

LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

-Carlos Blancas Bustamante-

Introducción

Esta próximo a cumplirse un siglo desde que, por primera vez, una constitución incluyó en su catálogo de derechos fundamentales, derechos relativos al trabajo y otros derechos de contenido social, distintos a los clásicos derechos de libertad enunciados y garantizados por el constitucionalismo liberal, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano, aprobada en agosto de 1789, en los inicios de la Revolución Francesa. Esa constitución, como es sabido, fue la mexicana de 1917¹, en cuyo artículo 123 se establecieron las bases del derecho laboral mexicano, de una manera amplia y detallada, incluyendo derechos novedosos para la época, como el salario mínimo, igual salario por igual trabajo, el derecho de sindicación, la huelga como derecho de los trabajadores, la estabilidad laboral y la participación en las utilidades entre otros². En Europa, este fenómeno tuvo lugar en la Constitución de Alemania de 1919, conocida como la “Constitución de Weimar”, la cual incluyó diversas disposiciones de contenido social y económico y, entre estos, derechos relativos al trabajo como los de coalición (sindicación), negociación colectiva, el derecho al trabajo y la participación de los trabajadores en el control y administración de las empresas.

Aún cuando antes de la segunda guerra mundial la única constitución que siguió el camino de las constituciones mexicana y alemana, fue la de la República Española de 1931, la cual tuvo una vida efímera a raíz del triunfo en la guerra civil, escenificada entre 1936 y 1939, de las fuerzas fascistas, se puede decir que la semilla plantada por aquellas germinó después de 1945 en numerosas, como importantes constituciones europeas, que incorporaron fórmulas generales relativas al Estado social de derecho y procedieron a reconocer derechos laborales y sociales, con diversa amplitud y contenido. Cabe mencionar, entre tales constituciones, las de Francia (1946 y 1958), Italia (1948), Portugal (1976) y España (1978).

¹ Comúnmente conocida como la Constitución de Querétaro en referencia a la ciudad que sirvió de sede al Congreso Constituyente que desde 1916 tuvo a su cargo elaborar una nueva constitución para el Estado Mexicano nacido de la gesta revolucionaria iniciada en 1913 (Vid, CARPIZO, Jorge, 1986. La Constitución Mexicana de 1917. Séptima Edición, México: Editorial Porrúa, S.A., pp. 160-161).

² Ídem, pp. 100-105. Estas bases fueron desarrolladas en las leyes federales del trabajo de 1931 y de 1970.

Este fenómeno jurídico-constitucional dio lugar a que empezara a hablarse de un “constitucionalismo social” como opuesto o, en todo caso, sucesivo al clásico constitucionalismo liberal; y, así mismo a que se generalizara la expresión *constitucionalización del derecho del trabajo*, para aludir a la existencia de bases de esta rama del derecho en las leyes fundamentales. Como lo señala Monereo Pérez:

*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*³.

Actualmente, este fenómeno se ha generalizado y, cuando menos, 19 constituciones latinoamericanas y 24 europeas contienen normas que consagran derechos laborales, aun cuando existen notorias diferencias entre los derechos reconocidos y el contenido que se les atribuye⁴.

El reconocimiento de los derechos laborales (y sociales) no quedó, sin embargo, circunscrito al ámbito interno de los Estados, sino que se proyectó, con mucha intensidad, al ámbito internacional, en el cual han sido recogidos por los principales instrumentos sobre derechos humanos adoptados por la comunidad internacional, en forma similar, y a veces simultánea, con lo sucedido con los derechos civiles y políticos.

En el ámbito universal adquiere especial significación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁵, adoptada en París, el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que enumera diversos derechos relativos al trabajo⁶.

³ MONEREO PEREZ, José Luis, 1996. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*. Colección Estudios Número 26. Junio 1996, Madrid: Consejo Económico y Social, p. 117.

⁴ Vid, CARRILLO CALLE, Martín, et al. 1993. Los Derechos Laborales en las Constituciones Hispanoamericanas: bases para un estudio comparado. En *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Lima: ADEC-ATC, Asociación Laboral para el Desarrollo y MARCENARO FRERS, Ricardo, 2004. *El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Lima: Diálogo S.A.

⁵ 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. pp. 45-51. Esta declaración ha sido aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13282, del 9 de diciembre de 1959.

⁶ Estos son: 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, así como el derecho a los seguros por desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y vejez.

En 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, conjuntamente, dos Pactos Internacionales, destinados a conceder plena eficacia jurídica a los principios y derechos formulados en la Declaración de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁷, aunque concentrado en los derechos mencionados en su título, enumera sin embargo, el de fundar sindicatos y afiliarse a ellos. Sin embargo, como es natural, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸, el que contiene un amplio enunciado de estos derechos y de sus rasgos esenciales⁹.

En el ámbito continental americano la Carta de la Organización de Estados Americanos, (Bogotá 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 aceptables¹⁰. La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹, también conocida como “Pacto de San José”, 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,

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ El PIDESC enumera el derecho al trabajo y propugna la ocupación plena y productiva; reconoce, asimismo, el derecho de toda persona a un salario 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.

¹⁰ En el artículo 45, enuncia 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, así como la necesidad de una “política eficiente de seguridad social”.

¹¹ 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.

Sociales y Culturales”, asimismo conocido como “Protocolo de San Salvador”¹². Este importante instrumento reconoce, en sus artículos 6, 7 y 8 un amplio elenco de derechos del trabajo¹³.

Existen, asimismo instrumentos de carácter especial que contienen disposiciones en materia laboral, como la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial”, adoptada el 21 de diciembre de 1965 por las Naciones Unidas¹⁴ y, asimismo, la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada el 18 de diciembre de 1979¹⁵.

Un rol especialmente importante, aunque circunscrito al ámbito subjetivo de los trabajadores y empleadores, es el que corresponde a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta Organización especializada de las Naciones Unidas, creada en 1919 ha producido una vasta relación de convenios internacionales, los cuales son instrumentos dotados de eficacia vinculante para todos los Estados que los han ratificado¹⁶. De esta manera, ha

¹² 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.

¹³ Entre estos, 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 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 razonable 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.

¹⁴ Este instrumento, proscribire la discriminación racial y obliga a los Estados partes a adoptar medidas para garantizar el derecho de toda persona al goce de los derechos civiles, políticos y sociales, mencionando, expresamente, entre estos últimos el derecho al trabajo (que comprende la libre elección de trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, igual salario por trabajo igual, una remuneración equitativa y satisfactoria) y el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos.

¹⁵ Entre los derechos de índole laboral enumerados en el artículo 11 de esta convención se mencionan los siguientes: a la igualdad en las oportunidades de empleo, a la libre elección de profesión y empleo, derecho al ascenso y a la estabilidad en el empleo, así como a la formación profesional; a igual remuneración y prestaciones e igualdad de trato por trabajo de igual valor; derecho a la seguridad social, así como a vacaciones pagadas; derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función reproductiva; la prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y del despido basado en el estado civil; el derecho a licencia de maternidad con sueldo pagado o prestaciones sociales comparables, sin pérdida del empleo, la antigüedad ni los beneficios sociales; y a la protección especial durante el embarazo respecto a los tipos de trabajo que puedan resultar perjudiciales para ella.

¹⁶ VON POTOBSKY, Gerardo 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 S.R.L., p. 24. La OIT también

surgido un derecho internacional del trabajo de gran amplitud y significación, tanto por la vastedad de las materias reguladas cuando por la especificidad de las obligaciones que establecen a los Estados, las mismas que deben traducirse en el ordenamiento interno de éstos¹⁷.

De este modo, podemos concluir que en la actualidad tanto en los ordenamientos estatales cuando en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, los derechos laborales -al menos los más importantes de éstos- cuanto los derechos sociales, han alcanzado el más alto rango dentro de la jerarquía de las normas jurídicas, al ser reconocidos en los textos de las constituciones y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Este hecho lleva a preguntar acerca de las razones que han provocado este fenómeno que, de suyo, ha conllevado un trastocamiento del paradigma clásico de los derechos fundamentales nacido del Estado Liberal, conforme al cual sólo merecen esta calificación aquellas normas constitucionales cuyo objeto es garantizar la libertad de los individuos. Precisamente a partir de este paradigma se ha cuestionado la condición de verdaderos derechos fundamentales de los derechos laborales y sociales.

Por ello, el propósito de este trabajo es indagar acerca de los fundamentos de los derechos fundamentales relativos al trabajo, con el objeto de establecer su verdadera condición de derechos fundamentales.

1. Los derechos fundamentales y su fundamentación

1.1. La noción de derechos fundamentales

aprueba “recomendaciones” pero estas no tienen carácter vinculante. Una recomendación, dicen estos autores, “Puede ser útil para delinear objetivos sociales que son demasiado avanzados como para pretender una aplicación generalizada, o a fin de tratar materias muy complejas o que se presentan en forma muy disímil entre los países, o para regular en detalle los principios más generales incorporados a un convenio”. (Ibídem).

¹⁷ Los tratados internacionales, ratificados por el Perú forman parte del derecho nacional, según lo que establece el artículo 55° CP. Pero, además, cuando estos versan sobre derechos humanos su rango es el mismo de las normas constitucionales relativas a derechos y libertades, de conformidad con la interpretación del artículo 3° de la Constitución realizada por el TC, según la cual cuando este precepto reconoce como derechos fundamentales de nuestro ordenamiento, además de aquellos expresamente enumerados, a “otros de naturaleza análoga”, entre estos se encuentran, en primer lugar, los enumerados en dichos tratados. En tal sentido, dichos tratados forman parte de lo que se ha denominado el “bloque de constitucionalidad” concepto este que el TC define como “(...) un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución formal, figura a partir de la cual surge la fuerza normativa de la Constitución que irradia a todo el ordenamiento jurídico”. (STC N° 03361-2004-AA/TC, FJ. 47).

Nos interesa, en primer lugar, establecer el sentido en el cual empleamos en este trabajo la expresión “derechos fundamentales”, con el objeto de distinguirla o -eventualmente- equiparla con otras que suele emplearse con efectos equivalentes, tales como derechos humanos, libertades públicas, derechos naturales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, etc.

Según sostiene Pérez-Luño¹⁸ el término “derechos fundamentales” aparece en Francia durante el proceso político que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, posteriormente, alcanzó gran relieve en la Ley Fundamental de Alemania de 1949. Asevera este autor que para gran parte de la doctrina los derechos fundamentales “(...) son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales”¹⁹. Frente a esta noción estrictamente positivista, Peces-Barba²⁰ sostiene la naturaleza ambivalente de los derechos fundamentales los cuales, a su juicio “(...) expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”²¹.

Con una orientación parecida, Haberle²² afirma que los derechos fundamentales tienen un doble valor: “(...) de un lado representan los “valores supremos”, y de otro, permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándole el *status* de libertad. Los derechos fundamentales 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 de todos”.

