

DERECHO AL TRABAJO, LIBERTAD PROFESIONAL Y DEBER DE TRABAJAR

Las tres cuestiones mencionadas en el título de este estudio están íntimamente conectadas entre sí. Pero dicha conexión no es amorfa, sino que se nuclea en torno al que constituye el tema fundamental: el derecho al trabajo, hasta el punto de que los otros dos temas son analizables en función del primero. En efecto, si el derecho al trabajo impone al Estado la tarea de procurar ocupación a todos sus ciudadanos, la libertad profesional acentúa esa carga de los poderes públicos en el sentido de que la ocupación proporcionada habrá de respetar la libertad de opción del individuo; pero, al propio tiempo, éste no podrá sustraerse al trabajo, que queda así configurado como un derecho-deber.

Sin embargo, la mera enunciación esquemática de esas relaciones hecha en el párrafo anterior nos hace intuir el carácter no armónico, sino, antes bien, conflictivo de las mismas. Hasta tal punto es esto así que frecuentemente, y según veremos más adelante, los elementos de esa tríada se han empleado como armas arrojadas conceptuales los unos contra los otros, haciendo un uso lineal y no dialéctico de su recíproca contradicción. Especialmente, la libertad profesional se ha opuesto al derecho al trabajo y al deber de trabajar considerando que una y otros colocan al sujeto en situaciones jurídicas incompatibles entre sí.

Por otra parte, la importancia que cabe otorgar a estas cuestiones no puede ser ahistórica. Quiero decir que si la libertad profesional fue el gran tema del pasado, en cuanto punta de lanza de la revolución burguesa contra la ordenación gremial del trabajo, y el deber de trabajar pertenece más bien al futuro de una sociedad en que, justamente, el trabajo sea la piedra angular y los trabajadores la clase hegemónica, el derecho al trabajo constituye, sin lugar a dudas, uno de los puntos neurálgicos de nuestro tiempo: un tiempo de crisis social, un tiempo de agotamiento de un determinado

modelo de desarrollo, pero un tiempo, también, en el que el advenimiento de una nueva era aparece cada vez más complicado, lo que nos obliga a exprimir el jugo de los frutos de la transición. Porque la transición, eso sí, está abierta a nivel mundial.

Por estas razones, en el estudio que sigue, la atención se centra fundamentalmente en el derecho al trabajo, si bien he juzgado oportuno no prescindir de algunas consideraciones sumarias sobre la libertad profesional y el deber de trabajar.

1. EL DERECHO AL TRABAJO Y LA PROBLEMATICA DE LOS DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES

Si hay un precepto constitucional que provoca reacciones de escepticismo generalizado, se trata sin duda de este artículo 35, en el que el constituyente español, inasequible al desaliento que podría haber provocado en su ánimo la astronómica cifra de parados de nuestro país, ha proclamado solemnemente que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo», respetando así lo que constituye ya una larga tradición del constitucionalismo occidental. Sin embargo, el jurista que se enfrenta a ese fenomenal divorcio entre realidad social y norma jurídica no puede contentarse con unir su voz al coro de los escépticos, actitud legítima, pero insuficiente en sí misma, so pena de abdicar de su propia función social. Máxime cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, el aludido divorcio ha sido objeto de todo un proceso de racionalización jurídica de honda raigambre y apariencia científica, tendente a justificar lo que a nuestro parecer es injustificable: que una norma jurídica nazca con un consabido y universalmente aceptado «vicio de origen» que la imposibilita para incidir eficazmente sobre la realidad social que teóricamente debe regular.

Ese proceso de racionalización tiene un nombre: la teoría del carácter programático de los derechos económicos y sociales inscritos en las Constituciones, teoría puesta en circulación por los más eminentes cultivadores del pensamiento jurídico occidental, desde Carl Schmitt a Forsthoff, desde Burdeau a Rivero, etc. (1). Por su parte, los juristas de los países del Este

(1) CARL SCHMITT: *Verfassungslehre*, Dunker & Humblot, München-Leipzig, 1928, pág. 128; E. FORSTHOFF: *Begriff und Wesen des sozialen Rechts staates*, Walter de Gruyter, Berlín, 1954, págs. 27 y sigs.; G. BURDEAU: *Les libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1972, 4.ª ed., pág. 372, y J. RIVERO: *Les libertés publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1973, 1.ª ed., pág. 104. En la doctrina italiana, por todos, M. MAZZIOTTI: voz «Diritti sociali», en *Enciclopedia*

européo, no urgidos por la necesidad de sacar fruto concreto a la tarea hermenéutica, y movidos más bien por el deseo de demostrar la superioridad de su sistema jurídico, han aceptado como un dato opaco e inalterable la ineficacia «congénita» de los derechos económicos y sociales consagrados por las Constituciones de los países capitalistas. Tanto Kóvacs, como Kulcsár o Lórinz, entre otros (2), insisten en poner de relieve el carácter necesariamente abstracto e irreal que en el sistema capitalista tienen esos derechos, a diferencia de la formulación concreta que a los mismos se da en las Constituciones de los países del Este, cuyo ejemplo más paradigmático fue la Constitución de la URSS de 1936 y lo que es hoy la de 1977, con su conocida técnica normativa del «doble párrafo»: en el primero se declara el derecho y en el segundo se enuncian los medios puestos en funcionamiento para garantizarlo (3). Por esta razón, resulta una tarea inútil buscar en la doctrina jurídica de esos países alguna línea de inspiración capaz de sacarnos del atolladero a que nos ha conducido la teoría del carácter programático de los derechos económicos y sociales.

Como es sabido, dicha teoría es un ejemplo típico de construcción jurídica antitética y goza por ello de la característica fuerza de persuasión de ese género de construcciones doctrinales. Se nos dice: mientras que los llamados «derechos de libertad» (de asociación, de expresión, de reunión, etcétera) configuran una esfera de acción del individuo protegida jurídicamente frente a la injerencia del Estado o de un tercero, los llamados «dere-

del Diritto, vol. XII, Milán, 1964, págs. 804 y sigs. Y entre nosotros, J. CASTÁN TOBEÑAS: *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1969, pág. 126; más recientemente, y con referencia al derecho al trabajo en concreto, F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del trabajo en la Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, UNED, Madrid, 1978, pág. 209.

(2) I. KÓVACS: *General problems of rights*, en el vol colectivo *Socialist Concept of Human Rights*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966; K. KULCSÁR: *Social factors in the evolution of civic rights*, en ídem., pág. 122; L. LÓRINCZ: *Economic, social and cultural rights*, en ídem., pág. 203, e I. SZABÓ: *Fundamental questions concerning the theory and history of citizens'rights*, en ídem., pág. 56.

(3) El artículo 40 de la Constitución de la URSS de 7-X-1977 dice: «Los ciudadanos de la URSS tienen derecho al trabajo, es decir, a obtener un empleo garantizado, remunerado según su cantidad y calidad en cuantía no inferior al salario mínimo fijado por el Estado, incluyendo el derecho a elegir profesión, género de ocupación y trabajo de acuerdo con su vocación, aptitudes, preparación profesional y grado de instrucción y en consonancia con las demandas de la sociedad.

Aseguran este derecho el sistema económico socialista, el crecimiento constante de las fuerzas productivas, la capacitación profesional gratuita, la elevación de la cualificación laboral y la enseñanza de nuevas especialidades, así como el desarrollo de los sistemas de orientación profesional y colocación.» (Editorial Progreso, Moscú, 1977).

chos económicos y sociales» (4) (al trabajo, a la vivienda, a la salud, etc.) postulan una serie de legítimas expectativas de los ciudadanos que el Estado deberá tender a satisfacer con los medios a su alcance. Por ello, mientras que la tutela de los primeros puede ser recabada directa e individualmente por los ciudadanos ante los tribunales de justicia, los segundos no darán lugar a acción procesal alguna en tanto no hayan sido desarrollados por normas jurídicas ordinarias que delimiten con exactitud cuál es la obligación del Estado y cuál el derecho del ciudadano.

Esta clásica contrucción ha sido recientemente puesta en entredicho por Pérez Luño (5), quien afirma que «un análisis de la estructura de los derechos sociales permite revelar que no se dan diferencias sustanciales respecto de las libertades», análisis que el citado autor realiza en los siguientes planos:

a) El de la fundamentación. Para la tesis clásica, las libertades se fundamentan en la naturaleza humana, son por ello «derechos naturales» universales y eternos, mientras que los derechos económicos y sociales constituyen «una categoría contingente en la que, en la mayor parte de las ocasiones, se proclaman necesidades artificiales o transitorias». Pero «es evidente —señala Pérez Luño— que en el plano de la fundamentación no puede considerarse menos *natural* el derecho a la salud, a la cultura y al trabajo... que el derecho a la libertad de opinión o el derecho al sufragio».

b) El de su formulación y tutela. Para la tesis clásica, las libertades se formulan positivamente y gozan de una inmediata tutela jurisdiccional, mientras que los derechos económicos y sociales se formulan programáticamente y no gozarán de tutela hasta tanto no sean concretados por la legislación ordinaria. Pérez Luño aduce ejemplos de derecho comparado que demuestran lo contrario. Pero, añadimos nosotros, en este punto la tesis clásica encierra una petición de principio tan obvia —se da por demostrado justamente lo que se trata de demostrar— que no merece la pena detenerse en él.

c) Más interés ofrece el plano de la titularidad, tanto en el aspecto activo como en el pasivo. Respecto al primero, se dice que, a diferencia de las libertades cuya titularidad individual no se discute, los derechos económicos y sociales tienen como destinatarios, beneficiarios o titulares a los grupos sociales. Aquí se produce un verdadero *quid pro quo*: del hecho

(4) BURDEAU (*op cit.*, pág. 367) ha puesto de relieve el carácter equívoco de la expresión «derecho social», por cuanto «todo derecho, al implicar una relación, es, por esencia, social».

(5) A. E. PÉREZ LUÑO: *Los derechos humanos*, en prensa por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

histórico de que el reconocimiento constitucional de los derechos económicos y sociales haya sido determinado en gran parte por la lucha social y política de la clase ascendente y que sea ésta su destinataria «natural», se deduce la consecuencia, abusiva a nuestro juicio, de que esos derechos sólo son susceptibles de titularidad colectiva, lo que, en la práctica, se traducirá en una dificultad adicional a la hora de articular su garantía efectiva. En realidad, el titular de los derechos económicos y sociales es siempre el hombre, pero considerado no como un individuo aislado —que nunca lo está—, sino como persona que forma parte de una colectividad (6).

En cuanto al tema de la titularidad pasiva, se ha puesto de relieve cómo los derechos sociales pueden tener como sujeto pasivo un particular y no el Estado: piénsese, precisamente, en el derecho al trabajo. Pero esta circunstancia, que ha dado lugar en la doctrina y jurisprudencia alemanas a la aquilatada teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales), no supone ninguna diferencia esencial entre los derechos económicos y sociales y los derechos de libertad: también éstos tienen en numerosas ocasiones como sujeto pasivo a un particular: piénsese, por ejemplo, en las obligaciones que pesan sobre los medios de comunicación privados, dimanantes del llamado «derecho de réplica».

