas garantías en el ámbito del trabajo asalariado» (Alburquerque 2001: 267). Sobre el particular, se han planteado diferentes posiciones, a favor o en

contra de este tipo de cláusulas. Lo cierto es que, a la fecha, su inclusión en los tratados comerciales parece resultar casi indispensable.¹⁶ A ello se debe, seguramente, el que se hayan convertido en el mecanismo más seguro de protección de derechos laborales, resultando absolutamente viables si consideramos que el libre comercio y los derechos laborales pueden no ser necesariamente fines en conflicto.

4.2. La flexibilización laboral

Al igual que la globalización, la flexibilización es producto de la búsqueda del desarrollo económico por parte de los Estados. Su naturaleza hace que se encuentre, al igual que el fenómeno antes estudiado, en confrontación constante con la defensa de los derechos laborales. Sin embargo, en este caso tal controversia resulta aún más evidente, considerando que la flexibilidad es un fenómeno principalmente dirigido a la disminución de la protección que brindan los ordenamientos a los trabajadores, considerando también con ello que pueden obtener su fomento y el crecimiento económico del país. Dependiendo del tipo de flexibilidad que se ponga en práctica, el peligro de afectar el reconocimiento de derechos laborales fundamentales es mayor.

4.2.1. La flexibilización como fenómeno

Para Ermida Uriarte, la flexibilidad puede ser definida como «[...] la eliminación, disminución, aflojamiento o adaptación de la protección laboral clásica, con la finalidad —real o presunta— de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa» (2000: 5). Por su parte, Pasco Cosmópolis define al mismo fenómeno como «[...] una modificación actual o potencial de las normas laborales que se traduce en atenuación de los niveles de protección de los trabajadores y que frecuentemente va acompañada de una ampliación de la facultad patronal de dirección». Por su parte, Vega-Ruiz aborda el tema desde la definición que maneja la OCDE a partir del informe de un grupo de expertos encargados del tema, en el cual se señala que la flexibilidad «[...] es la capacidad de los individuos

¹⁶ Al respecto, Villavicencio Ríos nos indica que, dentro del esquema de evolución de los tratados de libre comercio, existe la tendencia a vincular las negociaciones comerciales con los temas socioeconómicos tales como las condiciones de trabajo (2004: 205).

en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a sus circunstancias» (2000: 31).

Los términos *eliminación, disminución, atenuación, renuncia*, más allá del tono grave o leve que se le quiera dar al asunto, evidencian un punto en común en todas las definiciones relacionado con el cambio peyorativo que sufre el reconocimiento de los derechos de los trabajadores al interior de la relación laboral. Obviamente, la forma en que se materialice tal cambio puede hacer más o menos grave la afectación de esos derechos.

Por ello, es importante fijar los tipos de flexibilización que pueden ponerse en práctica. Se ha podido, pues, identificar hasta seis clasificaciones, las cuales a continuación resumimos:¹⁷

- a. Según su naturaleza, podemos hablar de una flexibilización de adaptación, en la cual no sooo hay una disminución de la protección, sino que esta se basa en razones específicas, o de una flexibilización de desregulación, en la que se da una pérdida de protección de forma arbitraria.
- b. Según la intervención de los terceros, nos encontraremos ante una flexibilización heterónoma, cuando las medidas flexibilizadoras son adoptadas por el Estado, y ante una flexibilización autónoma, cuando los cambios son adoptados de común acuerdo entre empleador y trabajadores.
- c. Según la contraprestación, nos referiremos a una flexibilización incondicional, cuando los trabajadores no reciben beneficio adicional alguno como compensación de los cambios, y a una flexibilización condicionada cuando se percibe el citado beneficio.
- d. Según la materia por flexibilizarse, existiría una flexibilización de las condiciones existentes de trabajo, cuando los cambios sobre beneficios son configurados a partir de la existencia de una relación laboral, y una flexibilización de la existencia del vínculo laboral, cuando las medidas recaigan sobre dicha circunstancia (de entrada y de salida).

