

Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral

Flexisecurity, right to work and labor stability

CARLOS BLANCAS*

Resumen: El artículo aborda una de las más recientes y novedosas propuestas de flexibilización relacionada, básicamente, con la extinción de la relación laboral, propuesta que es conocida como «flexiseguridad» o «flexiguridad». Para ello, el autor comenta el modelo de Dinamarca —país en el que se origina la «flexiseguridad»— destacando la configuración de un «triángulo dorado», integrado por: i) la flexibilidad en la relación de trabajo, destinado a facilitar el despido; ii) un sistema generoso de prestaciones por desempleo, financiado fundamentalmente por el Estado; y iii) una nueva política de «activación» del mercado de trabajo que busca mantener a grandes sectores de la población permanentemente capacitados para afrontar nuevos retos laborales. El autor recalca la diferencia entre nuestro país y Dinamarca, pues se trata de un Estado de Bienestar, con un elevado nivel de protección social financiado gracias a una presión fiscal y tasas impositivas altas. Finalmente, el artículo señala que para el estudio de la «flexiseguridad» no se debe omitir el marco normativo derivado de los derechos fundamentales del trabajador establecidos en la Constitución y los tratados internacionales que implica: el derecho al trabajo, la dignidad y ciudadanía del trabajador y la Libertad Sindical y los Derechos Colectivos.

Palabras clave: flexiseguridad – flexiguridad – despido – derecho al trabajo – estabilidad laboral – protección social

Summary: This article deals with one of the most recent and innovative proposals of related flexibilization, basically, to the extinction of labor relation and that are known as «flexisecurity» or «flexicurity». For this, the author comments the model of Denmark – country in which it's originated «flexisecurity» – emphasizing the configuration of a «golden triangle», composed of: i) flexibility in the labor relation, aimed at facilitating the dismissal ii) a generous system of unemployment benefits, funded primarily by the State and iii) a new policy of «activation» of the labor market, which seeks to keep large sectors of the population permanently trained to meet new labor challenges. The author emphasizes the difference between our country and Denmark, since it is a Welfare State with a high level of social protection funded by a fiscal pressure and high tax rates. Finally, the article notes that for the study of «flexisecurity» it shouldn't ignore the legal framework derived from workers' fundamental rights established in the Constitution and international treaties which imply: right to work, dignity and citizenship of the worker and Trade Union Freedom and Collective Rights.

* Carlos Blancas Bustamante es abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desempeñó el cargo de ministro de Trabajo y Promoción Social, fue también ministro de Justicia y diputado por Lima. Actualmente se desempeña como profesor de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Keywords: flexisecurity – flexicurity – Dismissal – Right to work – Labor stability – social protection

CONTENIDO: I. LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL.– II. LA FLEXISEGURIDAD: EL MODELO DANÉS.– II.1. LA FLEXIBILIDAD EN LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.– II.2. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO. LA POLÍTICA DE ACTIVACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO.– III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA FLEXISEGURIDAD.– III.1. FLEXIBILIDAD EXTERNA Y PROTECCIÓN SOCIAL.– III.2. SERVIR A DOS SEÑORES: FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD.– III.3. PROTEGER EL EMPLEO, NO EL PUESTO DE TRABAJO.– III.4. LA ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR.– IV. LA FLEXISEGURIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.– IV.1. EL DERECHO AL TRABAJO, A LA ESTABILIDAD LABORAL Y A LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.– IV.1.1. EL DERECHO AL TRABAJO.– IV.1.2. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.– IV.1.3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.– IV.2. DIGNIDAD Y CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR.– IV.3. LA LIBERTAD SINDICAL Y LOS DERECHOS COLECTIVOS.– V ¿ES VIABLE LA «FLEXISEGURIDAD» EN LA REALIDAD PERUANA?

Desde hace por lo menos tres décadas, una agresiva corriente flexibilizadora amenaza e incluso viene erosionando las instituciones fundamentales que conforman el Derecho del Trabajo. Teniendo como premisa —axioma— que tales instituciones han creado un rígido marco regulador para las relaciones laborales, al cual se culpa, casi exclusivamente, por la falta de empleo y la informalidad laboral, dicha corriente tiene el propósito de reducir los niveles de protección que la legislación laboral otorga al trabajador, con el objetivo de aligerar las obligaciones sociales de los empleadores y, de este modo, incentivarlos para contratar nuevos trabajadores¹.

Se trata de un objetivo ciertamente amplio que, por ello, puede abarcar prácticamente la totalidad de las instituciones del Derecho Laboral y no solo determinados aspectos específicos de este. En el presente artículo, se abordará una de las más recientes y novedosas propuestas de flexibilización que se refiere, básicamente, a la extinción de la relación laboral; materia en la que se considera que muchas legislaciones laborales, entre ellas la nuestra, se caracterizan por su rigidez, al otorgar un alto grado de protección al trabajador frente al despido, restringiendo significativamente la facultad del empleador de poner fin al contrato de

¹ Ermida la define en estos términos: «La propuesta flexibilizadora consiste en aflojar, eliminar o adaptar, según los casos, la protección laboral clásica, para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional» (ERMIDA URIARTE, Óscar. «La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas». *Ius et Veritas* (Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), III, 4 (1992), p. 13.)

trabajo. Esta propuesta, originada en la experiencia de Dinamarca, es conocida como «flexiseguridad» o «flexiguridad» y quienes la propugnan la ofrecen como alternativa a la «estabilidad laboral», institución esta en la cual, a menudo, se simboliza la supuesta rigidez del Derecho del Trabajo.