Con lo dicho hasta aquí, no pretendo sostener que entre los derechos de libertad y los derechos económicos y sociales no exista diferencia alguna. Resulta obvio que, en la medida en que esos derechos económicos y sociales expresan una nueva concepción de las relaciones entre sociedad civil y sociedad política (o, si se prefiere, entre los ciudadanos y el Estado), ello determinará una articulación parcialmente diferente a la de los derechos más clásicos. Ahora bien, ¿en qué consisten esa nueva concepción y esa diferente articulación?

Respecto a la primera, digamos que más que una nueva concepción se trata de una nueva —aunque sería inexacto decir que reciente— realidad sociopolítica. Hoy ya no es para nadie un secreto que el esquema decimonónico de las sociedades burguesas basado en una nítida separación entre la esfera de la economía y la esfera de la política está ampliamente superado, y ello en un doble sentido: primero, porque las relaciones de poder político, léase de dominación de clase, exceden del ámbito de lo puramente estatal para impregnar el conjunto de instituciones de la sociedad civil, constatación que está a la base del giro estratégico más importante dado en lo que va de siglo por las fuerzas que pugnan por alterar esas relaciones de poder (7), y

(6) RIVERO, *op. cit.*, pág. 95.

(7) Me refiero a la teoría gramsciana de que «hay que observar que en la noción general de Estado intervienen elementos que hay que reconducir a la noción de sociedad

segundo, porque el Estado no es ya solamente un «representante» de la clase dominante con la función específica de mantener las condiciones políticas de ese dominio, sino que constituye él mismo un inmenso ente «capitalista colectivo» extractor de una ingente cantidad de plusvalía social y elemento fundamental de la reproducción ampliada del capital (8). En estas condiciones, el que los ciudadanos consideren una estricta obligación del Estado proporcionarles un puesto de trabajo, por ejemplo, es todo menos una incoherencia. Incoherente sería, por el contrario, el que las clases subalternas plantearan su dialéctica con el Estado en términos de *laissez faire, laissez passer*.

Respecto a la diferente articulación jurídica de los derechos económicos y sociales en relación a los derechos de libertad, ya hemos visto antes, siguiendo a Pérez Luño, la crítica que cabe hacer a los criterios tradicionales que pretenden establecer una contraposición irreductible entre uno y otro tipo de derechos, como consecuencia de la cual los segundos serían una especie de parientes pobres colados de rondón en los textos constitucionales. Por el contrario, cabe afirmar que, hoy por hoy, la defensa de las libertades y la exigencia de los derechos económicos y sociales son dos variables inseparables de una misma tarea emancipadora, y que esa tarea se plantea *simultáneamente* «contra» el Estado y «a través» del Estado. De ahí que no quepa postular en unos casos la abstención del Estado y en otros su intervención, sino que una y otra serán igualmente deseables en ambos campos. Hoy por hoy, las libertades clásicas pueden exigir una actuación positiva del Estado y no una mera abstención; piénsese en la libertad de expresión, que exige privilegios fiscales a la prensa o concesión de espacios gratuitos a los grupos políticos en los medios de comunicación social, y los ejemplos podrían repetirse respecto a todas las demás libertades: la de reunión, que puede exigir la puesta a disposición de locales; la de manifestación, que reclamará, por ejemplo, una adecuada ordenación del tráfico; la de asociación, que recabará el otorgamiento de personalidad jurídica, etc. Por otra parte, los derechos sociales y económicos no solamente requieren una activi-

civil (en el sentido, pudiera decirse, de que Estado = sociedad política + sociedad civil, o sea, hegemonía acorazada con coacción). En una doctrina que conciba al Estado como tendencialmente susceptible de agotamiento y de resolución en la sociedad regulada, el tema es fundamental. El elemento Estado-coacción puede concebirse en un proceso de agotamiento a medida que se afirman elementos cada vez más importantes de sociedad regulada (o Estado ético, o sociedad civil»: A. GRAMSCI: *Antología*, preparada por M. Sacristán, Siglo XXI, Madrid, 1974, 2.^a ed., pág. 291.

(8) F. GALGANO: *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Bolonia, 1974, pág. 17.

dad positiva del Estado, sino también una abstención de conductas contrarias a esos derechos: instalación de industrias que degradan el medio ambiente, establecimiento de tasas académicas que frustren el derecho a la enseñanza, concesión a particulares de bienes de uso público, etc. En resumen: lo que ha supuesto el reconocimiento constitucional de los derechos económicos y sociales no ha sido la bifurcación de la actividad del Estado en dos brazos irreductibles entre sí y correspondientes, respectivamente, a los antiguos y a los nuevos derechos, sino el redimensionamiento de las relaciones sociedad-Estado que son ahora mucho más complejas.

Esa mayor complejidad tiene naturalmente su reflejo a nivel de lo que venimos llamando articulación jurídica de los derechos constitucionales. En efecto, el esquema clásico era muy claro, pero, como veremos en seguida, encerraba una contradicción que ha pasado casi siempre inadvertida. Se decía: la Constitución garantiza las libertades como derechos pre-estatales (naturales) del hombre; el Estado debe abstenerse de conculcar esas libertades; si lo hace, los individuos podrán hacer valer su derecho ante los Tribunales. Cabría, no obstante, preguntarse: ¿es que acaso los tribunales no son también el Estado? ¿Qué puede hacer un ciudadano si ve su libertad —y el supuesto no es académico— coartada por un tribunal? Sin embargo, estas cuestiones no se suelen plantear. Y es que el mito de la división de poderes es una idea-fuerza de tal magnitud que la posibilidad de reclamar ante un tribunal de justicia ha sido considerado como el máximo a lo que el individuo puede aspirar en sus relaciones con el Estado todopoderoso.

Esa ha sido precisamente la razón por la cual, al plantearse por la doctrina la imposibilidad de que los ciudadanos acudan a los tribunales para exigir que el Estado lleve a cabo las prestaciones exigidas por los «llamados» (9) derechos económicos y sociales, a éstos se les ha negado la naturaleza de verdaderos derechos subjetivos y han sido automáticamente reducidos a la categoría de mandatos programáticos muy abstractos cuando no a la de simples declaraciones retóricas. Pero yo estimo que esa reducción es injustificada por dos razones.

La primera, porque no es cierto que los derechos de libertad sean accionables directamente sin que medie ningún tipo de actividad normativa por parte del Estado. Por el contrario, lo que ocurre es que esa actividad normativa mediadora es en esos supuestos de carácter limitador en un doble y contradictorio sentido: limitador de la esfera de libertad del individuo y

(9) «Il co sí detto diritto al lavoro», es la expresión utilizada por G. PERA al referirse al derecho al trabajo en *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1965, págs. 86 y sigs.

limitador de la propia actividad limitadora del Estado, permítasenos el juego de palabras. Por ejemplo, la libertad de circulación exterior está limitada por la legislación sobre pasaportes que, al mismo tiempo, señala los límites dentro de los cuales el Estado puede condicionar esa libertad de circulación. Pues bien; sólo cuando determinados órganos del Estado violen esos límites, podrá el ciudadano acudir a otros órganos del Estado —los tribunales— para que se le restablezca su derecho; y lo hará basándose en esa concreta legislación de pasaportes y no en el genérico precepto constitucional que, dicho sea de paso, frecuentemente habrá remitido su propia eficacia a los términos de esa legislación ordinaria, como ocurre en el ejemplo utilizado con el artículo 19 de nuestra Constitución. Y esto es lo que sucede en la práctica con todos los demás derechos de libertad: el de reunión, el de asociación, el de expresión, etc.

Se podría argumentar que, en caso de no existir esa normativa mediadora, los ciudadanos sí quedarían tutelados directamente por el texto constitucional. No seré yo quien argumente en contra de la posibilidad de basar una acción procesal en un precepto de la Constitución. Pero sí quiero indicar que la hipótesis planteada —ausencia de normativa mediadora— pertenece más bien al mundo de la ciencia-ficción. Y que, caso de darse semejante supuesto, la cuestión se reduciría con toda seguridad a un pugilato desigual entre un precepto constitucional que reconoce un derecho al ciudadano en términos muy abstractos y genéricos y todo un conjunto de normas ordinarias que, basadas también en la propia Constitución que atribuye al Gobierno la dirección política del país (véase nuestro art. 97), atribuyen a los poderes públicos facultades muy concretas. No se precisa mucha perspicacia —ni falta experiencia histórica— para intuir que el resultado de esa pugna no sería precisamente favorable al ciudadano.

Sí esto es así, bien puede colegirse que el funcionamiento concreto de la protección de los derechos de libertad y de los derechos económicos y sociales no es tan diferente. También estos últimos necesitan de una actividad normativa mediadora que, en este caso, no es de carácter limitador para el ciudadano, sino todo lo contrario: encaminada a poner las condiciones para que el ejercicio de esos derechos tenga un contenido real, y, al propio tiempo, dicha normativa sí es limitadora en el sentido de estar destinada a precisar el alcance concreto de las obligaciones jurídicas que el Estado contrae para con los ciudadanos en cumplimiento del precepto constitucional en cuestión. Y tanto una como otra normativa mediadora tendrán como objeto la organización de una serie de servicios públicos que, en unos casos, se traducirán en hospitales, escuelas, servicios de colocación, etc., y en otros, consistirán en registros administrativos de publicaciones o de aso-

ciaciones, control de fronteras, etc. Las relaciones, tanto pacíficas como contenciosas, de los ciudadanos y el Estado se desarrollarán en el marco jurídico concreto determinado por las reglas organizativas de esos servicios públicos, aunque unos y otros revistan evidentemente un carácter muy distinto. Si ello no determina la devaluación jurídica de los derechos de libertad tampoco debe ser causa de la infravaloración de los derechos económicos y sociales.

La segunda razón por la que creo que no cabe minorar el valor jurídico de los derechos económicos y sociales en relación a los derechos de libertad atañe a qué se entienda por carácter programático de las normas que establecen aquellos derechos. Si por programaticidad se entiende un mandato más bien orientativo al legislador en el sentido de que el incumplimiento por parte de éste de dicho mandato está exento de consecuencias jurídicas, debemos negar que tal sea la articulación jurídica de los derechos económicos y sociales. Por el contrario, la estricta juridicidad de las llamadas normas-principio está fuera de toda duda, pues, tal como afirma Natoli (10), «no es necesario que tal precepto tenga un contenido concreto, es decir, que regule una situación bien definida y específica, pudiendo, en cambio, aparecer como el criterio general en base al cual debe ser uniformada la reglamentación concreta de toda una serie, *a priori* indefinida, de situaciones particulares». Y según veremos al tratar de la garantía de estos derechos en el ordenamiento español a partir de la Constitución, la adecuación de la legislación ordinaria al criterio general de la norma-principio puede ser controlada a través del recurso de anticonstitucionalidad.