Y, en similar tesitura, Bockenforde²³ sostiene que “Los derechos fundamentales se conciben, 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

¹⁸ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, 2001. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Séptima Edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), pp. 30-31.

¹⁹ Ídem, p. 31.

²⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1995. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, p. 37.

²¹ “(...) derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrollo en la sociedad todas sus potencialidades.” (Ibídem).

²² 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: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. pp. 55-56.

²³ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, 1993. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden (Germany): Nomos Verlagsgesellschaft, p. 95.

(*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertentscheidungen*) que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho”.

La expresión “derechos fundamentales” posee, para Peces-Barba²⁴ una ventaja lingüística sobre otras expresiones similares: i) es más precisa que “derechos humanos”, porque abarca las dos dimensiones (moral y jurídica) de los derechos, sin incurrir en reduccionismos jusnaturalistas o positivistas); ii) es más adecuada que “derechos naturales” o “derechos morales”, las cuales mutilan o prescinden de la faceta jurídico-positiva de los derechos; y iii) también resulta más apropiada que las expresiones “derechos públicos subjetivos” o “libertades públicas” que pueden perder de vista la dimensión moral de los derechos”.

De entre todas estas expresiones alternativas a la de “derechos fundamentales”, la más importante por su grado de generalización y empleo habitual, particularmente en los instrumentos internacionales, es la de “derechos humanos”. Para Pérez Luño²⁵ entre ambas expresiones no existe una diferencia de contenido sino que ésta reside, exclusivamente, en la positividad de los derechos fundamentales frente al carácter principista o filosófico de los derechos humanos. Señala que, por ello, existe una tendencia, aunque no absoluta, para reservar la expresión “derechos fundamentales” a los derechos humanos positivizados en los ordenamientos internos, y la de “derechos humanos” para las declaraciones e instrumentos internacionales²⁶.

1.2. El fundamento de los derechos fundamentales

La evolución histórica de los derechos fundamentales, si tomamos como punto de partida la Declaración de Virginia, en los albores de la independencia norteamericana y, desde luego, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, demuestra que, a lo largo del tiempo, han sido distintos los fundamentos o, si se prefiere, las razones, que han prevalecido para elevar a la categoría de derechos determinadas aspiraciones o expectativas de las sociedades. Si este proceso lo apreciamos desde el punto de vista de la extensión de los derechos (dimensión cuantitativa), la mejor prueba de ello es que hoy en día contamos con un catálogo de derechos fundamentales significativamente más amplio que el que estuvo contenido en aquellas declaraciones iniciales, básicamente nucleadas en torno a la idea de “libertad”. Y si lo

²⁴ PECES BARBA MARTÍNEZ, Op.cit, p. 37.

²⁵ PEREZ LUÑO, Op.cit., p. 31

²⁶ *Ibíd.*

analizamos desde la perspectiva de su contenido (dimensión cualitativa), podemos advertir que a la par de esta suerte de “inflación” de los derechos fundamentales, se ha materializado un cambio sustantivo respecto de la clase de aspiraciones o expectativas que estos recogen y tutelan, habiéndose incorporado muchas aspiraciones nuevas que, incluso, pueden, a primera vista, parecer contradictorias u opuestas a las que primigeniamente, merecieron la calificación de derechos fundamentales.

Con mucho acierto, Pérez Luño²⁷ vincula esta evolución a la transformación experimentada por el Estado de Derecho desde su forma de Estado Liberal, basada, precisamente, en el reconocimiento de los derechos fundamentales -como sustento de la relación Estado-individuo-, hacia el Estado Social de Derecho, pues a su juicio “(...) corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática”. Para este autor, los derechos fundamentales son la “(...) expresión del conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de una sociedad consagrados en su normativa constitucional”²⁸.

Sin embargo, no siempre la cuestión de la fundamentación de los derechos fundamentales se considera relevante, sea desde una perspectiva práctica o jurídica. Un pensador tan importante como Bobbio²⁹, considera que en el momento actual, el debate sobre la fundamentación de los derechos fundamentales es innecesario e, incluso imposible, razón por la cual el énfasis debe ponerse no tanto en su justificación cuanto en su protección. Pérez Luño³⁰ critica esta posición que caracteriza como “realista” sosteniendo que, de una parte, la constante violación de los derechos humanos y, de otra parte, las diferencias que subsisten respecto de los presupuestos filosóficos e ideológicos que subyacen a los derechos fundamentales en los distintos sistemas políticos, están lejos de demostrar que existe un fundamento común y generalmente aceptado.

La otra vertiente desde la cual se niega la importancia de la fundamentación de los derechos fundamentales es la que obedece a la corriente positivista, conforme a la cual no es posible para la ciencia jurídica conocer los fundamentos de aquellos derechos. Aún cuando la corriente

²⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E., 1995. *Los derechos fundamentales*, 6ª edición. Madrid: Editorial Técno S.A., p. 21.

²⁸ Ídem, pp. 21-22.

²⁹ BOBBIO, Norberto, 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema. Fundación Sistema, pp. 60-61.

³⁰ PÉREZ LUÑO, “Derechos humanos...”, Op.cit. p. 133.

positivista tiene diferentes tendencias y escuelas³¹, Peces Barba³² sintetiza el pensamiento común de éstas al señalar que lo que él denomina “reduccionismo positivista” sostiene que “(...) los derechos sólo existen por su creación en el Derecho positivo, y es el opuesto del jusnaturalista. O no se toman en consideración, o no se valoran las dimensiones éticas previas que sirven para formar la idea misma de derechos humanos. Estos son sólo expresión del soberano, de la voluntad general, y reflejan en nuestro campo la filosofía general del positivismo ideológico.”

Desde esta perspectiva, la pretendida “fundamentación” de los derechos fundamentales es una cuestión ajena al derecho, un asunto al que éste no puede dar respuesta, pues esta, si la hay, corresponde al ámbito de las doctrinas filosóficas o ideológicas que prevalecen en la sociedad e inspiran a los constituyentes y a las fuerzas políticas, pero que, en sí misma, carece de una razón o fundamento jurídico. En este sentido, la “fundamentalidad” de los derechos depende, exclusivamente, de su reconocimiento como tales en la constitución, con independencia de su contenido o de su fundamento en la naturaleza humana³³.

Frente a estas tesis que niegan la fundamentación de los derechos fundamentales, Peces-Barba³⁴ objeta la primera porque a su juicio conduce a un empirismo que pierde de vista la razón de los derechos y termina por aceptar fundamentaciones plurales: respecto de la segunda, considera que conduce al totalitarismo si el soberano puede establecer libremente los derechos, lo que equivale a decir que es lo justo o lo injusto. Para el filósofo español un modelo integral de los derechos humanos que rechaza los reduccionismos -jusnaturalista y positivista- “(...) supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno, con aportaciones liberales, democráticas y socialistas, que se pueden ordenar en un modelo racional (...)”³⁵. A su juicio, los derechos fundamentales encierran una inescindible doble dimensión: la moral y la jurídica. La primera contiene su fundamento y la

³¹ Vid, una amplia exposición de estas corrientes en PÉREZ LUÑO, “Derechos humanos...”, Cap. 3

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Op.cit., p. 55.

³³ “El *ser* unos derechos que puedan considerarse inherentes a las personas no es la causa de su *deber ser* como normas iusfundamentales. Puede que ese sea el “*motivo político*” que impulsa al constituyente a incluirlos en la norma fundamental del ordenamiento, pero la “causa jurídica” de su validez como derechos fundamentales está en la citada posición normativa suprema, que es la que los hace inviolables frente a cualquiera que no sea el órgano de reforma constitucional.” (BASTIDA, Francisco J. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la Fundamentalidad de los derechos.” En ALEXY, Robert, ét al, 2007. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. pp. 113-114).

³⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Op.cit., p. 57.

³⁵ *Ibidem*.

segunda su eficacia en la vida social, pues sin ésta última no pueden ser caracterizados como derechos fundamentales³⁶.

Ferrajoli, quien formula una definición puramente formal o estructural de los derechos fundamentales³⁷, de indudable cuño positivista, se plantea, sin embargo la cuestión de los fundamentos de los derechos fundamentales puntualizando que estos pueden ser: a) la razón o fundamento teórico, b) la fuente o fundamento jurídico, c) la justificación o fundamento axiológico y d) el origen o fundamento histórico y sociológico³⁸. Considera Ferrajoli que el verdadero problema de carácter filosófico-político o de teoría de la justicia es el referente al fundamento axiológico de los derechos fundamentales y que esta cuestión se plantea a través de la formulación de la siguiente pregunta “¿qué derechos deben ser (es justo o está justificado que sean) tutelados como fundamentales?”³⁹.

Si bien rechaza que los fundamentos históricos de los derechos fundamentales coincidan en el plano lógico y teórico con los fundamentos axiológicos, admite que no es contingente ni casual que dicha coincidencia se produzca en el plano político: “No por casualidad esos criterios axiológicos han orientado, efectivamente, la historia de los derechos fundamentales, afirmados en ocasiones como negación de la guerra o, en todo caso, de conflictos insoportables, de desigualdades y discriminaciones consideradas insostenibles, de poderes arbitrarios y absolutos tenidos por injustificados, de opresión de sujetos débiles o diferentes advertidas en algún momento como intolerables (...)”⁴⁰.

Por ello, considera que la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica son necesariamente juspositivistas, mientras que la fundamentación axiológica de aquellos “no puede no ser “jusnaturalista” para quien quiera continuar usando esa vetusta palabra”⁴¹.

2. Los derechos fundamentales en el Estado Liberal

³⁶ Ídem, p. 104. Señala este autor que: “Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales”. (Íbidem).

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta S.A., p. 19.

³⁸ Ídem, p. 314.

³⁹ Ídem, p. 315.

⁴⁰ Ídem, p. 322.

⁴¹ Ídem, p. 323.

2.1. Los derechos fundamentales y el valor libertad

No es posible investigar el origen y evolución de los derechos fundamentales desligándolos del contexto histórico en que surgieron y se formaron sus conceptos básicos. Si bien la idea de los derechos humanos puede considerarse más antigua que los procesos políticos vinculados a la caída del régimen absolutista y el surgimiento del Estado Liberal⁴² no se puede negar que es en este marco histórico en el que adquieren un importancia trascendental al punto de convertirse en elemento central e imprescindible de la noción del Estado de Derecho.

En la teoría de los derechos del estado liberal estos son concebidos como “derechos de libertad del individuo frente al Estado”⁴³. En la relación individuo-Estado se presupone que el poder de éste constituye la principal amenaza a la libertad de aquel, razón por la cual, mediante el reconocimiento de derechos por el Estado al individuo se garantiza a éste el goce de su libertad.

Aunque desde una perspectiva más bien crítica del Estado burgués de derecho, Carl Schmitt también explicará la idea de los derechos fundamentales como derechos ante el Estado: “Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”⁴⁴. Conceptúa Schmitt que los derechos fundamentales tienen como premisa el “principio de distribución” entre la libertad del individuo y el poder del Estado, en virtud del cual se reconocen dos esferas: “(...) una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable”⁴⁵. A su juicio, la “libertad individual” es el núcleo de los derechos fundamentales ya que “Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales”⁴⁶.

En esta concepción, la libertad es una condición preexistente al ordenamiento jurídico y constitucional, el cual debe garantizarla, pudiendo interferir en ella sólo de modo excepcional y siempre limitado, en base a previsiones constitucionales que, en todo caso, deben respetar el “principio de distribución”⁴⁷. De este modo, la condición de derecho fundamental no proviene

⁴² Vid. OESTREICH, Gerhard, et al, 1990. “La idea de los derechos humanos a través de la historia”. En *Pasado y Presente de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Técnos S.A.

⁴³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Op.cit, p. 48.

⁴⁴ SCHMITT, Carl, 1982. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, p. 170.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, SCHMITT menciona como tales derechos “(...) la libertad de conciencia, libertad personal (sobre todo protección contra detenciones arbitrarias, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia y propiedad privada”. (*Ibidem*).

⁴⁷ BOCKENFÖRDE, Op.cit. p. 50.

exclusivamente de su reconocimiento como tal por la Constitución sino de la propia naturaleza del derecho: “(...) en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que 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 mensurable en principio y sólo dentro de un procedimiento regulado”⁴⁸.

2.2. Los derechos fundamentales como “libertades negativas

Desde la perspectiva expuesta, los derechos fundamentales se configuran como “derechos de defensa” de la libertad frente al Estado. Estos derechos consagran, por ello, libertades “negativas”, esto es esferas de la vida individual que el Estado no puede, en principio, invadir o restringir en modo alguno. Schmitt considera que los derechos fundamentales no son bienes jurídicos sino esferas de la libertad de las que resultan “derechos de defensa” que describen “(...) el ámbito incontrolable en principio de la libertad individual; el Estado sirve para su protección y encuentra en ella la justificación de su existencia”⁴⁹. Frente a la violación de sus derechos fundamentales por el Estado “El derecho de resistencia del individuo es el medio más extremado de defensa y un derecho inalienable, pero también inorganizable”⁵⁰.

Como lo señala Bernal Pulido⁵¹, los derechos de defensa conllevan a “(...) la concreción de normas adscritas que impongan al Estado prohibiciones en relación con la libertad. Estas normas jusfundamentales adscritas estatuyen a su vez posiciones jusfundamentales de defensa en las que el sujeto activo A (el individuo), tiene un derecho fundamental a que el destinatario o sujeto pasivo E (el Estado), se abstenga de intervenir en la libertad negativa preexistente (el objeto)”.

Esta libertad es una libertad sin más, esto es, que no se encuentra establecida para la realización de determinadas funciones u objetivos como el fomento del proceso político democrático, la integración de la comunidad política u otros similares), como consecuencia de lo cual sus titulares pueden hacer uso de ella por cualesquiera motivos o razones que consideran válidas y necesarias, dentro de los límites generales del ordenamiento jurídico, sin que el uso que, dentro

⁴⁸ SCHMITT, Op.cit., p. 169.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos, 2005. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 272.

de tales marcos, hagan de su libertad pueda ser objeto de valoración jurídica por el Estado⁵². De este modo, la realización efectiva de la libertad queda librada a la iniciativa individual o social, sin que el Estado corresponda una labor de promoción o de garantizar su efectiva realización, pues sólo le compete respetarla y protegerla.

En consecuencia, frente a los derechos fundamentales, la posición tradicional del Estado se ha traducido, por ello, en un “deber de abstención”, entendiéndose que la no injerencia estatal en la libertad de las personas es la mejor garantía de ésta. Las libertades individuales se caracterizan, de este modo, por tener un contenido negativo pues “(...) su disfrute exige simplemente la abstención del Estado, la no interferencia de éste en la esfera de libertad personal previamente definida, no facultan a su titular para reclamar una determinada actuación positiva de los órganos estatales”⁵³. La necesidad de salvaguardar las libertades de las intervenciones indebidas del Estado, deriva del hecho de que, como lo señala Schneider, los derechos fundamentales representan la “(...) ordenación de esferas de la vida social que se han manifestado como especialmente propensas a ser intervenidas por el Estado y por ello se han manifestado como muy necesitadas de protección”⁵⁴. El respeto a estos ámbitos de libertad constituye un verdadero examen acerca del carácter democrático del Estado, ya que “Un Estado que niega o desprecia las actuaciones fundamentales de estas esferas de la vida social, en general o en casos particulares, difícilmente podrá caracterizarse como Estado constitucional democrático”⁵⁵.

3. El fundamento de los derechos sociales

El reconocimiento de derechos fundamentales sociales, -“el constitucionalismo social”-, se vincula, en el plano político, a la transformación del Estado Liberal en Estado Social de Derecho, proceso en el cual la formulación de los derechos sociales e, incluso, la reformulación

⁵² BOCKENFORDE, Op.cit., p. 49.

⁵³ BILBAO UBILLÚS, Juan María, 1997. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 235.

⁵⁴ SCHNEIDER, Hans-Peter, 1979. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 7. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 16. Pone este autor como ejemplo, el caso de la libertad de opinión “como un derecho subjetivo de defensa frente al Estado porque los poderes dominantes tienden (...) a contrarrestar opiniones incómodas, sobre todo cuando amenazan con poner en peligro la propia posición del poder”. Menciona, también, la libertad de reunión y asociación “para la seguridad de una libre formación de la voluntad política como un poco de “oxígeno de la democracia contra las injerencias estatales”. (Ibídem).

⁵⁵ Ibídem.

en clave social de algunos derechos clásicos, constituye un ingrediente esencial para entender ese fenómeno⁵⁶.

Pero, desde luego, la aparición de los nuevos derechos significó un desafío al paradigma clásico de los derechos fundamentales afincado en la noción de éstos como libertades negativas que imponían al Estado el deber de abstención o no interferencia como garantía de su respeto y protección. Frente a este paradigma, los nuevos derechos pretendían realizar valores distintos - aunque no opuestos- a la libertad pero, la efectivización de éstos, salvo algunas excepciones, lejos de implicar la abstención estatal exigía, por el contrario, su intervención.

El conflicto con el paradigma de los derechos clásicos ha llevado, incluso, a sostener que los nuevos derechos sociales, pese a su reconocimiento constitucional, no son verdaderos derechos fundamentales. Precisamente, comentando el “derecho al trabajo” reconocido en la Constitución de Weimar, Schmitt sostuvo que éste “(...) se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de “derechos fundamentales”. Son ejemplos de esa especie de derechos: el derecho al trabajo; derecho a la asistencia y subsidio; derecho a la enseñanza y educación gratuita (...)”⁵⁷.

El propósito de este trabajo está limitado a estudiar la fundamentación de los derechos laborales como derechos fundamentales, razón por la cual dejaremos de lado analizar otros aspectos en los que el paradigma clásico de los derechos fundamentales entra en conflicto con la naturaleza, finalidad y contenido de los derechos sociales y, en particular de los derechos laborales.

Por otro lado, al referirnos a la fundamentación de los derechos sociales, comprendemos en ésta, en principio, a los derechos laborales, por ser estos, desde el punto de vista del fundamento histórico, los primeros derechos sociales en ser reconocidos en las leyes fundamentales. No obstante, en la parte final de este estudio estableceremos en qué medida la fundamentación de los derechos laborales presenta rasgos específicos que no le permitirían compartir, en su totalidad, los fundamentos de los derechos sociales.

⁵⁶ Vid, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2011. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

⁵⁷ SCHMITT, Op.cit., p. 174.

Al analizar los fundamentos de los derechos sociales, veremos que se han propuesto argumentos muy disímiles, no sólo de contenido axiológico, sino, asimismo, de otra índole, especialmente, de carácter antropológico, en lo que, igualmente, representa una diferencia sustancial con la fundamentación, básicamente axiológica, de los derechos liberales clásicos.

3.1. Fundamentos axiológicos

Los derechos civiles y políticos, o de primera generación, tienen un fundamento axiológico claro en el valor libertad y al respecto no existe ninguna controversia. Pero, respecto de los derechos sociales, o de segunda generación, la situación dista de ser igual, pues diversas tesis pugnan por establecer cual es el fundamento de esta categoría de derechos. Tales tesis pueden sintetizarse, en las siguientes: i) la fundamentación basada en la igualdad y ii) la fundamentación basada en la libertad.

3.1.1 La fundamentación basada en la igualdad

Puede considerarse que esta es la tesis clásica y, todavía, la más difundida cuando se trata de encontrar un fundamento axiológico a los derechos sociales. Así, al identificar los “valores guía” de cada generación de derechos, Pérez Luño señala la “libertad” para los de la primera generación, la “igualdad” para los de la segunda y la “solidaridad” para los de la tercera⁵⁸. Para el mismo autor, los derechos sociales, en sentido objetivo, son el conjunto de las normas a través de las cuales “(...) el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales”⁵⁹ lo que indica que el respeto y ejercicio de estos derechos tiene por finalidad, cuando menos, reducir la desigualdad existente en la sociedad.

Coincide, en este enfoque Peces-Barba, al afirmar que el fundamento de los derechos sociales se encuentra en la igualdad y la solidaridad⁶⁰. Más lejos, todavía, llega Cossío Díaz⁶¹, en la

⁵⁸ 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. pp. 91-106. *Problemas de Legitimación en el Estado Social*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., p. 97.

⁵⁹ PEREZ LUÑO, “Derechos humanos...”, Op.cit., p. 84.

⁶⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Op.cit., p. 170. Sobre su finalidad apunta que “Se trata de satisfacer una serie de necesidades básicas que la burguesía tiene resueltas por sus propios medios y que los trabajadores no pueden resolver por sí mismos sin el apoyo de los poderes públicos. Son la expresión de la función promocional vista desde el individuo, o si se quiere, los motores que impulsan desde éste las prestaciones de los poderes públicos”. (Ibídem).

⁶¹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, 1989. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 46. Sostiene, asimismo: “Hablar de derechos sociales tuvo una indudable importancia en

identificación que establece entre los derechos sociales y el valor de la igualdad al sostener que la denominación de éstos debe ser la de “derechos de igualdad”: “Más que de derechos sociales, creemos posible hablar de derechos de igualdad cuando aludamos a la significación axiológica (o teleológica) del tema, y de derechos prestacionales cuando nos refiramos a su dimensión activa o material”. Considera Cossío Díaz⁶² que la Constitución (española) permite distinguir entre dos clases de derechos constitucionales en función al valor que desarrollan, pudiendo, por tanto, distinguirse entre derechos de libertad y derechos de igualdad. El valor igualdad es específico del Estado Social y funda un conjunto de derechos, mandatos y declaraciones dirigidos a su realización, los cuales se acoplan a los que provienen del valor libertad, propio del constitucionalismo occidental. A su vez, la adscripción de los derechos a uno u otro valor ha de determinar la clase de obligaciones que estos conllevan para el Estado, pues en el caso de los fundados en el valor libertad éstos implican obligaciones de no hacer, mientras que respecto de los fundados en el valor de igualdad, surgen obligaciones de hacer.

En el mismo sentido, Carmona Cuenca⁶³ considera que la función de los derechos sociales es la actuación del principio de igualdad; Abramovich y Courtis⁶⁴ destacan que “(...) el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica”.

La afirmación del valor de la igualdad como fundamento de los derechos sociales, presupone aceptar la noción clásica de la libertad, según la cual esta se limita a garantizar una esfera de autonomía de la persona humana exenta de la intervención estatal. Esta noción de libertad es formal porque no tiene en cuenta que las diferencias sociales existentes impiden a todos los miembros de la sociedad ejercer los derechos que se fundan en ella. Es decir, ignora el valor de la igualdad sustancial y se limita a reconocer una igualdad formal, la igualdad ante la ley, sin asignar a este principio una dimensión material. Por ello, el Estado Social supone la reivindicación del valor igualdad como fundamento de nuevos derechos -los derechos sociales-

el pasado, cuando se utilizó como “arma” política para incorporar derechos de nuevo cuño al catálogo de los clásicos derechos individuales. En aquel entonces, la contraposición individual/social expresaba un conflicto y lo caracterizaba apropiadamente. Hoy en día, y cuando la mayor parte de las constituciones incorporan aquellos reclamos (así sea formal o deficientemente), nos parece que han desaparecido las razones para mantener esa oposición terminológica. 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”. (Ídem, pp. 46-47).

⁶² Ídem, pp. 47-48.

⁶³ CARMONA CUENCA, Encarnación. 2000. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, Colección Estudios, p. 150.

⁶⁴ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., pp. 56-57.

cuya realización tiene por objeto promover la igualdad material entre los miembros de la sociedad.

Sin embargo, como lo veremos a continuación, una noción distinta de la libertad, puede ser capaz de sustentar los derechos sociales y, desde luego, el mismo valor de la igualdad en su dimensión sustancial.

3.1.2. La fundamentación basada en la libertad

La idea de libertad en la que estuvo sustentado el Estado Liberal, es una noción limitada o restringida de ésta, conocida como “libertad negativa”. Berlín⁶⁵ explica este sentido de la libertad: “(...) la libertad política es, simplemente el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran; y si, a consecuencia de lo que hagan otros hombres, este ámbito de mi libertad se contrae hasta un cierto límite mínimo, puede decirse que estoy coaccionado o, quizá, oprimido”.

Desde esta perspectiva, no existe la libertad sólo cuando hay interferencia de otros que la impiden o que ejercen coacción sobre su titular, de lo cual se concluye que la mera situación de carencia que impide conseguir algo que se desea no puede catalogarse como falta de libertad: “Sólo se carece de libertad política si algunos seres humanos le impiden a uno conseguir un fin. La mera incapacidad de conseguir un fin no es falta de libertad política. Esto se ha hecho ver por el uso de expresiones modernas, tales como “libertad económica” y su contrapartida “opresión económica”⁶⁶. En tal sentido, mal podría calificarse como falta de libertad, o una situación contraria a la libertad, el hecho de que algunas o muchas personas, que gozan de libertad jurídica, tengan carencias económicas y sociales o que determinados grupos sociales se encuentren en posición de desventaja respecto de otros. Por la misma razón, no podría invocarse la libertad para fundamentar las exigencias destinadas a superar esa situación de desigualdad.

Sin embargo, Berlín⁶⁷ reconoce otra dimensión de la libertad a la que llama “libertad positiva”: “El sentido ‘positivo’ de la palabra ‘libertad’ se deriva del deseo por parte del individuo de ser

⁶⁵ BERLÍN. Isaiah. 1998. *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, p. 220. Madrid: Alianza Editorial

⁶⁶ Ídem, pp. 220-221.

⁶⁷ Ídem, p. 231.

su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres”. Esta dimensión positiva de la libertad fundamenta la democracia y los derechos políticos, de la misma manera que la dimensión negativa es el fundamento de los derechos civiles y la sociedad civil.

Dimensiones similares de la libertad reconoce Bobbio, aunque con alguna diferencia conceptual, pues el filósofo italiano distingue entre la libertad negativa o civil, -que coincide con la esfera de los comportamientos no regulados y, por consiguiente, lícitos o indiferentes-, la libertad como autonomía -que sirve de fundamento a la libertad política y a la forma democrática de gobierno- y la libertad positiva, a la cual entiende “(...) como poder positivo, esto es, como capacidad jurídica y material de convertir en concretas las abstractas posibilidades garantizadas por las constituciones liberales”⁶⁸.

Por consiguiente, según Bobbio⁶⁹, la libertad del ser humano debe ser entendida en estos tres aspectos: i) tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo, en especial, el poder estatal; ii) participar en la formación de las normas que van a regular su propia conducta, en la esfera no reservada a su ámbito individual; y iii) tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las normas constitucionales que atribuyen derechos y tener bienes suficientes para una vida digna. De esta visión tridimensional de la libertad, se deduce que el hombre libre es aquel que no debe todo al Estado, -a quien tiene por una organización instrumental y no final-, participa directa o indirectamente en la vida del Estado y tiene suficiente poder económico para satisfacer necesidades básicas de su vida material y espiritual, sin las cuales, la libertad civil está vacía y la libertad política es estéril⁷⁰.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto, 1991, Op.cit, pp. 43-44.

⁶⁹ Ídem, p. 44. “(...) estos tres conceptos de libertad están presentes en los artículos de la Declaración Universal: la libertad negativa, en todos los artículos que se refieren a los derechos personales y a los tradicionales derechos de libertad (arts. 7-20); la libertad política, en el artículo 21, el cual dice en el párrafo 1: “Todo individuo tiene derecho a participar en el gobierno de su propio país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”, y precisa en el párrafo 3: “La voluntad de pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad debe expresarse mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”; la libertad positiva, en los artículos 22-27, que se refieren a los derechos a la seguridad social, en general a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, de los que se dice que son “indispensables a su dignidad (del individuo) y al libre desarrollo de su personalidad”. (Ídem, pp. 44-45)

⁷⁰ Ídem, p. 44

Dos nociones de libertad, la “libertad protectora” y la “libertad promocional”, diferencia Peces-Barba. La primera, es la libertad como no interferencia, para poder hacer lo que se quiera, la cual coincide con la “libertad negativa” y sirve de fundamento a los derechos individuales y civiles más directamente vinculados a la persona. En cambio, la “libertad promocional” es “(...) libertad para poder hacer lo que se quiera, y parte de la constatación de una serie de desigualdades instrumentales derivadas de la existencia de necesidades sin satisfacer, que impiden o dificultan el ejercicio del primer tipo de libertad como no interferencia (...)”⁷¹. De esta manera, la libertad, en su sentido “promocional” fundamenta los derechos sociales, los cuales se encuentran relacionados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas⁷².

En la perspectiva desarrollada por Bobbio y Peces-Barba la libertad, en su sentido positivo o promocional, -según la terminología de cada quien-, es el fundamento de los derechos sociales, criterio que, igualmente, es sostenido por Alexy para quien “El argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad”⁷³. Considera este autor que esta afirmación puede fundarse en 2 tesis: según la primera, “(...) la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor”⁷⁴. La segunda tesis señala que en las condiciones de la moderna sociedad industrial la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra sustento en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende de actividades estatales⁷⁵.

⁷¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Op.cit., p. 222. Agrega el filósofo español que esta libertad “Pretende superar los obstáculos internos, mientras que la primera pretende garantizarnos frente a los obstáculos externos. Es la libertad que intenta suplir nuestras carencias, cuando no somos capaces de hacerlo con nuestras propias fuerzas, porque las necesidades básicas, exigen un esfuerzo colectivo para su superación”. (Ibídem).

⁷² Estas necesidades, según Peces-Barba son de tres tipos: radicales, de mantenimiento y de mejora. Las primeras conciernen a aquellas que tienen que ver con la propia supervivencia de la persona, pues de no ser satisfechas esta desaparecería; las segundas, de no ser satisfechas, afectan las aptitudes y condiciones que permiten a las personas gozar de la libertad protectora, como el derecho a una alimentación suficiente y sana, a una educación básica, la vivienda y la seguridad social; finalmente, las terceras, están vinculadas a las posibilidades de desarrollo, crecimiento y de progreso, físico, económico, cultural y social, como el acceso a la enseñanza superior, a la investigación, así como a una participación adecuada en el producto interno bruto. En los dos primeros casos, los resultados deben ser homogéneos por equiparación, mientras que en el tercero pueden producirse diferencias razonables y justas resultantes de la capacidad de las personas. (PECES-BARBA, Op.cit., pp. 222-224)

⁷³ ALEXY, Robert, 1993. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 486.

⁷⁴ Ibídem. Encuentra, Alexy, el fundamento de esta tesis en la obra de von Stein: “De esto se trata cuando Lorenz von Stein dice: “La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación.” (Ídem, pp. 486-487)

⁷⁵ Ídem, p. 487. En el mismo sentido, Hesse señala que “La libertad de los ciudadanos bajo las relaciones actuales no estriba sólo en una liberación de la intervención estatal. Una configuración en libertad y autonomía de la propia existencia depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo, respecto de las cuales el individuo en el mejor de los casos sólo parcialmente dispone, frecuentemente ni tan siquiera eso. Hoy día la dotación y el mantenimiento de tales condiciones constituye una clara tarea del Estado, que ha llegado a ser quien planifica, guía y configura, esto es, el Estado de la procura existencial y del

Estas tesis concurren a señalar algunos argumentos importantes a favor de la fundamentación de los derechos sociales en la libertad fáctica. Uno de estos, reside en la importancia que la libertad fáctica tiene para el individuo, pues si este no tiene garantizado un nivel mínimo de existencia, carece de una ocupación y se encuentra excluido de la vida cultural, entonces poco o ningún significado tendrán para él los derechos fundamentales que le reconocen una libertad formal, pues “(...) para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, no le sirven para nada y que, por lo tanto, se convierten en “fórmulas vacías”⁷⁶. Asimismo, Alexy⁷⁷ considera que la libertad fáctica tiene relevancia jurídica desde la perspectiva según la cual se interpreta el catálogo de derechos fundamentales como la expresión de un sistema de valores el cual tiene su punto central en el libre desarrollo de la persona humana y en su dignidad, lo cual presupone una cierta medida de libertad fáctica. En el mismo sentido, Hesse⁷⁸ apunta que “La procura por el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad”.

La teoría de los derechos fundamentales del Estado social, sostiene Bockenförde, pretende superar el desdoblamiento entre la libertad jurídica y la libertad real, pues la libertad jurídica general igual para todos conduce a la desigualdad social, al consolidarse a través de la garantía de la propiedad en una no-libertad social a lo largo de generaciones, convirtiéndose en fórmulas vacías para los ciudadanos, en especial, los asalariados, por carecer de los presupuestos sociales de posesión y educación. Considera por ello que, basados en la idea de la justicia, los derechos sociales se presentan no como un contra-principio respecto a los derechos de libertad sino, más bien, parten del mismo principio de aseguramiento de la libertad. Así nos dice que “La idea de los derechos fundamentales sociales no aparece, vista así, como algo que se oponga a la garantía de la libertad del Estado liberal-burgués de Derecho, sino como su consecuencia lógico-material en una situación social modificada. También se trata en ella del aseguramiento de la libertad, no de la superación de la libertad en beneficio de formas colectivas de vida⁷⁹.”

aseguramiento social”. (HESSE, Conrado. 2001a. “Significado de los derechos fundamentales”. En BENDA, et ál. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. p. 94).

⁷⁶ Alexy, Op.cit., p. 488.

⁷⁷ Ídem, p. 489. Puntualiza Alexy que “Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas y, por lo tanto, son “normaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente” (Ibídem).

⁷⁸ HESSE, Op.cit., p. 95. Señala por ello que “El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector”. (Ibídem).

⁷⁹ BÖCKENFÖRDE, Op.cit., pp. 74-75.

La fundamentación de los derechos sociales en la libertad no significa que se descarte su fundamentación en la igualdad, sino que, apunta, más bien, a no contraponer ambos valores, como se desprende del pensamiento liberal, sino a reconocer su común presencia. Por ello, Bobbio⁸⁰ traza un paralelo entre la evolución de las nociones de libertad e igualdad: i) a la libertad negativa corresponde la igualdad jurídica, -igualdad ante la ley- conforme a la cual todos los ciudadanos se encuentran en una posición jurídica abstracta que les reconoce los mismos derechos; ii) a la libertad política corresponde la igualdad política, que conduce al Estado democrático basado en la soberanía popular y el sufragio universal; iii) finalmente, a la libertad positiva obedece el principio de la igualdad social o igualdad de oportunidades. De esta evolución paralela, deduce una interesante respuesta a la cuestión planteada por los liberales respecto a la necesaria contradicción entre los principios de libertad y de igualdad en el Estado democrático. Así, admite que existe contradicción en el par “libertad negativa-igualdad sustancial”, pero, en cambio no la hay en el par “libertad política-igualdad política”, que son perfectamente compatibles. Respecto al tercer binomio, esto es, “libertad positiva-igualdad social”, afirma que la primera es una integración de la segunda y que, por consiguiente, no existe contradicción alguna en la Declaración Universal de Derechos Humanos, “(...) donde la proposición “todos los seres humanos nacen libres e iguales” equivale a “todos los seres humanos nacen igualmente libres” o bien “todos los seres humanos nacen iguales en la libertad”, en el doble sentido de la expresión: “Los seres humanos tienen igual derecho a la libertad”; “Los seres humanos tienen derecho a una igual libertad”⁸¹.

3.2. La fundamentación antropológica

Desde una perspectiva antropológica, se sostiene que el fundamento de los derechos fundamentales se encuentra en las “necesidades” humanas básicas, las cuales se pretende satisfacer mediante su reconocimiento como exigencias jurídicas vinculantes. En este sentido, sostiene Añón Roig que “(...) reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una vida digna”⁸².

⁸⁰ BOBBIO, Op.cit., p. 51.

⁸¹ Ídem, p. 81.

⁸² AÑÓN ROIG, María José, 1994. *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, pp. 265-266.

También Ferrajoli⁸³ considera que no sólo en los valores sino, también, en las necesidades vitales se encuentra el fundamento de los derechos fundamentales, los cuales se han venido afirmando históricamente a través de luchas y revoluciones promovidas por generaciones de sujetos excluidos y oprimidos que han reivindicado niveles mínimos de igualdad, democracia, integración y convivencia pacífica.

Las necesidades humanas fundamentan los derechos fundamentales porque de su satisfacción depende la realización de la persona humana como sujeto libre y responsable. Las necesidades humanas son “(...) aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos pone directamente en relación con la noción de daño, privación o sufrimiento grave para la persona”⁸⁴. Se trata, por consiguiente, de necesidades que deben ser satisfechas de modo insoslayable porque de otra manera la persona sufrirá daños irreparables, que afectaran su propia supervivencia y autonomía, y para cuya satisfacción no existen posibilidades alternativas. Por ello, su insatisfacción no causa contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros sino una “(...) degeneración permanente de la calidad de vida humana”⁸⁵.

Tugendhat⁸⁶, parte de una crítica a la visión idealizada de la sociedad y de la persona, propia del liberalismo, la cual considera a un hombre abstracto que por el hecho de tener garantizada su libertad jurídica se encuentra en una posición que lo hace capaz de satisfacer sus necesidades. Esta es una presunción errada pues presupone la existencia de más individuos capaces de ser libres que la que puede darse en la realidad. Plantea, por ello, que el sistema de derechos fundamentales se edifique en torno al concepto de “necesidad”. Ser libre es, desde luego, una necesidad pero la satisfacción de ésta no comprende la de otras necesidades que el pensamiento burgués soslaya. Amplios sectores de la sociedad tienen carencias respecto de los bienes esenciales para subsistir y, por ello, tampoco pueden ejercer sus libertades.

Para Tugendhat, la persona es titular de ciertas necesidades las cuales, en base al principio de autonomía, debe satisfacer por sí mismo. Si no lo puede hacer, existe un deber de la familia de contribuir y si este aporte no es posible o resulta insuficiente, entonces se genera un deber difuso de solidaridad de la comunidad, el cual se concreta en un deber del Estado que es correlativo a los derechos de prestación. Esta fundamentación es independiente, porque considera a los

⁸³ FERRAJOLI, Op.cit., p. 372.

⁸⁴ AÑON ROIG, Op.cit., p. 266.

⁸⁵ Ídem, pp. 266-267.

⁸⁶ Vid. BERNAL PULIDO, Op.cit., p. 353.

derechos prestacionales como fines en sí mismos y no como simples presupuestos, o condición para el ejercicio de las libertades o los derechos políticos⁸⁷.

De este modo, las necesidades humanas sirven de fundamento a todo el conjunto de derechos, y no sólo a los sociales: a los derechos de libertad, satisfaciendo las necesidades que nacen del ejercicio de ésta; a los derechos políticos, satisfaciendo la necesidad de cooperación política con los demás individuos; y a los derechos sociales, destinados a satisfacer las necesidades materiales, vitales y físicas. De allí, que los derechos sociales no sean concebidos sólo como un medio o instrumento para la realización de la libertad, sino como derechos dotados de una finalidad propia, que es la de satisfacer las necesidades básicas de la persona para que lleve una vida digna⁸⁸.

Esta perspectiva antropológica no plantea, necesariamente, una situación antagónica con los criterios axiológicos de fundamentación de los derechos, pues ambas visiones pueden complementarse. En efecto, los valores que informan los criterios axiológicos se inspiran en los datos suministrados por la experiencia humana a partir de los cuales las personas y las sociedades elevan determinados bienes a la categoría de objetos valiosos, como condición de su propia existencia y vida en común. Como sostiene Añón Roig “(...) las necesidades son a la vez datos empíricos de la experiencia humana y criterios de valor o prescriptivos para la acción humana. De ahí que se entienda que no se incurre en el salto lógico entre ser y deber ser, porque el propio concepto de necesidades expresa las dos realidades”⁸⁹. De allí que, a su juicio, las necesidades básicas de la personas desempeñan un rol importante para la fundamentación de los derechos humanos, pues la constatación de la existencia de determinadas necesidades básicas permite argumentar criterios de justicia y legitimidad que fundamentan los derechos. En este sentido, “(...) de lo que se trata es de elevar a categoría de derechos la racionalización de condiciones de vida, aquellas que de no ser tomadas en consideración y articuladas adecuadamente desproveen de contenido la condición humana misma”⁹⁰.

⁸⁷ “En contra de estas concepciones instrumentales, Tugendhat sugiere que los derechos de prestación deben ser considerados como fines en sí mismos. A juicio de este autor, la idea de que la libertad representa el único fin del sujeto digno de protección en el Estado Constitucional, es una derivación del mito burgués del Estado de naturaleza, en el cual se considera al hombre como un ser dotado de libertad absoluta. La gran deficiencia de este mito estriba en que idealiza a un hombre que no existe, a un “Robinson Crusoe”, capaz de subsistir aislado en un mundo sin contacto con los demás, y olvida que “ningún individuo habría podido sobrevivir jamás si no hubiera nacido dentro de una comunidad”. (Ídem, p. 356).

⁸⁸ Ídem, pp. 356-357.

⁸⁹ AÑÓN ROIG, Op.cit., p. 274-275.

⁹⁰ AÑÓN ROIG, María José y José GARCÍA AÑÓN, ét al. 2004. *Lecciones de Derechos Sociales*, 2ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 108.

Desarrolla esta concepción, Pérez Luño quien considera que los valores que fundamentan los derechos fundamentales no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en una esfera ideal anterior a la experiencia humana, ni pueden, tampoco reducirse al plano de los deseos o intereses de los individuos. Postula, por el contrario, una fundamentación que denominación intersubjetivista en virtud de la cual aquella reside en el consenso sobre los derechos el cual “(...) recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico”⁹¹. Afirma por ello: “Pienso con Norberto Bobbio que “el fundamento de los valores debe buscarse en las necesidades del hombre”. Toda necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias. Lo que satisface una necesidad humana tiene valor, lo que la contradice es un disvalor”⁹².

4. El fundamento de los derechos fundamentales laborales

4.1. La identidad de fundamento entre los derechos sociales y los derechos laborales fundamentales

Desde una perspectiva histórica, no existe discusión alguna respecto a la identidad entre los derechos sociales y los derechos laborales fundamentales toda vez que los derechos relativos al trabajo, fueron los primeros derechos sociales en ser reconocidos y consagrados como derechos fundamentales en las constituciones. De este modo, se puede considerar que los derechos laborales fueron la vanguardia de los derechos sociales, en la fase de construcción del Estado Social de Derecho y del “constitucionalismo social”.

Posteriormente, el espectro de los derechos sociales fue ampliándose y se reconocieron otra clase de derechos como los relativos a la seguridad social, a la salud, a la educación, al bienestar e, incluso, a la vivienda y la alimentación, los cuales, en un primer momento, fueron concebidos, también, como derechos a favor de aquel sector de la sociedad que en los albores del capitalismo constituía una clase social oprimida y socialmente relegada.

⁹¹ PEREZ LUÑO, “Derechos humanos...”, Op.cit., p. 181. Coincide con esta tesis Peces Barba con su teoría sobre la “libertad protectora” y la “libertad promocional”, antes mencionada, conforme a la cual es ta última tiene por finalidad satisfacer las necesidades básicas de la personas y, en tal virtud, constituye fundamento de los derechos sociales (PECES BARBA MARTÍNEZ, Op.cit, pp. 221-225).

⁹² *Ibidem*.

4.1.1. Los derechos laborales en relación al fundamento axiológico de los derechos sociales

El desarrollo de un “derecho del trabajo”, en muchos casos con apoyo en las normas constitucionales, es un fenómeno surgido de la revolución industrial y el desarrollo del capitalismo, como una respuesta a la situación de máxima explotación, pauperización y marginación social de la emergente clase trabajadora o “proletariado”. Señala al respecto Monereo Pérez⁹³ que “La deplorable situación de las clases trabajadoras (la llamada “cuestión social obrera”), el recrudecimiento de los conflictos sociales a que ello dio lugar, el surgimiento del movimiento obrero organizado y la insuficiencia palmaria de los esquemas liberales individualistas, desembocarán en una legislación laboral, primero, y después, en un Derecho del Trabajo como conjunto normativo dotado de principios diferenciados respecto de aquellos que informa el ordenamiento laboral común”⁹⁴.

De este modo, los derechos laborales aparecen dotados, desde el principio, de una finalidad protectora del trabajador que busca compensar a través de la norma laboral -y del convenio colectivo- la desigualdad material existente entre el trabajador y el empleador, reconociendo a favor del primero un conjunto básico de derechos que se aplican a la relación laboral al margen de la voluntad de las partes, quedando así excluida de la capacidad de estas establecer el contenido del contrato de trabajo, cuando menos en lo que se refiere a sus aspectos fundamentales⁹⁵.

La idea del Derecho del Trabajo como un derecho protector del trabajador se encuentra bastante generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia, como sustento y finalidad de las normas laborales. Así, para Hueck y Nipperdey⁹⁶, es “(...) ante todo un derecho protector de los

⁹³ MONEREO PÉREZ, Op.cit., p. 135.

⁹⁴ Ello, no obstante, no significa que el Derecho del Trabajo no termine siendo “funcional” a la evolución de la economía capitalista, pues según éste autor es “(...) en lo laboral la respuesta política del capitalismo liberal corregido en alguno de sus postulados para que, integrando a la clase obrera en la dinámica del sistema establecido, pueda subsistir el capitalismo y su base, la empresa privada”. (Ibídem).

⁹⁵ Al respecto, se señala lo siguiente: “(...) el contrato de trabajo se inserta hoy en un marco normativo que comprende prácticamente todos los aspectos de la relación de trabajo, desde el contenido de la prestación del trabajador hasta las vicisitudes de la relación laboral -suspensiones, causas de extinción de la relación, etc.-, pasando por tiempo y la retribución del trabajo, y las condiciones de seguridad e higiene. De este modo, celebrado el contrato mediante el acuerdo entre las partes, automáticamente la resultan aplicables aquellas normas, sin que los contratantes tengan que hacer ninguna declaración expresa en tal sentido; es más, sin que en buena parte puedan impedir la incorporación de aquel conjunto normativo. De ahí la denominación del contrato de trabajo como “contrato normado”, género del cual 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 y GARCÍA MURCIA, Joaquín, 2010. *Derecho del Trabajo*, 19ª edición, Madrid: Editorial Tecnos, p. 502)

⁹⁶ HUECK, Alfredo, NIPPERDEY, H.C., 1983. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 45.

trabajadores, entendiendo la expresión en el sentido más amplio”; para De La Cueva⁹⁷ es “(...) un derecho de clase, esto es, un derecho protector de los trabajadores”; por su parte Camerlynck y Lyon-Caen⁹⁸ consideran que se trata de un “(...) Derecho de favor para el trabajador, de desigualdad, y no como un derecho en que empleadores y asalariados puedan ser tratados como personas iguales”. Criterios semejantes afirman otros autores, como De Buen⁹⁹, quien no obstante objetar la tesis de De La Cueva sobre el Derecho del Trabajo como “derecho de clase”, considera que se trata de un “derecho tutelar de los trabajadores” que establece “un mínimo de garantías sociales” a favor de éstos; o Martín Valverde¹⁰⁰ quien se refiere tanto a una “finalidad tuitiva” que protege los intereses personales del trabajador cuanto a una “finalidad compensadora” que procurar equilibrar, mediante las normas mínimas y el reconocimiento de los mecanismos de autotutela, la desigualdad inicial entre el trabajador y el empleador; similar opinión manifiesta Plá Rodríguez¹⁰¹ para quien “El derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades”. Finalmente, Daubler¹⁰² se refiere a una “función protectora” del Derecho del Trabajo, que se alcanza mediante el convenio colectivo y las normas heterónomas, por las cuales el Estado establece un nivel mínimo para las condiciones laborales.

El reconocimiento de una función protectora o compensadora del Derecho del Trabajo, supone que este sector del ordenamiento jurídico, tiene una finalidad igualitaria, cuando menos en el sentido de reducir o minimizar la desigualdad material inicialmente establecida entre el empleador y el trabajador en la relación de trabajo. Asimismo, proyectada esta finalidad hacia el conjunto de la sociedad, los derechos laborales contribuyen a dotar a la clase trabajadora de una posición en la estructura social que tiende a contrapesar o limitar el predominio de la clase poseedora de los medios de producción.

⁹⁷ DE LA CUEVA, Mario, 1970. *Derecho Mexicano del Trabajo*, 12ª edición. México: Editorial Porrúa S.A., Tomo I, p. 240.

⁹⁸ CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G, 1974. *Derecho del Trabajo*, Primera edición española. Traducción de la 5ª edición francesa por Juan M. Ramírez Martínez. Madrid: Aguilar S.A. de ediciones, p. 24.

⁹⁹ DE BUEN, Néstor, 1981. *Derecho del Trabajo*, 4ta edición. México: Editorial Porrúa S.A., Tomo Primero, p. 68.

¹⁰⁰ MARTÍN VALVERDE, et al, Op.cit., pp. 65-66.

¹⁰¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, 1978. *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 2da edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 25.

¹⁰² DÄUBLER, Wolfgang, 1994. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, pp. 90-91. Este autor alemán se refiere, asimismo, a una “función pacificadora” del Derecho del Trabajo en virtud a la cual la existencia de éste es importante para “garantizar la situación social existente”. (Ídem, pp. 93-97).

A esta misma conclusión se puede arribar desde la perspectiva que fundamenta los derechos sociales en la libertad, considerando que la realización efectiva de ésta exige que se satisfagan las condiciones materiales para que todas las personas puedan ejercerla realmente. En la medida que los derechos laborales, contribuyen a que un sector de la sociedad, el de los trabajadores asalariados, disfrute de condiciones materiales suficientes, hacen posible que estos puedan gozar y ejercer la libertad que la sociedad les reconoce en su condición de personas y ciudadanos.

4.1.2. Los derechos laborales, en relación al fundamento antropológico de los derechos sociales

De otro lado, la vigencia de los derechos laborales permite a la persona humana atender a la satisfacción de sus necesidades básicas, no sólo individuales sino, incluso, familiares. Desde la frase bíblica “Te ganarás el pan con el sudor de tu frente”¹⁰³, el hombre consigue los medios para su subsistencia a través del trabajo. En la economía capitalista de mercado, el trabajador obtiene los medios necesarios para su subsistencia personal o familiar, y más allá aún, para alcanzar determinado nivel de bienestar, mediante la venta de su fuerza de trabajo a los poseedores de los medios de producción. De modo particular, la remuneración dota al trabajador de los recursos indispensables para atender sus necesidades de alimentación, educación de los hijos, vivienda, protección de la salud, etc. En este sentido, los derechos laborales atinentes a la remuneración mínima y a la negociación colectiva, representan garantías para que el trabajador obtenga por sus servicios un nivel de ingresos suficiente para satisfacer sus necesidades. No se puede negar que otros derechos como la libertad sindical y el derecho de huelga -en general, los “derechos colectivos”- sirven como soporte para lograr esta finalidad en cuanto garantizan la capacidad -colectiva- de los trabajadores de obtener mejoras en sus ingresos y alcanzar mayores niveles de bienestar.

4.2. La identidad de fundamento entre los derechos de libertad y los derechos laborales fundamentales

No obstante, por otro lado, existe un grupo de derechos laborales que se configuran, en función a su contenido y las garantías que requieren, como verdaderas “libertades negativas”.

¹⁰³ La Biblia, Génesis 3,19, 1979, “Dios habla hoy. La Biblia-Versión popular”, Segunda edición. Canadá: Sociedades Bíblicas Unidas.

Resulta paradigmático el caso de la Libertad Sindical, respecto de la cual Constituciones y Tratados Internacionales, proclaman como su garantía máxima la no injerencia 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 oficiales 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 injerencia del Estado, y del empleador, podría asimilarse a los derechos-libertad. Baldassarre considera que la huelga “(...) se debe considerar como un *derecho subjetivo de libertad* reconocido a los trabajadores en cuanto tales”¹⁰⁴.

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 trabajo¹⁰⁵.

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”, con la singularidad de que su ámbito está circunscrito a los miembros de una determinada categoría social –los trabajadores-, y de que si bien, en sentido estricto, se trata de libertades, éstas son libertades “para” en la medida que constituyen el substrato para que el grupo social, al que pertenecen sus titulares, alcance la igualdad sustancial.

5. La ubicación de los derechos fundamentales laborales en el cuadro de los derechos fundamentales: ¿son derechos sociales?”

¹⁰⁴ BALDASSARRE, Antonio, 2001. *Los derechos sociales*. Traducción de Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 125.

¹⁰⁵ 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 (...). 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”. (Op.cit., p. 225).

El hecho de que los derechos fundamentales laborales pueden fundamentarse, tanto en los valores de igualdad (o libertad fáctica o necesidades) como en el valor libertad, en el sentido de “libertad negativa”, lleva a que nos preguntemos cual es su ubicación exacta en el cuadro de los derechos fundamentales, tema al que dedicamos la parte final de este trabajo.

5.1. Una tesis negativa: Los derechos fundamentales laborales no son derechos sociales

La extensión de los derechos sociales, más allá de los derechos relativos al ámbito del trabajo, representó un cierto grado de diferenciación con los primigenios derechos sociales -los laborales- en cuanto estos últimos: i) son exigibles ante el Estado, ii) imponen al Estado la obligación de brindar prestaciones, y iii) comprenden a toda la población y no sólo al sector que realiza una determinada actividad (los trabajadores). De esta manera ha sido posible referirse a “derechos sociales clásicos”, vinculados a la condición de trabajador de su titular¹⁰⁶, y los nuevos derechos sociales reconocidos, con alcance general, a toda la población¹⁰⁷. De allí que, poco a poco, se ha ido generalizando la idea de que la característica esencial de todos los derechos sociales reside en su contenido prestacional, el cual lleva a establecer una diferencia radical con los derechos civiles -o de la primera generación- en los cuales la obligación que se impone al Estado es la de no interferir en el ejercicio de las libertades que estos garantizan. En tal sentido, mientras que los derechos sociales exigen una acción positiva por parte del Estado, los derechos civiles devienen protegidos por la abstención o no interferencia de éste.

Carmona Cuenca explica la naturaleza jurídica de los derechos sociales, sosteniendo que su elemento común no reside en la esfera social a la que se refieren sino a la posición jurídica que confieren a su titular en cuanto estos derechos permiten a su titular “(...) exigir no ya una abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una

¹⁰⁶ “(...) los derechos sociales clásicos se construyeron en buena medida como derechos específicos que giraban en torno a la figura del trabajador empleador de manera indefinida en ciertos sectores del mercado de trabajo. Las mujeres, los niños, las personas mayores o las personas con discapacidades físicas o mentales, por su parte, sólo gozaban de ellos en función de su parentesco (esposa, hijo, etc.) con un trabajador “ganapán” o de su vínculo con el sistema productivos (trabajador retirado, trabajador enfermo, etc.)”.(PISARELLO, Gerardo, 2007. “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”. Madrid: Editorial Trotta, S.A., p. 75).

¹⁰⁷ “(...) una garantía plena de los derechos sociales exija no sólo su especificación, sino también su progresiva generalización más allá de la esfera del trabajo, como de hecho ocurrió en muchos países con el reconocimiento universal del derecho a la atención sanitaria o a la educación básicas y como hoy se plantea, desde diferentes puntos de vista, en relación al agua, a la alimentación e incluso a una renta básica o ingreso incondicional”. (Ibídem).

actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”¹⁰⁸.

Analizando los derechos laborales bajo este criterio, apreciamos que, vistos en conjunto, no encuadran en la definición que formula Carmona Cuenca pues apreciamos que, de un lado si bien están conformados por prestaciones el obligado a satisfacerlas es el empleador y no el Estado, y, de otro lado, existen otros derechos configurados como verdaderas libertades, situación ésta que les confiere rasgos específicos dentro del conjunto de los derechos sociales. Entre los segundos, suele mencionarse a los derechos colectivos laborales, como la Libertad Sindical, la negociación colectiva y la huelga, derechos éstos cuya satisfacción no depende de prestaciones del Estado ni de particulares y que, más bien, exigen que el Estado no interfiera en su ejercicio.

En el ámbito de los derechos individuales, tales como los relativos a la remuneración, a la jornada máxima de trabajo, al descanso semanal y anual, a la protección de la integridad y salud del trabajador, y otros similares, nos encontramos frente a prestaciones que debe satisfacer un sujeto particular -el empleador- y no el Estado. Sin embargo, el respeto o satisfacción de estos derechos por parte del empleador, se realiza a título de contraprestación dentro del marco del contrato laboral, pues en virtud de éste aquel asume una posición de débito hacia el trabajador por la entrega que este hace de su fuerza de trabajo¹⁰⁹. Se trata, por consiguiente, de una prestación contractual distinta a las prestaciones que brinda el Estado a los miembros de la sociedad en materia de educación, salud, vivienda u otras, las cuales no tienen un origen contractual ni, por consiguiente, la naturaleza de contraprestación o prestación recíproca, debiendo catalogarse, por el contrario, como “obligaciones públicas” derivadas del contenido de los derechos fundamentales¹¹⁰. Por este motivo, las prestaciones del empleador derivadas del contrato de trabajo no son “prestaciones en sentido estricto” en el sentido que atribuye Alexy a este concepto como “(...) 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”¹¹¹.

Incluso aquellos derechos que se reconocen a favor del trabajador, desde fuera del contrato de trabajo, en virtud a lo dispuesto por normas -autónomas o heterónomas-, y que son las que

¹⁰⁸ CARMONA CUENCA, Op.cit., p. 150.

¹⁰⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, 2012, *Derecho del Trabajo*, 33ª edición. Madrid: Editorial Técnos, p. 373.

¹¹⁰ Vid COSSÍO DIAZ, Op.cit, p p. 175-181.

¹¹¹ ALEXY, Op.cit, p. 482.

determinan que se catalogue al de trabajo como un “contrato normado”, están lejos de poder considerarse “prestaciones en sentido estricto”, pues el efecto de dichas normas, que De Ferrari¹¹² califica como “obligaciones legales” no es otro que determinar el nivel básico de las contraprestaciones del empleador y ciertos deberes de este que derivan, en la mayoría de los casos, de derechos fundamentales del trabajador, como la protección de su salud, vida e integridad, su derecho al bienestar, o el respeto de su dignidad e intimidad. Para exigir estos derechos existe un título específico, el de trabajador, el cual supone una prestación que configura la “posición de débito” de éste: la de trabajar¹¹³.

Desde esta perspectiva, parece difícil encuadrar a los derechos laborales fundamentales como derechos sociales, si asumimos que una característica esencial de éstos consiste en su condición de derechos prestacionales. Si bien comparten con los derechos sociales el mismo fundamento axiológico (valor igualdad) y antropológico (necesidades humanas), no coinciden, en cambio, con la naturaleza de éstos como título jurídico que permite exigir al Estado el otorgamiento de una prestación.

No obstante, a favor del carácter prestacional de los derechos fundamentales laborales podría argüirse, adoptando el criterio de Alexy¹¹⁴, que los derechos a prestaciones del Estado tienen tanto una dimensión fáctica como, también, una dimensión normativa. La primera supone conceder u otorgar al titular del derecho un beneficio material tangible, que represente para él disponer de medios o recursos para satisfacer su derecho, mientras que la segunda se traduce en la emisión de una norma, cuyo objeto es garantizar el derecho del cual se es titular¹¹⁵. En el primer caso estamos ante “derechos a prestaciones en sentido estricto” y en el segundo a “derechos a prestaciones en sentido amplio”¹¹⁶.

¹¹² DE FERRARI, Francisco, 1977. *Derecho del Trabajo. Vol. II. De las Relaciones Individuales del Trabajo Formación, Suspensión y Extinción de los Contratos*. 2ª edición actualizada. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 205. Indica este autor que “Las llamadas “obligaciones legales”, (...) nada tienen que ver con el contrato, sino con su ejecución, es decir con la efectiva prestación del servicio. (...) tales obligaciones no forman parte de la convención, conjuntamente con las obligaciones contractuales. No tienen que ver con el acto jurídico (contrato), sino con el hecho real o contingencia a que puede dar lugar aquel.” (Ídem, pp. 205-206).

¹¹³ MONTOYA MELGAR, Op.cit., p. 316.

¹¹⁴ ALEXY, Op.cit., pp. 194-195.

¹¹⁵ 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, 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. (Ídem, p. 195).

¹¹⁶ Ídem, pp. 195-196.

Bajo esta perspectiva, los derechos laborales otorgados por la legislación, en aplicación o desarrollo de las normas constitucionales que establecen la obligación genérica de proteger al trabajador, o las que, de forma específica, enuncian derechos laborales, tendrían el carácter de prestaciones en sentido amplio. Siendo estos derechos los que determinan el contenido principal del contrato de trabajo como “contrato normado”, podría concluirse que aquellos tienen un contenido prestacional, aunque su satisfacción corresponda al empleador.

Ahora bien, respecto de aquel otro grupo de derechos que están configurados como “libertades” antes que como “prestaciones”, también éstos podrían ser considerados como “derechos a prestaciones en sentido amplio”, pues según Alexy¹¹⁷, esta clase de prestaciones se encuentra presente en algunos derechos de libertad. Los “derechos a prestaciones en sentido amplio” comprenden, a su vez, tres clases de acciones positivas por parte del Estado: i) derechos a protección, ii) derechos a organización y procedimiento y iii) derechos a prestaciones en sentido estricto¹¹⁸. Dentro de estos, los “derechos a protección” son “(...) los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”¹¹⁹.

De la comprobación de que la efectividad de los derechos civiles y políticos también requiere acciones positivas de parte del Estado, Abramovich y Courtis¹²⁰, concluyen que estos derechos poseen una estructura que comprende un “complejo de obligaciones negativas y positivas” que se traducen, en el primer caso, en la obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos, y, en el segundo, en la de realizar diversas funciones para garantizar el ejercicio de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.

Asumiendo esta línea de pensamiento, los derechos fundamentales laborales configurados como libertades -libertad sindical, negociación colectiva, derecho de huelga-, también tendrían -como muchas otras libertades- una faceta prestacional. Ello es evidente cuando, como ocurre en la mayor parte de los Estados, estos derechos son objeto de desarrollo legislativo con el propósito de garantizar su efectividad. Así, en el caso de la libertad sindical la garantía de ésta en las leyes, representa la presencia del “derecho a protección” que es la primera manifestación de los “derechos a prestaciones en sentido amplio”. Algo semejante se puede decir respecto del derecho a la negociación colectiva que la Constitución Española (art. 37) obliga a la ley a

¹¹⁷ Ídem, p. 427.

¹¹⁸ Ídem, p. 430.

¹¹⁹ Ídem, p. 435.

¹²⁰ ABRAHAMOVICH & COURTIS, Op.cit, p. 24.

garantizar, asegurando su fuerza vinculante; o que la Constitución de Colombia (art. 55) igualmente garantiza imponiendo, además, al Estado el deber de “promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo; y respecto de la cual, la Constitución peruana (art. 28) establece la obligación de “fomentar” la negociación colectiva y “promover” formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

De este modo, el conjunto de los derechos laborales, tanto aquellos que consisten en prestaciones brindadas por el empleador, bien que en su mayor parte impuestas a éste por las normas laborales, cuanto aquellos configurados como libertades, cuya plena vigencia, exige la no interferencia del Estado o de terceros, vendrían a ser prestaciones en “sentido amplio”.

Ello, sin embargo, ello no basta para clasificarlos como derechos sociales, porque para Alexy¹²¹ los derechos sociales fundamentales son únicamente los “derechos a prestaciones en sentido estricto” mientras que “los derechos a protección calzan perfectamente en la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales”¹²².

5.2. Una tesis afirmativa: los derechos fundamentales laborales son derechos sociales

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, 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 propugnar el reemplazo de la expresión “derechos sociales” por otra, que resalte el valor constitucional que estos tienen en común y a cuya realización se dirigen: “Más que de derechos sociales, creemos posible hablar de **derechos de igualdad** cuando aludamos a la significación axiológica (o teleológica) del tema, y de **derechos prestacionales** cuando nos refiramos a su dimensión activa o material”¹²³.

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

¹²¹ Alexy, Op.cit., p. 482.

¹²² Ídem, p. 440.

¹²³ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., p. 46.

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 Díaz¹²⁴, el medio para la realización del derecho pero no su contenido esencial, aún cuando, por ser este aspecto el más visible de estos derechos tiende a producirse su apreciación como derechos de prestación. 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.

En razón a la intensidad de la prestación estatal para la realización de un derecho fundamental, Cossío Díaz¹²⁵ establece una distinción entre dos categorías de derechos: “(...) 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**”.

De esta manera, 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 procedimiento¹²⁶. 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”¹²⁷.

Del hecho de que, por un lado, los derechos laborales fundamentales se identifiquen con los derechos sociales en cuanto a sus fundamentos axiológicos y antropológicos pero no en cuanto al carácter prestacional de aquellos y, de otro lado, que un grupo de derechos laborales estén configurados como derechos de libertad, surge la duda respecto a la forma de caracterizarlos, sin más, como hasta ahora se ha venido haciendo, como verdaderos derechos sociales.

¹²⁴ Ídem, p. 181.

¹²⁵ Ibídem.

¹²⁶ Vid. ALEXY, Op. cit., pp. 454-482.

¹²⁷ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., 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”. (Ibídem).

Sin embargo, el ámbito laboral no es el único en que pueden encontrarse derechos tradicionalmente conceptuados como “sociales”, que, cuando menos en alguno de sus aspectos o facetas, se presentan como “libertades”¹²⁸.

Son estas razones, las que llevan a Cossío Díaz¹²⁹ 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. A su juicio, los derechos de huelga¹³⁰, 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 contenido¹³¹. Respecto a la libertad sindical opina que esta “(...) tiene un claro sentido abstencionista”¹³², siendo por ello, similar a las demás libertades.

Baldassarre, en cambio, considera a la libertad sindical un derecho social “inviolable”, destacando el hecho de que si bien representa un hipótesis especial de la libertad civil de asociación posee una tipicidad, que atribuye al hecho, no casual, de su reconocimiento en momento distinto al de la libertad de asociación y al rol que desempeñó en los movimientos culturales y políticos a favor de los derechos sociales¹³³.

¹²⁸ 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, es otro ejemplo de un derecho que reclama el respeto y la no intervención del Estado. Pero, además, los derechos sociales, en general, pueden ofrecer un aspecto bajo el cual su protección implica una obligación de respeto, de no-hacer del Estado, o de terceros, como, en el derecho a la vivienda, que no se agota en su contenido prestacional de tener acceso a una vivienda, sino también en el no ser desalojado de manera arbitraria o no ser objeto de cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, o respecto del derecho a la salud que no sólo supone el acceso a prestaciones sanitarias sino el derecho a gozar de un medio saludable, no contaminado y a ser protegido de la comercialización de productos en mal estado o adulterados. (PISARELLO, Op.cit., p. 61).

¹²⁹ COSSÍO DÍAZ, Op.cit., p. 233.

¹³⁰ Cossío Díaz rechaza categóricamente que se pueda incluir a la huelga entre los derechos de libertad: “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”. (Ídem, p. 223).

¹³¹ 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).

¹³² Ídem, p. 192.

¹³³ BALDASSARRE, Op.cit., pp. 120-121.

También, otros autores consideran que los derechos sociales no se limitan ni agotan en el elemento prestacional. Preuss, afirma que estos derechos, a los que denomina “derechos distributivos”, comprenden un haz de obligaciones del Estado y no sólo prestaciones en sentido estricto¹³⁴ y De Vergottini afirma lo siguiente:

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 obstaculizarlos¹³⁵.

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 nacimiento¹³⁶.

Utilizando estos criterios, todos los derechos laborales fundamentales -serían genuinos derechos sociales- o -derechos de igualdad-, aunque no todos estén dotados de contenido

¹³⁴ “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”. PREUSS, Ulrich K. Et ál., 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. pp. 65-89. *Problemas de legitimación en el Estado social*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. p. 80.

¹³⁵ DE VERGOTTINI, Giuseppe, 1992. *La Constitución frente al progreso económico y social*. Traducción: Alejandro Saiz Arnaiz. Revista Vasea de Administración Pública 33. Mayo-Agosto 1992. pp. 133-156. OÑATI: Gipúzkoa. País Vasco, pp. 141-142.

¹³⁶ “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 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, 2002. *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Universidad de Vigo/Civitas Ediciones, S.L., pp. 160-161).

prestacional, pues algunos, singularmente los derechos colectivos, no poseen este contenido sin dejar, por ello, de ser “sociales”, en razón de su fundamento en el valor “igualdad” (o “libertad fáctica” o “satisfacción de necesidades”).

5.3. Una tesis doble o mixta de los derechos fundamentales laborales

Sostiene esta posición Van Boven¹³⁷, para quien los derechos laborales fundamentales presentan evidentes aspectos económicos y sociales en razón de que son esenciales para la promoción y protección de intereses sociales y económicos, como en el caso del derecho al trabajo, a condiciones laborales justas y favorables, al descanso, etc, cuanto porque, de la misma manera, los derechos sindicales integran el derecho a la libertad de reunión y de asociación, por lo cual las convenciones europea y americana de derechos humanos los incluyen entre los derechos civiles y políticos.

Coincidiendo con esta perspectiva, Canessa Montejo¹³⁸ considera que “Se puede interpretar que los derechos laborales son derechos civiles en tanto la obligación principal sea la prohibición de interferencia del Estado o de terceros. A la vez, se puede interpretar que los derechos laborales son derechos sociales en tanto los empleadores y el Estado se encuentran obligados a otorgar una serie de prestaciones a favor de los trabajadores y sus familias. En suma, son derechos con una independencia conceptual que los reconoce como derechos humanos pero que se resiste a ser codificado en una u otra clasificación”.

Como se puede apreciar la posición de Canessa Montejo consiste en objetar la posibilidad de encuadrar a los derechos laborales fundamentales en conjunto ya sea como derechos civiles (o de libertad) o como derechos sociales (o de igualdad), pues, a su juicio “Comparte con los derechos civiles la finalidad de preservar la libertad de los trabajadores frente al centro de poder que representa la empresa, y comparte con los derechos sociales la finalidad de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores por medio de prestaciones laborales (...). Por ello, los derechos laborales no son ni “distorsionados” ni “híbridos”, simplemente pertenecen a una tradición jurídica que se resiste a esa división”¹³⁹.

¹³⁷ Citado por CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo-OIT*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/ Programa Laboral de Desarrollo (PLADES)/ Oxfam Novib, p. 101.

¹³⁸ CANESSA MONTEJO, Op.cit., p. 102.

¹³⁹ Ídem, p. 112.

5.4. Una tesis unitaria e indivisible de los derechos fundamentales: la dignidad humana como fundamento

Finalmente, se afirma una concepción indivisible o unitaria de los derechos fundamentales, que tiende a difuminar la rígida frontera que, desde un enfoque tradicional, separa a los derechos de libertad de los derechos sociales.

En este sentido, afirma Pisarello¹⁴⁰ que todos los derechos fundamentales son derechos complejos, que en parte son positivos en parte negativos, en parte costosos y en parte no costosos, en parte individuales en parte colectivos y, finalmente, en parte universales y en parte específicos. Esta afirmación no pretende ocultar que en función de cada derecho en concreto uno u otro aspecto pueda tener una mayor relevancia, pero obedece al propósito de destacar que esa ambivalencia no es exclusiva de los derechos sociales, sino que atañe a todos los derechos fundamentales.

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 Moreno¹⁴¹, que no se trata de dos tipos estructurales de derechos, sino de un criterio clasificatorio 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. De este modo, las diferencias que puedan existir, son de grado y no revisten carácter sustancial, aunque el mayor énfasis que en los derechos sociales tiene su contenido prestacional hace que se les caracterice en función de éste, ocultando que también conllevan obligaciones de no hacer para el sujeto obligado¹⁴². Entre una y otra categoría de derechos existe, en conclusión, un *continuum* que no permite establecer distinciones tajantes en función del tipo de obligaciones que generan y de otros aspectos que los caracterizan como su titularidad (individual o colectiva) o su contenido más o menos indeterminado¹⁴³.

Concurre a fortalecer esta posición la perspectiva, trazada por la jurisprudencia constitucional alemana, según la cual los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos del

¹⁴⁰ PISARELLO, Op.cit., pp. 75-76.

¹⁴¹ GONZÁLEZ MORENO, Loc. cit.

¹⁴² ABRAMOVICH y COURTIS. Op.cit. pp. 24-25.

¹⁴³ PISARELLO, Op.cit. pp. 76-77. Dice este autor, a continuación: “Así las cosas, lo relevante sería, una vez más, la contraposición existente no entre derechos sociales y derechos individuales, sino más bien entre derechos socializados y derechos privatizados, o sea, entre derechos generalizables y privilegios excluyentes”. (Ibídem).

individuo sino normas objetivas de derecho que expresan los valores del ordenamiento constitucional, por lo cual comprenden tanto obligaciones negativas cuanto obligaciones positivas¹⁴⁴.

Esta es, asimismo, la perspectiva que asumen las declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, como se puede apreciar 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. Así lo ha establecido claramente la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos cuando expresa que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”¹⁴⁵.

También, en su Preámbulo, el Protocolo de San Salvador 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

¹⁴⁴ “(...) 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”. (GONZÁLEZ MORENO, Op.cit., pp. 137-138).

¹⁴⁵ 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, del 12 de Julio de 1993. Consulta: 14 de Agosto de 2013. [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp). Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

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 otro”.

En estas declaraciones e instrumentos internacionales, el valor unitario e integrador, erigido en fundamento del conjunto de los derechos humanos es la dignidad de la persona humana. Por ello, en otra ocasión hemos señalado que “Todos los derechos de la persona no son sino expectativas legítimas amparadas por el orden jurídico para que esta se realice como tal, para que su dignidad sea respetada y protegida. Por ello, la dignidad humana es el fundamento último y, a la vez, el primero, de todos los derechos. En ella encuentran estos su sentido más profundo y su raíz más sólida. Cada derecho no cubre sino un aspecto determinado de la persona, que puede ser más o menos importante según el contexto histórico o social en que esta se desenvuelva. Pero sólo en el concurso de todos ellos, y los que puedan establecerse en el futuro, reside la clave de la realización de la persona humana”¹⁴⁶.

Asumiendo esta perspectiva, los derechos laborales fundamentales encuentran un sustento firme y directo en la dignidad humana, la cual funda las normas protectoras del trabajador, justifica las prestaciones y obligaciones que el Estado impone al empleador para compensar la desigualdad real entre este y el trabajador y garantiza las libertades de organización, negociación, acción y autotutela que se reconocen a los trabajadores para obtener un trato digno, mejorar sus condiciones de trabajo y tutelar sus derechos.

Lima, Agosto 2013

¹⁴⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Op.cit pp. 216-217.