¹⁷ Para ello, nos basamos en el interesante trabajo realizado por ÁGREDA ALIAGA, Jorge. «A propósito de la flexibilización en el derecho del trabajo: El Régimen Laboral de la Microempresa». *Foro Jurídico*, N° 3, Lima, 2004, pp. 83-84.

- e. Según el ámbito de aplicación, podremos estar frente a una flexibilización de régimen general, cuando los cambios lo afecten e este, o de regímenes especiales, cuando se creen regímenes de este tipo o, existiendo, se apliquen las medidas flexibilizadoras a ellos.
- f. Según la forma de la manifestación, la flexibilización puede ser directa, cuando se manifiesta por fuentes directas (leyes, convenios, etcétera), o indirecta, cuando se manifiesta por vías indirectas (tales como la administrativa o la judicial).

No cabe duda de que las posibilidades de ver afectados los derechos laborales se hacen más viables en ciertos tipos de flexibilización. Así por ejemplo, la flexibilidad de desregulación, al no necesitar de fundamentos que justifiquen el cambio, es una modalidad que se presta para decisiones arbitrarias y, por tanto, normalmente abusivas. Lo mismo sucede con la flexibilización heterónoma, en la que, si bien participa el Estado, normalmente no predominan los intereses de los trabajadores. Asimismo, la flexibilización incondicional dejaría un campo interesante para la vulneración de derechos laborales.

Es, pues, una posición aceptable el considerar que la flexibilización puede resultar aceptable, y hasta necesaria; la verdadera cuestión estará en definir en qué términos se pondrá en práctica.

Es innegable que la legislación laboral debe cumplir, al menos en países en vías de desarrollo, un papel proteccionista; sin embargo, no se debe negar lo importante que puede resultar la implementación de un proceso de flexibilización para el aumento de la competitividad de las empresas e, incluso, para el fomento del empleo. Sin embargo, cualquiera de esos fines no puede buscarse dentro de un marco de afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores (Ágreda 2004: 90).

4.2.2. Efectos de la flexibilización en el ámbito laboral

A pesar de lo antes señalado, lo cierto es que, en la realidad, la flexibilización o flexibilidad de las legislaciones laborales ha tenido, normalmente, resultados adversos a los intereses de los trabajadores. Ello ha llevado a afirmar que, en lugar de haberse puesto en práctica verdaderos procesos de flexibilización, se han ejecutado procesos de «desregulación», definidos como aquella flexibilización unilateral, impuesta por el Estado, o incluso

por los empleadores, que disminuye o elimina beneficios laborales, sin que medie la voluntad de los trabajadores y sin contrapartida alguna (Ermida Uriarte 2000: 9).

Esto ha venido produciendo un decaimiento de los derechos laborales en los ordenamientos en que se han aplicado las medidas flexibilizadoras, y en muy pocos casos el mejoramiento del aparato productivo del país.

Es cierto, sin embargo, que existen posiciones a favor de estos procesos enfundados en la creencia de que el mercado se encargará de distribuir equitativamente los recursos, debiendo regularse las condiciones económico laborales a través de la ley de la oferta y la demanda (Pasco 1996: 22).

A nuestro parecer, la aceptación de un proceso de flexibilización solamente es posible mediante un examen previo de respeto de los derechos laborales (principalmente, de los fundamentales), para lo que resulta innecesario el acogerse a un mecanismo de implementación adecuado (que por lo menos considere la opinión del sector más afectado: los trabajadores).

4.2.3. Acciones implementadas para la protección de los derechos laborales

Más allá de lo manifestado en el punto anterior, la flexibilidad es una realidad que, al igual que la globalización, está siempre latente. Por ello, un adecuado sistema de protección debe empezar por aceptar dicho fenómeno.