Por otra parte, y aquí la mayor complejidad de la nueva articulación postulada por los derechos económicos y sociales se hace más evidente, ese tipo de derechos abre un campo de actuación a las fuerzas sociales en presencia —partidos, sindicatos, asociaciones de vecinos, etc.— en una línea de fiscalización de la actividad de los poderes públicos con base en el texto constitucional, que no por discurrir por cauces distintos a los del estereotipado proceso contradictorio ante un tribunal puede decirse que vaya a ser menos eficaz. En este sentido, las posibilidades abiertas por el artículo 131 de nuestra Constitución al prever la «colaboración» de los sindicatos en la planificación económica no son desdeñables desde una óptica de «lucha sindical por las reformas» con la cobertura jurídica —y no meramente ideo-

(10) U. NATOLI: *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1955, pág. 24. En el mismo sentido, CRISAFULLI, MORTATI y PERA, *op. cit.*, pág. 100 en nota.

lógica— de la inserción en el texto constitucional de los derechos sociales y económicos (11).

En resumen, considero un falso dilema la alternativa derechos subjetivos-principios programáticos, en los términos en que habitualmente se plantea. Porque, como he intentado demostrar, todos los derechos constitucionalmente reconocidos a los ciudadanos, sean del tipo que sean esos derechos, implican al propio tiempo un «programa de actuación estatal» de cuyo mejor o peor cumplimiento dependerá en cada caso la eficacia real de esa titularidad jurídica; las clasificaciones tradicionales que distinguen entre derecho subjetivo perfecto, derecho subjetivo imperfecto, interés legítimo o aun «interés constitucionalmente protegido» (12) carecen a mi juicio de virtualidad explicativa, sobre todo si en base a ellas se pretende establecer una distinción categórica entre los derechos de libertad y los derechos económicos y sociales, que se traduce en una devaluación de estos últimos y cuya consecuencia es cerrar el camino a cualquier línea interpretadora que pretenda rescatar a esos derechos del limbo de las formulaciones metajurídicas.

Pues bien, toda esta problemática en torno a los derechos económicos y sociales se ha planteado con especial relieve en relación con el derecho al trabajo, que ha sido tomado no ya como un ejemplo cualificado de ese tipo de derechos, sino como el auténtico punto de partida de toda la construcción doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los mismos, del mismo modo que, como veremos en el apartado siguiente, fue respecto al derecho al trabajo que se libró en temprana época histórica una dura batalla político-constitucional.

2. LOS ORIGENES DEL DERECHO AL TRABAJO

Se suele afirmar que el derecho al trabajo aparece por primera vez en las Constituciones de la primera postguerra europea (modelo Weimar), de donde pasó a la Constitución de la II República española, afianzándose finalmente en las Constituciones de la segunda postguerra (13). Se trataría,

(11) Para un elenco de esas perspectivas, U. ZACHERT: *Aktuelle Möglichkeiten der Arbeitsplatzsicherung und denkbare Konsequenzen eines grundgesetzlich garantieren Rechts auf Arbeit*, en el vol. colectivo *Recht auf Arbeit, eine politische Herausforderung*, Luchterhand, Neuwied und Darmstadt, 1978, págs. 188 y 190.

(12) Esta es la tesis de F. SIRCHIA respecto al derecho al trabajo en *Novissimo Digesto Italiano*, voz «Lavoro (Diritto al)», pág. 525.

(13) Artículo 163 de la Constitución de la República de Weimar de 14-VIII-1919: «Sin perjuicio de su libertad personal, todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad.

pues, de un asunto de nuestro siglo, que estuvo ausente del horizonte ideológico y constitucional del siglo XIX, a excepción del raro antecedente proporcionado por la Revolución de 1848 con la famosa experiencia de los Talleres Nacionales atribuidos a Louis Blanc. Sin embargo, un examen algo más atento de la cuestión nos revela cómo el problema no sólo se planteó ya en los albores de la revolución burguesa, sino que es completamente lógico que así fuera. En efecto, como afirma Schminck-Gustavus (14), el derecho al trabajo sólo puede concebirse como tal en un sistema en que se establezca la libertad del trabajo como una mercancía más que se ofrece en el mercado y que, en un determinado momento, no encuentra comprador. Antes del capitalismo había mendigos que planteaban una cuestión de conciencia; a partir del capitalismo habrá parados que plantean un problema económico y social. Un problema que la revolución burguesa crea —al romper el falso equilibrio de la economía feudal y proponer como sustitutiva la presunta armonía dimanante de la ley de la oferta y la demanda— y al que la revolución burguesa intentará dar una respuesta aunque, como es obvio, no haya logrado darle una solución.

Y la respuesta se buscó desde un primer momento en la formulación constitucional del derecho al trabajo, si bien, como veremos en seguida, mezclado con la ganga del derecho a la asistencia pública, lo que demuestra

A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales dictarán las disposiciones complementarias.» (*Textos básicos sobre derechos humanos*, edición preparada por GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ con la colaboración de LIBORIO HIERRO, Universidad Complutense, Madrid, 1973).

Artículo 46 de la Constitución de la II República Española de 9-XII-1931: «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes.

La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna...»

Párrafo 5.º del preámbulo de la Constitución francesa de 27-X-1946: «Todos tienen el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo...»: vigente hoy por haber pasado este preámbulo íntegro a la Constitución de 4-X-1958 (*Textos básicos...*, cit.).

Artículo 4.º de la vigente Constitución italiana de 27-XII-1947: «La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hacen efectivo este derecho.

Todo ciudadano tiene el deber de desenvolver, según sus propias posibilidades y su propia elección, una actividad o una función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad.» (*Textos básicos...*, cit.).

(14) CH-U. SCHMINCK-GUSTAVUS: *Recht auf Arbeit - Zur Geschichte einer Konkreten Utopie*, en el vol. colectivo citado en nota 11, pág. 16.

las propias limitaciones estructurales del sistema. Sin embargo, no es esa una dialéctica exclusiva de los albores del capitalismo; hoy día no faltan voces que, en la teoría y en la práctica, siguen queriendo reconducir el derecho al trabajo al derecho a un subsidio de desempleo. Pero sobre esto volveremos más adelante.

Incluso cabe encontrar ya alusiones al derecho al trabajo en la legislación inmediatamente prerrevolucionaria. Así, en el célebre Edicto Turgot de 1776, la consagración de la «libertad de industria», ariete dirigido contra las trabas gremiales, aparece de la mano de un más amplio «derecho al trabajo» de base iusnaturalista y hasta bíblica. Decía el Edicto: «En la medida en que Dios crea las necesidades de los hombres y les ha obligado al mismo tiempo a trabajar para satisfacer esas necesidades, ha hecho del derecho al trabajo un patrimonio de cada hombre... Nosotros consideramos uno de nuestros primeros deberes de justicia y uno de los hechos que más nos dignifican el liberar a nuestros súbditos de las trabas que limitan este derecho humano irrenunciable.» Es evidente que el derecho al trabajo aparece aquí en función de cobertura ideológica del nuevo orden que se avecina y está muy lejos de representar un compromiso jurídico serio (15), lo cual es absolutamente lógico a esa altura histórica en que aún estaba intacto el optimismo del liberalismo económico que contaba con proporcionar ocupación a todos los ciudadanos, sin necesidad de que los poderes públicos asumieran una obligación concreta al respecto. No obstante, en base a esos nuevos principios se crearon los llamados *ateliers de charité*, para dar trabajo a los vagabundos que acudían a la beneficencia. La propia expresión talleres de caridad nos define perfectamente el arcaico enfoque que se le daba al asunto; pero, pese a ello, el hecho de que se piense que a los mendigos no basta con darles la sopa boba, sino que es preferible proporcionarles también una actividad, anuncia ya un próximo cambio de mentalidad.

Este cambio se percibe ya en la discusión que tuvo lugar en la Asamblea Nacional francesa con el objeto de formular una serie de aclaraciones a la celeberrima Declaración de Derechos del Hombre de 1789. En la sesión del 27 de julio de 1789 el abogado Target propuso una aclaración, cuyo artículo 6.º decía: «El Estado adeuda a cada hombre los medios para su mantenimiento, sea mediante la propiedad, sea mediante el trabajo, sea mediante la ayuda a sus conciudadanos» (16). El giro es ciertamente notable: si para Turgot bastaba con que el Estado eliminara las trabas existentes para que el

(15) *Ibidem*, pág. 18.

(16) *Ibidem*, pág. 19.

derecho al trabajo pudiera realizarse, en la óptica de Target los ciudadanos tienen ya un derecho de crédito contra ese Estado directamente derivado del derecho a la vida. Y si en el Edicto Turgot el derecho al trabajo aparecía ya —idea muy importante— como un *patrimonio*, el de quienes no tienen más que sus manos para trabajar, en la proposición de Target esta idea se perfila aún más al colocar ese patrimonio al mismo nivel que el patrimonio de los propietarios, concebidos ambos instrumentalmente en función del propio mantenimiento de la persona, y al propio tiempo, el derecho al trabajo se deslinda del derecho a la beneficencia. De ahí que no resulte extraño que, en la misma sesión, Malouet hablara de un «programa de ocupación general» y del establecimiento de una red de oficinas de trabajo y de asistencia encargadas tanto de emprender obras públicas y proporcionar trabajo, como de prestar subsidios, todo ello financiado con los impuestos.

De todas formas, la propuesta de Target no logró imponerse, mientras que sí reconoció a «la propiedad como un derecho inviolable y sagrado». Y en cuanto a los talleres públicos que se instalaron en Montmatre, y que llegaron a acoger a más de 17.000 parados, pronto fueron cerrados ante su pésimo funcionamiento. En cambio, siguieron en pie los establecimientos de socorros públicos previstos en el título I de la Constitución de 1791 «para educar a los niños abandonados, aliviar a los enfermos pobres y proporcionar trabajo a los pobres inválidos que no hubieran podido procurárselo» (17). El derecho al trabajo vuelve, pues, a diluirse entre las medidas de beneficencia.

Pero la cuestión volvió a plantearse tras el giro dado por la Revolución a partir de la insurrección del 10 de agosto de 1792, por parte de los diputados de la Montaña: Danton, Marat, Desmoulins y Robespierre. Fue este último quien defendió ante la Asamblea Nacional en abril de 1793 un proyecto de aclaración a la Declaración de los Derechos del Hombre, cuyo artículo 9.º decía: «La sociedad está obligada a preocuparse de mantener a sus miembros, bien mediante la creación de trabajo, bien mediante el aseguramiento de medios de subsistencia a quienes no están en condiciones de trabajar», fórmula que fue en principio rechazada, pero que tras la expulsión de los girondinos pasó al artículo 21 de la Constitución de 24 de junio de 1793. En todo caso, ya el 19 de marzo de 1793 la Convención había promulgado un decreto en el mismo sentido, es decir, colocando el derecho al trabajo y el derecho al remedio de la indigencia como dos alternativas de una misma obligación del Estado: la de impedir que sus ciudada-

(17) A. SOBOUL: *La Revolución francesa*, Tecnos, Madrid, 1972, pág. 456.

nos murieran de hambre (18). Sin embargo, la primera alternativa terminó de nuevo confundiendo con la segunda, o algo aún peor: en la Ley de Mendicidad de 15 de octubre de 1793 se volvió al sistema del *Ancien Régime* de considerar al parado no ya un indigente, sino un sujeto peligroso al cual habría que darle trabajo forzoso como sanción, no como ayuda. Y la evolución siguió ya esa tónica, que se acentuó con el Directorio, cuya obra, como afirma Soboul, «constituye en el terreno de los principios una regresión clara» respecto a los planteamientos de la Asamblea Constituyente y de la Convención (19).

Sin embargo, antes de que la Revolución remansara definitivamente sus aguas bajo la batuta de Napoleón, en la primavera de 1796 se produjo ese fenómeno de anticipación histórica conocida como la Conjura de los Iguales, dirigida por Babeuf y Buonarotti. Este, al recoger y publicar más tarde bajo el título de *Análisis de la doctrina de Babeuf* los escritos sueltos de su amigo, siguiendo el deseo expresado por él antes de subir al patíbulo, enumeraba los principios en que se basaba la doctrina babaouvista, y entre ellos figuraba lo siguiente: «Art. 3.º La naturaleza ha impuesto a cada uno la obligación de trabajar; nadie puede, sin grave culpa, sustraerse al trabajo» (20). Aquí puede apreciarse, con siglo y cuarto de adelanto, lo que constituirá el sesgo fundamental de esta problemática en la doctrina comunista: el derecho al trabajo ni se discute; se trata más bien de imponer el deber de trabajar, evitando el parasitismo social.

Al margen del quiebro histórico de Babeuf, la idea del derecho al trabajo en los términos más progresistas de la etapa revolucionaria fue recogida por los socialistas utópicos —Fourier, Victor Considérant y Saint-Simon— que la alimentaron teóricamente hasta que las circunstancias propiciaron su aparición de nuevo en el terreno de la política concreta con la Revolución de 1848. El 24 de febrero, los obreros recorren las calles de París gritando: «¡El derecho al trabajo, en una hora!», obteniendo satisfacción si no en una hora, sí en un día, puesto que el 25 de febrero el Gobierno provisional dictaba un decreto, redactado por Louis Blanc, en el que se comprometía «a garantizar la existencia del obrero por el trabajo...» y a garantizar el trabajo a todos los ciudadanos» (21). Y, como medida inmediata para poner en práctica el compromiso, al día siguiente se crearon los famosos Talleres Nacionales, si bien parece ser que en contra de la opinión de Blanc, quien

(18) *Ibidem*, pág. 457.

(19) *Ibidem*, pág. 458.

(20) G. M. BRAVO: *Historia del socialismo 1789-1848. El pensamiento socialista antes de Marx*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 80.

(21) BURDEAU, *op. cit.*, pág. 401.

posiblemente llegó a prever el efecto *boomerang* que el desastroso funcionamiento de los citados talleres habría de producir, tal como ya había ocurrido en 1791 (22). En efecto, Emile Thomas, director de los Talleres Nacionales, confesó en su autobiografía años después, que el experimento había cumplido una eficaz función desacreditadora de las ideas socialistas (23).

Por otra parte, el proyecto de Constitución presentado por Marrast el 19 de junio de 1848, decía en su artículo 7.º: «Con el derecho al trabajo se garantizará a todos el derecho a obtener medios de subsistencia. La sociedad está obligada a crear trabajo para todos aquellos que no encuentran posibilidad de trabajar, mediante la utilización de los medios de producción de que disponga la sociedad» (24). La fórmula es suficientemente vigorosa y cabe suponer que sus autores eran conscientes de su alcance. Como afirmó Vidal en su libro *Vivir trabajando*, publicado en 1848, «el derecho al trabajo implica necesariamente la organización del trabajo, y la organización del trabajo implica la transformación económica de la sociedad. Adoptado el principio, las consecuencias son inevitables». Y en el mismo sentido se expresó Marx en *La lucha de clases en Francia* (25). Por eso no es de extrañar que, tras arduas discusiones, y pese a la dura resistencia de Marrast, Considérant y Pyat, la fórmula desapareciera del texto definitivo de la Constitución de 1848, y el derecho al trabajo quedó hibernado en la historia constitucional francesa durante casi un siglo.

Mientras tanto, ya Bismarck había tomado cartas en el asunto, aplicando su eficaz política de arrebatar banderas a los socialistas, asumiendo sus propuestas y desvirtuándolas. Tal hizo con el derecho al trabajo, al que muy hábilmente volvió a mezclar con las líneas generales de una política asistencial caritativa. Así, declaraba el 9 de mayo de 1844 al *Bundestag*: «Den ustedes el derecho a trabajar al trabajador en tanto en cuanto esté sano;

(22) BRAVO, *op. cit.*, pág. 135. En el mismo sentido, MARX en *Las luchas de clases en Francia (1848 a 1850)*, Ayuso, Madrid, 1975, pág. 80: «El propio Gobierno provisional hizo correr por debajo de cuerda el rumor de que estos Talleres Nacionales eran invención de Luis Blanc, cosa tanto más verosímil cuanto que Luis Blanc, el profeta de los Talleres Nacionales, era miembro del Gobierno Provisional.»

(23) SCHMINCK-GUSTAVUS, *op. cit.*, pág. 31.

(24) *Ibidem*, pág. 33.

(25) BURDEAU, *op. cit.*, pág. 402, y MARX, *op. cit.*, pág. 108: «El derecho al trabajo es, en el sentido burgués, un contrasentido, un deseo piadoso y desdichado, pero detrás del derecho al trabajo está el poder sobre el capital, y detrás del poder sobre el capital la apropiación de los medios de producción, su sumisión a la clase obrera asociada, y por consiguiente, la abolición tanto del trabajo asalariado como del capital y sus relaciones mutuas.»

asegúrenle asistencia si está enfermo; garanticenle cuidados si es anciano; si hacen esto con sentido cristiano, harán ver a la clase obrera que el Gobierno y las Cámaras se ocupan de su bienestar.» También en Alemania habría que esperar al siglo xx para que el derecho al trabajo volviera a plantearse sin tanta mixtificación.

3. LA POLEMICA DOCTRINAL SOBRE EL CONTENIDO Y TUTELA DEL DERECHO AL TRABAJO

Cuál sea el contenido concreto del derecho al trabajo (desde obtener un puesto de trabajo adecuado a la propia capacidad profesional hasta recibir medios de subsistencia sustitutivos a través del seguro de paro) y qué grado de tutela cabe conferirle por el ordenamiento jurídico (desde configurarlo como un auténtico derecho subjetivo accionable ante los tribunales hasta concebirlo como mera expectativa desprovista de una protección específica) son dos cuestiones que aparecen íntimamente conectadas en la discusión doctrinal sobre el tema y que responden, en definitiva, a la actitud que se adopte respecto al alcance de los derechos económicos y sociales reconocidos en las Constituciones de los países capitalistas, tema que ya hemos tratado en el apartado 1. Refiriéndonos ahora concretamente al derecho al trabajo, las posturas pueden quizá reconducirse a estas tres:

Primera, el derecho al trabajo supone una mera orientación al legislador y a los poderes públicos en general, que deberán tenerlo en cuenta como criterio —más ético político que político-jurídico— a la hora de desarrollar su concreta actividad.

Segunda, el derecho al trabajo implica una auténtica obligación jurídica para los poderes públicos y muy especialmente para el legislativo, cuyo cumplimiento es susceptible de un control negativo por la vía del recurso de anticonstitucionalidad contra las normas que infrinjan esa obligación. Naturalmente, a nadie se le oculta la enorme dificultad de argumentar materialmente un semejante recurso, habida cuenta de la variedad de criterios políticos que pueden incidir en el tema y de la inveterada resistencia de los tribunales a entrar, a través de su labor enjuiciadora, en valoraciones políticas (26). Piénsese además que en estos casos siempre se hará valer aquello de «escribir derecho con trazos torcidos»; por ejemplo, una ley de despido

(26) Resistencia basada en una rígida concepción del principio de división de poderes y que entre nosotros alcanzó una singular expresión normativa en el artículo 2.º b) de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27-XII-1956.

libre que, *prima facie*, atentaría al derecho al trabajo constitucionalmente consagrado se presentaría obviamente (y el debate de los últimos meses en nuestro país sobre la llamada flexibilización de plantillas lo muestra con toda claridad) como una medida favorecedora de la inversión creadora de puestos de trabajo y animadora de la contratación laboral: en suma, como una norma favorecedora del derecho al trabajo. Por otra parte, si el control negativo tiene las dificultades que acabamos de esbozar, el control positivo —¿qué hacer si el Estado simplemente se abstiene de cumplir el mandato constitucional?— es aún más arduo y nos coloca frente a la cuestión, ya anteriormente aludida, de articular todo un nuevo campo de actividad de las organizaciones políticas y sindicales.

La tercera tesis, en fin, configuraría el derecho al trabajo como un derecho de crédito contra el Estado, constitucionalmente otorgado a todos los ciudadanos por el hecho de serlo y directamente accionable frente a los poderes públicos con la pretensión de obtener un puesto de trabajo que, en las construcciones más exigentes, tendría que ser además adecuado a la capacidad profesional del accionante.

Ahora bien, hoy día puede afirmarse que prácticamente ningún autor defiende la primera tesis, que resulta excesivamente devaluadora de los textos constitucionales, y nadie se atreve a defender la tercera, que resulta desde luego poco realista en un sistema de libre empresa. Es más, ni siquiera en un país socialista, donde el derecho al trabajo no encuentra las dificultades socioeconómicas con que tropieza en los países capitalistas, cabe configurar jurídicamente el derecho al trabajo en esos términos. Tal es la opinión, a mi juicio correcta, de Pergolesi (27) o de Däubler (28), entre otros, aunque la doctrina no sea unánime (29). Pero esto es, en realidad, secundario, porque la batalla por dotar de una verdadera eficacia al derecho al trabajo no pasa por intentar forzar su inclusión dentro de determinadas categorías jurídicas tradicionales, operación seguramente destinada al fracaso, sino por hacer explícito el redimensionamiento de las relaciones ciudadanos-poderes públicos que la inclusión de ese derecho, como el de los restantes derechos económicos y sociales, en los textos constitucionales ha supuesto, extrayendo de

(27) F. PERGOLESI: *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanea*, Firenze, 1948, pág. 118.

(28) W. DÄUBLER: *Recht auf Arbeit verfassungswidrig?*, en el vol. colectivo citado en nota 11, pág. 174.

(29) Lo concibe como un auténtico derecho de la personalidad, por ejemplo, D. MICCOLI: *Il codice del lavoro nella Repubblica Democratica Tedesca*, en «Rivista Giuridica del Lavoro», I, 1964, pág. 101.

esa inclusión el máximo de consecuencias jurídicas y sociales que sean pertinentes.

El debate se sitúa, pues, en torno a la segunda posición, que se presta a ser objeto tanto de interpretaciones muy reductivas como de otras mucho más generosas. Pero lo más característico de ese debate, y lo que lo hace ciertamente confuso, es que desde las posiciones más conservadoras se emplean a veces argumentos que solamente tendrían sentido si se tratara de combatir la tercera tesis, pero que en cambio resultan desorbitados cuando lo que se está postulando es simplemente una línea interpretadora que no vacíe totalmente el precepto constitucional.

El ejemplo más claro de lo que acabamos de decir nos lo proporciona la doctrina alemana, si bien hay que reconocer que en ese caso el confuisionismo viene favorecido por el hecho de que en la Ley Fundamental de Bonn no existe un reconocimiento expreso del derecho al trabajo, sino que éste debe ser deducido de una interpretación del artículo 12 que consagra la «libertad profesional» en relación con el artículo 20, definidor del Estado social de Derecho (30). Pero esta interpretación no es aceptada por un amplio sector doctrinal, representado sobre todo por Rath, Barth y Schwerdtner, que defiende la inconstitucionalidad del pretendido derecho al trabajo. Sus argumentos, sistematizados y combatidos por Däubler (31), son esencialmente los siguientes:

a) El derecho al trabajo iría contra el principio constitucionalmente reconocido de libertad contractual puesto que para ser eficaz implicará necesariamente la imposición al empresario de una mano de obra que él no ha querido contratar. Por tanto, no cabe jamás configurar el derecho al trabajo como un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino como un mandato a los poderes públicos para que pongan en práctica una política tendente al pleno empleo.

b) El derecho al trabajo, para poder ser satisfecho por el Estado, implica que éste recurra a la planificación centralizada de la economía, en abierta contraposición con el derecho a la propiedad privada y al libre desarrollo de la personalidad del empresario (arts. 14 y 2.1 de la Constitución). El derecho al trabajo contradice el poder de decisión del empleador

(30) Artículo 12.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 8-V-1949: «Todo alemán tiene el derecho de elegir libremente su profesión...» Artículo 20.1: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.» (*Textos básicos...*, cit.). Sobre la posibilidad de deducir el derecho al trabajo del juego de estos dos preceptos, U. ACHTEN: *Scheinalternativen zum Recht auf Arbeit*, en el vol. colectivo citado en nota 11, pág. 47.

(31) DÄUBLER, *op. cit.*, págs. 161 y sigs.

en el ámbito de su empresa, así como el principio del beneficio empresarial al imponer una mano de obra, y consecuentemente unos costos salariales, posiblemente innecesaria.

c) En fin, esa imposición de mano de obra cercenará, desde el punto de vista del trabajador, su libertad profesional, tal como había afirmado ya Molitor en 1950 (32), siendo ésta una idea-fuerza frente al derecho al trabajo frecuentemente esgrimida desde entonces.

El ataque es tan fuerte —se trata de negar la posibilidad constitucional de un derecho al trabajo— que la actitud de Däubler sobre la cuestión es forzosamente defensiva, hasta tal punto que Däubler acepta implícitamente que el derecho al trabajo tiene el carácter de un mero principio programático no vinculante y cuya vulneración está exenta de consecuencias jurídicas, al argumentar que eso mismo ocurre también con el principio de igualdad de oportunidades o de no discriminación de la mujer y que, sin embargo, nadie discute la constitucionalidad de dichos principios. No obstante, algunos de los argumentos defensivos empleados por Däubler tienen utilidad en un contexto normativo menos desfavorable que el alemán donde, al estar recogido por la Constitución el derecho al trabajo, como ocurre entre nosotros, no haya que defender su constitucionalidad, sino intentar extraer de la misma la máxima eficacia posible. Veamos esos argumentos.

En primer lugar, es sabido que la asignación de puestos de trabajo o, en terminología italiana, el imponible de mano de obra, ha sido universalmente aceptada cuando se concreta en porcentajes limitados y referidos a determinadas categorías de trabajadores, como minusválidos, empleo juvenil, etc. Aceptada, por tanto, la validez del principio y su no incompatibilidad con el sistema, se tratará solamente de darle un alcance mayor. Alcance como el previsto, por ejemplo, en la Ley de Colocación Obrera de la II República española, de 27 de noviembre de 1931, cuyo artículo 13 preveía la posibilidad de que el ejecutivo transformara el sistema de libre selección de personal en un sistema de colocación forzosa, facultad que fue utilizada, si bien con ciertas restricciones, por la Generalidad de Cataluña (33). En el mismo sentido, cabe referirse a la Ley de Términos Municipales (Decreto de 28-4-1931, transformado en ley por las Cortes en 9-9-1931), cuyo artículo 1.º imponía a los patronos emplear preferentemente a los braceros vecinos del propio municipio (34). Y, sobre todo, la imposición de cuotas obligatorias de obre-

(32) MOLITOR: *Das Recht auf Arbeit*, en *Beiträge zum Handels und Wirtschaftsrecht*, Berlín-Tübingen, 1950, pág. 743.

(33) A. MARTÍN VALVERDE: *Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola*, en «Agricultura y Sociedad», abril-junio 1977, pág. 118.

(34) *Ibidem*, pág. 119.

ros agrícolas según las labores a realizar, en virtud de acuerdos de los Jurados Mixtos instituidos al efecto (35).

En segundo lugar, el poder de decisión del empresario —concebido como integrante del ejercicio de su profesión— no es ilimitado, sino que lo que establece el artículo 12 de la Ley Fundamental es una expresa reserva de ley para proceder a su limitación. Es perfectamente posible, por tanto, proceder a la imposición de mano de obra siempre que se haga por ley. Lo que es evidente es que esa ley deberá formular criterios muy objetivos y controlables si no se quiere producir el efecto contrario de provocar el cierre de empresas por falta de rentabilidad con el consiguiente aumento del paro (36).

Esos mismos límites objetivos son los que hacen perfectamente lícita una operación normativa que si bien puede representar una cierta disminución del beneficio empresarial, ello no implica anticonstitucionalidad, como no es anticonstitucional el impuesto de sociedades, que evidentemente merma los beneficios empresariales, siempre que no llegue a ser confiscatorio, tal como se encarga de recordar el artículo 31.1 de la Constitución española.

Por último, en cuanto a que el derecho al trabajo se opone a la libertad de trabajar, Däubler niega que esto sea así incluso en los países socialistas. Porque en ningún caso se trata de una estricta constricción jurídica a un trabajo concreto, sino de una limitación del ejercicio de la libertad profesional en función de las disponibilidades existentes y de unas ciertas reglas objetivas. Constricción que, con unas reglas diferentes —las del mercado de trabajo—, existe también en los países capitalistas, y a nadie se le ocurre decir que el contrato de trabajo no es jurídicamente libre por el hecho de que las necesidades, a veces perentorias, del trabajador le obliguen a celebrarlo.

Abundando en este tema, Udo Achten observa con sagacidad cómo nadie se rasga las vestiduras ante la coacción al trabajo que pesa sobre el parado subsidiado a quien le ofrecen un puesto de trabajo adecuado, que no puede rechazar so pena de perder el subsidio, o sobre el beneficiario del empleo comunitario obligado a desarrollar una actividad absurda y mal remunerada (37). Oponer derecho al trabajo a libertad profesional es —concluye Achten— una «alternativa artificial».

En la doctrina italiana, Mancini recuerda (38) que la libertad profesional se encuentra limitada, sin que ello cause ningún escándalo, por la

(35) *Ibidem*, pág. 129.

(36) DÄUBLER, *op. cit.*, pág. 167.

(37) ACHTEN, *op. cit.*, pág. 47.

(38) F. MANCINI: *Dovere e libertà di lavorare*, en «Politica del Diritto», octubre 1974, pág. 585.

normativa que establece las plantillas de funcionarios; por los *numerus clausus* establecidos en ciertas profesiones o para el acceso a la adquisición de profesiones universitarias; por la obligación de aceptar ciertos trabajos que pesa sobre algunos profesionales (abogados, médicos), etc. El hecho de que todo esto se admita sin rubor y, en cambio, se levante la barrera de la libertad profesional cuando se trata de articular un derecho al trabajo con un mínimo de eficacia, denota el carácter pretextual de ciertas construcciones jurídicas.

En definitiva, el derecho al trabajo no supone —y nuestra Constitución lo demuestra, según veremos más adelante— ni la eliminación de la libertad profesional ni el fin de la libre empresa; y no exige necesariamente pasar a un modelo de economía colectivista con planificación imperativa, si bien es cierto que es mucho más coherente con dicho modelo. Lo que sí es cierto es que, dentro de las coordenadas del sistema capitalista, el derecho al trabajo entrará en contradicción con otros derechos y, consiguientemente, encontrará ciertas limitaciones, lo que, por otra parte, ocurre igualmente en el modelo socialista aunque en él las contradicciones sean de índole diversa. De lo que se trata, en suma, es de hacer jugar esas contradicciones y de graduar las limitaciones del derecho al trabajo en relación con las que cabe establecer para otros derechos (el de propiedad, el de libertad de empresa, etcétera) dentro de las posibilidades abiertas por los propios textos constitucionales y por las fuerzas sociales en presencia, y no de estigmatizar el derecho al trabajo como algo perteneciente al mundo de los píos deseos.

Por último, nos referimos a dos tipos de utilización en clave antisindical del derecho al trabajo. La primera de ellas consiste en la pretensión de amparar en dicho derecho la legitimidad de las prácticas de esquirolaje, argumentación que no está ausente del debate político-jurídico en nuestro país. Mancini ha puesto de relieve la curiosa paradoja de que el derecho al trabajo, que estuvo en el centro de la polémica doctrinal en Italia en los años cincuenta defendido por la izquierda, haya vuelto a la escena tras largos años de olvido de la mano de la doctrina más conservadora, que le asigna esa inaudita función de cobertura (39). Y ha calificado con dureza la maniobra como «no sólo políticamente indecente sino insostenible en el plano jurídico» (40). Su argumentación se basa en un examen realista del fenómeno social del esquirol que «no es el que trabaja sino, ante todo, el que no hace huelga, el que se sustrae a la lucha concertada y puesta en práctica por el

(39) F. MANCINI: *Il diritto al lavoro rivisitato*, en «Politica del Diritto», diciembre, 1973, pág. 689.

(40) MANCINI: *Dovere...*, cit., pág. 591.

grupo» (41). Y concluye: «Contraoponer derecho de huelga y libertad de trabajo... significa de hecho privilegiar el medio en detrimento del fin, el accidente a costa de la sustancia. En realidad, si lo *proprium* de la huelga no es el abandono del trabajo, lo *proprium* del esquirolaje no es la continuación del trabajo; si la huelga es por encima de todo lucha, esquirolaje es rechazo de la lucha y de la coalición que la lleva a cabo» (42).

La segunda utilización en clave antisindical del derecho al trabajo es específica de los países anglosajones, donde, como escribe Wedderburn, si para los trabajadores derecho al trabajo significa sobre todo «mantenimiento del pleno empleo, posibilidad de obtener trabajo para el que se esté cualificado, seguridad del puesto mediante tutela contra los despidos arbitrarios», para los legisladores y juristas consiste en la posibilidad de tener trabajo sin estar inscrito en el sindicato, de tal forma que las leyes sobre derecho al trabajo se convierten en «instrumentos dirigidos a reducir el poder sindical» en relación con el control de los puestos disponibles (43). Sin embargo, esta segunda utilización es menos grave que la anterior, por cuanto encuentra una, al menos parcial, justificación en el abuso por parte de los sindicatos de las cláusulas de seguridad sindical, especialmente las *closed shop* y *union shop*, según apunta el propio Kahn-Freund (44).

4. EL DERECHO AL TRABAJO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

El art. 35 de nuestra Constitución comienza diciendo: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio...» Por otra parte, el art. 25 párrafo 2, al referirse al condenado a pena de prisión, preescribe: «En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado...» Y, en fin, el art. 40 párrafo 1, dice que «los poderes públicos... de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo».

La fórmula del art. 35 es bastante similar a la empleada por el art. 51 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, que contiene los mismos tres elementos: derecho al trabajo, deber de trabajar y libertad profesional,

(41) *Ibidem*, pág. 592.

(42) *Ibidem*, págs. 593 y 594.

(43) K. W. WEDDERBURN: *The Worker and the Law*, Londres, 1971, pág. 457, citado por MANCINI en *Il diritto al lavoro rivisitato*, cit., pág. 693.

(44) O. KAHN-FREUND: *Labour and the Law*, Londres, 1972, pág. 195, citado por MANCINI en *Il diritto...*, cit., pág. 693.

por este orden (45). Sin embargo, el citado art. 51 es más perfecto, por cuanto contiene lógicas excepciones al deber de trabajar, lo cual es un índice de que el constituyente del vecino país se estaba tomando en serio y no retóricamente el establecimiento de dicho deber, así como limitaciones también lógicas a la libertad profesional.

Pero la diferencia más importante entre la sistemática de una y otra Constitución es que, mientras en la española «la política orientada al pleno empleo» se ubica en el Capítulo Tercero del Título I, es decir, entre los «principios rectores de la política social y económica», y no en el Capítulo Segundo —«Derechos y libertades»— en que se encuentra el derecho al trabajo, en la Constitución portuguesa «las políticas (*sic*) de pleno empleo» se colocan inmediatamente después del derecho al trabajo, en el art. 52 que lleva como título genérico: «Obligaciones del Estado respecto al derecho al trabajo» (46), todo ello dentro del Capítulo titulado «Derechos y deberes económicos». Las consecuencias jurídicas de una y otra técnica normativa saltan a la vista: mientras que en la Constitución de Portugal se consagra el derecho del ciudadano y a renglón seguido se establecen las obligaciones del Estado tendentes a garantizar ese derecho, en la nuestra esa relación funcional desaparece —al menos, *prima facie*— para dar lugar a una formulación estrictamente esquizoide: por un lado, derecho de los ciudadanos sobre cuyo alcance efectivo cabe abrigar serias dudas; por otro, principios, que no obligaciones, de la política estatal. En suma, nuestro texto constitucional se sitúa en el mismo nivel de ambigüedad que la Constitución italia-

(45) «Artículo 51 (Derecho al trabajo).

1. Todos tienen derecho al trabajo.
2. El deber de trabajar es inseparable del derecho al trabajo, excepto para aquellos que sufran disminución de capacidad por razones de edad, dolencia o invalidez.
3. Todos tienen el derecho de escoger libremente la profesión o género de trabajo, salvadas las restricciones legales impuestas por el interés colectivo o inherente a su propia capacidad.» (Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1976).

(46) «Artículo 52 (Obligaciones del Estado en cuanto al derecho al trabajo).

Incumbe al Estado, a través de la aplicación de planes de política económica y social, garantizar el derecho al trabajo, asegurando:

- a) La ejecución de políticas de pleno empleo y el derecho a la asistencia material de los que involuntariamente se encuentren en situación de desempleo.
- b) La seguridad en el empleo, siendo prohibidos los despidos sin justa causa o por motivos políticos o ideológicos.
- c) La igualdad de oportunidades en la elección de profesión o género de trabajo y condiciones para que no sea vedado o limitado, en función del sexo, el acceso a cualesquiera cargos, trabajo o categorías profesionales.
- d) La formación cultural, técnica y profesional de los trabajadores, conjugando el trabajo manual y el trabajo intelectual.»

na de 27 de diciembre de 1947, cuyo art. 4 tanto ha dado que discutir a la doctrina jurídica de aquel país (47) o de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, que se limita a reproducir el preámbulo de la de 27 de octubre de 1946, cuyo párrafo 5 dice: «Todos tienen el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo», sin establecer mayores garantías. Hay que reconocer, no obstante, que el texto español plantea menos problemas que los que el art. 12 de la Ley Fundamental de Bonn —que sólo habla de la libertad profesional— ha proporcionado a la doctrina alemana a la hora de configurar el derecho al trabajo como algo que vaya más allá de una simple frase.

La elaboración parlamentaria de los mencionados arts. 25, 35 y 40 puede decirse que se desarrolló sin pena ni gloria, anegados por la «marea del consenso». Sólo tres momentos cabe reseñar de interés. El primero, la presentación de dos enmiendas idénticas al art. 30 del anteproyecto de la Ponencia (art. 35 del texto definitivo) presentadas con los números 254 y 342 por el Grupo de Socialistas de Cataluña y por el Grupo Socialista del Congreso, pretendiendo la inclusión del derecho «a la estabilidad en el empleo». Fueron rechazadas por la Ponencia y no se volvieron a reproducir. En segundo lugar, la presentación de una enmienda al mismo artículo del anteproyecto, presentada con el número 483 por el Grupo Mixto del Congreso con la firma de los diputados Morodo y Caamaño, a tenor de la cual se pretendía incluir el siguiente párrafo: «Los poderes públicos protegen el derecho de todos los trabajadores a un puesto de trabajo digno y de acuerdo con su aptitud profesional.» La fórmula era prometedora, pero corrió igual suerte que la anterior. Por último, y a nivel más bien anecdótico, cabe reseñar la enmienda defendida en el seno de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas el 23-V-78 por el diputado López Rodó tendente a eliminar el párrafo del art. 24 (25 del texto definitivo) en que se reconoce el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado, lo que para dicho diputado constituía o una reiteración innecesaria o una invitación a entrar en prisión al millón de españoles parados (48).

(47) Véase nota 13.

(48) «Este texto, una de dos: o es un texto reiterativo respecto del artículo 33 (hoy 35) del proyecto constitucional... o si lo que se pretende es reconocer a los presos un derecho privilegiado... entonces esto me parece injusto. ¿Qué quiere decir este «derecho» a un trabajo remunerado? ¿Quiere decir que el Estado está obligado a facilitarles un puesto de trabajo? Pues entonces, podríamos, por reducción al absurdo, pensar que el millón de parados que desgraciadamente tenemos en España van a estar todos dispuestos a ingresar en prisión para que se les facilite un puesto de trabajo remunerado, y esto, señores, es verdaderamente grotesco.» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, núm. 72 pág. 2591).

Veamos ahora los problemas que la dispersión de esta materia entre los artículos 25, 35 y 40 crea en orden a las garantías del derecho al trabajo. Como es sabido, nuestra Constitución ha establecido en su art. 53 un sistema triple y graduado de garantías de las libertades y derechos fundamentales. Hay una garantía que podríamos llamar de primera clase que es la establecida por el párrafo 2: posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios, más recurso de amparo ante el Tribunal constitucional, para tutelar las libertades y derechos comprendidos en los arts. 14 a 29 (aparte del caso especial de la objeción de conciencia del art. 30). Hay una garantía de segundo orden que es la que el párrafo 1 del art. 53 otorga a todos los derechos y libertades comprendidos en los artículos 14 a 38, consistente en: *a)* la declaración de que esos derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos; *b)* el establecimiento de una reserva de ley para regular su ejercicio, regulación que habrá de respetar su contenido esencial, y *c)* recurso de inconstitucionalidad contra las normas que atenten a dicho contenido. Y, por último, el párrafo 3 del art. 53 determina que los principios rectores contenidos en los artículos 39 a 52 informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; sólo cuando dichos principios hayan sido desarrollados por una norma concreta podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, en relación con esa tripartición la situación del derecho al trabajo es la siguiente. En primer lugar, una curiosa paradoja: los únicos ciudadanos españoles que pueden acudir ante los Tribunales ordinarios recabando un trabajo remunerado son los reclusos, habida cuenta de que el artículo 25, en que se les reconoce ese derecho, pertenece al grupo de los que gozan de la tutela especial del párrafo 2 del art. 53.

En cuanto el derecho al trabajo de los ciudadanos en general consagrado por el art. 35, su tutela es la dimanante del párrafo 1 del art. 53, lo que nos obliga a realizar un breve análisis para intentar discernir qué alcance puede tener esa vinculación de «todos los poderes públicos».

Respecto al poder legislativo, la respuesta parece clara: en sentido negativo, no podrá emanar normas contrarias al derecho al trabajo (por ejemplo, una ley autorizando el despido libre) so pena de anticonstitucionalidad, tal como especifica el propio texto del art. 53-1. Y, en sentido positivo, estará obligado a producir normas favorecedoras de ese derecho al trabajo; sin embargo, a nadie se le oculta la dificultad de controlar el efectivo cumplimiento de esa obligación.

Respecto al Gobierno, cabe distinguir su potestad reglamentaria, consagrada por el art. 97 de la Constitución, y su función ejecutiva. A la primera, podemos aplicarle, en líneas generales, lo dicho respecto al poder legislativo,

con una salvedad importante: los reglamentos no pueden ser objeto del recurso de anticonstitucionalidad (art. 161-1-a Const.). Ello plantea el problema de cómo oponerse a un reglamento independiente (en el reglamento de ejecución la cuestión se reconduciría al tema de la adecuación respecto a la ley desarrollada, con el correspondiente control ante la jurisdicción contencioso-administrativa) que vulnere el derecho al trabajo. Pienso que un reglamento semejante vulneraría el principio de reserva de ley establecido por el propio art. 53-1 y que, consiguientemente, podría ser igualmente objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa. Ahora bien, se debe precisar que esa reserva de ley afecta a la «regulación del ejercicio del derecho al trabajo», pero no a disposiciones tendentes a crear las condiciones para que dicho ejercicio sea real. Por ejemplo, la regulación del acceso a una determinada profesión —aunque esto es más bien un tema de libertad profesional, si bien íntimamente conectado con el derecho al trabajo— deberá hacerse por ley; en cambio, la creación de puestos de trabajo puede hacerse a partir de disposiciones reglamentarias.

Esto último enlaza con la función ejecutiva del Gobierno que, en tanto vinculada por el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, debe desarrollarse en un sentido coherente con dicha vinculación. Aquí la cuestión del control es mucho más ardua desde el punto de vista estrictamente jurídico, pero abre grandes perspectivas en el campo de la lucha política: desde la interpelación parlamentaria a la lucha electoral, pasando por el despliegue de la actuación de las fuerzas políticas y sindicales en un sentido de apremio al Gobierno y de exigencia de responsabilidades, todo ello con una cobertura constitucional nada desdeñable en términos de dinámica social.

Por último, ¿cómo quedarían vinculados los Tribunales de Justicia respecto al derecho al trabajo? Ante todo, el Tribunal constitucional estará obligado a apreciar la anticonstitucionalidad de toda ley que viole o «regule sin respetar su contenido esencial» dicho derecho. Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa deberá estimar las impugnaciones de reglamentos administrativos que conculquen el derecho al trabajo. En fin, todos los jueces deberán tener presente la consagración constitucional de esos derechos a la hora de interpretar y aplicar la normativa vigente: una sentencia que aplique una norma jurídica flexible en un sentido contrario al texto constitucional podrá ser objeto de recurso de casación por infracción de ley, la ley constitucional.

Veamos ahora cuál es la garantía que establece la Constitución respecto al cumplimiento por los poderes públicos de una política de pleno empleo. Se trata de una tutela muy débil; la establecida por el párrafo 3 del art. 53, que, según vimos, aplaza la tutela jurisdiccional al momento en que los prin-

cicios políticos en cuestión sean articulados por normas jurídica concretas. De ahí que el mandato del art. 53-3 en el sentido de que esos principios *informen* «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», aparte de su deficiente formulación técnica (49), tenga en ese contexto un valor más bien retórico. Sin embargo, en la medida en que es lícito conectar funcionalmente la política de pleno empleo al derecho al trabajo, mediante el uso de la interpretación sistemática, es posible reconducir el tema al apartado 1 del art. 53, transformando ese tenue compromiso orientativo en una auténtica vinculación jurídica en los términos que vimos al analizar dicho apartado 1.

Examinaremos a continuación la relación del derecho al trabajo con otros derechos consagrados en el texto constitucional. Es evidente su vinculación con el art. 10, párrafo, 1, que eleva «el libre desarrollo de la personalidad» a la categoría de «derecho fundamental». Pero el trabajo no es sólo un elemento necesario y para el desarrollo de la personalidad, sino que, para una gran mayoría de ciudadanos es simplemente una condición inexcusable para obtener los medios elementales de subsistencia, por lo que no creo que sea ninguna exageración conectar el derecho al trabajo con el derecho a la vida reconocido por el art. 15, cuya singular entidad y su ubicación en relación con el artículo 53-2, abre una serie de perspectivas para la articulación del derecho al trabajo que no podemos analizar a fondo en este momento.

La libertad de residencia (art. 19), que está relacionada con la libertad profesional, puede entrar en colisión con el derecho al trabajo si éste se concretase en una asignación de puesto de trabajo en un lugar determinado; pero se trata de una colisión «abstracta»: resulta obvio que el ciudadano elegirá aquel lugar de residencia que exija su puesto de trabajo, o dicho de otra forma, que ejercerá su derecho al trabajo en el sentido de las disponibilidades existentes. Pretender hacer encallar el derecho al trabajo en las engañosas playas de la libertad profesional o de la libertad de residencia es una operación de escasa honestidad intelectual, y de la que ya nos ocupamos anteriormente.

Especial mención merece el art. 41 en el que el seguro de desempleo

(49) Yo no conozco ninguna legislación que no sea positiva; y por otra parte, la legislación y la práctica judicial también son dos tipos de «actuación de los poderes públicos», por lo que resulta chocante emplear las tres expresiones como tres elementos alternativos de una misma locución, dando la impresión de un auténtico *lapsus* mental: que se reducen los poderes públicos al poder ejecutivo. En cambio, en el párrafo 1, al hablar exclusivamente de «todos los poderes públicos», se plantea una fórmula correcta.

aparece como pieza esencial del régimen público de Seguridad Social. Su relación con el derecho al trabajo es clara: uno y otro constituyen dos alternativas de una básica obligación del Estado: proporcionar a sus ciudadanos medios adecuados para su subsistencia. Ahora bien, dicha conexión alternativa hay que matizarla en un doble sentido. Primero, que el seguro de desempleo es una opción subsidiaria, y no deseable, respecto al derecho al trabajo, por cuanto éste está relacionado, según vimos, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad; por ello no cabe situarlos en el mismo plano: el Estado no cumpliría con su obligación de dar trabajo a todos sus ciudadanos organizando un seguro de desempleo por bueno que éste fuese. Pero, en segundo lugar, precisamente, por ese carácter subsidiario del seguro de desempleo respecto al derecho al trabajo y por el entronque que éste tiene con el derecho a la vida (en los términos antes aludidos), tal seguro de desempleo debe ser objeto de una regulación que no establezca limitaciones para su percepción de tal alcance que, en la práctica, muchos ciudadanos parados no pueden beneficiarse de él.

También es importante el principio consagrado por el art. 40-2 según el cual «los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales», una de las actividades estatales más directamente conectadas con el derecho al trabajo.

Citemos, en fin, los arts. 42 y 49 que contienen previsiones específicas respecto al retorno de los emigrantes y la atención a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, previsiones que implican que todos estos trabajadores deben ser objeto de atención preferencial de las medidas de todo orden tendentes a dotar de eficacia al derecho al trabajo.

La enumeración de preceptos constitucionales que acabamos de hacer nos muestra la gran cantidad de campos normativos donde puede hacerse sentir la influencia del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo si se quiere extraer de dicho reconocimiento toda su posible virtualidad. La legislación sobre causas de extinción del contrato de trabajo y sobre expedientes de regulación de empleo; la edad mínima de admisión al trabajo y de jubilación; la duración de la jornada de trabajo y las vacaciones, así como la normativa sobre horas extraordinarias; la organización y función asignada a los servicios de empleo; la política de retorno de los emigrantes; la atención especial a trabajadores minusválidos físicos o psíquicos; la formación y readaptación profesional; la política de inversiones públicas y de subvenciones; las normas sobre seguro de desempleo; etc., etc. Todo ello y mucho más puede ser enfocado de una forma muy diferente si se parte de que el derecho al trabajo es algo más que una declaración retórica y que la política de pleno empleo —concebida como un todo que comprende cada

una de las facetas enumeradas— ha de entroncarse funcionalmente al servicio de ese derecho constitucionalmente reconocido. Y si bien es cierto que, a la vista del análisis anteriormente realizado, no es posible hoy por hoy la pretensión individual de un puesto de trabajo ante los órganos del Estado (salvo la rara excepción del art. 25), no es menos verdad que los preceptos constitucionales abren un ancho campo de actuación en línea con las experiencias de otros países de nuestra área cultural y que enlace con las perspectivas que se vislumbraron en la legislación de nuestra II República.

5. LIBERTAD PROFESIONAL Y DEBER DE TRABAJAR

A lo largo de este estudio se ha aludido en varias ocasiones a la libertad profesional y al deber de trabajar en relación con el derecho al trabajo. En efecto, tanto una como otro se pueden concebir perfectamente como aspectos íntimamente conectados al derecho al trabajo, si bien dicha conexión puede establecerse en clave armónica o, por el contrario, como elementos que se niegan recíprocamente. Así, la libertad profesional puede entenderse como un ingrediente más del derecho al trabajo —éste postularía el derecho a desempeñar una profesión libremente escogida de acuerdo con la propia capacidad profesional— o bien puede levantarse como un dique incompatible con la articulación de un derecho al trabajo mínimamente eficaz, según vimos anteriormente. Por su parte, el deber de trabajar puede integrarse con el derecho al trabajo y con la libertad profesional, dentro de una construcción jurídica del tipo derecho-función, o puede rechazarse como una coacción inadmisibles y opuesta precisamente a la libertad profesional, mediante una asimilación, injustificada a mi parecer, de los términos libertad profesional-libertad de trabajo.

En este apartado nos vamos a referir a la problemática que plantean la libertad profesional y el deber de trabajar considerados en sí mismos, y no ya en relación con el derecho al trabajo, si bien lo haremos muy someramente por las razones explicadas al comienzo de este estudio.

La libertad profesional es definida por el art. 35 de nuestra Constitución como «la libre elección de profesión u oficio» que queda garantizada como un derecho de todos los españoles. Como es sabido, la libertad profesional surgió históricamente con la Revolución burguesa con un sentido beligerante frente al ordenancismo gremial del sistema feudal. De ahí que sus formulaciones iniciales fueran negativas: «Ningún tipo de trabajo, de cultura o de comercio puede ser prohibido a la actividad de los ciudadanos», decía el art. 17 de la segunda Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciu-

dadano de la Revolución francesa, la de 24 de junio de 1793 (50). Desde entonces, ha sido una constante del constitucionalismo occidental, si bien aquel núcleo inicial que contenía la «libertad de industria, comercio, profesión u oficio» ha ido dando paso a una paulatina diferenciación de tres aspectos que, realmente, poco tienen que ver entre sí.

El primero de ellos es la llamada «libertad de empresa» o de iniciativa económica privada, reconocida en nuestra Constitución por el art. 38 y netamente vinculada a la propiedad privada de los medios de producción y al modelo socioeconómico que se ha dado en denominar de «economía de mercado». Este principio está sujeto a una serie de limitaciones dimanantes del adjetivo «social» que los epígonos del sistema suelen intercalar en dicha expresión definitoria, limitaciones que una práctica histórica bisecular ha revelado como imprescindibles para el propio mantenimiento del sistema capitalista. Su formulación se halla dispersa en varios artículos de nuestro texto constitucional: en el 33-2 que establece la «función social» de la propiedad como un límite de su contenido; el propio 38, que garantiza la protección de la libertad de empresa «de acuerdo con las exigencias de la economía general», en relación con el 131 que permite la planificación mediante ley, de dicha economía; y, sobre todo, el art. 128 que, tras declarar que, «toda la riqueza del país... está subordinada al interés general», reconoce la iniciativa económica pública y la posibilidad de reservar mediante ley al sector público «recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio...».

Esta última norma es la más directamente limitadora de la libertad profesional en su aspecto de libertad de empresa, y sus orígenes constitucionales se remontan al texto de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917, que, tras afirmar en su art. 4.º que «a ninguna persona podrán impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos» añadía en el art. 28 que «en los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase», exceptuando a continuación, como monopolios estatales: correos, telégrafos y la emisión de billetes (51). Esta tímida formulación de las limitaciones al principio de iniciativa económica privada se mantiene en la Constitución de Weimar que, tras reconocer «al individuo la libertad económica» en el art. 151, declaraba en el último párrafo del art. 153: «La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general» (52).

(50) Puede verse en *Textos básicos...*, cit., pág. 92.

(51) *Ibidem*, págs. 113 y 126.

(52) *Ibidem*, págs. 154 y 155.

Más enérgica es ya la fórmula empleada por el art. 44 de la Constitución de la II República Española que preveía la nacionalización de «los servicios públicos y explotaciones que afecten al interés común» (53). Y en esa misma línea, la Constitución italiana de 27-XII-1947, en sus arts. 41, 42 y, sobre todo, 43: «Por razones de utilidad general, la Ley puede reservar al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio que tengan carácter de preeminente interés general» (54). O también el art. 15 de la Ley Fundamental de Bonn: «Con fines de socialización, y mediante una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización, la tierra y el suelo, las riquezas naturales y los medios de producción podrán ser convertidos en propiedad colectiva...» (55).