385

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORALFLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

I. LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Existen diferentes clasificaciones del fenómeno de la flexibilización establecidas en función de distintos criterios, uno de los cuales se refiere al instituto sobre el cual esta recae. Según este criterio se puede diferenciar entre la «flexibilidad interna» y la «flexibilidad externa». La primera, según Ermida, se refiere a aspectos tales como el horario, la jornada, las condiciones de trabajo y la movilidad dentro del centro de trabajo, mientras que la segunda «[...] supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo»².

En suma, la flexibilidad «externa» incide sustancialmente sobre la contratación laboral y la extinción de la relación laboral. En el primer caso, debilitando el principio de la contratación de duración indefinida, según el cual este constituye la regla y la contratación temporal la excepción, para estimular esta última forma de contratación a través de la creación de una serie de nuevas modalidades de contratos de duración determinada. Contratos en los que, muchas veces, la temporalidad de estos contradice la naturaleza permanente de la labor del trabajador. En el segundo caso, se persigue reducir o, incluso, derribar las barreras que limitan la facultad del empleador de despedir al trabajador para permitirle una mejor gestión del personal para fortalecer su competitividad en un mercado dinámico y exigente. En este sentido, la eliminación de la «estabilidad laboral», en sus diferentes versiones, suele ser un objetivo claramente definido en todas las propuestas flexibilizadoras.

II. LA FLEXISEGURIDAD: EL MODELO DANÉS

Desde hace algún tiempo quienes consideran a la estabilidad laboral y a otras formas de protección legal contra el despido, basadas en indemnizaciones o, incluso, la reposición del trabajador, como la principal expresión de la rigidez de un ordenamiento laboral, sostienen que la alternativa para flexibilizar la extinción de la relación laboral reside en el modelo danés de «flexiseguridad».

Este modelo desarrollado en Dinamarca debe su denominación al sociólogo holandés Hans Adriaansens, para quien representa, «[...]»

² *Ibidem*, p.14.

el conjunto de políticas capaces de conciliar las medidas de flexibilidad [...] con acciones de seguridad, cuyos beneficiarios habrían de ser precisamente los trabajadores afectados por aquellas primeras»³. Otro sociólogo holandés, Ton Wilthagen, define la flexiseguridad como la

Estrategia política que persigue, de manera sincronizada y deliberada, fortalecer, de un lado, la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales y, de otro, la seguridad, tanto en el ámbito del empleo como en el de la protección social, a favor de los trabajadores, señaladamente de los trabajadores pertenecientes a grupos vulnerables dentro y fuera del mercado⁴.

Los estudiosos del modelo danés coinciden en señalar que este se configura como un «triángulo dorado», integrado por i) la flexibilidad en la relación de trabajo, ii) un sistema generoso de prestaciones por desempleo, y iii) una nueva política de «activación» del mercado de trabajo⁵. Examinemos cada uno de los lados del triángulo danés.

II.1. La flexibilidad en la extinción de la relación laboral

En Dinamarca⁶, el despido del trabajador es válido si está motivado por las necesidades de la empresa, como la falta de trabajo, o por el comportamiento del trabajador (falta de competencia, ausentismo, comisión de delitos). Sin embargo, está prohibido el despido discriminatorio, basado en razones de género, religión, embarazo, etcétera.

Existe la obligación de dar un plazo de preaviso que para los trabajadores no-manuales es de un mes como mínimo, este plazo aumenta con la antigüedad en el empleo hasta llegar al máximo de seis meses después de nueve años de empleo. En el caso de los trabajadores manuales el preaviso es más corto, pero durante los primeros nueve meses de trabajo pueden ser despedidos sin previo aviso.

Solamente los trabajadores no-manuales que han laborado para el empleador más de doce años tienen derecho a una indemnización en caso de despido injustificado, la cual tiene un tope máximo de doce meses de remuneración.

3 VALDÉS DAL-RE, Fernando & LAHERA FORTEZA, Jesús. «La flexiseguridad laboral en España». Documento de trabajo 157/2010, Fundación Alternativas, 2010, p. 15. <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-flexiseguridad-laboral-en-espana>. Agregan estos autores: que el sociólogo holandés «vincula el concepto y la práctica de la flexiseguridad con fórmulas de tránsito de un sistema de seguridad en el puesto de trabajo a otro de seguridad en el empleo, facilitado este por un mejorado sistema de protección social» (l. c.).

4 L. c.

5 MADSEN, Kongshof. «La flexiseguridad mediante las políticas e instituciones del mercado de trabajo en Dinamarca». En AUER, Peter & Sandrine CAZES (comps.). *La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad. Testimonios de varios países industrializados*. Madrid: Colección Informes OIT N° 66, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2003, pp. 107-169, p. 109.

6 Seguimos en este punto el trabajo de Madsen (ver *ibidem*).

Como consecuencia de este esquema flexible, Jorgensen sostiene que la estabilidad en el puesto de trabajo en Dinamarca es una de las más bajas en Europa, casi tan baja como en el Reino Unido y Estados Unidos⁷.

Sin embargo, la flexibilidad del despido en Dinamarca no es un hecho nuevo, producto de políticas recientes formuladas para enfrentar crisis o promover el crecimiento, sino que forma parte de una antigua tradición en las relaciones laborales que se remonta al «Compromiso de Septiembre» de 1899, considerado el primer convenio colectivo general del mundo, por el cual los empleadores aceptaron a los sindicatos como contraparte para los acuerdos que regularan las relaciones laborales, mientras que estos reconocieron a aquellos amplias facultades para contratar y despedir a los trabajadores⁸. De ello se puede deducir que en lo que respecta a la flexibilidad «interna», esta solo es posible mediante el acuerdo de partes.