Es esa la opción que ha tomado la OIT, organización en la que se ha concentrado el movimiento de defensa de los intereses de los trabajadores frente a la flexibilización. En ese sentido, Vega-Ruiz señala esto: «Como se ha venido viendo, la flexibilidad, sin ser regulada expresamente, es reconocida, por tanto, de forma dispersa, como concepto polémico en el ámbito de la OIT, y queda considerada como necesaria en función de las leyes de mercado, siempre que dicha necesidad sea real y fundamentada y, siempre que se garanticen mínimos de protección» (2000: 33).

En esa línea, el Convenio 181 de la OIT, tras reconocer la necesidad de flexibilizar, señala que es necesario «[...] proteger a los trabajadores contra los abusos [...] garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales». Para Vega-Ruiz, la perspectiva de la OIT es clara en el sentido de aceptar la adaptación,

siempre que esta sea necesaria y garantice la protección de los derechos y principios fundamentales aplicables a los trabajadores (2000: 33).

De esta manera, la OIT ha establecido que todo cambio normativo fundado en criterios económicos debe cumplir con los siguientes parámetros:

- Garantía de un trabajo libre y prestado en condiciones de igualdad
- Garantía de remuneración justa y equitativa en función del trabajo desarrollado
- Garantía de adecuada protección contra el despido injustificado y la garantía de una terminación justa y suficiente
- Garantía de una jornada máxima de trabajo y un tiempo de descanso, condiciones de seguridad y salud adecuadas
- Garantía de no vulneración de las prescripciones de edad mínima de admisión en el empleo (Vega-Ruiz 2000: 34)

4.3. La globalización, los procesos de integración y la flexibilización frente a los derechos laborales fundamentales

Como se ha señalado, los fenómenos estudiados en este apartado se encuentran íntimamente vinculados al desarrollo económico de los países que participan en ellos. Sin embargo, como se ha podido observar, habrían seguido un cause diferente. Mientras, en el caso de la globalización y los procesos de integración, los diferentes mecanismos de protección de derechos incorporados, principalmente, en los instrumentos de integración han evitado que la vulneración de los derechos laborales se haga inmanejable, en los procesos de flexibilización, desarrollados normalmente de forma más casera (salvo que sean consecuencia de un proceso de integración, supuesto en el que los mecanismos de protección aplicables a este serían, precisamente, aplicables), la tendencia ha sido acoger mecanismos que han viabilizado el empeoramiento de condiciones de trabajo

Sin perjuicio de esta diferencia, debemos insistir en que estos fenómenos no pueden ser ignorados, por lo que la tarea de defensa de los derechos laborales y, especialmente, de los calificados como fundamentales (de acuerdo a los parámetros expuestos en líneas anteriores) debe consistir

en establecer claramente las reglas que, debido a la naturaleza de dichos derechos, deben considerarse al poner en práctica este tipo de procesos.

De esta manera, en su calidad de derechos fundamentales, ningún Estado, aludiendo el cumplimiento de objetivos económicos, podrá dejar de lado la consagración, protección, respeto y promoción de los derechos laborales contenidos en los instrumentos internacionales que sobre el particular existen (DUDH, PIDESC, Normas de la OIT, etcétera).

Asimismo, cualquier reglamentación referida a tales derechos deberá seguir los parámetros de razonabilidad exigibles para la regulación de los derechos fundamentales. De esta manera, si la materialización de un proceso de integración o de flexibilización tiene como consecuencia una regulación restrictiva de los derechos laborales considerados como fundamentales, esta solo será viable si cumple el test de razonabilidad correspondiente.

Del mismo modo, siendo derechos calificados como DESC, es aplicable la prohibición de regresividad a cualquier modificación normativa que la globalización o la flexibilización puedan exigir. En tal sentido, si un país ha alcanzado un nivel de protección determinado para un derecho laboral fundamental, este no podrá ser modificado de manera peyorativa a fin de ingresar en un proceso de integración o cumplir con una política de flexibilidad. Si bien excepcionalmente dicha regresividad puede materializarse, no debemos olvidar la obligación que tiene el Estado de demostrar la *necesidad social imperiosa* de tal medida, acreditando para ello la existencia de un interés estatal permisible, el carácter imperioso de la medida y la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos. Solo en ese caso, y tras un análisis detenido y estricto, podrían materializarse medidas que establezcan una regulación peyorativa sobre los derechos laborales fundamentales.

