

UNA APROXIMACIÓN AL DEBATE CONTEMPORÁNEO SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO

AN ANALYSIS OF CONTEMPORARY DEBATES ON THE RIGHT TO WORK

DANIEL PÉREZ DEL PRADO
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 14-6-10
Fecha de aceptación: 4-11-11

Resumen: *El actual contexto de crisis económica y sus terribles efectos sobre el empleo han reavivado el interés por el derecho al trabajo. El presente estudio repasa cuáles son los rasgos configuradores de este derecho, las principales teorías contemporáneas que se han enunciado al respecto y pretende aportar, desde una perspectiva iuslaboralista y económica, algunas ideas en torno a la consideración del derecho al trabajo como un auténtico derecho*

Abstract: *The current context of the financial crisis and its terrible effects on employment have awakened our interest in the right to work. This research reviews its main characteristics, the principal contemporary theories that have been pronounced about it and tries to contribute, from a Labour Law and Economics point of view, with some ideas about its treatment as an authentic right.*

Palabras clave: derecho al trabajo, empleo, eficacia, Economía, Derecho del Trabajo
Keywords: right to work, efficacy, employment, Economics, Labour Law

1. INTRODUCCIÓN: EL ETERNO DEBATE SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO

En los últimos tiempos se ha reavivado un debate, que está siempre ahí, incombustible, pero que tiene sus ciclos. Este debate es el relativo a las formas de creación de empleo, a las transformaciones de las relaciones labora-

les y a cómo han de afrontarse los importantes retos que el mundo actual plantea en lo relativo a la creación de puestos de trabajo. Un debate que se refiere en muchas ocasiones a la cantidad, pero en el que existe una creciente preocupación por la calidad.

En efecto, se hace necesario hoy más que nunca crear empleo y, si es posible, “de calidad”. El problema viene dado por la pregunta subsiguiente: ¿cómo? A este respecto, no faltan propuestas concretas de toda índole. Tampoco son escasas las reflexiones generales que intentan hundir sus raíces en el núcleo mismo del problema, en un intento de servir de apoyo a aquellos estudios más específicos, de tal forma que sus estrategias sean las más acertadas respecto del fin perseguido.

El presente estudio pretende integrarse modestamente en este segundo grupo, arrancando de una de las múltiples reflexiones que el libro de José Luis Rey, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, suscita. Un libro actual, novedoso dada la rama del Derecho de la que proviene, y de cuya lectura surgen numerosos interrogantes, uno de los cuáles, ni mucho menos el central de la obra, ha dado lugar al presente trabajo.

Porque, si la sociedad actual tiene en el empleo una de sus principales preocupaciones, ¿acaso es que no se cumple el mandato constitucional de garantizar “el derecho al trabajo”? ¿en qué consiste tal derecho?, ¿cómo se conjuga, si es que se puede, con el hecho de que numerosos ciudadanos no pueden encontrar un empleo?, ¿qué debe hacer el Estado ante esta situación?

A lo largo de las siguientes páginas veremos cuál ha sido la evolución que ha experimentado este derecho y cuáles son los retos actuales que debe afrontar; e intentaremos demostrar que nos encontramos ante un derecho de contornos difusos y, en todo caso, mucho más amplio que el mero derecho a un puesto de trabajo, que el simple derecho al empleo. No obstante, conscientes de que ese concreto aspecto es el más criticado, nos adentraremos en alguna de las más significativas de esas críticas para analizar hasta qué punto son plausibles y, por tanto, en qué medida el derecho al trabajo es una realidad jurídica relevante en la sociedad de nuestros días.

Sólo así podremos entender el grado de vinculación del Estado con este derecho, cómo ha de garantizarlo, si es que ha de hacerlo y, fundamentalmente, si desde un punto de vista jurídico, el derecho al trabajo resulta una figura capaz de accionar los mecanismos necesarios como para que el Estado se convierta en un instrumento eficaz a la hora de afrontar los importantes retos que la sociedad tiene planteados.

En definitiva, a lo largo de las páginas que siguen intentaremos aportar algunas reflexiones a este debate general que bascula entre dos extremos: el que considera el derecho al trabajo como “un brindis al sol”, superado por la historia; y el que lo concibe como un derecho, no solamente activo, sino más vivo y necesario que nunca.

2. LOS CONTORNOS VARIABLES DEL DERECHO AL TRABAJO: ALCANCE Y EVOLUCIÓN

2.1. Breve evolución: del esplendor a la crisis

El mundo que hoy vivimos ha experimentado en los últimos años una serie de profundos cambios que tienen su más directa causa en dos fenómenos esenciales: por una parte, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que han borrado las fronteras físicas e inmateriales que separan a los Estados, contribuyendo a una cada vez mayor integración entre países; por otra, y en intrínseca relación con lo anterior, la tan traída y llevada “globalización” que, como fenómeno que trasciende del ámbito económico y termina por afectar a las más elementales instituciones de la sociedad, ha supuesto una cada vez mayor interconexión entre los distintos países del globo. Entender la realidad actual supone mirarla bajo el prisma de un mundo interconectado.

Uno de los ámbitos en que se han manifestado quizá con mayor fuerza estos cambios es el laboral. A este respecto, dos son los elementos que quizá mejor explican las tensiones que vive hoy el mundo del trabajo. A saber, las transformaciones en el sistema productivo y en la naturaleza de las relaciones laborales.

Por lo que respecta al primero, son numerosísimos los trabajos que han estudiado en profundidad el cambio que en las últimas décadas se ha producido en el modelo productivo, en el tránsito desde el sistema fordista hacia un nuevo modelo ‘postfordista’, ‘post-industrial’ o de las TIC¹.

¹ A este respecto, *vid.* J.R. MERCADER UGUINA, *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002. Para un estudio general de los cambios derivados del advenimiento de la sociedad de los servicios, *vid.* M. GAGGI; E. NARDUZZI, *Pleno desempleo*, Lengua de Trapo, 2009.

En efecto, con el concepto de sociedad post-industrial se hace referencia precisamente a aquella etapa histórica en la que la industria pierde su anterior preeminencia como elemento esencial organizativo de la estructura económico-social. “La sociedad post-industrial es un nuevo tipo de organización económica y social que sucede en el tiempo a la sociedad industrial”². Dicha preeminencia la ostenta ahora el sector servicios, lo cual tiene importantes consecuencias, como pueden ser las relativas a la actividad laboral, ahora caracterizada por su intangibilidad y por la concurrencia entre espacio y tiempo³.

Asimismo, esta nueva sociedad ha traído consigo, entre otras consecuencias, la aparición de estructuras institucionales superiores a las de nivel nacional, así como un cambio en el apalancamiento entre los mercados domésticos y extranjeros. En efecto, mientras que en el pasado los Estados comerciaban entre ellos a partir de determinados productos nacionales, lo que suponía una menor exposición a las influencias externas, hoy en día, las fronteras entre los países se difuminan a la hora de producir, siendo buen ejemplo de ello la propia Unión Europea⁴. Todo este proceso se manifiesta, además, en fenómenos como el incremento de la inversión directa extranjera, las cada vez más habituales y frecuentes fusiones y adquisiciones de empresas y el incremento de las transacciones comerciales internacionales.

Estos cambios han supuesto, en segundo lugar y como ya hemos señalado, una correlativa transformación de las relaciones laborales. Así, uno de los elementos que ahora marca de forma notable estas relaciones es el desempleo. En efecto, desde principios de los 70, el cambio en el modelo productivo ha dado lugar a períodos con tasas de paro excepcionalmente altas, tras los cuales podría decirse que las tasas de desempleo no volvieron a sus niveles originarios, de pleno empleo o cercanos al mismo. Estos períodos provocaron un proceso de exclusión de un número cada vez mayor de personas en lo que hace su participación en la vida económica y social. “En mu-

² J.R. MERCADER UGUINA, *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, cit., p. 54.

³ *Ibid.*, p. 57.

⁴ A este respecto, Schmid contrapone una división internacional del trabajo ‘macroestructural’, basada en el intercambio comercial de materias primas y productos manufacturados entre países, a la actual de carácter ‘microestructural’, en tanto que el trabajo se reparte en el seno de la propia empresa, a lo largo de diversos países en los que ésta cuenta con centros de trabajo, gracias a sistemas coordinados e integrados de producción. G. SCHMID, “Employment systems in transition: explaining performance differentials of post-industrial economies”, en G. SCHMID; B. GAZIER, *The dynamics of full employment*, Edward Elgar, Reino Unido, 2002, p. 23.

chos países, hubo momentos en los que más del 50 por ciento de los demandantes de empleo llevaba más de un año sin trabajar⁵. Por consiguiente, el carácter del paro ha cambiado, volviéndose mucho más estructural (menos temporal y menos cíclico) y selectivo (en el sentido de que afecta cada vez más a determinados grupos: jóvenes, mujeres, inmigrantes, etc.)⁶.