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORAL

FLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

II.2. Las prestaciones por desempleo

Respecto a este lado del «triángulo dorado», todos los estudiosos del fenómeno danés señalan que el sistema de prestaciones por desempleo es sumamente «generoso»⁹. Así, las prestaciones (subsídios) por desempleo pueden cubrir un período de hasta cuatro años posteriores al despido, con un monto de 90% del último ingreso del trabajo, con un tope de 145 000 coronas danesas por año, suma equivalente a 19 500 euros o a 25 812 dólares americanos, lo que significa un ingreso mensual de 2.151 dólares, aproximadamente. Inicialmente el período de cobertura llegaba hasta los siete años, pero en el año 2000, fue reducido a 4 debido al elevado costo que representaba.

Un aspecto relevante de este sistema, es que su financiamiento recae fundamentalmente sobre el Estado, a través de los ingresos obtenidos de los impuestos. Según Madsen, «en Dinamarca, los costes directos de la protección del empleado los asume en gran medida el Estado y, por consiguiente, los contribuyentes y no las empresas individuales»¹⁰.

7 Ver JORGENSEN, Henning. «El modelo danés de "flexiguridad" y las lecciones pertinentes para América Latina». En WELLER, Jurgen (ed.). *El nuevo escenario laboral latinoamericano, regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores/ Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2009, pp. 65-94, p. 74.

8 Ver *ibidem*, p. 70. Puntualiza Jorgensen que «Desde entonces, se ha permitido que los interlocutores sociales regulen los salarios, las condiciones laborales, el horario de trabajo, las posibilidades de obtener más capacitación y educación y muchos otros asuntos por medio de convenios colectivos» (l. c.).

9 «En Dinamarca, la escasa protección de un puesto de trabajo específico se combina con una fuerte protección del ingreso y el empleo. El país tiene tasas elevadas de impuestos, un amplio sector público, generosas prestaciones sociales y una sólida coordinación de políticas de tradición corporativista; sin duda no concuerda con la ortodoxia económica dominante a nivel internacional» (*ibidem*, p. 66).

10 MADSEN, Kongshof. Ob. cit., p. 108. Según indica el autor, la gran mayoría de trabajadores están afiliados a un fondo de seguro contra el desempleo al cual cotizan, no obstante lo cual dicho fondo «está financiado principalmente por subsidios del Estado y (en menor medida) por las cotizaciones de los trabajadores. Dichas cotizaciones no están relacionadas con el gasto real en las prestaciones por desempleo y el Estado, por consiguiente, cubre los costes totales de las prestaciones por desempleo al margen» (l. c.).

Ello es posible porque Dinamarca, como otros países nórdicos, tiene un alto nivel de ingresos provenientes de los elevados impuestos que pagan los ciudadanos. En este país la presión fiscal es del orden del 48,9% y la tasa máxima del impuesto a la renta es de 51,5%. Como uno de los exponentes del Estado del Bienestar, Dinamarca realiza la distribución del ingreso mediante la política tributaria, la cual le permite dedicar ingentes recursos a los servicios públicos y a la protección social.

II.3. La política de activación del mercado de trabajo

Este tercer lado del «triángulo dorado» implica que el Estado se involucre, de forma decisiva, en la activación del mercado de trabajo, superando las políticas pasivas radicadas en el pago de los subsidios o prestaciones económicas por desempleo, para proyectarse hacia políticas activas centradas en la capacitación y mejoramiento de las aptitudes del trabajador a fin de mantener su «empleabilidad», favoreciendo así su reinserción en otro puesto de trabajo¹¹.

La «empleabilidad» se convierte, de este modo, en un concepto clave de la estrategia de la flexiseguridad, pues mediante esta se logra que el trabajador cuente siempre con la formación profesional y las aptitudes laborales apropiadas para desempeñar nuevas funciones en un mercado de trabajo en constante cambio. Incluso, se ha llegado a plantear una estrategia de «aprendizaje de por vida» como factor principal para mantener la «empleabilidad» de las personas¹².

Realizar esta política supone para el Estado danés una importante inversión. Incluyendo las políticas pasivas, Dinamarca destina a las políticas del mercado de trabajo un monto equivalente al 4,5% de su PBI, del cual 2% corresponde al gasto en políticas activas¹³.

III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA FLEXISEGURIDAD

Tomando como parámetro el modelo danés, la flexiseguridad presenta ciertas características básicas que analizaremos a continuación.

11 Señala Jorgensen que «Activación» es el concepto europeo que hace referencia a las nuevas formas de ayuda estatal para asistir a las personas desempleadas, entre ellas, medidas como la capacitación laboral y la mejora de las aptitudes, pero también para motivar a los trabajadores a regresar pronto al mercado de trabajo abierto» (ob. cit., p. 77).

12 Aquí el objetivo es más amplio: mantener a grandes sectores de la población económicamente activa permanentemente capacitados para afrontar constantemente nuevos retos laborales, aun cuando no se encuentren en situación de desempleo. Por ello, se ha llegado a señalar que este nuevo elemento lleva a visualizar el sistema danés de flexiseguridad como un «cuadrángulo de oro» y ya no como un triángulo (ver *ibidem*, p. 81).

13 Ver *ibidem*, pp. 75-76. En su estudio, Jorgensen indica que esta inversión alcanza al 0,5% del PBI en Estados Unidos, al menos al 1% en el Reino Unido, algo más del 1% en Canadá, al 1,4% en Italia, al 2% en Austria, al 2,7% en Francia y al 3,4% en Alemania.

III.1. Flexibilidad externa y protección social

La flexiseguridad es una estrategia referida a la denominada «flexibilidad externa» de las relaciones laborales, singularmente en lo relativo al despido. Conforme a esta estrategia, se devalúa significativamente la protección «legal» contra el despido, llegando casi a la desregulación, al suprimir o reducir a su mínima expresión las figuras tradicionales a través de las cuales se otorgó esa clase de protección (principio de causalidad, medidas reparadoras —indemnización o reposición— y procedimentalización del despido).

A cambio de esta desprotección legal, se dispensa al trabajador una amplia protección social, a través de medidas de protección del ingreso (políticas pasivas) mediante el pago de subsidios o prestaciones de desempleo durante períodos más o menos extensos y, asimismo, a través de «políticas activas» que inciden principalmente en la capacitación del trabajador a fin de garantizar su «empleabilidad» y su pronta reinserción en el mercado laboral. De este modo, la protección del trabajador frente al despido deja, en cierta manera, de ser una cuestión central del Derecho del Trabajo, para caer bajo el ámbito del Derecho de la Seguridad Social y de las políticas sociales del Estado.

III.2. Servir a dos señores: flexibilidad y seguridad

La flexiseguridad —de allí su denominación— pretende conciliar dos términos que hasta entonces parecían imposibles de compatibilizar entre sí, como lo son el círculo y el cuadrado: la flexibilidad, anhelada por los empleadores, y la seguridad, exigida por los trabajadores. De allí, que se señale, con precisión, que se trata de «[...] un término preñado de ambigüedades»¹⁴. No obstante, también se afirma que puede entenderse como «[...] un nuevo paradigma del marco regulador del mercado de trabajo: de un modelo que altera, enjuiciando este modelo desde la óptica del modelo clásico de protección, los elementos estructuradores de los sistemas de seguridad»¹⁵.

Para armonizar ambos conceptos, se «flexibiliza» el despido, eliminando o reduciendo las barreras legales con que se protegía al trabajador, pero se expande la protección de sus ingresos y las oportunidades de encontrar rápidamente un nuevo trabajo mediante las políticas pasivas (subsidios o prestaciones) y activas (capacitación, servicios de colocación) a cargo de la seguridad social y del propio Estado.

14 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando & LAHERA FORTEZA, Jesús. Ob. cit., p. 13.

15 *Ibidem*, p. 14.

III.3. Proteger el empleo, no el puesto de trabajo

Uno de los cambios más relevantes que conlleva la flexiseguridad consiste en desplazar la protección desde el puesto de trabajo al empleo. Ya no se protege, específicamente, el puesto del trabajador sino, en forma general, el empleo en la sociedad. Por ello, los titulares o beneficiarios de esta nueva forma de protección, ya no son los trabajadores individualmente considerados, sino el conjunto o totalidad de los trabajadores «[...] como categoría general e indeterminada que afecta al conjunto de oportunidades generadas por el mercado»¹⁶. En otras palabras, la protección que puede exigir el trabajador no es la de su puesto de trabajo —del que puede ser separado con relativa facilidad—, sino la del nivel de empleo de la sociedad, el cual le garantiza —habida cuenta de las oportunidades de capacitación que se le brindarán— su reubicación en el mercado laboral. Se trata, en suma, —al menos en su formulación teórica— de un esquema de estabilidad en el empleo sin estabilidad en el puesto de trabajo.

De este modo, también, el énfasis del mecanismo protector deja de radicar en la relación laboral para desplazarse hacia el mercado. Visto así, el despido dejará de ser una patología de la relación laboral, una hipótesis de conflicto inserta en esta, para convertirse en una contingencia del sistema de seguridad social.

III.4. La eliminación de la responsabilidad del empleador

Acaso uno de los aspectos más relevantes de la flexiseguridad consiste en reducir hasta casi eliminar la responsabilidad del empleador por el despido del trabajador. A esta situación se llega por la vía de funcionalizar el despido, atribuyéndolo a la necesidad o conveniencia del empleador y restando, consiguientemente, importancia al elemento «voluntad» como factor determinante de la ruptura de la relación laboral. De este modo, el despido deja de ser, básicamente, un acto de voluntad del empleador, susceptible de ser juzgado en función a su razonabilidad y justificación, para ser concebido como una decisión basada, exclusivamente, en criterios de necesidad o conveniencia, determinados por el objetivo de la eficiencia y competitividad de la empresa. Desde tal perspectiva, que reduce el despido a un hecho económico y de gestión empresarial, este no puede ser ya calificado como «arbitrario», «abusivo» o «injustificado», pues tales expresiones implican formular un juicio de valor respecto de la decisión extintiva del empleador, no obstante que esta debe apreciarse exclusivamente como una manifestación de su facultad de gestión de la empresa, dictada por factores de eficiencia, productividad y competitividad, cuya pertinencia solo puede ser evaluada por el propio empleador.

16 L. c.

391

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORALFLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

El empleador, por consiguiente, no incurre en responsabilidad alguna por el despido, salvo, claro está, que este vulnere derechos fundamentales o libertades del trabajador, lo que ningún ordenamiento democrático puede tolerar. Pero, con excepción de estos casos, el despido deja de pertenecer al ámbito de los derechos inherentes a la relación laboral, para constituir una mera expresión de la facultad del empleador de hacer uso, o no, de los recursos necesarios para la producción.

Al no existir «responsabilidad» tampoco existe «reparación». El empleador no tiene obligación de reparar las consecuencias perjudiciales del despido mediante indemnizaciones, la eventual reposición del trabajador o cualquier otra prestación a su cargo. El despido se convierte así en una «contingencia», como la enfermedad o el accidente de trabajo, que debe ser cubierta por el sistema de seguridad social. Desde esta perspectiva, toda pretensión de imputar al empleador responsabilidad por la ruptura arbitraria o abusiva del contrato de trabajo, deviene absurda, pues el despido es una función de la gestión empresarial de los recursos productivos, como puede serlo la cancelación de un proveedor, el cierre de una sucursal o el reemplazo de una maquinaria obsoleta por otra de tecnología moderna. Así entendido, el despido es un acto neutro «[...] derivado de exigencias organizativas y objetivas sobre la actividad de la persona que trabaja, o como un acto derivado de la racionalidad y del cálculo económico de la gestión empresarial»¹⁷.

IV. LA FLEXISEGURIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando se plantea, a veces de forma mecanicista, adoptar o imitar entre nosotros el modelo danés de «flexiseguridad» se omite considerar el marco normativo derivado de los derechos fundamentales del trabajador establecidos en la Constitución y los tratados internacionales que conforman el «bloque de constitucionalidad». A nuestro juicio, sugerir la implantación de un modelo determinado, sin evaluar sus implicancias constitucionales y las derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede llevar a decisiones profundamente reñidas con los fundamentos del Estado Social de Derecho proclamado en nuestra carta constitucional.

IV.1. El derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y a la adecuada protección contra el despido arbitrario

La revisión de las normas constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales nos lleva a concluir que en nuestro

¹⁷ BAYLOS, Antonio & Joaquín PÉREZ REY. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.49.

ordenamiento jurídico existen, cuando menos, tres disposiciones de rango constitucional que no pueden ser ignoradas o dejadas de lado a la hora de establecer cualquier regulación en materia de despido. Estas se refieren a: i) el derecho al trabajo, ii) la estabilidad en el empleo, y iii) la adecuada protección contra el despido arbitrario.

IV.1.1. El derecho al trabajo

La Constitución reconoce en el artículo 22 el «derecho al trabajo», el cual se encuentra, igualmente, enumerado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas y en el artículo 7 del «Protocolo de San Salvador»¹⁸.

El reconocimiento de este derecho —que tiene diversas manifestaciones— supone erigir un límite a la facultad de despido del empleador al supeditar la legitimidad de esta decisión a la existencia de una causa justa. El hito inicial de este proceso interpretativo se encuentra en la sentencia número 45 del Tribunal Constitucional (TC) italiano, de fecha 9 de junio de 1965¹⁹, luego asumido también, por el TC español en la sentencia número 22/1981, de fecha 2 de julio de 1981²⁰. Conforme a esta interpretación, la doctrina española señala que en su vertiente individual el derecho al trabajo se concreta «en el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es, la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido»²¹.

En suma, en su aspecto individual, el derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nítum* o incausado, entendiendo por tal aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada

18 Denominado formalmente «Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».

19 Esta sentencia estableció que el artículo 2,118 del Código Civil, que permitía el despido *ad nítum*, con la simple exigencia formal de un preaviso, debía interpretarse conforme a los principios de la Constitución, especialmente los artículos 4 (derecho al trabajo) y 41 (ejercicio de la libertad económica conforme a la utilidad social de esta), en el sentido de la conservación del puesto de trabajo (ver SAGARDOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980, p. 86).

20 En esa sentencia el TC precisa que «el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que implica algo más: conlleva el derecho a un puesto de trabajo y, en este sentido, adoptaría una doble faceta. Por un lado —faceta individual concretada en el artículo 35.1 CE—, implicaría el derecho de todas las personas que acrediten la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa. Por otro —faceta colectiva que emana del artículo 40.1—, supondría un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo». Más adelante, en otra importante Sentencia, del 27 de enero de 1994, el TC español señaló que: «la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva».

21 SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, pp. 133-134.

suficiente para extinguir la relación laboral. En este sentido, en la doctrina latinoamericana, De Buen afirma que el derecho al trabajo «se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo»²².

Tal concepción amplia del «derecho al trabajo» ha sido, igualmente, recogida por la jurisprudencia de nuestro TC, en su sentencia del 11/07/2002²³ en la que expresa:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; [...] El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

IV.1.2. La estabilidad laboral en el Protocolo de San Salvador

Como antes lo señalamos, el «derecho al trabajo» también está consagrado en el «Protocolo de San Salvador», el cual, desarrolla *in extenso* todos sus alcances en el artículo 7. Uno de estos es la «estabilidad laboral», conforme lo expresa en el literal d) de dicho precepto:

La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y *con las causas de justa separación*. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; [...]

Como se puede apreciar, la «estabilidad en el empleo» a que se refiere el Protocolo se traduce en la exigencia de una «causa de justa separación» como requisito para la validez del despido, de lo que se deduce, sin mayor dificultad, que este instrumento descarta el despido sin causa, o *ad nítum*, por ser contrario al derecho al trabajo. Asimismo, enumera como medidas reparadoras específicas del despido injustificado la indemnización (tutela resarcitoria) o la readmisión (tutela restitutoria), dejando a cada legislación nacional elegir la fórmula que considere

22 DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. t.I, México D.F.: Editorial Porrúa, 1981, p. 80.

23 Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, F.J. 12, en el proceso seguido entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra esta empresa con relación al despido de más de 500 trabajadores.

más apropiada, y sin excluir otras prestaciones establecidas por dicha normativa.

Al haber sido ratificado por el Estado peruano y en aplicación de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, realizada por el TC²⁴, conforme a la cual los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional, el Protocolo constituye fuente obligatoria para la interpretación del derecho al trabajo. En tal virtud, el derecho peruano, por la vía del Protocolo de San Salvador, incorpora el concepto de «estabilidad en el empleo», entendido, a su vez, como la exigencia de una causa justa para la validez del despido, o «principio de causalidad» del despido.

IV.1.3. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario

Además de reconocer el «derecho al trabajo», nuestra Constitución tiene una norma específica sobre el despido, contenida en el artículo 27, según el cual «La ley otorga al trabajador *adecuada protección contra el despido arbitrario*». Si bien este precepto es menos definido y protector que su antecedente, el artículo 48 de la Constitución de 1979 que expresamente reconocía la estabilidad en el trabajo, es innegable que su interpretación no puede realizarse en forma aislada y divorciada del artículo 22 que enuncia el derecho al trabajo, el cual, como lo hemos indicado, proyecta sus efectos sobre la extinción de la relación laboral.

Y, ello, porque, en primer término, debe advertirse que la consagración por nuestra Constitución del «derecho al trabajo», acarrea consecuencias sobre la normativa del despido, en cuanto, conforme antes se ha señalado, este derecho posee una doble vertiente, que incluye, además de su tradicional concepción como una aspiración legítima a tener o acceder a un empleo, otra, no menos importante, como es la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene, protegiéndolo contra extinciones carentes de razonabilidad, y, por tanto, abusivas o arbitrarias. Porque, en definitiva, tanto se opone al «derecho al trabajo» el desempleo original, de quien llega a la edad de trabajar y carece de empleo, cuanto el desempleo sobreviniente de quien pierde el puesto de trabajo que ocupa, más aun cuando esta pérdida obedezca a motivos irrazonables y arbitrarios.

Y, en segundo término, porque conforme al Protocolo de San Salvador, artículo 7 inciso d), el «derecho al trabajo» garantiza «la estabilidad de los trabajadores en sus empleos» los cuales solo pueden ser válidamente despedidos de acuerdo con las «causas de justa separación», teniendo derecho, en caso contrario, «a una indemnización o a la readmisión en

²⁴ Ver las sentencias del TC recaídas en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional».

Siguiendo estos lineamientos, se puede concluir que la interdicción del despido «arbitrario» contenida en el artículo 27, supone, cuando menos, que es arbitrario aquel despido que no está fundado en una causa justa. Ello significa, en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia.

La jurisprudencia constitucional ha asumido esta posición al realizar la interpretación del artículo 27 constitucional en forma conjunta con el artículo 22 que reconoce el derecho al trabajo. Dicha operación hermenéutica resulta indispensable a la vista de la innegable vinculación y potencial colisión entre ambas disposiciones. Por esta razón, interpretando conjuntamente ambas normas, el TC concluye que si bien el artículo 27 no determina la forma de protección específica del trabajador frente al despido arbitrario, concediendo, por tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero «[...]no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador»²⁵.

Por el contrario, la interpretación concordada de ambas normas lleva a concluir que cuando el artículo 27 remite al legislador el establecer la «adecuación protección contra el despido arbitrario», «[...] este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional»²⁶.

Tal núcleo duro —del derecho al trabajo— reside, precisamente, en «El segundo aspecto del derecho [...]. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa»²⁷. Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad *ad nutum* del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales.

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORAL

FLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

25 Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, FJ.12.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

IV.2. Dignidad y ciudadanía del trabajador

Otro enfoque, sustentado en el derecho al trabajo pero, también, en otras normas constitucionales, se basa en considerar que el trabajo es para la persona un supuesto importante de su dignidad y de su condición de ciudadano, por lo que su pérdida injustificada lesiona estos derechos.

La Constitución indica, en el artículo 23, que el trabajo «Es base del bienestar social y medio de realización de la persona». Esta declaración entraña la adhesión a valores que la propia carta explicita en el artículo 1: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad con el fin supremo de la sociedad y del Estado».

En efecto, el «derecho al trabajo» es un derecho social, que, como todos los derechos de este grupo, representa el fundamento de la «ciudadanía social», la cual «[...] se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo»²⁸. Pero, igualmente, es sustento de la ciudadanía en general, esto es, en sus dimensiones civil (derechos civiles o de libertad) y política (derechos de participación), en la medida que el trabajo proporciona a la persona un determinado estatus en la comunidad en la que vive, que comprende no solo su seguridad económica sino, también, su desarrollo personal y profesional, su dignidad y autoestima, su participación en la vida de la comunidad y otros aspectos no necesariamente cuantitativos.

Desde esta perspectiva, la pérdida injustificada del empleo que arroja al trabajador a la precariedad y la inestabilidad no puede ser contemplada como un hecho desvinculado de la dignidad y de los demás derechos fundamentales del trabajador ni reducida, exclusivamente, a una cuestión económica referida a la conservación o compensación de sus ingresos. Con razón, Baylos Grau anota que «el despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado —el no-trabajo— en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales»²⁹.

Más aun, el despido carente de fundamento objetivo y razonable puede ser contemplado como «un acto de fuerza, un fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial»³⁰. Puede

28 MONEREO PÉREZ, José Luis. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico Social, 1996, p. 12.

29 BAYLOS, Antonio & Joaquín PÉREZ REY. Ob. cit., p. 49.

30 *Ibidem*, p. 44. Agregan los autores: «La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja

serlo porque, como lo precisa el TC, «el despido arbitrario, por ser precisamente “arbitrario”, es repulsivo al ordenamiento jurídico»³¹. Ello en debido a que el trabajo es un bien jurídico especialmente protegido por la Constitución y las normas internacionales por su estrecha relación con otros bienes o valores como la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y los derechos de ciudadanía. Por ello, la facultad del empleador de despedir tiene carácter extraordinario y su validez está condicionada a exigencias de fondo (causa justa) y de forma (derecho de defensa y procedimentalización del despido), fuera de las cuales se configura como un acto arbitrario, o el ejercicio ilegítimo de la violencia por parte del poder privado.

Así lo reconoce, el TC cuando afirma que:

En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable³².

De acuerdo con estos criterios, la protección del empleo del trabajador y la sujeción del despido a estrictas normas que garantizan el derecho de aquel a no ser privado de su trabajo sin causa justa y mediante procedimientos destinados a asegurar su derecho de defensa, constituyen supuestos indispensables para tutelar el ejercicio de los derechos ciudadanos del trabajador, el mantenimiento de su estatus social y su desarrollo personal y profesional.

IV.3. La libertad sindical y los derechos colectivos

Una tercera perspectiva desde la cual debe evaluarse la posibilidad de introducir la flexiseguridad en nuestro país, tiene que ver con la relación existente entre el despido y el ejercicio de los derechos colectivos. La estabilidad laboral, al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio real de estos derechos. Esta perspectiva ha sido destacada por Sanguinetti quien, aludiendo a la estabilidad laboral, señala que:

Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el

en la que a través del trabajo esta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo» (l. c.).

31 Sentencia del TC recaída en el expediente 976-2001-AA/TC, FJ.17.

32 Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, FJ.7.

ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central dentro del diseño constitucional del marco de nuestras relaciones laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo³³.

Esta perspectiva es tan válida y real que muchas legislaciones que no establecen la estabilidad laboral como régimen general, han adoptado, sin embargo, medidas de protección contra el despido arbitrario de aquellos trabajadores que ejercen, según los sistemas de organización sindical, funciones de representación, configurándose el denominado «fuero sindical» que Ermida³⁴ cataloga como una «estabilidad absoluta transitoria», en cuanto la protección alcanza al dirigente sindical, por lo general, desde su postulación al cargo hasta cierto tiempo posterior a su cese en el mismo³⁵.

La protección de la libertad sindical y los derechos colectivos laborales no debe circunscribirse, empero, tan solo a los trabajadores que desempeñan funciones de dirigencia sindical, sino a la totalidad de los trabajadores en la medida en que aquellas libertades y derechos les son reconocidos sin excepción.

La realidad de muchas naciones, especialmente la de aquellas en que está menos desarrollado el movimiento sindical y es mayor el desempleo y, por consiguiente, el temor ante la desocupación, indica que los trabajadores carentes del derecho a estabilidad laboral son más renuentes a ejercer sus derechos colectivos que aquellos que gozan de dicha protección porque temen la represalia del empleador expresada en el despido del trabajador. En el caso del Perú, esta situación se puede advertir en el ámbito de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo de duración

33 SANGUINETI, Wilfredo. «El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana». En NEVES MUJICA, Javier (dir.). *Constitución y Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, pp. 83-142, p. 89.

34 ERMIDA URIARTE, Óscar. «La estabilidad laboral en América Latina». *Infoma*, I, 1 (1986), pp. 6-7, p. 7.

35 Así, por ejemplo, la ley española que atribuye al empleador la facultad de optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización cuando el despido es declarado improcedente establece que «si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este [...] Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada» (Estatuto de los Trabajadores, artículo 56.4). Los códigos de trabajo de Panamá (artículo 383), Paraguay (artículo 321), Colombia (artículo 405) y Chile establecen la figura del despido-propuesta, conforme a la cual el empleador solo puede despedir a los dirigentes sindicales previa autorización judicial. Estas normas se inspiran, sin duda, en el artículo 1 del Convenio OIT 135, el cual señala que «los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores [...]» («Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa», aprobado por la 56ª Conferencia de la OIT, 2-23 de junio de 1971).

determinada. Pasco³⁶, en un estudio sobre el trabajo eventual en nuestro medio, recoge la siguiente afirmación de Galin:

Los trabajadores eventuales por turnos revelan una alta rotación en el trabajo y cuentan con una desprotección adicional: por lo general no están sindicalizados. De acuerdo a la información proporcionada por las organizaciones de trabajadores, los empresarios utilizan prácticas de discriminación antisindical para evitar la afiliación de los eventuales, amenazando con el despido a quienes se sindicalicen, o, incluso en algunos casos, sancionando todo contacto de los eventuales con dirigentes sindicales.

Pasco agrega que: «[...] probablemente el trabajador eventual que pretenda sindicalizarse habrá de reprimir sus intenciones pues tendrá frente a sí a un empleador presto a sustituirlo por un servidor que demuestre mayor docilidad»³⁷.

No menos concluyente es su opinión acerca de la participación del trabajador eventual en una huelga: «[...] en la práctica, el trabajador eventual que se sumara voluntariamente a una huelga correría el evidente riesgo de ser despedido al término de esta. Derecho de huelga, entonces, solo existe en el papel, no en la vida real»³⁸.

La finalidad que se persigue al impedir al trabajador ejercer sus derechos colectivos no es otra que debilitar la fuerza de negociación y defensa que adquieren los trabajadores en virtud de su unidad y acción conjunta, que al permitirles equiparar el poder del empleador constituye, en última instancia, la mayor garantía de sus derechos individuales. Por consiguiente, todo aquello que de una u otra manera afecte los derechos colectivos laborales, se traduce, en definitiva, en una afectación de los derechos individuales ya sea como merma de la posibilidad de mejorarlos o como indefensión ante su violación o desconocimiento.

La estabilidad laboral, al alejar el peligro de la pérdida del empleo o causa del ejercicio de los derechos colectivos, fortalece la capacidad de organización y el ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores y, mediante ello, contribuye a garantizar el goce y mejoramiento de los derechos y beneficios individuales³⁹.

36 PASCO, Mario. «El trabajo eventual: una perspectiva jurídica». En BURNEO, José & Mario PASCO. *El trabajo eventual: dos perspectivas jurídicas*. Lima: Friedrich Ebert Stiftung/Centro Interamericano de Administración del Trabajo, 1985, pp. 45-90, p. 82.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*, p. 83.

39 Por el contrario, «[...] la inestabilidad laboral es el principal enemigo de la organización sindical de los trabajadores y, por lo mismo, les hace perder la fuerza de su unidad. Con ello los trabajadores se enfrentan, inermes, a las exigencias patronales reproduciéndose las condiciones de explotación que han primado siempre que el sindicalismo es débil o, de plano, no es» (DE BUEN, Néstor. «La flexibilidad en el derecho del trabajo». En *Modernidad y Legislación Laboral*, México D.F.: Casa Abierta al Tiempo/Friedrich Ebert Stiftung, 1990, p. 95).

V. ¿ES VIABLE LA «FLEXISEGURIDAD» EN LA REALIDAD PERUANA?

Este artículo no pretende cuestionar el sistema de flexiseguridad aplicado en Dinamarca, el cual en el contexto jurídico, económico y social de este país puede constituir una fórmula válida para compatibilizar la exigencia de flexibilidad en la extinción de las relaciones laborales, requerida por los empleadores, y la de seguridad en el empleo y los ingresos, planteada por los trabajadores.

Dinamarca, como se ha dicho, es un Estado de Bienestar, con un elevado nivel de protección social financiado gracias a una política tributaria basada en una presión fiscal y tasas impositivas sumamente altas que permiten al Estado disponer de los recursos para realizar una significativa inversión en las políticas del mercado de trabajo. Los habitantes de Dinamarca son, por ello, titulares de derechos sociales que configuran su estatus como ciudadanos plenos, esto es, titulares de ciudadanía civil, política y social. Asimismo, Dinamarca cuenta con una tasa de afiliación sindical altísima, pues casi el 80% de los trabajadores pertenece a un sindicato⁴⁰, condición esta que no se ve afectada por la relativa facilidad existente para el despido por el hecho de primar la estructura sindical de rama o actividad económica. La negociación colectiva, en las materias distintas a la contratación y al despido, es la fuente principal de la regulación de las relaciones laborales, concediendo, por tanto, a los sindicatos un poder relevante frente a los empleadores. Por tanto, la imagen de que la flexiseguridad en Dinamarca confiere a los empleadores un rol predominante en las relaciones laborales en desmedro de la posición de los trabajadores, debe considerarse equivocada en razón del contexto en que se produce, ciertamente muy distinto al de aquellos países con un Estado de Bienestar residual o incipiente, con bajos niveles de protección social y una débil política fiscal.

De otro lado, la Constitución danesa de 1920 no contiene un enunciado de derechos sociales ni, por tanto, laborales, que supongan limitaciones a la actividad del legislador al momento de regular las relaciones de trabajo, o al Gobierno para la formulación de políticas relativas al mercado de trabajo, como, en cambio sí ocurre en muchos otros Estados, entre ellos, el nuestro. Ello no significa dejar de lado nuestras observaciones respecto a las posibles implicancias que un régimen de despido libre o muy flexible —aun cuando este fuera mitigado por un sistema de protección social muy completo y generoso— tiene respecto de derechos humanos y bienes jurídicos, como el derecho al trabajo, la dignidad del trabajador o el ejercicio de la ciudadanía, contemplados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aceptados

40 JORGENSEN, Henning. Ob. cit., p. 70.

por las naciones civilizadas y democráticas como fundamento de la convivencia tanto internacional cuanto interna.

Lo que nos interesa, en cualquier caso, destacar es que el trasplante a nuestro medio de semejante modelo confronta tanto límites jurídico-constitucionales, a los que ya nos hemos referido con amplitud, cuanto limitaciones reales o materiales que no se pueden ignorar.

En efecto, el Perú es un país con bajísimos niveles de protección social. Al año 2010, apenas el 37,7% de la Población Ocupada Urbana (POU) tiene acceso a pensiones de seguridad social, correspondiendo el 55,2% a los asalariados y el 23,8% a los no asalariados⁴¹, lo que significa que casi dos tercios de los trabajadores no tienen acceso a pensiones de jubilación o de invalidez. Los diferentes sistemas de pensiones se financian con los aportes de los trabajadores. En el Sistema Nacional de Pensiones la pensión máxima es de 857,00 soles mensuales, es decir, aproximadamente 325 dólares; la pensión promedio del Sistema Privado de Pensiones asciende a 1 000,00 soles mensuales (380 dólares, aproximadamente).

En atención de salud, solo el 53,8% de la POU tiene acceso a esta forma de protección (63,9% de los asalariados y 50,9% de los no asalariados)⁴², lo que indica que la mitad de los trabajadores carecen de esta. Por otro lado, la presión tributaria en el Perú ronda el 12%, la meta actual es del 15%.

Con estos datos podemos preguntarnos nuevamente ¿es viable un modelo de flexiseguridad en el Perú? Cuando dos tercios de la POU no tienen acceso a pensiones de jubilación o invalidez, ¿es factible crear un seguro de desempleo que garantice al trabajador que pierde su empleo ingresos aproximados a los que estaba percibiendo, como ocurre en Dinamarca?

Lo más probable es que de optar por imitar el modelo danés, careciendo del contexto político, institucional, económico y social sobre el cual este descansa, terminemos —además de las trasgresiones constitucionales que conllevaría, salvo que se reforme la Constitución y el Perú denuncie el PIDESC y el Protocolo de San Salvador— construyendo un modelo que, en el fondo, suponga aproximarnos a un esquema de despido libre, con mínimas pensiones por desempleo y escasa o nula intervención del Estado en la capacitación y reentrenamiento de los desempleados y la activación del mercado de trabajo.

41 *Panorama Laboral 2011*. Lima: OIT/Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2011, p.136.

42 L. c.

Tal modelo no podría ser reconocido como uno de «flexiseguridad», sino como uno distinto, que, con mayor exactitud podría ser denominado como «flexi-inseguridad» o «flexi-precariedad», el cual, en lugar del «triángulo de oro» danés vendría a configurarse como un «triángulo de barro» cuyos tres lados serían: i) despido libre o con mínima protección, ii) prestaciones por desempleo diminutas o exiguas, y iii) prevalencia de las políticas pasivas del mercado de trabajo.

Recibido: 20/12/2011

Aprobado: 9/03/2012