5. Conclusiones

1. Los derechos laborales consagrados constitucionalmente y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen la calidad de derechos fundamentales, de modo que les es aplicable la protección que como tales merecen.

2. Los derechos laborales fundamentales forman parte del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) reconocidos por la teoría de los derechos fundamentales, y, por tanto, le son aplicables los mecanismos de protección en él planteados en virtud de su naturaleza.
3. Entre los mecanismos de protección que le serían aplicables a los derechos laborales fundamentales, encontramos al principio de razonabilidad, al cual se sumarían los mecanismos asignados a los DESC, consistentes en la obligación de adoptar medidas inmediatas, garantizar niveles esenciales de los derechos, progresividad y prohibición de regresividad.
4. La globalización, los procesos de integración y la flexibilidad son fenómenos económicos que no pueden ser negados. Sin embargo, para su implementación, deben respetarse los mecanismos de defensa de los derechos laborales fundamentales.

6. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y Christian CURTIS

2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

ÁGREDA ALIAGA, Jorge Orlando

2004 «A propósito de la flexibilización en el Derecho del Trabajo: El Régimen Laboral de las Microempresas». *Foro Jurídico*, N° 3, Lima.

ALBURQUERQUE, Rafael

2001 «Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

BABACE, Héctor

2001 «Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

1996 «Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales». En *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Lima: ADEC/ATC.

BOKENFORDE, Ernst-Wolfgang

1993 *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

CANNESA MONTEJO, Miguel E.

2004 «Un “Núcleo Duro” de Derechos Humanos Laborales para el Comercio Internacional». En *Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS.

CARPIO MARCOS, Edgar

2004 *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.

CASTELLS, Manuel

2001 «Globalización, Tecnología, Trabajo, Empleo y Empresa». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CASTRO CID, Benito de

1993 *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León.

CÓRDOVA, Efrén

2001 «Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia económica con la Protección Social». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ERMIDA URIARTE, Oscar

2000 «La Flexibilidad». En *Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

2001 «Derechos Laborales y Comercio Internacional». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

FERRAJOLI, Luigi

s.a. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

GARCÍA GRANARA, Fernando

2001 «Los Cauces de la Protección Social en la Globalización: Interacción entre los Ordenamientos Internos y la Acción Internacional». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

GOSEPATH, Stefan

2001 «Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales». En AAVV. *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Instituto sindical de Cooperación al Desarrollo-Junta de Andalucía.

JAVILLIER, Jean-Claude

1997 «Orden jurídico, relaciones laborales y flexibilización: aproximaciones comparativas e internacionales». *Ius et veritas*, N° 14, Lima.

LAPORTA, Francisco

1987 «Sobre el concepto de derechos humanos». *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, Alicante.

MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael

1983 *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: IELLS.

MONEREO, J. L.

1999 «El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial». En J. R. Capella (director). *Transformaciones del derecho en la mundialización*. Madrid: Cuadernos de derecho judicial.

NEVES MUJICA, Javier

1999 «La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y los Derechos Laborales». En *Ius et veritas*, N° 19, Lima.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

1998 *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento: adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión*. Ginebra: OIT.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

1996 «Flexibilización y desregulación». *Thēmis. Revista de Derecho*, N° 34, Lima.

1999 «La flexibilización en el Perú. Aproximaciones metodológicas y balance crítico». En *Ius et veritas*, N° 18, Lima.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio

1989 *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1991 *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos.

RACCIATTI, Octavio

2001 Derechos Humanos, Derecho Laboral y Relaciones Comerciales Internacionales. En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo

2003 «Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español». *Foro Jurídico*, N° 2, Lima.

VEGA-RUIZ, María Luz

2000 «Flexibilidad y las normas internacionales en el Perú». En *Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

2004 «La Regulación del Trabajo en la Globalización, la Integración Regional y los Tratados de Libre Comercio». En *Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS.