

NOTAS SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Rafael Herranz Castillo



ACE tan sólo cuatro años, el profesor García Amado señalaba que «el Derecho del Trabajo, como materia o disciplina jurídica, es la gran desconocida e ignorada por los iusfilósofos»¹. Denunciaba, en relación con este déficit, el anquilosamiento de la perspectiva filosófico-jurídica en una concepción del Derecho anclada en tiempos pretéritos (o, peor aún, que nunca existieron con los rasgos que se imputan); y se proponía contribuir a un diálogo entre ambos campos de conocimiento, acercando aspectos del Derecho Laboral al ámbito de la reflexión iusfilosófica.

El interés por el tema del trabajo en el marco de los derechos sociales, y la crítica del papel central que hasta ahora ha venido jugando entre ellos, si bien no son nuevos², están detrás de algunos trabajos recientes en el ámbito de la

¹ J. A. GARCÍA AMADO, «El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1999 (fecha publicación marzo 1999), preámbulo.

² El tema fue abordado por G. PECES-BARBA en su clásico «El socialismo y el derecho al trabajo», en *Sistema*, núm. 97, julio 1990, pp. 3-10.

Filosofía del Derecho española³. En la mayoría de ellos creo percibir un cierto esquematismo en la caracterización del derecho al trabajo, que tiende a identificarse, exclusivamente, con el acceso al empleo, dejando de lado otros aspectos muy relevantes, como el de la estabilidad o permanencia en el empleo. Me propongo abrir un diálogo entre las dos disciplinas, abordando desde un enfoque propio de la Filosofía del Derecho un tema que ya ha sido analizado por los laboristas⁴. Defenderé en este trabajo que el artículo 35 de la Constitución española de 1978 (CE) reconoce y protege un verdadero derecho de los ciudadanos, y no se limita a una función programática. No estamos sólo ante una mera declaración retórica⁵, ni ante una directriz, que enmarcaría únicamente un conjunto de obligaciones prestacionales por parte de los poderes públicos, sino ante un derecho que, con cierto alcance y en ciertos contextos normativos, puede ser alegado ante los tribunales de justicia y puede ser aplicado por éstos para la resolución de litigios.

Será una teoría centrada en los intereses protegidos la que cuadre mejor con la fundamentación de los derechos sociales y, en particular, del derecho al trabajo. Y desde otra perspectiva el derecho al trabajo (art. 35 CE) constituye el componente estructural básico del Derecho Laboral como rama del Ordenamiento; así, las normas que integran esta rama podrían ser entendidas como contrapartidas del derecho al trabajo en sus diferentes manifestaciones y expresiones. No es difícil mantener la identidad del contrato laboral frente al contrato civil, como géneros diferenciados, que dan origen a dos ramas jurídicas asimismo diferenciadas.

1. EL CONCEPTO DE DERECHO

El término «derecho» es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual. Es un tópico de nuestro tiempo. Es el argumento básico al que apelan, defendiendo su legitimidad, la mayoría de los sistemas políticos contemporáneos.

³ Entre otros, M. J. AÑÓN, «Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002 (fecha publicación noviembre 2002); y P. MIRAVET BERGÓN, «Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, pp. 359-393.

⁴ R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

⁵ Esta es la posición defendida por PECES-BARBA en su trabajo de 1990, cit. en nota 2: no es posible positivar un derecho fundamental al trabajo.



Francisco Laporta⁶ ofreció, hace algún tiempo, una propuesta de definición de «derecho» que asumo como punto de partida para mi investigación. Señala Laporta que los componentes de una correcta noción de «derecho» son los siguientes:

- a) la adscripción a los *miembros* individuales de una clase de...,
- b) una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc.,
- c) considerada por el sistema normativo un *bien* tal que constituye una razón fuerte...,
- d) para articular una *protección* normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc.

Afirma Laporta que los derechos son algo que tiene un carácter previo o prioritario, que está antes que las acciones procesales, las pretensiones, antes que los poderes normativos, las inmunidades, etc.; esto es, que los derechos existen antes que las normas jurídicas que los protegen, y se entienden mejor como el título (o justificante) que subyace a las diversas técnicas de protección con que podemos tutelarlos en un determinado sistema jurídico⁷.

Un elemento central en la definición de Laporta (y, a mi juicio, en toda definición correcta de «derecho») es la siguiente: decir que alguien tiene derecho a «X» significa, en todo caso, que un aspecto del bienestar o de los intereses de esa persona es un bien normativamente protegido, algo valioso que el sistema normativo en cuestión (nos centraremos a partir de ahora en sistemas jurídicos) tutela a través de técnicas de protección específicas. Y de manera muy especial, a través de la imposición de obligaciones a otras personas, sean positivas o negativas.

Por último, es importante reiterar que una cosa son los derechos, y otra distinta las técnicas de protección⁸. La existencia o reconocimiento de un derecho puede venir, o no, acompañada de garantías procesales más o menos sofisticadas, que pueden contribuir a su eficacia. Estas técnicas de protección van desde la consagración del derecho en cuestión en la norma

⁶ F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos». *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 23-46, aquí p. 31.

⁷ F. LAPORTA, *op. cit.*, pp. 27-28. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, señala que los derechos fundamentales se identifican con las mismas normas y reglas generales que los atribuyen: los derechos son normas. Ver aquí pp. 48-49.

⁸ F. LAPORTA, *op. cit.*, pp. 27 y 30, entre otras.

constitucional, pasando por la supremacía y por la aplicación directa de ésta, el principio de interpretación de todas las normas de conformidad con el respeto a los derechos fundamentales, la reserva de ley (incluso de un tipo especial de ley, como la ley orgánica), el desapoderamiento al Ejecutivo de la posibilidad de regular los derechos y sus condiciones de ejercicio, la imposición de límites al legislador, el establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad (concentrado o difuso) de las normas con rango de ley, hasta la protección específica y directa de los derechos por parte de los tribunales de justicia, por procedimientos ordinarios o preferentes, por parte de la jurisdicción constitucional, por instituciones *ad hoc*, y finalmente por parte de tribunales de ámbito internacional⁹.

Ferrajoli ha insistido especialmente en esta distinción entre los derechos fundamentales y sus garantías (o técnicas de protección). Para el autor italiano, los derechos subjetivos son expectativas atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, mientras que las garantías operan en el plano de los deberes y obligaciones impuestos a otros sujetos por otras normas jurídicas relacionadas. El argumento principal de Ferrajoli se apoya en el carácter normodinámico del Derecho positivo: ya que la existencia de los derechos, y de las obligaciones, dependen de la existencia de normas jurídicas que los prevean, y no de una labor de deducción lógica, es posible que existan derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento pero que no se hayan promulgado las normas de garantía correspondientes a esos derechos¹⁰.

La tesis de Ferrajoli resulta atractiva, y plenamente aplicable, por ejemplo, a los derechos sociales reflejados en la CE. Su reconocimiento constitucional, atribuyendo expectativas a ciertos titulares, hace que podamos hablar de ellos como verdaderos derechos constitucionales, sin perjuicio de que no se hayan desarrollado por el legislador las garantías precisas para hacerlos fácilmente efectivos en la práctica. Estamos, en tales casos, ante lagunas normativas¹¹, y habrá que recurrir, para colmarlas, a los méto-

⁹ J. GARCÍA MORILLO. *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 23. Más ampliamente, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1995, Capítulo XIX, pp. 501-568.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 59 y ss.

¹¹ Sobre las lagunas, H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1977 (15.ª edic.), pp. 172-178, y *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, U.N.A.M., 1958 (2.ª edic.), pp. 174-177; P. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, Comares, Granada, 1999 (original 1912); N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991 (originales 1958 y 1960), pp. 221-252, y C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la*

dos de integración conocidos. Además, en muchos casos nos encontraremos ante lagunas debidas a la falta de iniciativa del legislador, a sus omisiones, y a sus incumplimientos¹².

Por último, y al abordar el tema de las posibilidades de realización y justiciabilidad de los derechos (especialmente los derechos sociales), debe evitarse la confusión entre sus posibilidades de realización técnica y de realización política¹³. En el primer plano, nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos; por el contrario, admiten una tutela jurisdiccional adecuada, pueden informar los mecanismos e instituciones procesales¹⁴, y pueden garantizarse mediante técnicas de protección novedosas. Cosa distinta es su realización política, por la exigencia de una importante redistribución de recursos y la implantación de un esquema de deberes positivos generales, orientados, en ambos casos, a la satisfacción de necesidades de las personas titulares de derechos.

Este dato nos lleva a una consecuencia importante: no es lo mismo clasificar los derechos que clasificar sus técnicas de protección. Es distinto avanzar propuestas abstractas de clasificación de los derechos (por el sujeto, por su contenido, por su finalidad, por el modo de ejercerlos...) que, por otra parte, describir la clasificación que de ellos hace un determinado texto constitucional, bien atendiendo a su estructura, bien atendiendo a las diferentes garantías que establece¹⁵. Pero son cuestiones no coincidentes entre sí. No debemos caer en el error de confundir una clasificación de los derechos apoyada en el texto de, por ejemplo, la CE, atendiendo a las distintas garantías y niveles de protección que prevé, con una clasificación de validez general, fundada en el objeto o contenido de los derechos. Tendré ocasión de volver sobre este punto.

Por último, los derechos son elementos que conforman el ordenamiento jurídico y, desde esta perspectiva, pueden imponerse al margen de

metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1987, caps. VIII y IX, pp. 201-241.

¹² L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 63.

¹³ *Ibid.*, pp. 64-65.

¹⁴ Sin ir más lejos, la inversión de la carga de la prueba en los procesos por violación de la libertad sindical, artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., capítulo XVII, pp. 441-469, y L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, Cap. V, pp. 121 y ss.

que un sujeto determinado los invoque o denuncie su vulneración: en ocasiones, puede justificarse la defensa y tutela de un derecho sin recurrir a la voluntad del titular, e incluso aquéllas pueden implicar restricciones de la libertad de decisión de este titular.

Una conocida defensa de esta tesis se encuentra en la sentencia (en adelante, S) 53/1985 del Tribunal Constitucional español (TC), de 11 de abril, FFJJ 4.º y 5.º, cuando afirma que los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, y que son la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto del ordenamiento. Del sistema de los derechos fundamentales no sólo se derivan obligaciones negativas por parte de los poderes públicos, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad..., ello obliga especialmente al legislador¹⁶.

Los derechos, además de convertirse en criterios de validez de las restantes normas, y de operar como pautas orientadoras de la interpretación jurídica, pueden hacerse valer con independencia de las posiciones subjetivas en juego. Los derechos son, desde este punto de vista, genuinas instituciones, y constituyen un orden de valor¹⁷.

Casi todas las teorías que conozco sobre el concepto de derecho aceptan la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes. En un sentido débil, y bastante general, decir que una persona P tiene un derecho significa decir que otros sujetos tienen algún tipo de deberes u obligaciones, sean activas o pasivas. A pesar de algunas críticas (Hart, Feinberg¹⁸) creo que esta postura posee un sólido arraigo en la actualidad.

Laporta ha expresado al respecto algunas dudas, pues entiende que la tesis de la correlación puede ser entendida como reflejo de la prioridad lógica de los deberes sobre los derechos¹⁹. Entiendo, sin embargo, que pueden

¹⁶ Tesis que se repite en la STC 25/1981, de 14 de julio. Ver Ernesto J. VIDAL GIL, «Los derechos humanos como derechos subjetivos», en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 23-41; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991 (4.ª edic.), pp. 286-295, sobre los derechos como valores, principios y normas; C. BARRANCO AVILÉS, «El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, pp. 205-226, aquí p. 207.

¹⁷ C. BARRANCO AVILÉS, *op. cit.*, p. 210, con referencia, entre otros, a Peter Häberle.

¹⁸ Cfr. J. R. DE PÁRAMO, «El concepto de *derecho*: Una introducción bibliográfica», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-87, pp. 199-218, aquí pp. 201-02, con abundantes referencias.

¹⁹ F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *cit.*, pp. 25-26.



defenderse simultáneamente ambas posiciones: que los derechos tiene prioridad (tanto lógica como axiológica) sobre las obligaciones, y que todos los derechos implican siempre obligaciones correlativas. Si no hay razones suficientes para imponer esta obligación, probablemente tengamos que afirmar que no existe un verdadero derecho.

A mi juicio, éste es un punto clave con consecuencias importantes para el análisis de los preceptos constitucionales que regulan derechos de los individuos. El concepto de derecho presenta una vinculación especialmente intensa con la idea de que los derechos y las obligaciones van más allá de lo simplemente «justo» o «injusto», pues pueden legitimar el recurso a la coacción: «es parte de la noción de deber en todas sus formas el que una persona pueda ser obligada justamente a cumplir con él. El deber es algo que puede ser exigido a una persona...»²⁰. No parece posible comprender un derecho carente de fuerza vinculante, un derecho sin exigibilidad, un derecho como mero artificio retórico... Si alguien tiene un derecho, otros se encuentran con obligaciones (por ejemplo, de no interferir con él).

Y aquí viene a cuento la tesis de Ferrajoli. Cuando nos encontramos con normas jurídicas que estipulan derechos, pero faltan las correspondientes normas que imponen deberes, a veces se dice que no nos encontramos ante verdaderos derechos, o que se trata de «derechos de papel». Creo que la interpretación correcta es otra: existe una laguna por ausencia de normas que deberían existir en ese ordenamiento (o una antinomia, en su caso). La correlación entre derechos y obligaciones opera en el plano normativo, no en el plano empírico²¹.

2. DERECHOS, INTERESES Y NECESIDADES

Es muy conocida la tradicional disputa, surgida entre dos tendencias de la dogmática civilista alemana del siglo XIX, entre las teorías de la voluntad y del interés como explicaciones o fundamentaciones de la noción de derecho subjetivo. En la doctrina anglosajona, suele diferenciarse entre una teoría del reclamante (o de la elección protegida) y una teoría del beneficia-

²⁰ La cita es de J. S. MILL, *El Utilitarismo*, Altaya, Barcelona, 1994, capt. 5, p. 110. Ver asimismo S. GOYARD-FABRE, «Por los derechos del hombre con obligación y sanción», en *Derechos y libertades*, núm. 1, 1993, pp. 133-148.

²¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 61-62.

rio. Si bien esta última puede remontarse a Bentham, creo que no hace falta remontarse tan lejos para sostener una tesis similar.

Pues bien, muchas formulaciones en la teoría de los derechos, a lo largo de las últimas décadas, se apartan del voluntarismo para insistir decididamente en que las ideas de «bien», «beneficio», «necesidad» o «interés» aparecen siempre ligadas al concepto mismo de derecho²².

Así, para Joseph Raz, un derecho es fundamental si se justifica sobre la base de que el valor del bien o del interés protegido no deriva de algún otro interés del titular o de otras personas. Se trataría de un interés básico o primario. Decir que una persona tiene un derecho es decir que un interés suyo es suficiente justificación para imponer obligaciones sobre otras personas²³. Así, la existencia de un derecho jurídico dependerá de si el Derecho considera que el interés de ciertos sujetos es una razón suficiente para sostener que terceras personas están sometidas a determinadas obligaciones. Joel Feinberg ha seguido una línea argumental similar, si bien insistiendo en que los derechos consisten en «pretensiones» o «reclamaciones válidas» hacia algo y contra alguien, fundamentadas dentro de un sistema de reglas²⁴.

Neil MacCormick ha propuesto otra variante de la teoría del interés, después de rechazar la teoría de la voluntad por inadecuada. Para MacCormick, «atribuir a todos los miembros de una clase C un derecho a recibir el trato T es presuponer que T es, en todas las circunstancias normales, un bien para cada miembro de C, y que T es un bien que sería incorrecto rehusara cualquier miembro de C»²⁵. Este autor es muy explícito al señalar que toda disposición legal concebida para atribuir o garantizar derechos de unas personas pretende promover y defender sus intereses, sobre la base de que ese

²² Un panorama de estas posiciones puede encontrarse en M. J. ANÓN, «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos...*, cit., pp. 100-115. Esta autora es una de las pioneras de la investigación sobre teoría de las necesidades en España, comenzando por su tesis doctoral sobre la obra de Agnes Heller. Varios artículos sobre la cuestión de las necesidades básicas se publicaron, asimismo, en *Doxa*, núm. 7, 1990.

²³ Cito por J. R. DE PÁRAMO, «El concepto de *derecho...*», cit., pp. 205-06. El trabajo de Raz, «On the nature of rights», originariamente publicado en 1984, se encuentra recogido en J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, capt. 7.

²⁴ J. FEINBERG, «Duties, Rights, and Claims», *American Philosophical Quarterly*, núm. 3, 1966, y «The Nature and Value of Rights», en *Journal of Value Inquiry*, núm. 4, 1970,; ambos recogidos en *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, New Jersey, Princeton U. P., 1980, pp. 130-42 y 143-55, respectivamente.

²⁵ N. MACCORMICK, «Los derechos de los niños: Una prueba para las teorías del derecho», en *Derecho legal y socialdemocracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-137, aquí pp. 135-36.

derecho tutela algo que es (normalmente) un bien, algo valioso para todos esos sujetos, algo que desean y que redundará en su bienestar.

Entre nosotros, Liborio Hierro formuló hace ya tiempo una tesis similar, apoyándose en el concepto de «necesidad». Para él, tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso, siendo esta definición aplicable igualmente a los derechos jurídicos²⁶. Según Hierro, con la idea de necesidad se apunta hacia el aspecto objetivo del interés o deseo que se trata de satisfacer, relegando a segundo término la dimensión subjetiva o voluntarista.

Cuando afirmamos que «X» debe hacerse en favor de alguien porque tiene un «derecho» a ello estaríamos, entonces, afirmando dos cosas:

1.^a que esa persona tiene una necesidad que puede ser satisfecha mediante la efectividad de ese derecho, y

2.^a que no solamente es bueno (es justo, es moral) hacer «X» en su favor, sino que sería malo (injusto, inmoral) dejar de hacerlo.

Las necesidades no pertenecen a la esfera de los deseos, intenciones ni creencias. No se confunde el hecho de «tener una necesidad» con el hecho de «tener un deseo». En el primer caso, hacemos referencia a una realidad objetiva, y estamos diciendo algo sobre cómo es esta realidad, cómo se encuentra constituida en un momento y lugar determinados. Si bien es cierto, sin duda, que en muchas circunstancias un sujeto puede necesitar un bien X con un propósito, dentro de un contexto determinado («necesito encontrar un teléfono *para* hacer una llamada», «necesito echar gasolina al coche *para* ir a Toledo», etc.), las necesidades ligadas a los derechos fundamentales no revisten este carácter. Las necesidades no constituyen ni se reducen a actos intencionales. Podemos hablar de ellas como necesidades absolutas, ya que expresiones del tipo «necesito X», sin ulteriores matices, son perfectamente correctas en estos casos²⁷.

²⁶ L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», en *Sistema*, núm. 46, enero 1982, pp. 45-61, aquí p. 57. Este autor presenta nuevas reflexiones sobre la materia en sus trabajos «Las huellas de la desigualdad en la Constitución», en R. MATE (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Argenteria/Visor, Madrid, 1995, pp. 131-150; «Justicia, igualdad y eficiencia», publicado en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la U.A.M.* núm. 2, 1998, pp. 145 y ss., y «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 11-73.

²⁷ J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 55-81, aquí p. 61.

Cuestión diferente es cuáles de esas necesidades pueden ser calificadas de necesidades básicas. Mario Bunge recurre a un criterio sumamente estricto, denominando necesidades básicas primarias a aquellas cuya satisfacción es necesaria para que el sujeto se mantenga con vida, evitando la muerte, y necesidades secundarias a aquellas cuya satisfacción es necesaria para conservar o recuperar la salud²⁸.

Entiendo que esta posición es muy restrictiva, ya que no incorpora al grupo de las necesidades básicas aquellas que tienen que ver con los estándares de bienestar mínimos que una sociedad puede entender como inherentes a la propia noción de dignidad humana: la necesidad de saber leer y escribir, o de tener un techo bajo el que cobijarse, o de no tener que mendigar para poder comer diariamente...

Desde la perspectiva más amplia y flexible que defiende, la noción de satisfacer una necesidad guarda una estrecha correlación con la de evitar un daño injusto, o reparar un agravio. Quien no ve atendidas sus necesidades experimenta un cierto grado de perjuicio o de sufrimiento, males que pueden ser evitados, en esas circunstancias dadas, por la actuación de terceras personas²⁹.

Si estoy en lo cierto, afirmar que un sujeto tiene una necesidad X quiere decir, no sólo que él desea o prefiere X, sino que X es necesario o indispensable para su vida (necesidad primaria de Bunge), su salud (necesidad secundaria de Bunge), o su bienestar (como apunté antes). Y esta apreciación no es subjetiva, no depende de la forma en que ese sujeto interpreta sus relaciones sociales, ni de su actitud, preferencias o aspiraciones, sino, por el contrario, de cuáles son, objetivamente, los mínimos vitales que su grupo social está dispuesto a admitir, los mínimos por debajo de los cuales una persona que vive en su seno pierde necesariamente una parte de su dignidad humana. Por este motivo, la idea de necesidad no entronca directamente con las nociones de preferencias o deseos, sino más bien con el concepto de «interés». Si un sujeto tiene una necesidad X, podemos afirmar sin dudar que tiene

²⁸ M. BUNGE, *Treatise on Basic Philosophy. Vol. 8: The Good and the Right*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1989, aquí p. 35.

²⁹ Sigo aquí algunas ideas de D. WIGGINS, «Claims of need», en T. HONDERICH (ed.), *Morality and Objectivity. A tribute to J. L. Mackie*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, pp. 149-202, aquí pp. 153 y ss., que cita como posturas próximas a la suya las de Anscombe, Feinberg y Finnis, entre otros.



un interés (legítimo) en X. Y si se trata de una necesidad básica, podemos afirmar que X supone para él un interés vital³⁰.

Como han indicado De Lucas y Añón, las necesidades pueden entenderse como razones para la acción: una vez establecida una necesidad, su existencia es por sí misma una buena razón para satisfacerla, una razón suficiente para orientar la acción, y para exigir que terceras personas la tengan en cuenta en su razonamiento práctico³¹.

Esta formulación nos permite dar un paso importante en la caracterización de los derechos fundamentales. Adscribir un derecho a ciertas personas se fundamenta en que el ejercicio de ese derecho satisface alguna necesidad o protege algún interés vital de esas personas; y esta satisfacción o protección revisten tal importancia que denegarlas causaría un daño o perjuicio arbitrarios a la persona afectada³². Si nos planteamos cuestiones de fundamentación y determinación de los derechos (morales, en primer lugar, e inmediatamente después jurídicos), la vía más adecuada, como ha indicado Garzón Valdés, es «dirigir la atención sobre sus necesidades básicas, ya que es su satisfacción la que permite que la persona pueda existir como ser viviente»³³.

Coincido con Garzón (y con otros autores) en que, si se quiere hablar de moral, hay que suponer la existencia de ciertas condiciones que todas las personas tienen interés en satisfacer, porque sin ellas su existencia se haría imposible, de ciertas necesidades cuya exigencia de satisfacción comparten todos los seres humanos por el hecho de ser tales³⁴. Es en este sentido en que puede hablarse de universalidad o generalidad de los derechos fundamentales.

Pero, por otro lado, no puede desconocerse que las nociones de interés vital y de necesidad no admiten una aproximación abstracta, ni su codifica-

³⁰ D. WIGGINS, *op. cit.*, p. 159. R. ZIMMERLING, «Necesidades básicas y relativismo moral», en *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 35-55, aquí p. 51, prefiere definir las necesidades básicas recurriendo a la realización de algún fin vital no contingente y, con ello, a «la persecución de todo plan de vida».

³¹ J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, «Necesidades, razones, derechos», *cit.*, pp. 74-75, citando a Raz y a MacCormick.

³² N. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 133.

³³ E. GARZÓN VALDÉS, «Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge», en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 417-435, aquí p. 424. O en palabras de M. J. Añón, los derechos se justifican «por su capacidad para dar respuesta a las necesidades que son básicas y que se desarrollan históricamente»: cfr. su «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», *cit.*, p. 111.

³⁴ *Ibid.*, pp. 424-25. Garzón Valdés cita asimismo las posiciones de MacCormick y de A. Gewirth.

ción de una vez por todas, sino que exigen un tratamiento particularizado. Más allá de la simple subsistencia, de la conservación de la vida, todos los bienes o intereses básicos en que podemos pensar varían notablemente de contenido entre una y otra persona: las condiciones de salud física y psíquica, las exigencias de carácter educativo, las necesidades de vivienda, el nivel de bienestar mínimo, poseen un alcance muy diferente de un sujeto a otro, y de unas circunstancias a otras. El grado de daño o sufrimiento que una persona sí puede soportar puede ser intolerable para otra; y esta realidad puede ser percibida sin dificultades por terceros, esto es, puede ser objetivable. Además, es importante distinguir entre «ser dañado» y «sentirse dañado»: sólo el primer supuesto es relevante, realmente, para una teoría de las necesidades³⁵.

La necesidad de diferenciar entre las necesidades de las distintas personas, cada una de ellas sujeto de derecho con expectativas legítimas no coincidentes entre sí, es de gran importancia a la hora de articular el fundamento y alcance de los derechos sociales. Muchos de estos derechos de tercera generación no son universalizables, sino particulares, son derechos característicos de determinados sujetos y colectivos. Y ello es así en función del diferente lugar que estos sujetos y colectivos ocupan en la estructura social, o económica, y de sus diferentes circunstancias.

Cuestiones conexas con la anterior son si existen medios que pueden ponerse razonablemente a disposición de la persona afectada para paliar ese daño o privación, si hay alternativas de futuro diferentes a la insatisfacción prolongada de sus necesidades básicas, y si la no adopción de medidas que satisfagan esas necesidades puede desembocar en un daño irreparable a su vida, salud o dignidad humana³⁶.

Una conclusión que se desprende de estas ideas es que para atender razonablemente las necesidades e intereses vitales de los distintos ciudadanos no es preciso contar, como realidad previa, con una sociedad fuertemente igualitaria. Este dato no es un requisito esencial para que la cobertura y satisfacción de necesidades opere en la práctica como fundamento y justificación de los derechos fundamentales³⁷.

Un desarrollo sistemático amplio y convincente de la teoría de los valores morales como respuesta a las necesidades básicas de las personas se

³⁵ *Ibid.*, p. 430, y D. WIGGINS, *op. cit.*, p. 162.

³⁶ D. WIGGINS, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

³⁷ *Ibid.*, p. 168.

encuentra en Mario Bunge³⁸. Bunge define los derechos morales básicos (o primarios) por referencia al bienestar de las personas (a la satisfacción de sus necesidades), y los derechos secundarios en función de su felicidad razonable (realización de deseos legítimos), sin que en ningún caso interfieran con derechos del mismo tipo ejercitados por terceros³⁹.

La existencia de necesidades básicas crea el derecho moral a exigir su satisfacción; pero este derecho no debe impedir la satisfacción de otro derecho de igual jerarquía por parte de otra persona. Garzón Valdés apunta, con acierto, que esta regla general debe matizarse para permitir la toma en consideración de los «casos trágicos» y de los conflictos irresolubles de derechos del mismo rango⁴⁰.

Los derechos fundamentales, y en concreto los derechos sociales, pueden ser analizados como instrumentos dirigidos a proteger necesidades e intereses radicales de las personas. Esgrimir un derecho supone reivindicar frente a otros un interés o una necesidad no susceptibles de convertirse en mercancía, no negociables⁴¹.

Por otro lado, los derechos surgen (y se reconocen, y tutelan) solamente cuando responden a una necesidad verdaderamente acuciante, a un estado de cosas específico en que dicha exigencia se hace más marcada, socialmente generalizada, e históricamente posible. No todas las expectativas razonablemente sostenidas por los ciudadanos, con respecto al poder político, a su vida en comunidad, a su calidad de vida, son (ni han sido hasta ahora) traducidas en pretensiones o demandas de «derechos». Es más, los catálogos de derechos fundamentales que recogen las constituciones y las declaraciones internacionales son realmente limitados. Sólo aquellas expectativas que no pueden esperar más, que resultan inaplazables a la luz de un contexto social e histórico determinado, obtienen un amplio consenso y son susceptibles de ser incorporadas a la moralidad positiva o al sistema jurídico. Por supuesto, afirmar la existencia de un derecho requiere tener en cuenta la existencia de medios (posibles) suficientes para satisfacer la necesidad o interés en cuestión⁴².

³⁸ M. BUNGE, *The Good and the Right*, cit. Un lúcido análisis de algunas tesis de Bunge puede encontrarse en E. GARZÓN VALDÉS, «Necesidades básicas...», cit.

³⁹ M. BUNGE, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁴⁰ E. GARZÓN VALDÉS, «Necesidades básicas...», cit., p. 428.

⁴¹ M. J. AÑÓN, «Ciudadanía social...», cit., apartado I.

⁴² L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas?...», cit., p. 54.

Esta aproximación cuenta igualmente con el respaldo de la doctrina de nuestro TC, plasmada en la importante S 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.º (y reiterada en las SSTC 13/1984, FJ 3.º, y 196/1987, FJ 5.º). El TC indicó que existen dos caminos o formas de determinación de lo que sea el «contenido esencial» de un derecho fundamental. Pues bien, uno de ellos es la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos, definiendo el contenido esencial en función de la protección real, concreta y efectiva de los intereses y necesidades que dan vida al derecho: «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

3. LOS DERECHOS SOCIALES EN GENERAL

Los derechos sociales, económicos y culturales (en adelante, derechos sociales) han sido definidos como aquellos derechos que, surgidos desde la presión reivindicativa del proletariado, «tienden a satisfacer las *necesidades* de carácter económico, asistencial, educativo y cultural de los ciudadanos...»⁴³. Más en concreto, los derechos sociales «satisfacen necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por sí mismos»⁴⁴.

Puede cuestionarse el carácter fundamental de los derechos sociales; algunos autores han planteado dudas sobre su contenido, su alcance, y sobre la posibilidad de articular garantías jurídicas eficaces para su tutela⁴⁵. En la raíz de este rechazo lo que subyace es la distinción entre derechos liberales y derechos sociales, o de nueva generación, definidos estos últimos por tratarse de meras exigencias frente al Estado. Un correcto entendimiento de la Constitución como norma no debe dar pie a estas interpretaciones. Por el contrario, la práctica de los poderes públicos debe ser inspirada por estos derechos sociales, y así lo ha reconocido en diversas ocasiones, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Bonn.

⁴³ B. DE CASTRO CID, «Retos de la configuración sistemática de los derechos sociales, económicos y culturales», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV (1998), pp. 31-48, aquí p. 34.

⁴⁴ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, cit., p. 319.

⁴⁵ Ver al respecto L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 108 y ss.; B. DE CASTRO CID, «Retos de la configuración sistemática de los derechos sociales...», cit., pp. 38-42, y M. J. AÑÓN, «Ciudadanía social...», cit., apartado 3.1.

¿Son o no los derechos sociales auténticos derechos subjetivos? Este es un problema habitual en la doctrina. Pueden entenderse los derechos sociales como «derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación de los poderes públicos, o de particulares, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad»⁴⁶. Para unos autores, son derechos tan fundamentales como los derechos civiles; para otros autores se trata simplemente de expectativas, o de «exigencias débiles» frente al Estado, que afectan directamente al modelo de justicia distributiva vigente en cada momento, que carecen de tutela en caso de incumplimiento, y de las cuales no se derivan verdaderas obligaciones⁴⁷.

Los derechos sociales expresan expectativas de recursos asociadas a la promoción y consecución de objetivos definidos en términos de justicia social y de protección de los más débiles. Un presupuesto tácito de estos derechos es la asunción de responsabilidad por la satisfacción de necesidades de otros⁴⁸. Las necesidades operan como justificación para plantear exigencias a la comunidad en el marco de un esquema de justicia social. La autorrealización del individuo como ciudadano de pleno derecho pasa en primer lugar por tener cubiertas sus necesidades humanas básicas, sus intereses más vitales⁴⁹. Pero hay que tener en cuenta dos aspectos:

– la autorrealización exige, no solamente una efectiva cobertura de las necesidades básicas (o sea, un objetivo), sino que implica exigencias sobre los medios que deben conducir a ese fin: no es idéntico proponer un esquema de justicia social de carácter puramente asistencialista, que un modelo en el cual el trabajo (por ejemplo) funcione como un elemento central para la obtención de medios de vida. No basta con que la sociedad proporcione los

⁴⁶ J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, aquí p. 48.

⁴⁷ Pueden verse sobre esta cuestión, entre otros muchos trabajos, L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., cap. IX; R. ALEXYY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, versión castellana de E. Garzón Valdés, pp. 482 y ss., y A. RUIZ MIGUEL, «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 651-674.

⁴⁸ M. J. AÑÓN, «Ciudadanía social...», cit., apartado 2.1. Y, sin duda, la satisfacción de necesidades de terceras personas nos obliga a replantearnos la cuestión de los deberes positivos generales: ver sobre este tema E. GARZÓN VALDÉS, «Los deberes positivos generales y su fundamentación», en *Derecho, Ética y Política*, cit., pp. 339-360.

⁴⁹ M. J. AÑÓN, *loc. cit.* Más ampliamente, R. MISHRA, *El Estado de Bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, y D. ANISI, *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Alianza, Madrid, 1997, con provocativas y sugerentes ideas.

bienes materiales necesarios para subvenir a nuestras necesidades; debe proporcionarnos una posibilidad de acceder a esos bienes y recursos por nuestros propios medios, desarrollando nuestras propias capacidades;

– algunos autores señalan que las necesidades básicas, y su satisfacción, son, sin duda, un elemento central en un sistema de justicia social. Pero ponen en duda que las necesidades puedan (o deban) articularse en forma de derechos subjetivos, sugiriendo que operen más bien como límites o restricciones a los derechos de terceros⁵⁰. Si bien esto puede ser cierto con relación a exigencias asistenciales más recientes (como el Salario Universal Garantizado, propuesto por Van Parijs⁵¹, Dahrendorf o Meade), entiendo que no es aplicable al derecho al trabajo que la CE reconoce y positiviza.

Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales son vínculos sustanciales impuestos por las constituciones a la mayoría política: mientras que los derechos de libertad generan vínculos negativos (libertades que ninguna mayoría puede violar), los derechos sociales, o de igualdad, generan vínculos positivos (necesidades que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer)⁵². Ningún gobierno ni ningún legislativo pueden optar legítimamente por dejar sin cobertura necesidades reflejadas en la constitución. Esto implica que las garantías de los derechos sociales consisten en técnicas de reacción contra la *omisión* de medidas que los promuevan: este aspecto me parece particularmente relevante⁵³.

Se ha podido afirmar, con razón, que la meta de los derechos sociales es la reducción de las diferencias de clase⁵⁴. Estos derechos se encuentran vinculados estrechamente con la idea de libertad como capacidad⁵⁵. Sin

⁵⁰ Esta es la posición de D. WIGGINS, *op. cit.*, citando en nota, con posturas próximas, a autores como Honoré, Vlastos, Raphael y Miller.

⁵¹ P. VAN PARIJS, *Libertad real para todos (Qué puede justificar al capitalismo, si hay algo que pueda hacerlo)*, Paidós, Barcelona, 1996. D. RAVENTÓS, *El derecho a la existencia. La propuesta del subsidio universal garantizado*, Ariel, Barcelona, 1999, y «La renta básica: Introito», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 2001 (fecha publicación noviembre 2001); ver los trabajos de Francisco J. MARTÍNEZ, en *Cuadernos renta básica*, núm. 1 (octubre 1999), y de J. IGLESIAS y J. M. BUSQUETA, en www.sindominio.net/renta-basica/documentos/todorb/Todo, RB, Parte II (enero 2004).

⁵² L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 23-24.

⁵³ *Ibid.*, pp. 25 y 51.

⁵⁴ T. H. MARSHALL y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, p. 52.

⁵⁵ Sobre el concepto de capacidad, *cfr.* Amartya K. SEN, «Rights and Capabilities», en Ted HONDERICH (ed.), *Morality and Objectivity*, cit., pp. 130-148, y «Equality of What?», en su libro *Choice, Welfare, and Measurement*, B. Blackwell, Oxford, y M.I.T. Press, Cambridge (Mass.), 1982.

embargo parece claro que, hasta el momento actual, el Estado Social de Derecho no ha producido una estructura institucional de garantías positivas para los derechos sociales, un orden normativo idóneo para su tutela eficaz y estable; al menos no una estructura garantista parangonable a la que se ha construido históricamente para tutelar los derechos de libertad⁵⁶.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que todos los derechos comparten una raíz y unas dimensiones comunes, en cuanto suponen respuestas a necesidades humanas especialmente destacadas, como vimos. Sin embargo, como ha señalado el profesor Peces-Barba, los contenidos de los derechos se han formado históricamente a través de tres aportaciones sucesivas: liberal, democrática, y socialista⁵⁷. El reconocimiento de los derechos de libertad se plantea en la Edad Moderna, y se consolida con el Estado liberal; la afirmación de los derechos de participación política y de asociación coinciden con la progresiva democratización de ese modelo, a lo largo del siglo XIX; y el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales (la «tercera generación» de derechos) se corresponde con el desarrollo de los sindicatos y los partidos obreros, y la aparición del Estado Social de Derecho⁵⁸.

Se suelen contraponer los derechos de las dos primeras generaciones (derechos civiles y políticos, o derechos de libertad) a los derechos de la tercera generación (derechos sociales, o derechos de igualdad). Esta contraposición sirve para cumplir dos funciones opuestas, según la perspectiva ideológica del analista⁵⁹:

– la primera línea, arrancando de un enfoque conservador, destaca que los primeros derechos son básicos, fundamentales, inalienables e incondicionados, hasta merecer su incorporación a las constituciones en lugar preeminente y gozar de técnicas de protección especialmente reforzadas. Los derechos sociales, por el contrario, configuran aspiraciones y expectativas más lejanas, más ideales e irrealizables, siendo por tanto engañoso «poner a ambas categorías en paralelo»;

– la segunda línea, de orientación progresista, destaca que todos los derechos forman parte de un *continuum* en el que los derechos liberales

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 109.

⁵⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 182-83.

⁵⁸ A. GREPPI, «Los nuevos y los viejos derechos fundamentales», en *Derechos y Libertades*, núm. 7, enero 1999, pp. 281-302, aquí pp. 283-84.

⁵⁹ A. RUIZ MIGUEL, «Derechos liberales y derechos sociales», cit., p. 653.

surgen históricamente antes, pero son insuficientes para hacer reales y efectivas la libertad y la igualdad. Por tanto, no hay una divisoria tajante entre unos y otros derechos, sino que ambos tipos se complementan necesariamente para satisfacer las exigencias de la dignidad humana. En concreto, la noción de «ciudadano» no puede quedar reducida al disfrute de derechos políticos, sino que exige, asimismo, la satisfacción de derechos sociales⁶⁰.

Vaya por delante que me adhiero a la segunda de estas perspectivas y que intentaré justificar esta adhesión en las siguientes páginas. Por otra parte, este enfoque dinámico y progresista ha sido adoptado entre nosotros por numerosos autores⁶¹. Una conclusión que se desprende de la «tesis de la continuidad» entre derechos liberales y sociales es, a mi juicio, que resulta difícil defender la idea de que «los derechos son triunfos frente a la mayoría»⁶², ya que muchos derechos (y esto es particularmente cierto en el caso de los derechos sociales) son, precisamente, derechos de la mayoría, o incluso derechos de todos. Democracia y libertad son inseparables. El conflicto no siempre se plantea entre derechos individuales y objetivos colectivos, sino a menudo entre diferentes tipos de derechos. A partir de la Revolución Industrial, la movilización de la clase trabajadora y la organización de sus protestas se orientaron a la plena participación en la comunidad, o, en la mayoría de los casos, al establecimiento de una comunidad política nueva en la que fuera posible dicha participación⁶³.

Los mismos principios que justificaron los derechos «clásicos» sirven, asimismo, de fundamento a los «nuevos» derechos. Como dijo Carlos

⁶⁰ Esta era la tesis central del libro de T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 97 y ss., analiza críticamente sus argumentos. Ver también M. J. ANÓN, «Ciudadanía social...», cit., apartado 1.

⁶¹ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., libro I, partes segunda y tercera, realiza un completo análisis conjunto, tanto histórico como sincrónico, de los derechos fundamentales, destacando cómo entre ellos no pueden trazarse divisiones nítidas ni apriorísticas. Ver también J. L. CASCAJO CASTRO, *op. cit.*, p. 72; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho...*, cit., pp. 90-94 y 120-25, entre otras; A. RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 654, con matices, L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos...*, cit., pp. 43 y ss., entre otras.

⁶² R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 37 y 161, entre otras. Una reelaboración del concepto de «libertad» desde una concepción republicana de la política, proponiendo que se vincule a las ideas de interés común y de participación, y no a los intereses individuales, en C. BARRANCO AVILÉS, *op. cit.*

⁶³ La frase es de R. BENDIX, *Estado nacional y ciudadanía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974, p. 68. Bendix dedica el capítulo 3 del libro a estudiar las transformaciones y extensión de la ciudadanía social desde el siglo XVIII en Europa occidental.

Nino, es inconsistente reconocer unos y desconocer los otros⁶⁴. Todos los derechos de las personas forman una categoría conceptual unitaria, al menos en los aspectos más relevantes, y con diferencias significativas en aspectos secundarios. Si, como he indicado, los derechos se orientan hacia la cobertura de necesidades humanas básicas, de bienes especialmente importantes, es evidente que, junto a las necesidades vinculadas con la libertad de conciencia, la autonomía personal, la libre asociación, la expresión pública de las ideas, etc. (derivadas de la noción de dignidad humana), existen otras necesidades vinculadas con las condiciones materiales de existencia. En expresión de MacCormick, «existen otras condiciones del respeto de sí mismo y de la búsqueda de satisfacción, como eso que puede identificarse crudamente con estómago lleno, techo bajo el que vivir, y la oportunidad de mantener esto mediante un medio de trabajo decente»⁶⁵.

La distinción tajante entre derechos liberales y derechos sociales ha sido impugnada convincentemente por Alfonso Ruiz Miguel, señalando que dicha divisoria no coincide, si se examina con detalle, con ninguna de las clasificaciones tradicionales:

- 1) ni los derechos liberales son absolutos, ni todos los derechos sociales limitados o relativos;
- 2) ni los derechos liberales son gratuitos o baratos, ni todos los sociales dependen exclusivamente de una abundancia de recursos;
- 3) ni todos los derechos liberales son universales, ni los derechos sociales son particulares de ciertos colectivos;
- 4) ni los derechos liberales implican deberes correlativos de todos, ni los sociales son siempre derechos «débiles» o de menor jerarquía;
- 5) ni tampoco los derechos liberales se diferencian de los derechos sociales por ser aquéllos inalienables⁶⁶.

4. EL TRABAJO

El primer rasgo que caracteriza a la especie humana es la capacidad (y facilidad) para transformar el entorno natural en que vive, y a renglón segui-

⁶⁴ C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, aquí p. 215.

⁶⁵ N. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁶ A. RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, pp. 656-665.

do para transformar sus relaciones sociales. En la base de estas modificaciones está la propia actividad de los humanos, fundamentada en la capacidad de su cerebro, y en la posibilidad de organizar y estructurar las tareas. En el eje de nuestras potencialidades se encuentra el trabajo, que no otro es el nombre que damos a las intervenciones humanas sobre el medio que nos rodea⁶⁷.

Dos conceptos son aquí de especial importancia: el de «fuerza de trabajo» y el de «proceso productivo». Con el primero hacemos referencia a las personas que se encuentran disponibles para realizar las tareas típicas de la producción, teniendo en cuenta que esta disponibilidad no es un dato natural, sino el resultado de procesos históricos e institucionales. Con el segundo hacemos referencia a la combinación organizada, en el espacio y en el tiempo, de los diferentes elementos que participan en la producción. En el proceso productivo son posibles (y habituales) el aprendizaje, la experimentación y la adquisición de nuevos conocimientos⁶⁸.

Los procesos productivos han sufrido cambios importantes a lo largo de la historia, en buena medida debido a los diferentes grados de desarrollo tecnológico alcanzados, pero también a los distintos niveles de necesidades que se han considerado exigibles en cada momento. Las necesidades son una categoría eminentemente social: cada sociedad tiende a considerar aceptable un determinado nivel de satisfacción de necesidades, variando este nivel de una comunidad a otra⁶⁹.

Si nos encontramos en una sociedad que no genera excedentes de producción, todas las personas deben trabajar para conseguir los recursos necesarios para su subsistencia, y la de los sujetos que no trabajan (niños, ancianos). Si, por contra, nos encontramos en una sociedad con excedente, el producto extra puede destinarse a los fines que el grupo estime conveniente. En estas sociedades puede surgir, al margen de los que trabajan para vivir, la figura de los individuos ociosos a tiempo completo, y de los individuos que obtienen de la producción una parte proporcionalmente muy superior a la que obtendrían de su trabajo. Cada uno de estos grupos desarrolla configuraciones muy diferentes de la actividad laboral y, sobre todo, de las conse-

⁶⁷ A. RECIO, *Trabajo, personas, mercados. Manual de economía laboral*, Icaria-FUHEM, Barcelona, 1997, p. 15.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 17-19.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 20. Este aspecto ya fue puesto de manifiesto agudamente, entre otros, por A. SMITH. Ver sus *Lecciones sobre Jurisprudencia*, Comares, Granada, 1995, pp. 380 y ss. (el texto original es de 1762/63).

cuencias sociales de esta actividad. Si existen instituciones que permiten la reproducción estable de esos tres colectivos, estaríamos ante una sociedad de clases en sentido amplio⁷⁰.

¿Cómo se justifica la distribución de este excedente? Bendix apuntó cómo, en los albores de la sociedad de clases, diversos autores influyentes rechazaron frontalmente la idea de «responsabilidad social» de las clases altas, y con ello las bases de la beneficencia tradicional. A veces, sugiriendo que la caridad no hacía más que frenar los incentivos, aumentar la indolencia y, en suma, perpetuar la pobreza, ya que «la necesidad extrema es la motivación más natural para el trabajo, pues ejerce en los pobres una presión permanente»; en otras ocasiones, se concebía la mano de obra como una mercancía más, cuyo salario está determinado por el grado en que le resulta útil al empleador, más que por las necesidades del trabajador; finalmente, la afirmación de que la pobreza es ineludible, e incluso un estímulo idóneo para el rendimiento en el trabajo, se apoyaba en hipótesis demográficas (Malthus)⁷¹.

La forma con que el trabajo se nos presenta habitualmente en nuestro entorno (el trabajo asalariado) es sólo una modalidad muy reciente, y no universal, de organización del trabajo. Tiene su origen en la primera revolución industrial, en el siglo XVIII, y sólo en unos pocos países de Europa y América, y, por otra parte, está sufriendo importantes transformaciones en el siglo XXI que pueden dar lugar a nuevas formas de organizarlo y de realizarlo, en la actualidad sólo embrionarias. Está por ver que estas transformaciones, empero, se orienten hacia una recuperación de la dignidad del trabajo para la gran mayoría de la población, o afecten tan sólo a los profesionales cualificados.

Una economía de trabajo asalariado es aquella en la que la mayoría de la población obtiene sus medios de subsistencia del alquiler de su capacidad laboral a cambio de dinero. Esta forma de economía requiere dos condiciones:

– libertad civil: las personas pueden alquilar su capacidad de trabajo libremente, en función exclusiva de sus necesidades, siempre que encuentren algún empleador;

⁷⁰ A. RECIO, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁷¹ R. BENDIX, *Estado nacional y ciudadanía*, cit., pp. 63-64. La misma idea aparece en S. WOLF, *Los pobres en la Europa moderna*, Crítica, Barcelona, 1989, pp. 52-53.

– dependencia económica: la mayoría de las personas no tiene acceso directo a los recursos naturales y medios de producción, ni dispone de otros medios de ingreso al margen de alquilar su fuerza de trabajo⁷².

La capacidad de desarrollar un trabajo es una propiedad común a toda la especie humana. En este sentido estamos ante una capacidad universal, predicable de todos los sujetos sin excepción. El ser humano, entendido en abstracto, fuera de las condiciones concretas de un sujeto histórico particular, necesita trabajar para atender a su subsistencia. Estamos ante una necesidad primaria, básica, ya que en ausencia de trabajo, y de recursos alternativos específicos, la propia conservación de la vida de la persona está amenazada.

A este respecto conviene recordar que Bentham definía la pobreza como «el estado de cualquiera que, para subsistir, se ve obligado a trabajar», mientras que la indigencia era «el estado de aquel, que, siendo desposeído de la propiedad... está al mismo tiempo incapacitado para el trabajo»⁷³. En este contexto, como se ve, el trabajo asalariado no se interpreta como (posible) generador de riqueza para quien lo realiza, sino, muy al contrario, como un factor ligado íntimamente a la situación de pobreza.

La investigación empírica ha demostrado cómo, en el ámbito de la Unión Europea, la pertenencia a un hogar activo (con al menos un trabajador) reduce considerablemente los riesgos de pobreza. Si un miembro de la unidad familiar tiene trabajo, la probabilidad de que todos los miembros del grupo sean pobres tres años seguidos (pobreza crónica) es apenas del 5 por 100. Este porcentaje se eleva al 23 por 100 para las personas que viven en hogares en los que nadie puede trabajar. El paro es la causa principal de la pobreza crónica; y ésta se encuentra directamente vinculada a la exclusión social. Casi la mitad de los hogares europeos sin empleo tiene problemas financieros graves, y dificultades para llegar a fin de mes⁷⁴.

Entiendo que es un error equiparar los derechos sociales, como el derecho al trabajo, a los derechos de libertad, pretendiendo que todos ellos han de ser igualmente universales y abstractos. No son exigencias morales

⁷² A. RECIO, *op. cit.*, p. 32.

⁷³ Cito por S. WOLF, *Los pobres en la Europa moderna*, cit., p. 20.

⁷⁴ «Pobreza monetaria crónica y exclusión social», publicado como resumen en *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, 68 (diciembre 2000), MTAASS, pp. 75-85. El trabajo original puede encontrarse en EUROSTAT, *Statistiques en bref. Population et conditions sociales*, Thème 3-13/2000.

generalizadas, abiertas por igual a cualquier sujeto en cuanto individuo, lo que contribuiría lógicamente a perpetuar la desigualdad entre éstos. Creo que estos derechos, en cuanto fundados en la satisfacción de necesidades de los individuos, exigen un trato y un alcance desiguales, a través de la acción afirmativa y de la igualdad como diferenciación, excluyendo de la titularidad de los mismos a quienes no los necesitan, o bien modulando (clasificando) su acceso al derecho y las condiciones (diferentes) de éste⁷⁵.

Sin duda, si el trabajo es un bien jurídicamente tutelado en la CE, lo es para todos los españoles: todos ellos gozan de una protección constitucional en esta materia. Esto es cierto desde una perspectiva formal. Sin embargo, como veremos al analizar en detalle el significado de este derecho constitucional, su concreción en el ordenamiento jurídico no es comparable con la de otros derechos de carácter universal. Sólo quienes conviven con una preocupación seria por acceder a un puesto de trabajo, y por conservarlo, son los verdaderos destinatarios de este derecho.

¿Qué puede decirles el artículo 35 CE a quienes, por su situación patrimonial, carecen de otro problema en este sentido que el de la mejora hacia una actividad cada vez más gratificante? Muy poca cosa. Sin embargo, quienes sí se plantean como una posibilidad próxima la falta de trabajo, y las dificultades para recuperarlo en el futuro⁷⁶, se ven obligados a confiar en el juego que pueda dar, jurídicamente, el artículo 35 CE.

Es por eso que Prieto Sanchís ha podido hablar de los derechos sociales como «derechos de igualdad», pero igualdad entendida como «punto de llegada» u objetivo final, partiendo de una situación social e histórica desigualitaria e insatisfactoria⁷⁷.

En concreto, el derecho al trabajo aparece ligado a un racimo de necesidades o intereses básicos de todas las personas. Necesidades que, a mi juicio, no pueden ser reemplazadas ni cubiertas por otros medios dife-

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 73 y ss.

⁷⁶ Un análisis de los colectivos con más dificultad para incorporarse al mercado de trabajo, o para mantenerse en él, puede verse en «Eliminación de las barreras que impiden acceder al empleo a los grupos al margen del mercado de trabajo», en *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, 66 (octubre 2000), MTAASS, pp. 33-41, ponencia presentada por Markku LEHTO y recogida inicialmente en el libro *Policies towards full employment*, publicado por la OCDE en la primavera de 2000.

⁷⁷ L. PRIETO SANCHÍS, «Derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22 (1995), pp. 9-57; recogido posteriormente en *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69-117.

rentes a la realización de un trabajo retribuido. Podemos delinear estas necesidades de esta manera:

– primeramente, todas las personas tienen la necesidad de conseguir unas rentas o recursos monetarios con que atender a su subsistencia. Procurarse comida, vestido y techo exige disponer de unos ciertos medios. La carencia absoluta de éstos arrastra inevitablemente a la persona, en primer lugar, a unas condiciones de vida infrahumanas, y después, si no recibe ayuda o asistencia, incluso a la pérdida de la salud y a la muerte. El trabajo sería desde esta perspectiva un bien instrumental;

– pero es que, además, la realización de un trabajo supone ocupar el tiempo y las capacidades de esa persona, implica su dedicación a una tarea, a un objetivo, en suma, a participar en la actividad productiva y en la economía de su país. Trabajar constituye, desde este enfoque, un bien en sí mismo considerado. No se identifica ni confunde, por lo tanto, la necesidad con los medios para satisfacerla⁷⁸.

Una crítica que puede surgir de inmediato es que el ciudadano que carece de trabajo (el desempleado) puede recibir asistencia del sistema de Seguridad Social, con lo que se le garantizaría un mínimo de subsistencia y se evitaría su descenso a condiciones de vida inaceptables. Dada la existencia y adecuado funcionamiento de la previsión social pública, en su caso, el derecho al trabajo perdería buena parte de su contenido propio.

El siguiente paso sería asumir como una realidad incontestable que el derecho al trabajo tiene «un contenido prestacional débil», que no puede caracterizarse como un derecho directamente exigible, y que por tanto sería mejor volver la vista a otros derechos sociales prestacionales, en los que pudiera salvarse ese obstáculo⁷⁹. En suma, virar desde el derecho al trabajo hacia el derecho al subsidio universal.

Esta postura no me parece convincente por varias razones:

1.^a Todas las sociedades que conocemos consideran el desempleo como un mal, e incluso algunas elevan a rango constitucional la protección por desempleo. Esto es, la situación del ciudadano sin trabajo, viviendo de la asistencia social pública, no es un modelo de comportamiento promovido (ni asumible) jurídicamente, sino un intervalo temporal que debe extenderse

⁷⁸ M. J. AÑÓN. «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», cit., p. 104.

⁷⁹ P. MIRAVET BERGÓN, *op. cit.*, p. 381.

el menor tiempo posible. Es un remedio cuyo objetivo es, en todo caso, la reincorporación de ese ciudadano, en breve, a la actividad productiva.

2.^a No es lo mismo subvenir a las propias necesidades con el trabajo, con la acción humana, con la ocupación efectiva de nuestras habilidades en una tarea, que simplemente esperar la llegada periódica de un ingreso. Es importante diferenciar las instituciones de seguridad social *asistenciales*, que simplemente pretenden garantizar un mínimo de subsistencia con carácter universal, de las instituciones de seguridad social *contributivas*, que devuelven al trabajador (enfermo, en paro, jubilado...) parte de las contrapartidas que ha generado durante su vida laboral activa. En este segundo plano el principio del mérito opera como motor del sistema de prestaciones en una forma que resulta ajena a la seguridad social asistencial. Asimismo, la previsión social contributiva (por ejemplo, en el modelo español) se financia en gran medida con las contribuciones empresariales, al margen de los Presupuestos del Estado⁸⁰.

3.^a Cualquier definición aceptable de la participación de los ciudadanos en la vida social debe integrar asimismo su participación laboral y económica. Participar supone tomar parte activa en los procesos de toma de decisiones que nos afectan directamente, en el ámbito comunitario en que nos movemos. Una sociedad integrada por una mayoría de desempleados, perceptores de subsidios, que pueden dedicar su tiempo a la deliberación política porque carecen de actividad, nos resultaría en extremo chocante.

Estos extremos fueron percibidos con claridad por los autores liberales clásicos, cuando exigían, para ostentar la condición de ciudadano (y los correspondientes derechos cívicos y políticos, como el de voto), que el suje-

⁸⁰ La separación entre las instituciones de previsión social pública de tipo asistencial, y las de tipo contributivo, y sus respectivas fuentes de financiación, constituye la Primera Recomendación del Pacto de Toledo (Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse):

a) una modalidad contributiva de prestaciones obligatorias, que constituye el núcleo esencial del sistema; a través de ella se proporcionan rentas de sustitución en proporción al trabajo realizado, y se financian con cotizaciones sociales a través de un sistema de reparto;

b) una modalidad asistencial, dirigida a compensar la ausencia de rentas de los ciudadanos que se encuentren en situación de necesidad; se financian con cargo a los P.G.E., y se complementan con un sistema de prestaciones técnicas de asistencia sanitaria y servicios sociales extendidos a toda la población y financiados mediante impuestos, dado su carácter universal.

El Informe fue aprobado por el Pleno del Congreso el 6 de abril de 1995, y se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 12 de abril.

to fuera su propio señor, que tuviera recursos que le mantuvieran, medios de vida propios, y que, en caso de ganarse la vida gracias a otros, lo hiciera sólo por la venta de lo suyo. Sólo de la capacidad de cada miembro de la sociedad depende que adquiera sus propios recursos ⁸¹.

Sin embargo, la restricción que se quería imponer con esta postura, cual era excluir de los derechos políticos a los asalariados, resulta hoy tan inaceptable como las sugeridas por una sociedad esclavista, en la que trabajo y ciudadanía van nítidamente separados. En la actualidad, lo que merece la pena retener de ese discurso es la necesidad de que la condición de ciudadano se extienda también a la forma en que uno gana su sustento; y que, generalizado el derecho a participar efectivamente en el proceso político y electoral, se generalice asimismo el derecho a desempeñar un puesto de trabajo adecuado y a no ser privado de él, como forma de participar en el proceso económico ⁸². «Ganarse la vida» presupone, precisamente, la realización de un trabajo, profesión, u oficio, y sirve para diferenciar a las personas que salen adelante por sus propios medios de aquellas que están marginadas de la actividad económica, por un lado, y de las que no necesitan trabajar para vivir, por otro.

Del mismo modo que la total inactividad conduce a la marginación, a la exclusión social, y da a las personas buenas razones para desentenderse en todo de su comunidad, el hecho de realizar un trabajo es precondition necesaria para que un sujeto pueda asegurar su subsistencia gracias a su esfuerzo. Y sin duda se trata de una necesidad básica de todo hombre y mujer participar en la actividad laboral y ser reconocidos como ciudadanos de pleno derecho ⁸³.