Correlativamente, desde el lado activo, de todo lo anterior puede deducirse la conocida como “erosión” de la “relación estándar de empleo”, esto es, aquella que se caracteriza por la concurrencia de cuatro elementos básicos⁷: a) se trata de un contrato dependiente, a tiempo completo, permanente y destinado únicamente a hombres en tanto que cabeza de familia; b) descansa sobre un sistema remuneratorio o estructura salarial estable basado en el tiempo de trabajo, el estatus profesional y la situación familiar; c) un sistema de organización del trabajo basado en la empresa, en la que en numerosas ocasiones se desarrolla toda la vida profesional; d) un alto nivel de permanencia o estabilidad combinado con una generosa protección social para el caso de despido o jubilación anticipada. Así, este modelo, que ha tenido una decisiva influencia en la configuración de los sistemas de empleo en los distintos países y en las regulaciones que los sustentan, quiebra a partir de los 70, como manifiesta el auge de nuevas formas de empleo como el trabajo autónomo, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo de duración determinada, el teletrabajo, etc. “Lo que anteriormente constituían “relaciones laborales atípicas” son ahora vistas como “relaciones laborales típicas” del siglo XXI⁸”. De ello se derivan, dos consecuencias importantes: por una parte, cada vez resulta menos sencillo determinar lo que se entiende por “relación estándar de empleo”; por otra, los mecanismos regulatorios, pensados para “otras épocas”, resultan menos eficaces para otorgar protección legal y una mayor seguridad social.

⁵ G. SCHMID; K. SCHÖMANN, “El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el estado de la cuestión” en L.TOHARIA (compilador), *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Informes y Estudios, Serie Empleo núm. 29, MTAS, 2006, p. 31.

⁶ J. GAUTIÉ, “Repensar la articulación del mercado de trabajo y la protección social en el postfordismo”, *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 22, núm. 1, 2004, p. 152.

⁷ G. SCHMID, “Towards a theory of transitional labour markets” en G. SCHMID y B. GAZIER, *cit.*, p. 152.

⁸ *In ibídem*. Traducción propia. El autor ofrece datos sobre distintos países europeos y hasta 1999 en los que se constata el aumento del empleo a tiempo parcial, de distintas formas de trabajo autónomo (no dependiente), de las empresas de trabajo temporal y de los contratos de duración determinada. En referencia a esto último, *vid.* pp. 154-157.

Las “nuevas” relaciones laborales llevan a su vez aparejadas cambios en otros ámbitos. En primer lugar destacan las repercusiones en el modelo de familia y en la relación entre economía doméstica y mercado de trabajo. Los tradicionales roles asignados a hombre y mujer no pueden sobrevivir con la extensión de la individualización. Como se ha señalado, el hombre cabeza de familia única fuente de ingresos de la familia es hoy una entelequia. La mujer tiene en la sociedad actual un papel mucho más relevante y las tareas familiares y del hogar son cada vez responsabilidades más compartidas y no ligadas a ningún sexo. En efecto, el empleo a tiempo completo se convierte en una traba para la conciliación de la vida familiar y profesional.

También se enfrentan a nuevos desafíos los sistemas de seguridad social. Por una parte, como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, lo que implica unas mayores exigencias a la hora de otorgarles la oportuna cobertura social en el momento de su jubilación; por otra, los propios cambios demográficos de la nueva sociedad, con una cada vez mayor población envejecida, conlleva también mayores esfuerzos financieros, lo que hace surgir el debate acerca de si el incremento de los riesgos sociales, la minoración de ingresos y las mayores fluctuaciones dinerarias deben seguir financiándose con cargo a contribuciones sociales y/o impuestos o si, por el contrario, deben buscarse fórmulas complementarias o alternativas de financiación. De todas estas cuestiones ha de surgir necesariamente un nuevo “pacto intergeneracional”⁹.

Por último, si el contrato estable a tiempo completo y de duración indefinida se encuentra en un proceso de erosión, ello lleva consigo necesariamente la aparición de otras formas de remuneración que conectan con los problemas derivados de dos tipos diferentes de discriminación: las relativas al sexo; y las relativas a la presión que ejerce la competencia y la globalización sobre los trabajadores poco cualificados o, incluso, mediana y altamente cualificados. Del mismo modo, e íntimamente relacionado con lo anterior, los continuos cambios que conlleva la “individualización”, la desaparición del “empleo para toda la vida”, afecta directamente a los sistemas formativos, muy especialmente en lo que respecta a la educación de adultos y a la formación a lo largo de toda la vida.

Aún podría citarse algún ejemplo más. Sin embargo, los mencionados bastan para darse cuenta de que los nuevos tiempos requieren nuevas respuestas. Muy en particular en aquella rama del Derecho que se encarga pre-

⁹ G. SCHMID, “Employment systems in transition: explaining performance differentials of post-industrial economies”, *cit.*, p. 29

cisamente de la regulación del trabajo, esto es, en el Derecho del Trabajo. Así, no han sido pocos los que han afirmado la necesidad de que el Derecho del Trabajo sea refundado, regenerado, imbricado, incluso, por otras ciencias en sus más estrictos fundamentos metodológicos¹⁰.

Si esto es así, si las transformaciones en el objeto de estudio, determinan un cambio en el Derecho del Trabajo, tales cambios alcanzarán también a su fundamento último, al pilar sobre el cual descansa toda su estructura, al derecho al trabajo.

2.3. Los conceptos de derecho al trabajo

¿En qué consiste el derecho al trabajo? ¿Tiene carácter uniforme o, por el contrario, guarda tras de sí, diversas vertientes o manifestaciones?

Para contestar a estas preguntas se hace indispensable una primera parada en el artículo que plasmaría en nuestro texto constitucional el mencionado derecho al trabajo, esto es, el art. 35, cuyo tenor literal dice: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo." Su apartado segundo añade, además, que "la Ley regulará el Estatuto de los Trabajadores".

Sin embargo, a la hora de determinar el contenido concreto del derecho al trabajo, la doctrina no se ha circunscrito al anterior precepto, del que podría decirse que constituye su mascarón de proa, sino que frecuentemente suele aludirse a algunas otras normas constitucionales¹¹. Así, para determinar el contenido del derecho al trabajo resulta imprescindible referirse, a la cláusula del Estado Social del art. 1.1, al art. 25.2 y al art. 40, en sus dos apartados, tanto en lo referente a su apartado segundo, que se refiere a contenidos típicamente laborales como la formación, la seguridad e higiene en el trabajo, la jornada laboral, etc.; como en el primero, que encomienda a los

¹⁰ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, "La función y la refundación del Derecho del Trabajo, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2000, pp. 21-31. J. R. MERCADER UGUINA, *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, cit., pp. 71-73.

¹¹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 45-53. R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pp. 69-101. M. R. ALARCÓN CARACUEL, "Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", *Revista de Política Social*, vol. 121, 1979, pp. 26-33.

poderes públicos, entre otras cuestiones, y “de manera especial”, llevar a cabo una política orientada al pleno empleo. Precisamente este mandato constitucional, incluido dentro de los *derechos y deberes de los ciudadanos* provoca la necesaria referencia a la determinación, por parte de la Constitución, del modelo económico de nuestra sociedad, a la que también, lógicamente, suele hacerse referencia, y a la que nos referiremos más adelante.

Todo esto va a dar lugar a unas especiales dificultades a la hora de determinar el contenido del derecho objeto de este estudio y, ello, no solamente porque se encuentre diseminado en diversos preceptos constitucionales, sino porque aunque nos concentráramos en su precepto cabecera, los problemas interpretativos también son importantes.

Comenzando por esto último, las Constituciones en general, y la nuestra en particular, presentan contenidos flexibles, amplios, elásticos, que permiten que sean un “marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo¹²”. Este rasgo aparece de forma especialmente intensa en los derechos fundamentales, que se caracterizan por su ambigüedad, polivalencia y complejidad en cuanto a su contenido, rasgos que se acentúan en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales¹³ y, en particular, en el del derecho al trabajo. Así, una lectura superficial del art. 35 CE nos permite darnos cuenta de la inconstancia de un precepto que encierra un derecho y un deber, la libertad de trabajar o profesional, el derecho a una remuneración justa, la integración social y la especialidad laboral de la no discriminación.

Si este contenido se integra, como ya quedó dicho, por lo dispuesto en otros preceptos constitucionales, se puede observar fácilmente cómo el derecho al trabajo no puede ser considerado simple y llanamente como el derecho a acceder a un empleo, lo cual deviene en un especial deber u obligación para el Estado. El derecho al trabajo, en su configuración actual es un derecho amplio y de contornos difusos, lo que no quiere decir que cualquier cosa valga, que cualquier cosa pueda integrarse en el contenido del derecho al trabajo. No. El deber del jurista a este respecto es del de determinar tales contenidos, máxime cuando nos encontramos dentro del ámbito de los derechos. Lo que ocurre es que el derecho al trabajo, no es un derecho monolítico, sino de carácter poliforme.

¹² La ya mítica STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.

¹³ R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, cit., p. 124. Sobre los rasgos caracterizadores de tales derechos, en esa misma obra, *vid.* pp. 73-77.

De esta forma, bajo el concepto “derecho al trabajo” se engloban una pluralidad de facultades¹⁴ o, si se prefiere, una suerte de “sub-derechos”¹⁵,

¹⁴ Esta visión del derecho al trabajo se asemeja la descrita por ALEXY, que entiende los derechos fundamentales como un “haz de posiciones de derecho fundamental”. A este respecto, *vid.* R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 214-218.

¹⁵ Este rasgo determina que el derecho al trabajo tenga un carácter heterogéneo, conglomerado, que incide a su vez en la ya mencionada dificultad de concreción de su contenido. Por citar un nuevo ejemplo, los diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho objeto de nuestro estudio, tampoco le dotan de un carácter monolítico, sino que lo conciben de forma amplia. Así la DUDH establece: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Por su parte, el PIDESC establece: Artículo 6. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. A estos, podría añadirse el art. 9, relativo a la seguridad social. Una configuración similar se observa en el punto III de la Declaración de Filadelfia de 1944, sobre los fines y objetivos de la OIT; o el art. 15, 31 y 32 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 14 de diciembre de 2007 a que se refiere el art. 6 del Tratado de Lisboa.

cuya vulneración constituiría una lesión de aquél y cuya tutela, protección y desarrollo integran las diversas ramas en que se diversifica el Derecho del Trabajo. Como señala Mundlak, “el derecho al trabajo está compuesto en realidad por múltiples capas y derechos particulares que están entreverados y que son inseparables¹⁶.”

En concreto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido reconocer lo anterior cuando, además de advertir que “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar¹⁷” (lo que implícitamente supone una sub-sunción de aquélla respecto de éste), define el derecho al trabajo de un modo bifronte ya que “supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma¹⁸”.

Así las cosas, el derecho al trabajo contiene, según el TC, una doble dimensión. Una dimensión individual, que se concreta en el derecho de todos a acceder a un puesto de trabajo si se cumplen con las cualificaciones requeridas y en el derecho a la estabilidad en el empleo, entendido no como la permanencia a toda costa, sino a no ser despedido sin justa causa. En palabras del propio Tribunal, en relación a este segundo aspecto, “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador [...] es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional [el art. 35] y a su vez se con-

¹⁶ G. MUNDLAK., “Derecho al trabajo. Conjugación de derechos humanos y política de empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 126, núm. 3-4, 2007, p. 217.

¹⁷ Para la distinción entre ambos conceptos, *vid.* R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, cit., pp. 87-91. En esa misma obra, también se ofrece las claves históricas de las que derivan uno y otro conceptos. A este respecto, *vid.* pp. 23-35. Sobre cómo esta discusión se mantuvo ya en los albores de este derecho, *vid.* J. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, CES, Madrid, 1989, p. 336-337.

¹⁸ La también mítica STC 22/1981, de 2 de julio, en su FJ 8.

vierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva [SSTC 7/1993 (RTC 1993\7) y 14/1993 (RTC 1993\14)]. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo [SSTC 123/1992 (RTC 1992\123), 98/1993 (RTC 1993\98) y 177/1993 (RTC 1993\177)]¹⁹

Pero también una colectiva, que se concreta en el mandato a los poderes públicos para llevar a cabo una política de pleno empleo y que, por consiguiente, se encuentra imbricado, cuando no condicionado, por el sistema económico acogido por la Constitución y llevado a cabo en cada momento por el Gobierno de turno²⁰. Así entendido, el derecho al trabajo se configura como un derecho de prestación que requiere de una posición activa por parte del Estado para su satisfacción.

Por último, no pude olvidarse que el derecho al trabajo guarda una íntima relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la integridad física, al honor, etc. Es la versión laboral de estos otros derechos y que han venido a denominarse, en esta rama del Derecho, como derechos fundamentales inespecíficos²¹. Su comprensión resulta imprescindible para delimitar el “extrarradio” del derecho al trabajo.

¹⁹ STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2.

²⁰ La Constitución no recoge un sistema económico concreto sino que, todo lo más, dentro del marco de la economía social de mercado, permite a cada Gobierno articular una política económica de acuerdo con su ideología, programa de gobierno u oportunidad política. Por ello, la satisfacción directa del derecho al trabajo entendido como acceso al empleo no resulta posible, por cuanto el reconocimiento de la libertad de empresa en el art. 38 CE, supone su entero respeto y, por consiguiente, la prestación directa y exclusiva por parte del Estado. Sobre la relación entre el Derecho al trabajo y el modelo económico de la constitución, *vid.* R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, cit., pp. 95-101.

²¹ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos” en V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2002, pp. 229-248.

En definitiva, parece que existen buenos argumentos para acoger una concepción amplia o extensa del derecho al trabajo²². Así, no resultaría correcto identificar derecho al trabajo, simplemente, con derecho al empleo y no podría decirse, por tanto, como argumento en contra a su consideración como derecho, que no puede reclamarse directamente ante los tribunales y, por consiguiente, protegerse jurídicamente. El derecho al trabajo entendido en un sentido amplio es protegible, con diversas graduaciones, en sus distintas manifestaciones²³. Es posible entender este derecho como un todo, que opera en unas ocasiones como principios y en otras como una regla²⁴.

²² R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, cit., p. 128. Una concepción amplia del Derecho al trabajo sirve a Rey para elaborar una sugestiva propuesta relativa a la transformación de tal Derecho en un Derecho a la integración social. No obstante, por más que me resultan enormemente interesantes, sugerentes y de un enorme valor práctico, fruto sin duda de un profundo trabajo, no puedo estar de acuerdo con el planteamiento general, aunque sí lo esté con muchos de los planteamientos de fondo y con la finalidad de la obra. Por una parte, porque a pesar de apoyar una concepción amplia del derecho al trabajo, parte indirectamente de una posición restringida, al identificar derecho al trabajo y empleo. Por otra, porque, desde mi humilde punto de vista, aunque no cabe duda de que ha existido y existe una evidente conexión entre el trabajo y la integración del individuo en la sociedad, aquél no es más que un medio para conseguir tal fin. Así, el derecho al trabajo tiene una sustantividad propia, distinta y diferente de la de cualquier otro derecho, por más que esté conectado con ellos. A mi modo de ver, lo que Rey nos plantea es la satisfacción de un derecho no reconocido expresamente, el de la integración social, mediante la transformación del Derecho al trabajo y la implantación de mecanismos como las rentas mínimas. Pues bien, si reflexiones tan útiles como éstas lograran plasmarse en la realidad, de forma que la integración social fuera satisfecha por el Estado, el derecho al trabajo seguiría existiendo (para satisfacer necesidades distintas a las primarias, para soportar el gasto del Estado y la producción, etc.), con formas distintas, transformándose, satisfaciendo quizá otras finalidades, pero sin confundirse con éstas. No obstante, volveré sobre esta cuestión en el último apartado del presente estudio, ya que el ingreso básico puede jugar un papel muy relevante en la consideración del derecho al trabajo, en su vertiente como derecho al empleo, como un auténtico derecho. Vid. J.L. REY PÉREZ, *El Derecho al Trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantiza el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007. Con planteamientos similares a los aquí expuestos, vid. R. HERRANZ CASTILLO, "Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental", *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 13, 2004, pp. 36-41.

²³ Ad. Ex. A. MONTOYA MELGAR, "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pp. 315-345.

²⁴ Sostiene esta postura en relación al derecho al trabajo y sobre la base de las teorías de ALEXY sobre los derechos fundamentales (se dará una sucinta explicación más adelante; ver entonces bibliografía), R. HERRANZ CASTILLO, "Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental", cit., p. 56.

Ahora bien, dicho esto, no cabe la menor duda de que es esta segunda dimensión la que despierta un mayor interés, posiblemente, por dos motivos: porque la primera, intuitiva y más directa definición del derecho al trabajo es precisamente la que se refiere a la posibilidad de todo ciudadano a acceder a un empleo; en segundo lugar porque, su dependencia de la política económica lleva a hablar de una imposibilidad fáctica para su satisfacción y, de ahí, incluso, su negación como derecho²⁵. Precisamente éste es el concreto ámbito de estudio del presente trabajo, sobre el que nos centraremos de aquí en adelante.

2.3. Derecho al Trabajo: ¿derechos, principios o reglas?

Para poder terminar de entender qué se entiende por derecho al trabajo es necesario referirnos, cómo ya quedó dicho, a la vertiente más problemática de este derecho, es decir, a aquella que se refiere al mismo como un “derecho al empleo”, como aquella obligación dirigida, especialmente, a los poderes públicos, concerniente a la facilitación de un puesto de trabajo. En concreto, se hace preciso determinar ante qué tipo de norma estamos y, de ahí, el alcance de la obligación jurídica que la misma pudiera derivarse.

A este respecto, como ya hemos visto también, el art. 35 CE define el derecho al trabajo como un “derecho” y como un “deber” pero es que, además, la doctrina ha mantenido un intenso debate acerca de su configuración como una mera indicación al legislador o los poderes públicos, un “principio programático”, o como un auténtico derecho, una obligación jurídicamente exigible ante aquéllos.

Esta discusión conecta directamente con otra, de contenido algo más abstracto, pero idéntica en cuanto al fondo, y que se refiere a la naturaleza jurídica, a las diferencias existentes entre principios y normas-reglas, si es que las hay.

A este respecto, uno de los esfuerzos más destacados en lo que hace a la construcción de tal diferenciación es el de Dworkin, para quien, como es sabido, los principios constituyen la pieza clave de su crítica al positivismo jurídico de Hart y, a la vez, el sustento de su concepción del Derecho.

En efecto, Dworkin define las normas (reglas) como estándares jurídicos “aplicables a la manera de disyuntivas²⁶”, esto es, a modo de “todo o nada”,

²⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y el Derecho al trabajo”, *Sistema: revista de ciencias sociales*, vol. 97, 1990.

²⁶ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 75.

de tal forma que ante unos hechos dados, si la norma es válida, se deriva una determinada consecuencia jurídica. Por el contrario, si no lo es, en tal caso no aporta nada a la decisión que deba tomarse. Además, nos recuerda que las normas pueden contener excepciones, que deben ser tenidas necesariamente en cuenta para que su enunciado sea completo.

Por su parte, los principios son estándares jurídicos que enuncian “una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular²⁷”. Por consiguiente, los principios no solamente no admiten excepciones, sino que ello es consecuencia de que no establecen una directa consecuencia jurídica, por cuanto que su enunciado es tenido en cuenta, junto con el de otros principios, para adoptar una determinada decisión final.

De ahí que, a pesar de que normas-reglas y principios “apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias²⁸”, puedan establecerse una serie de diferencias importantes. A saber, i) los principios, frente a las normas, tienden a favorecer una determinada decisión o consecuencia jurídica, pero por sí mismos no la determinan; ii) los principios gozan de una dimensión de “peso o importancia”, de la que las normas carecen, lo que determinan que aquellos puedan concurrir en la construcción de una determinada solución, mientras que éstas se autoexcluyen, eso es, si se aplica una norma, entonces no se puede aplicar otra²⁹.

Tal caracterización permite, como decíamos, configurar los principios en un sentido “fuerte”, despojados de cualquier atadura “nominalista”, jurídica, de tal forma que su inclusión en el Derecho determina la negación de tres presupuestos básicos del positivismo hartiano: la tesis de la discrecionalidad judicial (el ordenamiento jurídico es pleno y el juez, gracias a los principios, pueden llegar siempre a la única solución, a la solución correcta); la regla de reconocimiento, en tanto que no es capaz de explicar la parte del Derecho que los principios suponen; la obligatoriedad de las normas, por cuanto ésta puede ser establecida también por los principios, desde un punto de vista jurídico, de tal forma que “existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes

²⁷ *Ibid.*, p. 76. A este respecto, utilizamos el término “principio” de forma genérica, como lo hace el autor, si bien debe destacarse su distinción de otras normas próximas como las “directrices políticas” y “otras pautas”. A este respecto, *vid.* p. 72-73.

²⁸ *Ibid.*, p. 75.

²⁹ *Ibid.*, pp. 77-80.

clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios³⁰

Sin embargo, esta configuración de los principios y las reglas has suscitado la crítica de algunos autores. Entre ellos, Prieto señala que la anterior diferenciación entre ambos tipos de normas puede concebirse en un doble sentido. En primer lugar, puede entenderse que los principios pueden orientar una interpretación normativa dudosa, pero nunca pueden por sí solos ofrecer una solución determinada. En segundo lugar, lo que distinguiría a principios y normas, no es su aplicación al caso concreto sino que, *ex ante*, la propia estructura de las normas permite determinar en qué casos van a aplicarse y en cuáles no, mientras que eso no es posible en el caso de los principios. La diferencia radica, por tanto, en la forma en que se aplican unos y otras, de tal forma que “así como podemos conocer a ciencia cierta cuándo se impone la solución prevista en una norma, existe un margen de duda a propósito de la solución avalada por un principio³¹”. A este argumento suele añadirse otro de carácter funcional, que entiende las reglas como normas de carácter perentorio, frente a los principios, cuya aplicación exigen la utilización de la técnica de la ponderación.

Pues bien, en relación con la primera interpretación, el propio Prieto utiliza el caso concreto de la STC 4/1981, de 2 de febrero como ejemplo de que un principio (la autonomía municipal) puede servir como fundamento único de una determinada decisión. Por lo que hace a la segunda, tampoco entiende que pueda ser aceptada porque en numerosos casos las reglas no aparecen como normas completas, que comprendan exhaustivamente del caso examinado, sino como criterios interpretativos. Estos mismos razonamientos pueden servir como contraargumento al de tipo funcional que acabamos de reproducir³².

De una forma similar, contesta a los argumentos en torno al “peso” o “importancia” de los principios. Pues, en efecto, los problemas no vienen sólo dados por el hecho de concretar un criterio en virtud del cual determinar la preponderancia de una norma sobre otra, sino que, frecuentemente, la

³⁰ *Ibid.*, p. 100.

³¹ L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 36. Es lo que otros autores, como también recoge PRIETO, han denominado como la configuración “abierta” y “cerrada” de principios y normas. *In ibidem*.

³² *Ibid.*, pp. 34-36.

aplicación de reglas no conlleva necesariamente la expulsión de una de ellas por inválida, como del mismo modo, los principios no son siempre ponderables, pues uno determinará la expulsión de otro en supuestos de antinomias totales³³.

Otro punto de vista imprescindible a la hora de hablar de principios y reglas es el de Alexy. Este autor distingue ambos tipos de normas de tal forma que los principios serían “mandatos de optimización, que se caracterizarían porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; por su parte, las normas son “determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible³⁴”, de tal forma que sólo caben dos opciones, o cumplir, o no cumplir la norma. Así definidos, y de una forma similar a lo que ocurría antes, en caso de colisión entre reglas, la única vía de solución posible es la expulsión de una de ellas; por su parte, si la confrontación es entre principios, es necesario utilizar la técnica de la ponderación. Pues bien, de una forma similar, a este respecto Prieto viene a afirmar que, en el ámbito interpretativo, la ponderación no es una técnica exclusiva o inherente a los principios; en el campo de la estructura de la norma, las reglas no son siempre determinaciones de lo fáctica y jurídicamente posible, sino que frecuentemente contienen mandatos para su cumplimiento en la medida más alta que resulte posible³⁵.

De esta forma, Luis Prieto se sitúa en una posición, en torno a los principios y las reglas enormemente útil en relación a la configuración general del derecho al trabajo y su particular vertiente, el derecho al empleo, que aquí hemos tomado. En efecto, de lo dicho hasta ahora puede deducirse que el autor rechaza una diferenciación fuerte entre principios y reglas. “Muy probablemente, en el lenguaje jurídico, los principios no son un determinado tipo de normas –aun cuando no puede obviarse que, de modo creciente, el legislador hace uso explícito de esa expresión–, sino cualquier norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica. Ahora bien, me parece que esto no autoriza a sostener la existencia de una diferenciación fuerte o estricta entre normas y principios ni, consiguientemente, a perder de vista las buenas razones de quienes ofre-

³³ *Ibid.*, pp. 40-43.

³⁴ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 67-68.

³⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, cit., pp. 44-49.

cen criterios a favor de una distinción débil³⁶. Por consiguiente, la diferencia entre uno y otro tipo de norma, no es de estructura, sino que cada norma va a desempeñar funciones distintas dentro del razonamiento jurídico. Dichas funciones, vendrán dadas como consecuencia de la presencia, en cierto grado, de determinadas características, pero no porque principios y reglas presenten caracteres que los distingan de forma tajante³⁷.

¿Por qué nos resulta esto útil? Porque si hemos afirmado que el derecho al trabajo es un derecho de contornos difusos, que se presenta en algunas ocasiones como principio y en otras como regla, la consideración de cuándo ocurre una cosa y cuándo la otra pierde relevancia. En particular, el debate sobre la consideración del derecho al empleo como principio o como regla se traslada a otros campos, como el de la eficacia. Precisamente es en este ámbito en el que centraremos ahora nuestra atención.

3. EL ESTADO Y EL DERECHO AL TRABAJO ENTENDIDO COMO DERECHO AL EMPLEO: NUEVOS TIEMPOS, NUEVAS CONFIGURACIONES

Por consiguiente, parece que el problema en torno al derecho al trabajo entendido como derecho al empleo puede circunscribirse a una cuestión de eficacia. De hecho, entre la doctrina iuslaboralista, tras las distintas argumentaciones puede vislumbrarse finalmente un debate en torno a la efectividad de lo dispuesto en los arts. 35 y 40 CE, fundamentalmente³⁸, es decir, si nos encontramos ante un “brindis al sol” o, por el contrario, ante una verdadera norma jurídica, ante un auténtico derecho, exigible fundamentalmente frente al Estado, pero también ante los particulares *ex art.* 9.1 CE.

Así, la discusión surge como consecuencia de la confrontación entre la realidad y lo plasmado en el ordenamiento jurídico. Como ya quedó indica-

³⁶ *Ibid.*, p. 55.

³⁷ *Ibid.*, pp. 56-64.

³⁸ Por citar algunos ejemplos, J.L. MONEREO PÉREZ; C. MOLINA NAVARRETE, “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 287-355. J.L. MONEREO PÉREZ; C. MOLINA NAVARRETE, “El derecho a la redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al trabajo”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1323-1392. M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *cit.*

do anteriormente, la sociedad de nuestros días se caracteriza por el desempleo³⁹. Es más, la concepción del derecho al trabajo como un derecho al empleo, tampoco se satisfaría del todo en una situación estable de pleno empleo porque ¿qué es el pleno empleo? A este respecto, los economistas nos recuerdan que, por la propia naturaleza del mercado de trabajo (y casi de cualquier mercado) no resulta posible, “ni deseable”, llegar una tasa de desempleo nula o, lo que es lo mismo, una tasa de empleo total. Por consiguiente, la situación de pleno empleo, desde un punto de vista económico, se caracteriza por tener una cierta tasa de paro. El problema estriba en que no parece posible determinar con exactitud cuál es esa concreta tasa de paro, indicativa de la situación de pleno empleo. De hecho, las cifras que se han dado han variado a lo largo del tiempo, por más que en los últimos años exista una cierta unanimidad en situarla en torno a un 4-5% en EE.UU y un 6% en Europa⁴⁰. Sea como fuere, la consecuencia jurídica que de esto se deriva es que no parece posible fácticamente garantizar, *stricto sensu*, un derecho al empleo a toda la población, ni siquiera cuando se logra pleno empleo. Por consiguiente, cuando nos referimos al derecho al pleno empleo nos estamos refiriendo a lograr la situación de pleno empleo en el sentido en que ello es posible, esto es, de acuerdo con la definición económica del concepto⁴¹.

Esta aclaración resulta así imprescindible a la hora de contrastar realidad jurídica y realidad fáctica y, en todo caso, para proceder a una evaluación de la efectividad misma del derecho que venimos estudiando.

Pues bien, dicho esto, quizá una de las posturas más robustas sobre el rechazo del derecho al trabajo como un auténtico derecho sea la mantenida por el profesor Peces-Barba⁴². Se trata ésta de una postura radical, en el sentido de que se refiere a la raíz misma del problema. En efecto, plantea una

³⁹ Algunas interesantes reflexiones sobre la caracterización de nuestra sociedad como la sociedad del desempleo pueden encontrarse en M. GAGGI; E. NARDUZZI, *Pleno desempleo*, Lengua de Trapo, 2009.

⁴⁰ C.R. MCCONNEL; S.L. BRUE.; D.A. MACPHERSON, *Economía Laboral*, 7ª Edición, McGraw Hill, Madrid, 2007, pp. 518-519.

⁴¹ Sobre cómo ha evolucionado la concepción económica de esta noción puede consultarse P. HARVEY, “Benchmarking the right to work” en S. HERTEL y L. MINKLER, *Economic rights. Conceptual, measurement and policy issues*, Cambridge University Press, 2007, pp. 120-122.

⁴² De una forma monográfica, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y el Derecho al trabajo”, cit. También puede consultarse, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, EUDEMA, Madrid, 1991, cap. 4.

propuesta concreta, la del abandono de la consideración del derecho al trabajo como tal, ante la realidad del “divorcio” existente entre la sociedad, entre la realidad social, y el texto constitucional⁴³, consciente, además, de su origen histórico.

Esta propuesta se realiza en el marco de una teoría concreta. Como es sabido, y el propio autor explica, la conocida como “teoría dualista”, se ve completada y ampliada con la “visión integral de los derechos fundamentales” que tiene, como principal novedad, la incorporación de la eficacia como parámetro, junto con la validez y la justicia, para la construcción de una completa teoría de los derechos fundamentales. A este respecto, uno de los motivos que llevan a la incorporación del mencionado parámetro es precisamente la “escasez”, por cuanto permite analizar la implantación de los derechos fundamentales en la realidad, observar los obstáculos o impedimentos para su implantación real en la sociedad (veremos a continuación que la escasez repercute además en el hecho de que una determinada pretensión moral sea generalizable, aspecto en el que Peces-Barba quizá incide más que en el anterior⁴⁴).

De esta forma, bajo la visión integral, los derechos fundamentales son: i) pretensiones moralmente justificadas; ii) positivizadas o incorporadas técnicamente a una norma; iii) actuantes en la vida social y, por tanto, condicionados por la existencia de factores de índole económico social y cultural⁴⁵.

Así, en relación con el primero de los elementos, para poder hablar de una pretensión moralmente justificada resulta imprescindible que sea generalizable, esto es, “susceptible de ser elevada a una Ley general”. A este respecto, además, se afirma que “esta exigencia comunica también con la tercera de las condiciones para la existencia de un derecho fundamental, de carácter fáctico, propio de la realidad social⁴⁶”. De ahí quizá que el elemento de la escasez constituya también un vaso comunicante entre el primer y tercer condicionamiento, como habíamos adelantado, por cuanto que incide en

⁴³ Lo curioso es que esta realidad no la extienda a otros derechos como el de la vivienda (*vid.* p. 95). Un reproche similar puede encontrarse en F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba “Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)””, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2, 1993, p. 664.

⁴⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., p. 95.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 95-98.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 95.

el factor de la generalidad y, a su vez, se configura como un condicionamiento fáctico esencial.

Ahora bien, debe advertirse que cuando Peces-Barba habla de “escasez”, no se refiere a cualquier tipo, sino a una en concreto, a la “escasez en sentido fuerte”, es decir, aquélla que se caracteriza por que los bienes no se pueden repartir, dicho de otra forma, “la suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella”. Esta caracterización se contrapone a la “escasez en sentido amplio”, “donde cabe un reparto que alcance a todos. Incluso muchos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la salud o a la vivienda, tiene precisamente su razón de ser en una acción positiva de los poderes públicos para repartir una escasez, que los particulares, titulares de los derechos no podrían alcanzar con la Ley del mercado. La escasez que impide la existencia de un derecho fundamental es la primera, y no la segunda⁴⁷”.

Pues bien, la aplicación de la teoría descrita al caso concreto del derecho al trabajo, supone la negación del mismo y, como se dijo, la consiguiente propuesta del autor de desembarazarse “de una promesa incumplida y de imposible cumplimiento, de una rémora, justificada en el pasado, pero que hoy puede ser una gigantesca hipocresía, un *Cant*, por mantener una puritana ortodoxia⁴⁸”. ¿Por qué?

Por lo que hace al primero de los elementos, que el derecho al trabajo sea pretensión moral justificada, el propio autor sostiene que existen buenos argumentos para considerar que así es⁴⁹. Sin embargo, el problema viene dado por el hecho de que la escasez impide sostener que el derecho al trabajo sea una pretensión moral generalizable. “Seguir sosteniendo que el trabajo es una exigencia para la autonomía moral del hombre sería condenar a una parte importante de la humanidad a la imposibilidad de su realización integral”. De esta forma, “la escasez de trabajo, condición real de la sociedad actual, condiciona, si no imposibilita, el mantenimiento de la pretensión moral al trabajo⁵⁰”.

⁴⁷ *In Ibídem.*

⁴⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y el Derecho al trabajo”, cit., p. 8. Por su parte, Ansuátegui recopila algunos en relación con la obra de este mismo autor ya citada, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. A este respecto, *vid.* F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba ‘Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)’”, cit., p. 662.

⁴⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y el Derecho al trabajo”, cit., p. 8.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 9.

En segundo lugar, esos mismos argumentos sirven para negar el tercero de los requisitos, el relativo a su posibilidad de ser eficaces como consecuencia de que los diversos condicionantes económicos, sociales o culturales imposibiliten su arraigo social. De este modo, el hecho mismo de la escasez de puestos de trabajo determina la imposibilidad de su realización jurídica.

Por lo que respecta la positivización de esa pretensión moral justificada en que consistiría el derecho al trabajo, señala que tampoco resultaría posible en un ordenamiento jurídico que, como el nuestro, reconoce la libertad de empresa (art. 38 CE). Así, su positivización como derecho exigiría, según el autor, la coincidencia entre el obligado jurídicamente y el empleador. En una economía mixta en la que, a pesar del importante peso que la Administración Pública tiene como empleadora, no es la única ni la más importante, no parece factible la imposición de tal suerte de obligación a los sujetos privados, sin que ello suponga una negación de la libertad de mercado. Por consiguiente, la única vía posible para la realización jurídica de este derecho sería la de la planificación en una economía centralizada. Además, ello exigiría expresos mecanismos de tutela para el supuesto de vulneración del derecho al empleo o, correlativamente, el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleadores, lo que supondría de nuevo, una negación del propio sistema económico.

Estas brillantes ideas, sucintamente expuestas, hacen surgir inmediatamente múltiples interrogantes. Intentando sistematizar cada uno de ellos, podríamos comenzar por el concepto mismo de escasez que, como vemos es la base de gran parte de los problemas que la consideración del derecho al trabajo como un auténtico derecho parece suscitar. A este respecto, quizá puedan ayudarnos perspectivas distintas a la jurídica y a la filosófica. Así las cosas, no puede existir mejor recurso que el relativo a los conceptos de una ciencia, la economía, que se define a sí misma como aquélla que tiene por objeto la asignación de recursos o bienes "escasos", que adjetiva precisamente como "económicos", por revestir esta precisa característica⁵¹. Además si, como vemos, el problema parece que está fuertemente ligado al mercado y su funcionamiento, recurrir a sus principios y normas de funcionamiento puede resultarnos de utilidad.

⁵¹ Las distintas definiciones que sobre la economía se han dado coinciden en subrayar dos elementos básicos, a saber, la asignación o reparto y la escasez. Por citar un ejemplo: "economía es el estudio de cómo las sociedades utilizan recursos escasos para producir bienes valiosos y distribuirlos entre distintas personas". P.A. SAMUELSON; W.E. NORDHAUS, *Economía*, 18ª Edición, Mc Graw Hill, Madrid, 2006, p. 4.

Pues bien, en economía, cuando un bien no es susceptible de reparto, no es porque sea escaso, sino porque es muy abundante, como el agua, el aire, la luz del Sol. Son bienes no económicos, bienes que no interesan a la economía porque pueden ser disfrutados por todos. La economía, como se ha dicho, se interesa por los bienes que son escasos y, a este respecto, entiende que la forma más útil de proceder a su reparto o asignación es mediante un mecanismo denominado mercado, como es de sobra conocido. Lo que ocurre es que en ocasiones, por diversas circunstancias, el mercado no cumple del todo bien su función, no cumple con su papel correctamente, lo que exige y habilita la intervención del Estado. Es más, en algunas ocasiones el reparto que realiza el mercado no es óptimo, desde un punto de vista político-social. En tales casos, se exige también que el Estado intervenga para alcanzar ese "óptimo social".

Piénsese, por ejemplo, en la reforma sanitaria que se está en estos momentos estudiando en Estados Unidos⁵². El mercado asigna el bien "asistencia sanitaria" de tal forma que cerca 45 millones de ciudadanos de la población estadounidense quedan sin cobertura. La sociedad, no obstante, a través de sus representantes, entiende que esa asignación no es óptima desde un punto de vista social, por lo que ha exigido una reforma al respecto.

Por consiguiente, y en definitiva, en relación al derecho al trabajo (y en relación a otros derechos económicos, sociales y culturales), no creemos que nos encontremos ante un bien escaso desde un punto de vista "fuerte", sino ante un bien escaso desde un punto de vista "económico", lo que podrá exigir, y de hecho así lo exige nuestra Constitución, la intervención del Estado⁵³.

Así, en el caso que analizamos, no es que un bien, por su propia naturaleza, no sea susceptible de reparto que alcance a todos⁵⁴. El problema radica

⁵² No entraré aquí, porque no es el objeto, acerca de la naturaleza técnica, desde un punto de vista económico, del bien "asistencia sanitaria", es decir, dónde se encuentra situado en el segmento que tendría en sus extremos a los bienes públicos y privados. Me referiré por tanto a él como un bien "privado" puro o, si se prefiere, simplemente a las circunstancias de hecho, desde un punto de vista no técnico.

⁵³ En un sentido similar, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba "Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)""", cit., pp. 462-464.

⁵⁴ Como puede deducirse de lo dicho hasta ahora, el concepto de escasez en sentido amplio resulta contradictorio desde un punto de vista económico ya que un bien que es susceptible de reparto entre todos los sujetos, no sería escaso, por lo que no merecería atención desde el ámbito de la Economía.

en que el mercado no es capaz de abastecer a toda la población de una forma óptima socialmente, por lo que ésta decide que el Estado intervenga. Esto mismo ocurre con otros derechos de la misma familia. Anteriormente hemos citado la asistencia sanitaria. En el caso de nuestro país (art. 43 CE), se ha optado, al menos por el momento, por garantizar una cobertura universal y gratuita, lo que ha exigido un fuerte posicionamiento por parte del sector público. Del mismo modo, en el caso de la vivienda (art. 47 CE), se exige a los poderes públicos que articulen los mecanismos necesarios para que todos los sectores de la población puedan acceder a este derecho, aún cuando los precios del mercado lo hiciera inviable en relación con su posición económica.

Si esto es así, no habría diferencias, como ya se dijo, entre el derecho al trabajo y otros derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la vivienda. Entonces, el problema de la escasez se desvirtúa y los focos pasan a concentrarse en la capacidad del Estado para lograr alcanzar un óptimo social desde el punto en que el mercado se sitúa.

De hecho, ésta es la idea, la capacidad del Estado para lograr un óptimo social, que acompaña al derecho al trabajo prácticamente desde su nacimiento. Blanc, partiendo de la crítica de la libertad e igualdad formales y proponiendo a cambio la libertad y la igualdad reales, esto es, la libertad como medio para conseguir sus fines y la igualdad como la satisfacción de las necesidades, vislumbró un derecho al trabajo caracterizado por ser una vía para que todos los ciudadanos fueran propietarios, en el bien entendido de que era un medio a partir del cual garantizar la existencia de la colectividad⁵⁵.

Por otra parte, una segunda objeción era la relativa a su positivización. A este respecto se nos decía que en una economía mixta, con garantía de la libertad de empresa, no podían establecerse obligaciones del calibre de las

⁵⁵ Blanc y otros socialistas de la época no negaban el derecho a la propiedad, si bien consideraban que debía ser limitado y generalizado como forma de garantizar la existencia de todos los seres humanos. De esta forma, se ha dicho que "el derecho al trabajo se basa en una concepción fuerte del derecho a la existencia, que supone algo más que el mero sobrevivir; es una exigencia de la dignidad humana, así como de la libertad y la igualdad". J. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, cit. p. 344. En este mismo sentido, el de conectar derecho al trabajo y derecho a la existencia, considerando el primero una especialidad del segundo, pero distinguiéndolos en todo caso, *vid.* A. MENGER, *El derecho al producto íntegro del trabajo*, Comares, Granada, 2004, pp. 12-27.

comprendidas en el derecho al trabajo a los sujetos privados sin que esto suponga una negación de aquélla. Para ver si esto es así, es necesario comprobar quiénes son los sujetos pasivos de la norma y qué tipo de obligaciones se establecen para cada uno de ellos, si es que alguna se establece. De lo dicho hasta ahora y de lo dispuesto en el art. 9.1 CE, se deduce que dos van a ser los titulares pasivos, el Estado pero, también, lo sujetos privados. Por lo que respecta al tipo de obligaciones que la norma les impone, está íntimamente conectada con la conclusión anterior: serán una serie de obligaciones que, de acuerdo con la naturaleza de uno y otro, permitan alcanzar ese óptimo social. A este respecto, como veremos, en la actualidad la mayor parte de las obligaciones recaen sobre el Estado. El derecho al empleo es hoy, fundamentalmente, un derecho frente al Estado, lo que no quiere decir que sobre los sujetos privados no exista ningún tipo de obligación jurídica, ni que en el futuro esto tenga que ser necesariamente así.

A este respecto, entre la doctrina iuslaboralista, aunque ésta es obviamente una cuestión discutida⁵⁶, no han faltado esfuerzos para intentar concretar un contenido mínimo del derecho al empleo⁵⁷. Así, intentado superar la parquedad de los arts. 35 y 40 CE con una interpretación conforme a la abundantísima normativa internacional sobre empleo (art. 10.2 CE), se puede concretar un contenido mínimo que, aun dejando un amplio margen de actuación al legislador, determina una serie de obligaciones básicas en materia de empleo. “Que el legislador cuenta, en la articulación de esta política de empleo, con un amplísimo ámbito de decisión [...] no ofrece duda alguna. Pero no es tampoco dudoso que no estamos en absoluto ante una técnica de “delegación en blanco” de legislador constituyente a favor del legislador constituido⁵⁸”.

Así las cosas, el derecho al empleo se configura como un auténtico derecho de carácter bifronte. Por una parte, nos encontraríamos con una vertiente insti-

⁵⁶ Una síntesis de este debate y algunas respuestas al respecto pueden encontrarse en M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, cit., pp. 20-26.

⁵⁷ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ; C. MOLINA NAVARRETE, “El derecho a la redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al trabajo”, cit. Debe completarse la lectura inexcusablemente con el capítulo de estos mismos autores en esa misma obra, J.L. MONEREO PÉREZ; C. MOLINA NAVARRETE, “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, cit. Es más, este último capítulo contiene una expresa referencia a la postura de Peces-Barba en las pp. 313-324.

⁵⁸ J.L. MONEREO PÉREZ; C. MOLINA NAVARRETE, “El derecho a la redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al trabajo”, cit., p. 1333.

tucional, que asegura la existencia de una política de empleo y que actuaría no solamente ante pretensiones de eliminación, sino ante todo tipo de desvirtuación que dañara su contenido mínimo, de tal forma que la hiciera irrecognoscible. Así, se pone como ejemplo la inconstitucionalidad de una propuesta legislativa que tuviera como objeto “eliminar de raíz” los servicios públicos de empleo⁵⁹. Por otra parte, una vertiente de derecho subjetivo, consistente en ser beneficiario de una política efectiva de empleo. El derecho al empleo supondría así, “por imperativo constitucional, derecho a acceder, no a un puesto de trabajo en concreto, sino a una organización de servicios, procedimientos o medios establecidos por los poderes públicos para facilitarle tal ocupación⁶⁰”.

De esta forma, el art. 40 CE se convierte en una norma instrumental del art. 35 CE, caracterizada por tres aspectos básicos: i) es una norma que establece específicas garantías de efectividad respecto del art. 35 CE, es decir, respecto del derecho al trabajo. Así, se establece una garantía primaria sin la cual el derecho al empleo quedaría en papel mojado, que es la existencia de una política pública orientada a la consecución del pleno empleo, que se complementan con una serie de garantías secundarias que incentivan la consecución de tal fin. ii) Es una norma atributiva de competencia a los poderes públicos para la definición y puesta en marcha de las políticas de empleo. Se trata así de un verdadero apoderamiento para la intervención pública en el mercado dentro del límite del respeto a la libertad de empresa, pero garantizando el derecho al empleo. iii) Es una norma limitadora del ejercicio soberano de los derechos individuales⁶¹.

Pero más allá del artículo 40 CE, y considerando el derecho al empleo como un todo, lo cierto es que la Constitución establece una serie de técnicas que vendrían a determinar ese contenido mínimo del que venimos hablando: a) el establecimiento principio de igualdad en el acceso al empleo; b) la consideración de que “el empleo es un valor añadido a la política económica que no puede confiarse a los automatismos del mercado⁶²”; c) la garantía

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1340.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 1341.

⁶¹ *Ibid.*, p. 1336.

⁶² A este respecto, resulta esclarecedor la afirmación contenida unas líneas más adelante, y que coincidiría con lo manifestado anteriormente en torno a la relación derecho del empleo y mercado: “si el legislador constituyente ha considerado necesario llamar la atención sobre la especial necesidad de una política de pleno empleo es porque acepta que no basta con las políticas de acompañamiento al crecimiento económico, aunque éste es una condición *sine qua non*, sino que es necesario delimitar un contenido específico, un “plus ocupacional” a la política económica: las políticas activas”. *Ibid.*, p. 1349.

institucional relativa a la existencia de servicios de colocación, públicos y gratuitos; d) la redistribución social y territorial del empleo; e) la garantía institucional de la formación profesional y del autoempleo colectivo⁶³.

Todo ello determina, por tanto y en última instancia, la existencia de toda una serie de obligaciones especialmente dirigidas, como se dijo, a los poderes públicos, pero que tampoco son ajenas a la sociedad civil en general. Piénsese, si no, cuál es el origen último de la obligación empresarial de respeto y facilitación de la formación y reciclaje de los trabajadores⁶⁴.

Aún quedaría, no obstante, un último aspecto para cerrar este segundo campo de debate, el de la existencia de mecanismos efectivos de tutela. De lo dicho hasta ahora puede deducirse fácilmente la existencia de concretos aspectos directamente exigibles. No obstante, considerando el derecho en su conjunto, no parece que este fuera un obstáculo relevante si se considera la común aceptación de “derechos debilitados” cuya garantía última se concreta por la vía infraconstitucional.

Por último, aún podría hacerse referencia a una última cuestión de debate, cual es la relativa a la eficacia o, más concretamente, al condicionamiento que la visión integral parece hacer de los derechos fundamentales a la realidad fáctica y, fundamentalmente, económica, al menos en lo que al derecho al trabajo se refiere.

Es ésta una cuestión, sin embargo, enormemente compleja y profunda, que excede con mucho del objeto y pretensiones del presente trabajo. Por ello, dejaremos apuntadas simplemente unas notas, que coadyuven a terminar de perfilar la concreta visión que del derecho al trabajo en general, y su concreta vertiente el derecho al empleo, en particular, se ha intentado describir.

Así, en primer lugar, el rechazo del derecho al trabajo (o de cualquier derecho económico, social y cultural) como derecho fundamental por una supuesta imposibilidad fáctica actual, no solamente no resulta del todo co-

⁶³ J.L. MONEREO PÉREZ; C. MOLINA NAVARRETE, “El derecho a la redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al trabajo”, cit., pp. 1348-1352.

⁶⁴ Todo ello da lugar a una suerte de derecho “multidimensional”. P. HARVEY, “Benchmarking the right to work” cit., pp. 123-125. Ante esta realidad, este mismo autor ha planteado fórmulas para la consecución del equivalente funcional al pleno empleo, entre las que destaca la creación directa de puestos de trabajo por parte del Estado. A este respecto debe consultarse, P. HARVEY, “Human rights and economic policy discourse. Taking economic and social rights seriously”, *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, pp. 363-461.

rrecta a la luz de lo explicado anteriormente, sino que resulta aún más cuestionable desde una perspectiva futura, por más que puede servir de fundamento a una petrificación del elenco de derechos fundamentales.

En efecto, los derechos reconocidos actualmente en nuestra Constitución, y muy especialmente los derechos de segunda generación, presentan una potencialidad de desarrollo importante, en sí mismos considerados, y más aún teniendo en cuenta los numerosos cambios sociales que se vienen desarrollando. En particular, por lo que al derecho al empleo se refiere, su presente y futuro próximo no sólo está íntimamente ligados a aspectos cuantitativos como los que se han explicado, sino muy significativamente a la vertiente cualitativa, es decir, se propugna que la Constitución ordena, no solamente se tiene que generar empleo, sino que el empleo ha de ser de calidad⁶⁵.

Desde una perspectiva pasada, seguro que hace cien o ciento cincuenta años resultaba inimaginable que todos los ciudadanos de un Estado, con independencia de su nivel de renta y sexo pudieran elegir a sus gobernantes (incluyendo el importante coste económico que el ejercicio de este derecho, con las debidas garantías, conlleva); que todos los españoles tendrían asistencia sanitaria de forma universal y gratuita, o que la educación básica revestiría también las mismas características. Sin embargo, hoy esto es posible por múltiples motivos. Entre los de índole económico, gracias al establecimiento de un sistema tributario moderno, también inimaginable hace un tiempo.

En definitiva, los derechos juegan un papel fundamental como motor del cambio social. No solamente la realidad cambia el Derecho, sino que, en muchas ocasiones, el Derecho cambia la realidad. Permítanseme dos ejemplos más: ¿acaso no está cambiado la consideración y tratamiento que la sociedad dispensa al colectivo homosexual tras la aprobación de la reforma del Código civil que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo? ¿está cambiando la respuesta social ante la violencia de género tras la aprobación de la Ley integral al respecto?

Así, coincido con quienes creen que “no se debe olvidar la función utópica y liberadora de los derechos. La historia de los derechos es la de la constante reivindicación, la de la permanente oposición y presión al *statu quo*. Es una función de la que los derecho no debería desprenderse, ya que

⁶⁵ *Ibid*, p. 1341.

ese día perderían su papel emancipador⁶⁶. Lo contrario supone, como decíamos, una petrificación de nuestro sistema de derechos fundamentales o, cuando menos, la consideración de que su futuro únicamente viene dado por la incorporación de nuevos derechos, como si “todo estuviera hecho” respecto de los derechos de segunda generación.

Sea como fuere, más allá de la consolidación y desarrollo continuo de los derechos económicos, sociales y culturales, quizá menos maduros jurídicamente hablando que sus antecesores a pesar del paso del tiempo, lo cierto es que los continuos cambios que experimenta nuestra sociedad, con que comenzábamos el presente trabajo, imponen también una continua transformación.

Algunas de ellas, se circunscriben al concreto ámbito del derecho que hemos venido estudiando⁶⁷; otras, puede que traspasen los límites que le son propios, al menos como ha sido explicado aquí⁶⁸; pero uno y otros demuestran que nos encontramos ante un derecho muy vivo, precisamente porque se puede y queda mucho por hacer.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

El derecho al trabajo es un derecho ya de larga tradición en los ordenamientos jurídicos occidentales. Las circunstancias actuales son muy distintas a las del momento en que nació, pero no son obstáculo para que su desarrollo continúe y para que los cambios del momento presente no sean aprovechados como oportunidades en ese desarrollo y consolidación como derecho.

Esto debe ser así, tanto si entendemos el derecho al trabajo desde un punto de vista amplio, como si nos centramos en la concreta vertiente que hemos denominado derecho al empleo.

⁶⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba “Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2, 1993, p. 664. En este mismo sentido, ya algún autor clásico puede encontrarse que “el derecho al trabajo, precisamente porque se enlaza con nuestra organización social de derecho privado y la completa (...), es muy adecuado para servir de forma de transición, pero también es cierto que, si alguna vez se ha de reconocer y realizar, sólo será el punto de partida de un nuevo progreso”. A. MENGER, *El derecho al producto íntegro del trabajo*, cit., p. 149.

⁶⁷ Una buena síntesis puede encontrarse en J.L. REY PÉREZ, *El Derecho al Trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantiza el derecho al trabajo?*, cit., pp. 162-178.

⁶⁸ Vid. J.L. REY PÉREZ, *El Derecho al Trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantiza el derecho al trabajo?*, cit. en relación con lo comentado en la nota 22.

Así, en relación con el primero, hemos visto que las dificultades interpretativas son importantes, no solamente por la amplitud, flexibilidad o elasticidad propia de este tipo de derechos, sino muy especialmente por su dispersión normativa dentro del cuerpo constitucional. Al margen de ello, se ha intentado presentar el derecho al trabajo como un derecho amplio y de contornos difusos; un derecho no monolítico, sino de carácter poliforme, conglomerado. Un derecho, en definitiva en el que se engloban una pluralidad de facultades o subderechos, cuya vulneración constituiría una lesión de aquél y cuya tutela, protección y desarrollo integran las diversas ramas en que se diversifica el Derecho del trabajo.

Cualquier estudio riguroso acerca de la naturaleza jurídica de este derecho debería tener presente esta realidad, so pena de convertirse en un análisis sesgado y, por ende, infructuoso.

No obstante, dicho esto, es cierto que es una de sus concretas manifestaciones la que parece suscitar mayor interés, la que resulta más polémica. Esta dimensión, que consistiría, *grosso modo*, en el derecho acceder a un puesto de trabajo, es lo que hemos denominado como “derecho al empleo” y a la que hemos dedicado el resto de trabajo, conscientes de las dificultades y del carácter conflictivo que lleva aparejado su estudio.

A este respecto, hemos intentado demostrar que el principal problema del derecho al empleo no es un problema de “estructura”, sino de “eficacia”. En efecto, la cuestión no estriba tanto en su consideración como un principio o como una regla, sino en la eficacia misma de la norma. De esta forma, en el marco de una diferenciación suave o débil entre principios y reglas, se consigue un mejor encaje jurídico del derecho del trabajo y de su concreta manifestación como derecho al empleo, por cuanto que, presentado como un derecho de contornos difusos, aparecerá en unas ocasiones como principio y en otras como regla.

Así las cosas, centrado el debate en una cuestión de eficacia se hacía necesario, antes de entrar en cualquier tipo de reflexión, una precisión conceptual, cual es la relativa al “pleno empleo”. Ciertamente, si se desea valorar la eficacia del derecho al empleo resulta imprescindible determinar qué es el pleno empleo, como situación hipotética en que se logra satisfacer aquél. Pues bien, la economía parece ser la ciencia más adecuada para responder a esta cuestión: el pleno empleo no consiste en lograr una tasa de desempleo nula o una tasa de empleo total, sino que siempre va a existir una pequeña tasa de desempleo, inherente al sistema, al funcionamiento mismo del mer-

cado de trabajo. Por consiguiente, cuando hablamos de pleno empleo, nos referimos a alcanzar dicha tasa.

Sobre la base del concepto económico de pleno empleo, nos hemos adentrado en la cuestión de la eficacia, tomando como referencia la postura que sobre este concreto derecho tiene el profesor Peces-Barba, enmarcada en su visión integral de los derechos fundamentales.

En este concreto escenario de debate hemos abogado por la consideración del concepto de escasez, de nuevo, desde un punto de vista económico. De esta forma, cuando hablamos del derecho al trabajo entendido como derecho al empleo, o de otros derechos económicos, sociales y culturales, no es que nos encontremos ante un derecho afectado por la escasez desde un punto de vista "fuerte", sino desde un punto de vista económico. El problema no es que un bien, por su propia naturaleza, no sea susceptible de reparto entre todos, sino que el mercado no es capaz de abastecer a la población de una forma socialmente óptima, por lo que ésta decide que el Estado intervenga. Si esto es así, el problema de la escasez se desvirtúa y los focos pasan a concentrarse en la capacidad del Estado para lograr alcanzar ese óptimo social.

En segundo lugar, también hemos presentado objeciones a la supuesta imposibilidad de su positivización como derecho en un ordenamiento jurídico que, a su vez, garantiza la libertad de empresa en el seno de una economía de mercado. A este respecto, se han recopilado algunos de los esfuerzos más brillantes por concretar el contenido de este derecho y, por ende, el haz de obligaciones dirigidas fundamentalmente a los poderes públicos, pero también a los particulares. Asimismo, por lo que hace a su tutela, se ha recordado la común aceptación de "derechos debilitados", cuya garantía última se concreta por vía infraconstitucional.

Por último, hemos dejado unas pinceladas en torno a la cuestión más conflictiva de la visión integral, cual es la relativa al condicionamiento de los derechos a la eficacia o, si prefiere, a la realidad fáctica, intentando circunscribirnos al concreto ámbito de debate del presente trabajo.

A este respecto, hemos diferenciado dos campos bien distintos. El primero, su consideración presente, en el que lo dicho anteriormente tiene como objeto precisamente desvirtuar tal objeción. El segundo, su consideración futura, en el que queda aún mucho margen de desarrollo y el que, además, los continuos cambios sociales imponen nuevas realidades, nuevas necesidades, a las que este derecho debe responder, lo que determina su

transformación. De esta forma nos encontramos con un derecho que transforma la realidad y que se transforma con la misma.

DANIEL PÉREZ DEL PRADO
Universidad Carlos III de Madrid
Área de Derecho de Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: dprado@der-pr.uc3m.es