El segundo aspecto de la libertad profesional es el referido al ejercicio de actividades laborales por cuenta propia que, aún hoy, se encuentran fuertemente limitadas por una normativa corporativista y de fuerte sabor gremial como es la emanada de los Colegios Profesionales. Pese a que éstos han sido constitucionalizados por el artículo 36 de nuestro texto fundamental, dicho precepto remite a una ley formal la regulación del «ejercicio de las profesiones tituladas». Pues bien, dicha futura ley —o futuras leyes— habrá de tener muy en cuenta no solamente el principio genérico de libertad profesional del artículo 35, sino también el derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» consagrado en el artículo 10, so pena de incurrir en vicio de inconstitucionalidad ex artículo 53.1 en lo que se refiere al respeto, por parte de dichas leyes desarrolladoras, del «contenido esencial» de los derechos regulados por las mismas.

Similares consideraciones cabe hacer respecto a la normativa que limita el acceso a los estudios superiores: la tan traída y llevada selectividad universitaria, cuya futura regulación habrá de tener presente no sólo el contenido del artículo 44 —derecho de acceso a la cultura—, sino el del ya citado artículo 10.1 y el del importantísimo párrafo 2.º del artículo 9.º cuyo mandato es muy similar al del archifamoso artículo 3.2 de la Constitución italiana: promover que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas.

Dentro de este segundo aspecto cabe citar también determinadas res-

(53) *Ibidem*, pág. 171.

(54) *Ibidem*, pág. 208.

(55) En anexo al volumen colectivo sobre *Constitución y economía* (transcripción de la mesa redonda organizada por el Centro de Estudios y Comunicación Económica, S. A.), en «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1977, pág. 336.

tricciones al ejercicio de actividades de pequeño comercio, en base a una compleja —y, en ocasiones, injustificada— normativa de carácter municipal que afecta a categorías de ciudadanos no muy favorecidos por la fortuna: fotógrafos de parques, vendedores ambulantes, etc., y que recientemente está dando origen a ciertos problemas ante las quejas de determinados comerciantes por la presunta competencia que les hacen los *hippies* vendedores de baratijas a las puertas de los grandes almacenes.

El tercer aspecto, en fin, de la libertad profesional concierne a los trabajadores por cuenta ajena. Dentro de él me referiré a cuatro cuestiones concretas. La primera es la prohibición de competencia regulada en términos arcaicos por los artículos 73 y 74 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo (56), sobre cuya constitucionalidad cabe abrigar hoy serias dudas. En segundo lugar, hay que hacer forzosa mención a un tema que de nuevo ha saltado a la palestra pública en estos días: la obsoleta, ilegal y, cabe hoy afirmar, anticonstitucional normativa federativa sobre los futbolistas profesionales, en particular lo referente al llamado «derecho de retención» (57). En tercer lugar, toda la normativa sobre trabajadores extranjeros y sobre ciertas prohibiciones de contratar (mujeres y menores) que habrá que reexaminar a la luz, respectivamente, de los artículos 13.1 y 14 de la Constitución. Por último, el tema de las cláusulas de seguridad sindical, si bien afecta, según vimos, al derecho al trabajo *tout court*, está también evidentemente relacionado con la libertad profesional y sobre ello existe una copiosa jurisprudencia anglosajona, sobre todo a partir de que dicha práctica sindical ha sido legalizada por la Trade Union and Labour Relations Act de 1974 y su enmienda de 1976 (58).

Digamos, por último, que sobre la libertad profesional en sus múltiples aspectos incide una complejísima normativa administrativa y tributaria en cuyo análisis no podemos entrar aquí. Baste decir que dicha normativa tiene amplia base constitucional en los artículos 38, 45, 47, 131, 133, etc.

En cuanto al deber de trabajar, nuestro análisis va a ser aún más somero. Obviamente, al establecer dicho deber, el artículo 35 no se refiere al trabajo forzoso, que queda expresamente prohibido por el artículo 25.2. Tampoco constituye su objeto las llamadas prestaciones personales obligatorias: servicio militar o civil sustitutivo y deberes de los ciudadanos para hacer frente

(56) Sobre este tema, J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977.

(57) Sobre este tema, J. CABRERA BAZÁN: *El contrato de trabajo deportivo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

(58) Un análisis de esa jurisprudencia en HARRY STREET: *Freedom, the Individual and the Law*, Penguin Books, 4.ª ed., 1977, págs. 252 a 257.

a calamidades públicas (art. 30). Se trata, por el contrario, de algo más general y, al propio tiempo, más difuso: la obligación de «desempeñar una actividad o una función que concorra al progreso material y espiritual de la sociedad», por decirlo con la lograda expresión del artículo 4.2 de la Constitución italiana vigente. Si libertad profesional y derecho al trabajo hunden sus raíces, respectivamente, en los dos pilares básicos de la libertad y la igualdad, el deber de trabajar se asienta en el tercero de esos pilares: la solidaridad.

Quizá por eso mismo, habida cuenta de que la solidaridad sigue constituyendo hoy día una meta lejana en nuestras sociedades, la mayoría de los autores continúa negando juridicidad a dicho deber de trabajar, que sería más bien de índole moral que una auténtica obligación jurídica. Esta última solamente sería concebible en un sistema de economía colectivizada o, al menos, en un régimen en el cual la clase trabajadora ocupara una posición hegemónica (59). La historia constitucional parece avalar también esta tesis. Salvo el consabido antecedente de la Constitución francesa de 1848, cuyo preámbulo declaraba en el punto VII que «los ciudadanos... deben asegurarse, por el trabajo, medios de subsistencia» (60), las Constituciones occidentales se limitan a proscribir el trabajo forzoso, pero no mencionan el deber de trabajar, que no aparece sino en la «Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado» emanada del III Congreso Panruso de los Soviets el 10 de julio de 1918, cuyo artículo 3.º, párrafo f), ordenaba: «Para suprimir los elementos parásitos de la sociedad y organizar la vida económica del país queda establecido el trabajo general obligatorio» (61).

A partir de ese momento, los polos se acercan. Por un lado, la Constitución de Weimar menciona ya el deber de trabajar, si bien lo califica expresamente como «deber moral» en su artículo 163 (62). Este deber moral pasa a ser una «obligación social» en el artículo 46 de nuestra Constitución de 1931 (63), cambio que no pasó inadvertido a los comentaristas de la época; así, Pérez Serrano señala con reticencia: «El precepto, si merece realmente este nombre, no se contenta con declarar que el trabajo es un *deber*, sino que lo reputa *obligación*, queriendo acaso pasar de lo moral a lo

(59) Tales son los términos en que se expresan G. D'EUFEA: *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milán, 1958, pág. 24, y M. S. GIANNINI: *Rilevanza costituzionale del lavoro*, en «Rivista Giuridica del Lavoro», 1949-50, I, pág. 13, ambos citados por MANCINI en *Dovere e libertà di lavorare*, cit., pág. 575.

(60) *Textos básicos...*, cit., pág. 102.

(61) *Ibidem*, pág. 143.

(62) Véase en nota 13.

(63) *Ibidem*.

jurídico; pero no tiene todo el vigor necesario para ello: aparte de que antes se ha reconocido el derecho de propiedad» (64). La última afirmación de Pérez Serrano toca el núcleo de la cuestión: ¿tiene algún sentido —que no sea metafísico— obligar a trabajar a quien puede vivir de las rentas de sus propiedades? Por otro lado, las fórmulas de las Constituciones socialistas posteriores son menos enérgicas que la empleada en 1918. Baste citar, a título de ejemplo, el artículo 60 de la vigente Constitución de la URSS (7-10-1977): «Es deber y cuestión de honor para todo ciudadano de la URSS apto, trabajar honestamente en la esfera de actividad que haya elegido, útil para la sociedad, y respetar la disciplina laboral. Eludir el trabajo socialmente útil es incompatible con los principios de la sociedad socialista» (65), donde la cuestión se sitúa más bien a un nivel principialista y filosófico-jurídico.

Por encima del acercamiento semántico de los textos constitucionales subsisten, no obstante, diferencias de fondo entre un tipo y otro de organización social que proporcionan un valor muy distinto a las palabras. El problema, sin embargo, se plantea en términos similares a los que ya vimos al analizar el derecho al trabajo: de la constatación de esas diferencias, ¿hay que deducir forzosamente la imposibilidad de dotar de juridicidad al deber de trabajar en nuestro contexto social? Mancini opina resueltamente en contra, argumentando que para admitir esa juridicidad basta que el Estado esté «dotado de un *modicum* de eticidad» (66). Ahora bien, Mancini reconoce que se trata de una norma jurídica imperfecta, en el sentido técnico del término; por cuanto desprovista de sanción, una vez que fue rechazada por abrumadora mayoría la que estaba prevista en el proyecto de la Comisión constitucional: hacer del cumplimiento del deber de trabajar «condición para el ejercicio de los derechos políticos» (67).

En mi opinión, resulta en todo caso algo infantil pretender corregir la injusticia básica de un sistema que permite a determinada categoría de ciudadanos vivir de la renta mediante la exigencia del deber de trabajar. Creo que en este campo el frente está situado más a retaguardia: se trata de evitar una utilización represiva de dicho deber constitucional. El hecho de que en nuestro modelo cultural, como dice Mancini, se rechace al *hippy* mientras se exalta al *play-boy* (68) implica la prevalencia de unos criterios

(64) N. PÉREZ SERRANO: *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 200.

(65) Edición citada.

(66) MANCINI: *Dovere...*, cit., pág. 576.

(67) *Ibidem*, pág. 578.

(68) *Ibidem*, pág. 576.

morales harto discutibles. La traducción jurídica de dichos criterios: protección del ocioso rico, represión del ocioso marginal mediante la legislación de «vagos y maleantes», resulta más bien inadmisibles. La pretensión de dotar a esa discriminación jurídica de una cobertura del máximo rango a través de una lectura sesgada del texto constitucional, constituye una maniobra que debe ser resueltamente combatida. Y para ello lo mejor es reconducir el deber de trabajar al ámbito que le es propio: el principio de solidaridad social, de tal forma que tal deber pueda enunciarse negativamente como «prohibición de vivir de la explotación del trabajo ajeno», lo que, obviamente, expresaría en nuestro contexto social un simple homenaje retórico del vicio a la virtud. Por el contrario, intentar oponer deber de trabajar y derecho al ocio constituye una desviación del problema que, como recuerda Mancini (69), ya en su día supo detectar Paul Lafargue cuando escribió *El derecho a la pereza*, oponiéndose a las manipulaciones ideológicas en clave de exaltación del «amor al trabajo». Por último, aceptar acríticamente las valoraciones al uso sobre lo que debe entenderse por «actividad socialmente útil» como base del deber de trabajar, no parece la actitud más recomendable si se desea mantener un mínimo margen de libertad analítica.

MANUEL-RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

Profesor Adjunto numerario
de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla

(69) *Ibidem*, pág. 568.

the fact that the *Journal of the American Medical Association* (JAMA) has been the most influential journal in the field of medicine for over a century. The JAMA is a peer-reviewed journal that publishes research, clinical practice, and medical education. It is the most widely read and cited journal in the field of medicine. The JAMA is published by the American Medical Association (AMA), which is a professional organization of physicians. The JAMA is a leading voice in the medical community and has a long history of publishing high-quality research and clinical practice. The JAMA is a key resource for medical professionals and the general public alike. The JAMA is a leading voice in the medical community and has a long history of publishing high-quality research and clinical practice. The JAMA is a key resource for medical professionals and the general public alike.