Esto no implica ninguna crítica hacia las propuestas avanzadas en favor de un subsidio universal, incondicionado, independiente del trabajo. Una pretensión no tiene por qué ir en detrimento de la otra. En ambos casos se trata de cubrir necesidades humanas básicas, y de atender a intereses vitales de las personas. Son perfectamente compatibles, porque operan en

⁸¹ I. KANT, *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, aquí pp. 34-35.

⁸² R. BENDIX, *Estado nacional y ciudadanía*, cit., pp. 78 y ss., «La extensión de la ciudadanía a las clases bajas».

⁸³ M. J. AÑÓN, «Ciudadanía social...», cit., 2.1. Ver al respecto los agudos análisis de L. E. ALONSO, *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta, Madrid, 1999. También V. NAVARRO, *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Ariel, Barcelona, 1997, especialmente capítulos 1 y 2, en los que se critican las posiciones neoliberales en relación con el tema del desempleo y su instrumentación política.

dos planos diferentes. Pero la extensión del subsidio universal no debe hacernos olvidar que la CE reconoce expresamente un derecho al trabajo, cuyo contenido y alcance estoy intentando precisar⁸⁴.

Incluso cuando desaparece «la necesidad de pertenecer formalmente a la población activa como condicionante absoluto del derecho» a percibir prestaciones, queda abierto el debate sobre los derechos de la población activa en cuanto tal, esto es, aquellos derechos (sean prestacionales o no) que tienen un nexo directo e inmediato con su actividad laboral, cuando ésta se ha realizado efectivamente⁸⁵.

Además, el reconocimiento de un derecho al trabajo por nuestro ordenamiento, en concreto dentro de la sección 2.ª del capítulo segundo («Derechos y libertades») del título I de la CE, sitúa a este derecho fundamental en un plano distinto al de otros derechos constitucionales de carácter social y económico. No nos encontramos ante una mera invitación al legislador para que tome en cuenta la necesidad y el valor del trabajo, sino ante un derecho que tiene como titulares a todos los españoles.

Se plantea ahora cómo delimitar su alcance, partiendo del dato incontestable de que el artículo 35 posee pleno valor normativo, y no es una declaración retórica ni vacía de contenido: el constituyente no crea Derecho de manera arbitraria.

A veces se ha tratado de establecer una relación directa entre los derechos sociales y las normas programáticas, en cuanto aquéllos se traducirían exclusivamente en directrices y orientaciones a los poderes públicos para guiar su actuación, pero sin someterlos a control jurisdiccional. Sin embargo, puede afirmarse que existen dos tipos de diferencias fundamentales entre las normas que confieren y reconocen derechos y las normas programáticas: unas, de carácter estructural; y otras, de carácter funcional⁸⁶.

– *estructuralmente*: las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto las condiciones de aplicación como el modelo de

⁸⁴ Me parecen muy interesantes, en este sentido, las observaciones de J. L. MONEREO PÉREZ en *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

⁸⁵ En casi todos los países de la UE, las prestaciones sanitarias y asistenciales tienen carácter universal, se dirigen a todos con independencia de su historia laboral o de su pertenencia a la población activa. La expresión citada entre comillas es de J. L. MONEREO PÉREZ y J. E. MEDINA CASTILLO, «La ordenación jurídica política del tiempo de trabajo», en *Sistema*, núm. 150, 1999, aquí p. 42.

⁸⁶ Sigo aquí a M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120, que desarrollan este análisis para diferenciar los principios de las directrices.

conducta prescrito, tanto el «caso» como su consecuencia normativa. En otras palabras, no contienen en sí mismas el modelo de conducta a realizar, quedando la determinación de éste a la discreción del destinatario de la norma. Las normas de derechos, en cambio, configuran sus condiciones de aplicación de forma abierta, pero esto no quiere decir que la consecuencia jurídica sea asimismo indeterminada: la consecuencia normativa, en presencia de un derecho, es darle la tutela adecuada, sin que quepan grados intermedios. Las directrices pueden cumplirse en diversos grados; las normas de derechos no⁸⁷;

– *funcionalmente*: las directrices generan razones para la acción de tipo instrumental o estratégico, son puramente finalistas, y el objetivo marcado en la norma puede recibir múltiples interpretaciones; en cambio, las normas de derechos fundamentales generan razones de corrección para actuar, razones últimas o justificadas, en las que la fundamentación prima sobre la consecución de objetivos⁸⁸. La mera enunciación de objetivos, por sí sola, lleva aparejada una cierta conexión con nociones como ordenación, planificación, o articulación de medios y fines, ideas que no tienen cabida en la fundamentación de los derechos.

Desde mi punto de vista, el artículo 35 CE contiene *dos normas* distintas:

a) *un derecho subjetivo* de los españoles, el derecho al trabajo, que se desenvuelve a su vez en otros derechos subjetivos más específicos, y que puede tutelarse a través de mecanismos legales, administrativos y jurisdiccionales muy diversos, y

b) *un mandato* dirigido a los poderes públicos, en concreto al legislador, imponiéndole la obligación de regular, mediante ley, un estatuto de los trabajadores.

De la segunda norma sí puede decirse que se trata de una norma programática, de una directriz, que estipula fines u objetivos de carácter colectivo, y deja al legislador un amplio margen de discrecionalidad para dotar al «estatuto de los trabajadores» de uno u otro contenido. Las facultades, derechos, y garantías que tienen su origen en este nivel son de configuración libre por parte del legislador, y a éste corresponde determinar su alcance y

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 108-110. Ver también I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988 (2.ª edic.), pp. 43-44, sobre las normas programáticas.

⁸⁸ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 113.



límites. No se encuentran determinados con precisión los supuestos de hecho ni las consecuencias normativas que pueda conllevar el precepto constitucional que remite a un «estatuto de los trabajadores» con rango de ley ordinaria.

Por el contrario, la primera norma es explícita en su formulación al atribuir a ciertos sujetos un derecho («los españoles tienen... el derecho al trabajo»). Las condiciones de aplicación, sin duda, se configuran de forma abierta y flexible: esta norma podrá ser aplicada en multitud de supuestos diferentes, que ahora se nos escapan; pero la consecuencia normativa es inequívoca, es obligado tenerla en cuenta y, a diferencia del otro enunciado (art. 35.2), establece un verdadero derecho fundamental.

Por mi parte, estimo que la norma que configura el derecho al trabajo en el artículo 35 CE, en su primer inciso, no es una norma programática, sino *que tiene la estructura de un verdadero derecho constitucional de los españoles*, que puede ser ejercitado por éstos y que conlleva obligaciones para los poderes públicos y para los particulares, cuyo cumplimiento o incumplimiento puede ser fiscalizado en vía jurisdiccional. Lo decisivo es que esta norma, como otras de la CE, no delimita de modo previo y nítido la articulación de los bienes en conflicto, sino que exige, en cada caso, una ponderación razonada de esos intereses, en una valoración de su peso relativo. Todo criterio de oportunidad, toda decisión política en la selección de medios y búsqueda de fines, en relación con una norma constitucional, refleja una determinada concepción del Derecho y se convierte, por sí, en un criterio jurídico.

Las directrices ofrecen a las autoridades razones para actuar, pero no se trata de razones perentorias, no orientan la conducta según pautas de «exigencia» u «obligación», y se trata, además, de razones dependientes de su contenido: las autoridades son las que definen las condiciones de aplicación, no existen pautas extraconstitucionales que juzguen sobre su corrección. Estos rasgos no se encuentran, por el contrario, en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

Pero hay más: en las normas programáticas no son posibles las formas de control jurisdiccional típico (o clásico), ya que la elección entre las diferentes alternativas posibles para garantizar el derecho es una cuestión de decisión política, no judicial. La propia idea de «norma programática» es incompatible con la función jurisdiccional, ya que la judicatura no está sometida en su tarea a planes ni programas, ni persigue directamente los

finés materiales del Estado. En cambio, una característica típica de los derechos fundamentales es su posibilidad de defensa y tutela jurisdiccionales.

5. EL MODELO DE ALEXY

¿Es posible sugerir unas pautas sobre las que articular una jurisprudencia constructiva en materia de derechos sociales, un modelo que dote a éstos de una operatividad y eficacia mayores en nuestro sistema jurídico? Tomaré prestadas algunas ideas de Robert Alexy, expuestas por el autor alemán en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*⁸⁹, señalando dos tesis que pueden tomarse como punto de partida:

A) Los derechos fundamentales, tal como aparecen en los textos constitucionales, son «derechos como un todo», esto es, haces o entramados de relaciones y posiciones jurídicas. «Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental»⁹⁰. Los derechos constitucionales no reflejan sólo una posición jurídica determinada, sino que pueden integrar muy diferentes (y plurales) perspectivas de incidencia en numerosas normas del ordenamiento jurídico. Así, el carácter de derecho subjetivo, según la concepción tradicional, es una de estas perspectivas; cuál sea la garantía procesal correspondiente es otra, y así sucesivamente.

Por ello, los derechos fundamentales tal como aparecen enunciados en la CE, no reflejan sólo una relación entre su titular y los terceros, sino que ofrecen más bien un conjunto complejo de relaciones (permiso, competencia, inmunidad...).

Este argumento es, entiendo, válido con independencia de cuál sea la propuesta de clasificación de las relaciones jurídicas fundamentales que se haga: la de Hohfeld (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) o la del propio Alexy, por ejemplo (libertades, pretensiones y competencias).

B) Dentro del ordenamiento jurídico pueden distinguirse, al menos, dos tipos de normas jurídicas, que podemos llamar «reglas» y «principios», para usar una terminología bien conocida. Los rasgos que fundamentan la

⁸⁹ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 241.

diferenciación no los analizaré aquí, ya que existe al respecto una amplia bibliografía. Baste con avanzar que, por un lado, dentro de los «principios» (en sentido muy amplio) podrían entenderse comprendidos los «mandatos de optimización», que pueden ser cumplidos en diferente grado, en función de muy variadas circunstancias, no sólo jurídicas; en ellos tanto el comportamiento o acción que se prescribe, como la condición de aplicación, aparecen expresados de forma abierta⁹¹.

Por otro lado, importantes autores⁹² incorporan a la perspectiva estructural otro criterio de distinción: las diferencias entre los distintos tipos de normas jurídicas surgirían exclusivamente en el momento de la interpretación y aplicación del Derecho. Decir en abstracto que una norma recoge «un derecho subjetivo», o que incorpora una directriz o «mandato de optimización», no tiene otro sentido que sugerir una práctica interpretativa de uno o de otro tipo.

Al tratar el derecho al trabajo como un mandato o criterio programático, de carácter eminentemente político, se está optando por unas pautas de interpretación y de aplicación/inaplicación frente a otras, esto es, se está promoviendo un cierto tipo de respuesta jurisdiccional a los problemas que plantea esta norma, como enfoque general, abstracto, prescindiendo de las variadas posiciones jurídicas implicadas por el derecho al trabajo, y al margen de las circunstancias de cada caso concreto⁹³.

Las diferentes posiciones jurídicas que pueden ser designadas como derechos pueden clasificarse, según Alexy, dentro de alguno de estos tres tipos⁹⁴:

– los «derechos a algo» (reclamaciones, demandas, o exigencias de un *titular*, a *algo*, y frente a *alguien*), que llamaré *pretensiones*, y que a su vez se subdividen en derechos de defensa (a acciones negativas) y derechos a acciones positivas. En este último grupo entrarían los derechos a recibir prestaciones por parte de los poderes públicos⁹⁵,

⁹¹ *Ibid.*, pp. 86 y ss. Ver asimismo M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», cit., pp. 103-06.

⁹² Por ejemplo, Letizia Gianformaggio. Tomo esta referencia de L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre Principios y Normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, aquí pp. 52 y ss.

⁹³ L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, en nota anterior, pp. 50 y ss.

⁹⁴ R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 186 y ss.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 419 y ss.

- las *libertades*, y
- las *competencias*.

Situándonos en el primer bloque de derechos, y en particular en el ámbito de los derechos a prestaciones, se introduce la distinción entre:

- las acciones normativas, que suponen la imposición de normas protectoras y reguladoras, que definen una esfera de relaciones o posiciones jurídicas concretas en que la reclamación de un sujeto frente a otro es lícita, tutelable «en sentido fuerte», y
- las acciones fácticas, que se traducen en la entrega de un bien o la realización de un servicio por parte del sujeto obligado⁹⁶. Entiendo, aunque Alexy parece apuntar en distinta dirección, que la mayoría de los derechos a prestaciones exigen simultáneamente para su satisfacción tanto acciones fácticas como normativas⁹⁷.

Asimismo debo introducir, por mi parte, una observación importante, y es que las acciones normativas dirigidas a satisfacer esos derechos pueden ser de dos tipos:

- por un lado, la introducción de nuevas normas en el ordenamiento jurídico, para conseguir el objetivo perseguido (p. ej., la aprobación de una ley);
- por otro, la reforma o modificación de normas ya en vigor, para adaptarlas al objetivo perseguido, mediante una interpretación constructiva (por ejemplo, en sede jurisdiccional). No sólo se trata de hacer compatibles la norma preexistente y el derecho constitucional a una prestación, en una interpretación de todas las normas conforme a la Constitución, sino de potenciar y reforzar aquellas técnicas interpretativas que puedan promover e impulsar consecuentemente el objetivo de que se trata.

5.1 *Acciones fácticas*: Tenemos en primer lugar las prestaciones materiales, en las que existe un mandato u obligación de hacer. Nos encontramos ante verdaderas obligaciones de los poderes públicos o, como se ha dicho por otros autores, ante mandatos o encargos al legislador⁹⁸. Estas obligaciones son cumplidas a través de acciones y decisiones adoptadas por los poderes públicos, de muy variada tipología (prestaciones directas, ayu-

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 194 y ss.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 428 y ss.

⁹⁸ J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Cívitas, Madrid, 1998, aquí pp. 86-89, pp. 146 y ss.

das, subvenciones, exenciones, etc.). Es importante resaltar la idea de que no sólo el legislador, sino también la Administración, son destinatarios de estos encargos constitucionales; y de que no nos referimos solamente a los poderes públicos estatales, sino también a las autoridades autonómicas y a las locales. La responsabilidad de los poderes ejecutivos en el desarrollo de los derechos a prestaciones previstos en la CE es enormemente importante. Y, lógicamente, la inactividad de la Administración da lugar a una respuesta diferente de la inactividad del legislador⁹⁹.

La pasividad de los poderes públicos, la inacción por parte de las autoridades competentes, puede fundamentar una demanda de amparo constitucional, si esa pasividad conduce a una violación de derechos fundamentales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha entendido así en algunos casos, por ejemplo en relación con ataques graves al medio ambiente que afectan al bienestar de las personas: casos *López Ostra c. España* (S 9 diciembre 1994), y *Guerra y otros c. Italia* (S 19 febrero 1998). En ambos litigios, el Estado demandado incumplió su obligación de garantizar positivamente el derecho de los demandantes a su vida privada y familiar, violando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁰.

5.2 *Acciones normativas*: Más interés para el análisis del derecho al trabajo (art. 35 CE) tienen las acciones normativas, que, como vimos, pueden ser de dos tipos, según correspondan a la introducción de nuevas normas en el ordenamiento, o a la adaptación de otras normas preexistentes.

En la primera esfera, los poderes públicos con un papel más relevante son el legislativo y el ejecutivo; y su inactividad tiene difícil remedio desde la perspectiva del poder judicial. Los tribunales no pueden ofrecer una regulación general y abstracta de la materia en cuestión, no pueden suplir la inactividad de otros poderes públicos, ni fijar criterios de actuación que éstos deban seguir como regla en el futuro. Sin embargo, al pasar a la segunda esfera las cosas cambian. Porque ahora se trata de hacer una interpretación integradora de otras normas jurídicas, en relación con el artículo 35 CE, en supuestos particulares, y en cualquier orden de la jurisdicción, se trata de resolver casos en los que las partes invocan a su favor este precepto constitucional.

⁹⁹ M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000 (2.ª edic.).

¹⁰⁰ Cito por D. GARCÍA SAN JOSÉ, «El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización», en *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999, pp. 233-251.

Un problema con el que nos encontramos, en los dos niveles indicados, es el de la *inconstitucionalidad por omisión*, que ya ha sido estudiada en profundidad por algunos autores. Contamos con una monografía del profesor Fernández Rodríguez, en la que aborda exhaustivamente este tema¹⁰¹. Para él, existen diferentes normas constitucionales que no se han desarrollado y resultan, por ello, ineficaces. Nuestro Derecho no recoge cauces que coaccionen jurídicamente al legislativo para que lleve a cabo esa labor pendiente. A pesar de todo, hay vías y fórmulas que merecen consideración desde el punto de vista de la posible puesta en práctica de la inconstitucionalidad por omisión. Esta figura podría ser utilizada con firmeza por el TC con el objetivo de conseguir una efectiva realización del proyecto constitucional.

Pueden recordarse, en relación con este punto, algunas SSTC, si bien éste ha sido hasta ahora muy reacio a admitir los efectos prácticos de la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Pero en algunas de sus resoluciones no se limita a anular o convalidar una norma dada, sino que ha ofrecido, tras realizar una construcción hermenéutica propia, el «significado conforme a la CE» de esa norma. Así, las SSTC 67/1982 (vía judicial procedente previa al recurso de amparo en el orden laboral), 15/1982 (objeción de conciencia al servicio militar), 103/1983 y 104/1983 (pensión de viudedad de los varones). Otro caso lo encontramos en la S 116/1987, de 9 de julio, que declara parcialmente inconstitucional la Ley 37/1984 en cuanto excluye del ámbito de aplicación de su título I a los militares que ingresaron en el ejército de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936.

6. EL DERECHO AL TRABAJO EN LAS CONSTITUCIONES

El derecho al trabajo (art. 35 CE) sólo tiene correcta interpretación desde el reconocimiento constitucional de un bien, de un interés o valor social, de una necesidad, que merece protección y tutela con (relativa) independencia de la voluntad de los titulares, desde los presupuestos que he examinado:

– existencia de un interés protegido. Debe entenderse como reconocimiento de un bien jurídico que merece la tutela del ordenamiento;

¹⁰¹ J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, cit. También J. PÉREZ ROYO, voz «Inconstitucionalidad por omisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3501-3503.

– no es una mera directriz para los poderes públicos, sino un derecho de los ciudadanos;

– su operatividad jurídica se extiende a numerosos supuestos de hecho.

En relación con el último rasgo, me importa destacar que la necesidad tutelada por el artículo 35 CE, el bien jurídico protegido, no tiene el mismo valor para todos los ciudadanos. Especialmente aquellas personas para las cuales el trabajo es el único medio de subsistencia, y que conviven con una preocupación real por conservar su empleo, tienen (como dije antes) un interés específico en una interpretación del derecho al trabajo que no lo vacíe de contenido.

Benito de Castro ha defendido recientemente la posibilidad de replantearnos si el derecho al trabajo es, como a veces se dice, de imposible realización, o esta dificultad se deriva de factores y condiciones que pueden ser modificados históricamente ¹⁰².

El texto por el que opta la CE en su artículo 35, enlazando el «deber» de trabajar con el «derecho» al trabajo y la libre elección de profesión u oficio, al margen de otras consideraciones efectuadas por la doctrina ¹⁰³, supone a mi juicio una toma de postura a favor del empleo activo como forma de atender a la subsistencia, como medio de obtención de rentas, atribuyendo al trabajo un papel central en la construcción de la identidad personal y social; y podría representar un obstáculo para la generalización, en forma de derecho subjetivo, de un salario universal garantizado, o de fórmulas similares, que pretendan reemplazar el derecho al trabajo.

Esta perspectiva aparece más clara, y reforzada, si realizamos una aproximación histórica a los documentos políticos y constitucionales que han recogido, desde hace más de un siglo, el derecho al trabajo como exigencia fundamental. Veremos que, en todos ellos, la reivindicación del derecho al trabajo aparece ligada, de forma ineludible, a las garantías exigidas *frente a la pérdida del empleo*. Esto es, el interés primario en juego es la protección que debe dispensar el ordenamiento jurídico al

¹⁰² B. DE CASTRO CID, «Retos de la configuración sistemática...», cit., pp. 42-43, nota 20.

¹⁰³ Ver R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, cit., pp. 87-95, sobre las diferencias entre derecho al trabajo, deber de trabajar y libertad de profesión.

trabajador que sufre una situación de inactividad o pierde su puesto de trabajo.

¿Por qué? Porque el derecho al trabajo es un derecho diseñado y reflejado en la CE (y en otras constituciones) como un derecho para quienes se encuentran en una situación de riesgo de perder su ocupación, o tienen dificultades para mantenerla. No es un derecho para todos, en abstracto, sino que es un derecho para los sectores de la población que necesitan realmente el reconocimiento de su trabajo como bien jurídicamente protegido. Es un exceso no justificado¹⁰⁴ atribuir este derecho a personas que tienen sobrada capacidad para satisfacer por sí mismas sus necesidades básicas.

En el momento de la revolución industrial, como señaló certeramente Marshall refiriéndose al caso inglés, el derecho al trabajo aparecía desligado de los derechos asistenciales. La condición de ciudadano (en un sentido muy amplio) sólo era predicable del sujeto que estaba en condiciones de trabajar, de ser productivo, de los varones activos, mientras que la asistencia social (esto es, la beneficencia pública y privada) estaba reservada a los indigentes y mendigos. Así el derecho (activo) al trabajo, que implica la inserción en la sociedad civil, se contraponía a los derechos (pasivos) sociales de carácter «caritativo»: asistencia a domicilio, comedores de beneficencia, albergues... Trabajo y asistencia social seguían caminos separados, en el marco proporcionado por las leyes de pobres del período isabelino (codificadas en 1601), que incluían la exacción de cuotas y tributos para financiar la asistencia social¹⁰⁵.

En el siglo XIX los defensores del industrialismo a ultranza, inspirados en la doctrina liberal, atacaron con dureza estas normas, y organizaron campañas en su contra: era inmoral y antieconómico que los pobres recibieran tantos recursos a fondo perdido, en vez de utilizarlos de forma productiva. El mejor ejemplo del nuevo modelo fue la Poor Law inglesa de 1834, que limitaba las ayudas asistenciales a los incapacitados, y obligaba a todos los demás necesitados a ingresar en *work houses*, instituciones cerradas sometidas a un régimen cuasipenitenciario, exigiendo un ritmo extenuante de trabajo. Su principio inspirador era simple: quien teniendo capacidad de trabajar no lo hacía, no merecía ninguna asistencia; quien rechazaba unas condiciones laborales inhumanas era responsable de su propia depauperación.

¹⁰⁴ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., pp. 318-20.

¹⁰⁵ Voz «Pobre» en el *Diccionario Larousse de Historia Universal*, vol. IV, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1988, pp. 2964-2965.

ración y la de su familia¹⁰⁶. Estas observaciones no sólo tienen interés histórico: la filosofía inspiradora del industrialismo a ultranza continúa vigente en algunos programas políticos¹⁰⁷.

Es muy importante advertir el dato de que, en la mayoría de los países, las primeras leyes «sociales» que regulaban la actividad industrial estaban destinadas a proteger, exclusivamente, a las mujeres y los niños, quienes a la sazón no tenían la consideración legal de ciudadanos en esos momentos¹⁰⁸. Los trabajadores varones, mayores de edad, parecían no necesitar ninguna regulación estatal que afectara al contenido de los contratos que habían suscrito con sus empleadores.

Por el contrario, en el modelo de Estado Social de Derecho, tal como lo conocemos desde las primeras décadas del siglo xx, el derecho al trabajo: 1.º, se configura como un derecho fundamental de todos los ciudadanos; 2.º, alcanza rango jurídico-constitucional, y 3.º, se combina, en todos los países, con una serie de prestaciones por la pérdida del empleo (desempleo, enfermedad, invalidez y jubilación), en el marco de un sistema público de Seguridad Social. Para afirmar este sentido no sólo histórico, sino sociológico y político, del derecho al trabajo he tenido en cuenta documentos como éstos:

– el artículo 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Convención de la República francesa el 23 de junio 1793, como Preámbulo al Acta Constitucional de ese año, establece que «la sociedad debe velar por la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles un trabajo, sea asegurando los medios de existencia de quienes no están en condiciones de trabajar»¹⁰⁹;

– el apartado VIII del Preámbulo de la Constitución francesa de 1848 contempla el deber de la República de «asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, bien procurándoles trabajo en la medida de sus posibili-

¹⁰⁶ T. H. MARSHALL y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, cit., pp. 22 y ss.; S. WOLF, *Los pobres en la Europa moderna*, cit., pp. 36-56, y P. MIRAVET BERGÓN, «Trabajo y derechos sociales...», cit., pp. 360-361.

¹⁰⁷ Está presente, por ejemplo, en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, artículo primero.once, que exige al beneficiario de las prestaciones por desempleo un «compromiso de actividad», lo que supone una obligación de aceptar cualquier oferta de empleo, aunque éste sea en otra profesión diferente, en otra localidad distinta, y con un salario inferior.

¹⁰⁸ R. BENDIX, *Estado nacional y ciudadanía*, cit., pp. 81-82.

¹⁰⁹ Cito por la traducción de A. MARTÍNEZ ARANCÓN, *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, aquí pp. 25 y ss.

dades, bien otorgando asistencia, en defecto de la familia, a los que no están en situación de trabajar»¹¹⁰;

– el Programa aprobado por la socialdemocracia alemana en Gotha, en 1875: el trabajo es la fuente de toda riqueza y toda cultura..., su producto íntegro pertenece a la sociedad..., con la participación de todos en el trabajo, y en virtud de un derecho igual...;

– el primer programa del Movimiento obrero cristiano de Austria, de 1896: «el trabajo es deber y bien común de todos los hombres sanos..., el Estado está obligado a proteger el trabajo honrado...»; se propone la prohibición del trabajo de mujeres y niños, la prohibición del trabajo en festivos, la limitación del trabajo nocturno, y la fijación de una jornada laboral máxima; por otra parte, se pide el establecimiento de seguros obligatorios de enfermedad, accidente, invalidez y jubilación...;

– una de las primeras leyes obreras españolas, la Ley de 13 de marzo de 1900 («Gaceta» del 14 de marzo), garantizaba la reserva del puesto de trabajo a la mujer trabajadora durante el período de embarazo, y durante las tres semanas posteriores al parto, además de regular un permiso retribuido por lactancia;

– el Programa del Partido Progresista norteamericano, de T. Roosevelt, de 1912, que preveía el descanso en festivos, salario mínimo y limitación de jornada, así como una legislación más eficaz sobre prevención de accidentes laborales, enfermedades, paro involuntario, con implantación de subsidios por muerte, accidente, vejez...;

– la Constitución de la República de Weimar de 1919, artículos 151 y 152 (libertad económica y de contratación), artículo 163 (derecho a ganarse el sustento mediante un trabajo productivo) y artículo 161 (se creará un amplio sistema de seguros para atender a la conservación de la salud, previsión para la vejez, enfermedad...), entre otros;

– la Constitución Mexicana de 1917, en sus artículos 4. y 5. (derecho al trabajo como libertad) y artículo 123 (deberes de los poderes públicos en materia de jornada máxima, trabajo de los menores, de las mujeres, salario mínimo, huelgas, despidos...);

– la Constitución de la Segunda República española de 1931, en sus artículos 33 (libertad de elegir profesión), 39 (libertad de sindicación), y el importante artículo 46 (el trabajo es una obligación social y goza de la pro-

¹¹⁰ Un análisis de esta norma, y del contexto histórico en que se enmarca, en R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, cit., aquí pp. 23 y ss.

tección de las leyes..., la legislación regulará los seguros de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez..., la jornada de trabajo y el salario mínimo...);

– la Constitución de la República italiana de 1947, en sus artículos: 36 (sobre derecho a un salario suficiente, descansos, y jornada laboral máxima); 37 (sobre trabajo de mujeres y menores de edad); 38 (sobre previsión social, enfermedad, invalidez, vejez y paro involuntario), todos ellos precedidos por el importante artículo 35, según el cual la República «protege el trabajo en todas sus formas»;

– la Constitución de la República portuguesa de 1976 (reformada por Ley Constitucional 1/1982) tutela el derecho al trabajo en su artículo 59, y los derechos relativos a la Seguridad Social en el artículo 63, en el marco de un amplio reconocimiento y potenciación de los derechos de los trabajadores ¹¹¹.

Observemos que el derecho al trabajo ha surgido, como puede observarse en todos estos documentos, como un derecho peculiar, porque:

– *supone un límite o restricción de la autonomía de la voluntad*: el trabajador asalariado no puede «elegir» libremente una jornada laboral demasiado larga, sino que ésta se encuentra limitada por la ley; niños y mujeres no podían «libremente» acceder a determinadas ocupaciones, sino que éstas les eran vedadas; tampoco se puede aceptar «libremente» un salario de miseria, sino que la ley fija un salario mínimo...

Esto quiere decir que el trabajo se entiende como un bien jurídicamente protegido sustraído a la libre disponibilidad de las partes que intervienen en la relación laboral. El trabajador no dispone de una libertad de elección absoluta, sino que es el orden jurídico del Estado Social el que fija el marco de elección posible ¹¹². Esta noción del trabajo como «bien protegido» es a veces explícita en la propia Constitución, pero creo que siempre se encuentra al menos implícita;

– *supone una situación de cobertura para situaciones de falta de trabajo*: el reconocimiento de un «derecho al trabajo» va unido a la tutela

¹¹¹ Muchos de estos documentos los he extraído de la obra colectiva *Derecho positivo de los derechos humanos*, edic. dirigida por G. PECES-BARBA, Debate, Madrid, 1987, segunda parte.

¹¹² Es precisamente esta regulación por parte de los poderes públicos (y no su inexistencia) la que hace posible que hablemos de autonomía del trabajador frente a su empleador, evitando situaciones de dependencia extrema. Le debo el enfoque básico sobre este importante aspecto de la noción de *autonomía* a Francisco Laporta, gracias a un curso de doctorado (2003/2004) en la U. A. M.

o protección de situaciones de necesidad originadas, precisamente, por la falta o carencia de trabajo efectivo (el desempleo, la enfermedad, la invalidez, la jubilación...). Es el trabajador que no trabaja el que, paradójicamente, encuentra una tutela más eficaz y vigorosa por parte del orden jurídico en el Estado Social.

En unos casos, se trata de regular la suspensión del contrato de trabajo, con reserva del puesto, y sin pérdida del salario (enfermedad, accidente, maternidad...): el trabajador o trabajadora tiene derecho a reincorporarse a la vida laboral una vez terminada la suspensión. En otros casos, se trata de regular una cobertura o protección ante la pérdida del empleo, sea por despido, por invalidez, por jubilación...: el trabajador deja de percibir sus retribuciones, pero accede a determinadas indemnizaciones (legalmente tasadas) o prestaciones públicas que buscan compensarle por la falta de salario.

Este factor me parece de trascendental importancia. Todas las constituciones que contemplan (explícitamente o no) el trabajo como «bien protegido» regulan, inmediatamente después, las consecuencias de la pérdida del empleo y los mecanismos de protección que establecen. Sin embargo, no existe ninguna regulación garantista referida al acceso al empleo, al acceso a la colocación en el mundo laboral por parte del desempleado, del joven o del que busca trabajo en general.

El artículo 35 CE no fundamenta una garantía fuerte para quienes se encuentran buscando trabajo, ni éstos pueden exigir una colocación concreta. Existen varias posibles razones para este hecho, entre otras:

– la mayor facilidad de articular jurídicamente la protección para los trabajadores desempleados, que es más fácilmente operativa, a través de instituciones de previsión social integradas en el sector público, dependientes de los presupuestos del Estado;

– el derecho de acceso al trabajo no se cumple ni satisface con «el trabajo» en abstracto, sino con una colocación concreta y específica, con un puesto de trabajo determinado, un puesto que, al ocuparlo yo, no puede ocuparlo simultáneamente otra persona;

– la mayoría de los puestos que se ofertan en el mercado de trabajo pertenecen al sector privado, a empleadores (personas físicas o jurídicas) particulares que pueden libremente contratar, o no, a quienes demandan un

empleo, y que no pueden ser constreñidos por la ley a formalizar nuevas contrataciones por causa del interés público;

– en una economía de mercado (art. 38 CE) no puede existir una garantía positiva de que todo ciudadano pueda encontrar un empleo digno siempre que lo busque, ya que la asignación de recursos escapa en gran medida a las decisiones del poder político.

Por tanto, si mi percepción es correcta, el reconocimiento constitucional de un «derecho al trabajo» significa, jurídicamente y ante todo, dos cosas: que la Constitución recoge el trabajo como un bien protegido, como un valor, y que, por esta razón, establece mecanismos de protección ante la carencia o falta de trabajo. Si bien no existe tutela del acceso al trabajo, sí la hay (o debería haberla) para su pérdida.

Por ello, es fácil dar respuesta a las críticas tradicionales dirigidas contra el derecho al trabajo entendido sólo como «derecho de acceso al empleo». Parece insensato sostener que el derecho al trabajo consiste en que el Estado debe proporcionar a cualquier individuo que lo solicite (a todos los individuos) un puesto de trabajo. Y ello es así porque el derecho al trabajo no garantiza (ni nunca se ha pretendido, en los países de nuestro entorno y en nuestra tradición política) un acceso ilimitado a estos bienes, que cuentan con restricciones decisivas e insuperables en cualquier sistema económico donde la provisión de empleos no se encuentre planificada¹¹³.

En los trabajos de Alexy se apuntan, como dije, sugerencias que pueden resultarnos de ayuda para perfilar mejor la estructura de algunos derechos sociales:

1.^a Los «derechos entendidos como un todo» pueden (y suelen) descomponerse en varias posiciones o relaciones jurídicas diferentes, se articulan en la práctica a través de diferentes técnicas de garantía, y no pueden reducirse de modo elemental a una sola de estas posiciones.

2.^a Se introduce una distinción entre las acciones normativas, que definen una esfera de relaciones o posiciones jurídicas concretas, y las acciones fácticas, que se traducen en la entrega de un bien o la realización de un servicio por parte del obligado.

3.^a Los derechos fundamentales pueden tener el carácter de principios o de reglas. En el primer caso, son «mandatos de optimización», pueden limitarse y restringirse, son derechos *prima facie*... En el segundo caso, los

¹¹³ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 108.

derechos son «mandatos definitivos», se imponen siempre sin excepción, no son ponderables, y ofrecen una consecuencia jurídica clara y precisa en cada supuesto de hecho. Entiendo que este doble carácter se predica de cada situación concreta, que puede revestir el aspecto de un principio o de una regla en su aplicación. Por tanto, un derecho fundamental «como un todo» podría operar en unos casos como principio y en otros casos como una regla.

Estas precisiones se aplican útilmente a algunos derechos sociales, por ejemplo en el caso de la *libertad sindical* (art. 28.1 CE):

– Opera en ocasiones como una inmunidad o libertad negativa, frente al empresario o frente al Estado: ni el empresario, ni el poder público, pueden interferir en la esfera de la libertad sindical, la sindicación es libre, tanto en el plano colectivo (no necesidad de autorización para crear un sindicato, autorregulación...) como individual (el trabajador es libre de afiliarse o no afiliarse, sin que de ninguna de estas opciones se puedan derivar consecuencias perjudiciales para él). Los representantes sindicales disfrutan, por último, de privilegios o inmunidades en el ejercicio de su representación.

– Opera en otras ocasiones como una pretensión, a veces frente al Estado, pero muy a menudo frente al empresario: en estas situaciones, se trata de un verdadero «derecho de prestación» dirigido frente a un particular. El empresario se encuentra obligado, por mandato legal, a proporcionar al sindicato un local idóneo para reuniones, un tablón de anuncios y propaganda, a facilitarle información y documentación, y un crédito de horas de actividad sindical retribuida a los delegados sindicales.

– La libertad sindical opera a menudo como una regla, no como un principio: por ejemplo, la jurisprudencia ha orientado el actual tratamiento normativo de la protección ante prácticas antisindicales (como el despido antisindical) adoptando la «regla» de la inversión de la carga de la prueba: no se trata sólo de ponderar o equilibrar intereses, sino que el empresario corre con la carga de demostrar, fehacientemente, que su medida disciplinaria era plenamente lícita y proporcionada.

Al derecho al trabajo puede aplicarse un análisis similar, y descomponerlo, en su regulación jurídica, en diversas posiciones/relaciones, que podemos identificar como los diferentes derechos del trabajador en el seno de un contrato laboral (ver art. 4 ET):

a) inmunidades «negativas», respeto de su intimidad, de su dignidad (art. 18 ET), y derecho a no ser discriminado en el empleo (art. 17 ET), con

la consiguiente prohibición de acciones empresariales que supongan injerencia en estos derechos (prueba ilícita)¹¹⁴;

b) derechos de prestación positiva (*acciones fácticas*) frente al empleador: a la ocupación efectiva, a la promoción y formación, a la previsión de riesgos y adopción de medidas de seguridad, a cobrar el salario... En todos estos puntos, el empleador está obligado a realizar ciertas acciones que le son exigidas normativamente. En materia de seguridad y salud laborales, no sólo existen unas obligaciones de hacer por parte de la empresa, sino que existen derechos de participación y vigilancia por parte de los trabajadores y de sus representantes (art. 19.3 ET);

c) *acciones normativas*, o reguladoras, que a menudo implican una limitación de la autonomía de la voluntad: prohibición del trabajo de menores (art. 6 ET), limitaciones al trabajo nocturno (art. 36.1 ET), clasificación profesional (art. 22), salario mínimo (art. 27), jornada máxima (art. 34.1 ET), número máximo de horas extraordinarias (art. 35.2 ET), cesión de trabajadores y sucesión de empresas (arts. 43 y 44 ET).

7. EL DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL TRABAJO

Comprender el contenido y alcance del derecho al trabajo implica deslindar los diferentes «momentos» o situaciones en las que puede operar este derecho, y en cada caso con distinta fuerza normativa. Podemos distinguir cuatro planos: el ingreso o acceso al empleo; el desarrollo posterior de la relación laboral; el tratamiento de las situaciones de inactividad; y, por último, el que me parece más relevante: el derecho a la continuidad y permanencia en el empleo.

A) Acceso al empleo

Derecho a conseguir una primera ocupación, o a reintegrarse al trabajo después de un cese voluntario. Esta expectativa se enmarca, genéricamente, en el mandato del artículo 40.1 CE referido a «realizar una política orientada al pleno empleo».

¹¹⁴ Es importante, a este respecto, conocer la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre igualdad de trato y no discriminación en el empleo, especialmente en sus artículos 9 a 11.

Las dificultades para construir técnicamente este derecho como un derecho fundamental han llevado a buena parte de la doctrina a entender que se trata de «una promesa incumplida y de imposible cumplimiento»¹¹⁵. Casi todas las críticas dirigidas contra el derecho al trabajo se han centrado en negar un derecho de los ciudadanos a reclamar de los poderes públicos una acción positiva para proporcionarles un puesto de trabajo, una acción concreta que les garantice conseguir empleo¹¹⁶.

En el apartado 6 anterior he indicado cómo este aspecto es sólo una perspectiva, un enfoque particular del derecho al trabajo, y a mi juicio no el más definitorio del contenido del artículo 35 CE como distinto del artículo 40.1 CE.

B) Desarrollo y vicisitudes del contrato de trabajo

Tendrían aquí cabida todas las pretensiones relativas a la estabilidad en el empleo, reducción de contratos temporales y promoción del empleo indefinido... El Informe Anual de Empleo presentado en 2002 por la Comisión Europea, considera preocupante la elevada proporción de contratos temporales que se registra en España, una proporción que se sitúa «tercamente» por encima del 31 por 100 en los últimos años, sin tendencia a reducirse¹¹⁷. Este porcentaje es muy superior a la media europea, en torno al 13 por 100¹¹⁸. Casi la mitad de los jóvenes empleados en España están insatisfechos con su puesto de trabajo, una cifra superior a la media europea, que se sitúa en torno a un 40 por 100¹¹⁹.

¹¹⁵ Por ejemplo, la conocida posición de G. PECES-BARBA: «El socialismo y el derecho al trabajo», *op. cit.*, aquí p. 10.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁷ Información recogida en *El País*, lunes 11 de noviembre de 2002, p. 71. Sobre la escasa calidad del mercado laboral español, ver *El País Negocios* del domingo 20 de octubre de 2002, p. 46.

¹¹⁸ En concreto, el empleo temporal (o por tiempo determinado) suponía en España el 32,7 por 100 del empleo total en 1999, y el 32,1 por 100 en 2000, mientras que el empleo temporal suponía, para la media de la UE, un 13,2 y un 13,4 por 100 del total, para esos mismos años. Las cifras de España son, con notable diferencia, las más elevadas de Europa Occidental. Fuente: «Unión Europea. Visión comparativa de las relaciones laborales en 2001 (Parte III)», en *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, 87 (agosto-septiembre 2002), pp. 71-88. El original en inglés podía obtenerse de la página web del European Industrial Relations Observatory (www.eiro.eurofound.ie).

¹¹⁹ Datos de EUROSTAT, recogidos en *El País*, 18 de mayo de 2003, p. 58, y del I. N. E.: Encuesta de Población Activa, tercer trimestre 2003, recogida en *El País*, 25 de octubre de 2003, p. 54.

Por contra, el modelo de empleo estable, que informa la inequívoca opción constitucional (art. 35) a favor del contrato indefinido, juega a favor de las economías más débiles, en la medida en que la continuidad en el tiempo posibilita el ahorro y la planificación en el consumo ¹²⁰.

C) Derechos relativos a las situaciones de inactividad (baja por enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo...)

A menudo, son derechos de prestación frente al Estado, pero el coste de la IT, entre los días cuarto y decimoquinto, corre a cargo del empresario. Y en el marco de la negociación colectiva, es habitual que las empresas abonen cantidades complementarias en casos de jubilación, invalidez o fallecimiento.

La cuestión más trascendental está en cómo se aborda el problema del desempleo ¹²¹. A mi juicio, una regulación legal que suprimiera por completo el subsidio de desempleo sería manifiestamente inconstitucional, por violación del artículo 35 CE, sin necesidad de acudir a otras normas, como el artículo 41. Carece de sentido hablar del derecho al trabajo si el desempleo forzoso no se considera como un «mal», una situación a evitar o una necesidad a cubrir por medidas protectoras. Si el desempleo es un mal, debe ofrecerse alguna respuesta normativa. ¿Y no sería también inconstitucional una regulación de la cobertura por desempleo a todas luces insuficiente?

El problema es especialmente agudo en situaciones de crisis económica. Por ejemplo, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, introduce la obligación de aceptar una ocupación adecuada, introduciendo un elemento discrecional que convierte al subsidio de paro en una prestación administrativa ¹²².

¹²⁰ J. L. BARBERIA, «La vida al sol», en *El País Domingo* (17 noviembre 2002), aquí p. 2.

¹²¹ F. VALDÉS DAL-RÉ: «Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (y II)», en *Relaciones Laborales*, núm. 17 (septiembre 2002), pp. 1-15.

¹²² Por eso Valdés Dal-Ré planteó varias dudas (op. cit.) sobre la constitucionalidad del RDL 5/2002, de 24 de mayo, pues por un lado reformula, con carácter general, los efectos del deber constitucional de trabajar, afecta a la libertad de trabajo (al imponer un compromiso de ocupación más allá de las propias aptitudes profesionales) y, sobre todo, desplaza el eje del sistema de protección social desde la esfera de los derechos del trabajador cotizante hacia «un difuso campo asistencial» (p. 15).

D) **Derechos relativos a la permanencia en el empleo, a no perder el trabajo mientras se esté en condiciones de trabajar**

Hay varios supuestos de interés, uno de ellos es el de la jubilación obligatoria, abordado por la STC 22/1981, de 2 de julio (después por la STC 58/1985, de 30 de abril), y puesto de nuevo sobre el tapete del debate doctrinal tras la derogación de la disposición adicional 10.^a ET por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, disposición derogatoria única¹²³. Se han dado argumentos, por ejemplo, tanto a favor como en contra de que los convenios colectivos puedan fijar una edad de jubilación obligatoria¹²⁴. El debate ha sido abruptamente zanjado por el TS, en dos SS de fecha 9 de marzo de 2004, que prohíben a la negociación colectiva el establecimiento de edades de jubilación forzosa¹²⁵.

En su S 22/1981 el TC señaló claramente que «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo», desde una perspectiva tanto individual como colectiva. En su aspecto individual, el derecho al trabajo se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto..., y en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, *a no ser despedido si no existe una justa causa*» (FJ 8.º). Por si esta argumentación no resultara explícita, en el FJ 9.º de la citada S se resalta qué derechos y valores constitucionales pueden limitar, a cierta edad, el derecho al trabajo (la solidaridad, la igualdad real y efectiva, la participación) y cómo dicha limitación se supedita a la garantía efectiva de nuevas oportunidades de trabajo para la población en paro, «por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo». Por último, el TC apunta que dicho sacrificio personal y económico debe ser «objeto de compensación»: es preciso que «no se lesione desproporcionadamente un bien... constitucionalmente garantizado».

Sin embargo, las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de

¹²³ Norma convalidada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

¹²⁴ Ver un resumen de estos argumentos en L. MELLA MÉNDEZ, *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 60 y ss.

¹²⁵ El debate doctrinal ha sido, y será, muy intenso sobre esta cuestión. Puede verse F. CAVAS MARTÍNEZ, «¿Me jubilo o “me jubilan”? A propósito de dos recientes sentencias del TS sobre los efectos de la derogación de la D. A. Décima del ET», en *Aranzadi Social*, núm. 2, mayo 2004. El problema más grave, a mi juicio, es que el TS se apoya en el propio derecho al trabajo (art. 35 ET) para negar a los agentes sociales la posibilidad de pactar edades de jubilación.

jubilación gradual y flexible, sustituido después por la Ley 35/2002, de 12 de julio, con la misma rúbrica, han incidido profundamente en el tema. Ha podido afirmarse que estas leyes no regulan la jubilación anticipada como una facultad o derecho del trabajador (elegir el momento en que deja de trabajar y pasa a la situación de pensionista), sino como «un instrumento que permite al empresario prescindir, a su iniciativa, de los trabajadores de más edad para sustituirlos por otros de menos edad, o para suprimir sus puestos de trabajo»¹²⁶.

El aspecto más importante, sin duda, al referirnos a las causas de extinción del contrato en relación con el derecho al trabajo, es el tratamiento del *despido*. La regulación de esta figura en España, como en otros países de nuestro entorno económico y social, da pie a que pueda hablarse sin temor a equivocarnos de un «*despido libre con costes*». Cualquier empresario puede despedir a cualquier trabajador, con las dos únicas excepciones de los supuestos del artículo 55.5 ET (despido discriminatorio, y con violación de derechos fundamentales), sin que ello suponga la necesidad de readmitirle si se acredita que tal decisión carece en absoluto de fundamento. El despido puede ser ilegal (improcedente): pero sólo ciertos extremos de anti-juridicidad lo convierten en nulo¹²⁷.

En el modelo norteamericano, el contrato laboral es un tipo de contrato civil. A grandes rasgos, se distingue entre trabajadores «sindicados», para los que el convenio colectivo regula sus condiciones de trabajo, y trabajadores «no sindicados», que se rigen exclusivamente por el contrato individual de trabajo. El sector sindicado ofrece cobertura, aproximadamente, al 15 por 100 de la fuerza de trabajo. Se considera que los empresarios tienen una amplia potestad para despedir a los trabajadores no protegidos por convenios colectivos: el despido es libre, depende exclusivamente de la voluntad del empleador, y serán los tribunales los que, en contadas

¹²⁶ M. RODRIGUEZ-PINERO, «La flexibilidad de la edad de jubilación (II): la nueva jubilación anticipada», en *Relaciones Laborales*, núm. 21 (noviembre 2002), aquí p. 9. Se indica, asimismo, que la UGT rechazó estas normas por entender que «jubilación flexible» significa sobre todo libre elección, por parte del trabajador, del momento de la jubilación, lo que no se da en la Ley 35/2002.

¹²⁷ Sin perjuicio de reconocer el importante esfuerzo realizado por la jurisprudencia para ampliar las garantías frente al despido en los supuestos de despido nulo previstos legalmente. La STC 229/2002, de 9 de diciembre, extiende la inmunidad frente al despido de los delegados sindicales, con derecho a optar por la readmisión al trabajo, incluso con posterioridad a su revocación por los órganos competentes del sindicato. La STC 17/2003, de 30 de enero, considera discriminatorio el despido de una trabajadora embarazada con independencia de que la empresa desconociera esta situación.

ocasiones, puedan fijar una indemnización por daños y perjuicios si resulta exigible por la ruptura del contrato ¹²⁸.

En el modelo continental el contrato laboral tiene un régimen jurídico diferente del civil, el despido es causal, sólo puede despedirse a un trabajador justificando una causa que fundamente esta decisión ¹²⁹. Ejemplo destacado lo encontramos en Italia: desde la *S Corte Costituzionale* de 9 de junio de 1965, y la Ley núm. 604/1966, la existencia de justa causa es condición de validez de cualquier despido. El artículo 18 *Statuto dei Lavoratori* establecía la readmisión en su puesto del trabajador despedido arbitrariamente.

En España, el establecimiento de una protección firme frente al despido es un imperativo constitucional: ver el artículo 35 CE, que consagra el derecho fundamental al trabajo, y la STC 22/1981, FJ 8.º. No se trata por tanto de una decisión de política legislativa, que puede mudar con la coyuntura: la CE ha «congelado» esa decisión en favor de un despido fuertemente causalizado. Llegando más lejos, ¿no podría argumentarse que una ley que aproximara (más aún) los efectos del despido procedente y del improcedente, o suprimiera la indemnización para estos últimos, sería inconstitucional por violación del artículo 35 CE?

El derecho al trabajo sólo cobra significado, desde mi posición, como un «derecho a continuar trabajando». Y es claro que, como tal derecho, no admite una interpretación literal o maximalista: hay circunstancias empresariales en que resulta imposible continuar con la prestación de servicios. Sin embargo, como dice el TC, el derecho al trabajo se concreta en un derecho a la continuidad o estabilidad en el puesto que se venía desempeñando, salvo que concurra la existencia de una justa causa de despido ¹³⁰. Debe procederse, pues, a una evaluación de las circunstancias («*justa causa*») que pueden justificar dicha expulsión del empleo.

Es importante hacer hincapié en que, si bien el derecho al trabajo, en su formulación inmediata y primaria, es un derecho a prestar servicios, a reali-

¹²⁸ «Las relaciones laborales en la U.E., Japón y EE.UU. (Parte I)», publicado en el *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, 81 (febrero 2002), pp. 63-78, y obtenido de la página web www.eurofound.ie, citada, y W. B. GOULD: «Despido libre frente a despido causal: nuevas tendencias judiciales en EE.UU.», en *Actualidad Laboral*, 19 (mayo 1990), pp. 223 y ss.

¹²⁹ Así lo establece, por otra parte, el artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT (ratificado por España).

¹³⁰ J. GARCÍA BLASCO, «En torno a la problemática jurídica de la Disposición Adicional 5.ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional: la sentencia de 2 de julio de 1981», en la obra colectiva: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, Universidad de Zaragoza, 1983, aquí pp. 97-98.

zar una actividad, a seguir empleado..., la regulación vigente en España supone que el derecho a no verse privado ilegalmente del trabajo se compensa, simplemente, con una indemnización económica tasada, por lo que no existe *restitutio in integrum*¹³¹. Si existe un derecho al trabajo y, por tanto, a no verse privado arbitrariamente de él, ¿cuáles son los fundamentos constitucionales que legitimarían, en su caso, dicha privación? O, dicho de otro modo, ¿cuáles son los límites del derecho al trabajo? Son dos los puntos que deseo simplemente mencionar: *a*) la regulación que se encuentra en las normas del ET sobre despido, y *b*) otras normas garantizadoras de derechos fundamentales que pueden entrar en colisión con el derecho al trabajo.

A) La CE introduce una habilitación al legislador para perfilar y delimitar los derechos fundamentales: «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el contenido de tales derechos...» (art. 53.1 CE). Creo que el sentido de la norma es claro: la ley deberá ofrecer una regulación del derecho (no cualquier precepto supone una «regulación») y ésta habrá de respetar su núcleo central. Corresponde al legislador regular los límites impuestos al ejercicio del derecho, incurriendo en inconstitucionalidad exclusivamente cuando se vulnere su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 13/1984, de 3 de febrero).

Si se entiende que la regulación vigente sobre el despido en el ET respeta el «contenido esencial» del derecho al trabajo, en su configuración constitucional por el artículo 35.1 CE, este contenido esencial no estaría en la conservación o preservación del empleo, sino simplemente en asignarle un valor de cambio. En efecto, nuestro ordenamiento no establece trabas, salvo en supuestos muy determinados, para proceder a la extinción no causal del contrato de trabajo, es decir, por la simple voluntad del empleador. Esta extinción discrecional (incluso arbitraria) aparece compensada o indemnizada en el ET por una cantidad en metálico, actualmente 45 días (o 33, según el tipo de contrato) de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades.

El derecho al trabajo no se configura, pues, en el ET (al contrario de lo que ocurría en Italia, como vimos) como una expectativa protegida de tener ocupación y mantenerla («continuidad y estabilidad en el empleo»,

¹³¹ Debo algunas interesantes observaciones sobre este aspecto al profesor M. Luque Parra, en su contribución al *Curso de Formación Jurídica sobre las Directivas Comunitarias en materia de discriminación en el empleo* (Madrid, junio 2004), organizado por Jueces para la Democracia.

según doctrina del TC), sino sólo de percibir un importe compensatorio a la hora de su extinción, siendo esta decisión libre y voluntaria por parte del empresario. Si esta interpretación fuera correcta, se derivarían tres consecuencias:

- 1) El derecho al trabajo resultaría ser solamente un derecho a la indemnización, lo que le diferencia de un derecho a la ocupación efectiva, con todo lo que ello supone.
- 2) El trabajo sería un bien constitucional en tanto que valor de cambio, pero no en sí mismo considerado.
- 3) El derecho constitucional al trabajo tendría un valor tasado, idéntico en todos los supuestos, y fijado rígidamente por ley¹³².

B) Puede traerse a colación, asimismo, una posible colisión del derecho al trabajo con otros derechos constitucionales. El derecho al trabajo no se ha configurado, ni se ha interpretado por la doctrina y la jurisprudencia, como garante del acceso al trabajo, ni de la conservación del empleo. Más bien, se articuló a través de la protección por enfermedad, por desempleo y por otras situaciones de necesidad.

El límite más importante para la efectividad de un derecho al empleo, a la ocupación, es el artículo 38 CE, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Obsérvese que ambos preceptos gozan de la misma tutela constitucional, y sin embargo, uno de ellos se impone con carácter general en todos los conflictos que puedan plantearse entre ambos, ya que la alegación de una causa económica u organizativa por el empresario legitima, sin más, la extinción del contrato.

Los artículos 51 y 52.c) del ET, que regulan el régimen jurídico de los despidos colectivos e individuales por causas económicas y organizativas, están dando cobertura, precisamente, a estos supuestos de conflicto entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo, siendo éste el que cede cuando, en el marco de unas condiciones objetivas y mediante un determinado procedimiento, se acredita la necesidad de amortizar pues-

¹³² Conviene recordar que el TC, en su S 181/2000, de 29 de junio, declaró inconstitucionales ciertos aspectos del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en la redacción introducida por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, disposición adicional octava, considerando: que un baremo que no tenga en cuenta el grado de responsabilidad del causante del accidente, si es exclusiva, resulta arbitrario; y que la fórmula de un baremo tasado impide a los órganos jurisdiccionales realizar la más mínima ponderación del daño y de sus circunstancias.

tos de trabajo y de extinguir contratos. El problema se encuentra, por supuesto, en la utilización de este mecanismo al margen de las causas que lo justifican¹³³, dando lugar a un despido improcedente (arbitrario) cuya compensación económica ha sufrido hace unos años un nuevo y sustancial recorte.

En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, disposición adicional primera, se ha reducido la indemnización del despido improcedente a 33 días por año, desde los anteriores 45 días, para ciertos supuestos: contratos indefinidos de nueva suscripción, extinguidos por causas económicas u organizativas, no acreditadas en juicio. Es una reforma muy importante, pues con ella se desdibujan los límites entre el despido causal (arts. 51 y 52 ET), y el despido arbitrario. En la práctica, la mayoría de las nuevas contrataciones indefinidas se formalizan al amparo de esta norma, por lo que sería correcto olvidarse de los 45 días de indemnización como referencia básica en materia de indemnización por despido improcedente. La indemnización por despido económico y organizativo (con causas acreditadas) sigue fijada en 20 días/año. No hay ya una divisoria nítida entre ambas figuras (despido justo/despido arbitrario), lo que, a mi juicio, resulta incompatible con el artículo 35 CE y con la doctrina del TC.

Por último, la nueva redacción del artículo 56.2 ET, introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que sigue otorgando al empresario la facultad de despedir a un trabajador de forma arbitraria, introduce una novedad: si deposita en el Juzgado la indemnización legal (45 ó 33 días/año) en los dos días siguientes al despido no se devengan salarios de tramitación. El despido es libre, y más barato que antes, con las dos únicas excepciones del artículo 55.5 ET¹³⁴.

Compárese esta situación con la prevista, por ejemplo, en la reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, artículo 18, que como

¹³³ Ver al respecto el importante artículo de J. AGUSTÍ MARAGALL, «La causalidad en el despido disciplinario después de la Ley 45/2002. ¿La consagración legal del despido libre?», en *La Ley*, núm. 5.809, 24 de junio de 2003. El autor es titular del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona.

¹³⁴ Ya advierte M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La nueva dimensión de la protección por desempleo», en *Relaciones Laborales*, núm. 13, julio 2002, pp. 1-16, aquí p. 8, que la nueva regulación española «acentúa la irrelevancia de la procedencia o improcedencia del despido» e introduce «una cierta socialización del deber de resarcimiento por un despido sin causa».

respuesta a conductas antijurídicas que afecten a este colectivo (incluyendo despidos discriminatorios) sí que ofrece una tutela integral y completa¹³⁵.

El objetivo de este trabajo era argumentar que el derecho al trabajo encuentra su fundamento en la cobertura de necesidades humanas básicas; defender que el contenido esencial de este derecho tiene más que ver con la continuidad en el empleo que con el acceso a un puesto de trabajo, y presentar algunos argumentos en torno al carácter problemático de las normas que disciplinan el despido en España, en cuanto no respetan el contenido esencial del derecho al trabajo. Un desarrollo posterior de estas ideas nos debe llevar, a mi juicio, a replantearnos en profundidad las relaciones entre los artículos 35 y 38 CE, analizando si las normas contenidas en el ET sobre despido por causas económicas y organizativas mantienen un balance, un equilibrio adecuado entre los dos derechos constitucionales en conflicto: el derecho al trabajo, y el derecho a la libertad de empresa. Pero esto será objeto de otro estudio en el futuro.



¹³⁵ La Ley exige la adopción de «todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho» y para «prevenir violaciones ulteriores»; y señala que «la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*», y que procederá «aun cuando no existan perjuicios de carácter económico».