

EJERCICIO Y GARANTIAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL

SUMARIO

I. *El sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales:* A) La idea constitucional sobre el ejercicio de los derechos. B) La idea constitucional sobre la garantía de los derechos.—II. *El sistema constitucional de protección de los derechos laborales:* A) Protección máxima: ejercicio y garantías de la libertad sindical y el derecho a la huelga: a) Ejercicio del derecho a la libertad sindical: 1) Derecho a la libre sindicación. 2) Derecho a la libre constitución de sindicatos. b) Ejercicio del derecho a la huelga. c) Garantías de la libertad sindical y el derecho a la huelga. B) Protección media: ejercicio y garantías de los derechos reconocidos en la sección 2.^a del capítulo segundo del título I: a) El derecho al trabajo. b) El derecho a la libre elección de profesión u oficio. c) El derecho a la promoción a través del trabajo. d) El derecho a la remuneración suficiente. e) El derecho a la negociación colectiva. f) El derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo. g) El derecho a la libertad de empresa. C) Protección mínima: efectividad de los principios económicos y sociales.—III. *La protección constitucional de los derechos «extrasistemáticos»*

I

EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A) *La idea constitucional sobre el ejercicio de los derechos*

La Constitución toma en cuenta, y reconoce correlativamente, aquellos derechos que estima fundamentales para el desenvolvimiento de la vida individual y social. Tal reconocimiento, en cuanto contenido en la norma

que sirve de base a todo el ordenamiento, es naturalmente preceptivo; esto es, trata de atribuir unos derechos que puedan ser ejercitados por sus titulares bajo el amparo —llegado el caso— de unas específicas garantías.

Decir que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales (fundamentales por definición, en la justa medida en que están incorporados a la Constitución, Ley Fundamental ella misma) tiene naturaleza preceptiva no significa ignorar los diversos grados de preceptividad que informan dicho reconocimiento. En unos casos, tal preceptividad es inmediata, de manera que el derecho constitucional surge con la entrada en vigor de la Constitución; en otros supuestos, la posibilidad de ejercicio del derecho se hace pender de un necesario complemento legislativo; en otros, en fin, la efectividad del derecho queda diferida hasta tanto no se lleven a cabo las medidas, legislativas y de gobierno, que la Constitución impone a los poderes públicos. Abarcando todas esas modalidades de eficacia inmediata y aplazada es como puede entenderse el contenido del artículo 53.1 de la Constitución, cuando dispone que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a los poderes públicos». Vinculan, en efecto, a los poderes públicos, si bien en unos casos de modo inmediato y en otros de modo diferido. Y aún habría que añadir: no sólo los derechos ubicados en ese capítulo y título vinculan a los poderes públicos, sino todos los reconocidos en la Constitución (cfr. art. 9.1), entre ellos aquellos cuya eficacia depende de la puesta en práctica de lo que el capítulo tercero denomina «principios rectores de la política social y económica».

El mandato constitucional de que los poderes públicos quedan vinculados por los «derechos y libertades» reconocidos en el capítulo segundo, puede, a primera vista, resultar oscurecido por el tenor del segundo inciso del artículo 53.1: «sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...». El oscurecimiento derivaría de la aparente contradicción planteada entre el primer inciso del artículo, donde se impone la sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales, y el segundo, donde parece diferirse tal sujeción hasta el momento en que se promulgue —y entre en vigor— una ley reguladora del ejercicio del derecho. Si tal aplazamiento, realmente *sine die*, condicionase la efectividad de todos los derechos contemplados en el capítulo segundo, habría que concluir que las disposiciones constitucionales que los reconocen poseen en todo caso una preceptividad o imperatividad diferida, lo que sería tanto como admitir que la eficacia de los derechos fundamentales quedaría supeditada sin excepciones a la voluntad del legislador ordinario, que decidiría sobre la aplicabilidad de la parte más importante de la Constitución de modo inapelable —de modo inapelable, en efecto, porque no hay medio hábil en nuestro Derecho

para provocar la declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador sobre el que pesa un mandato constitucional de normar (1).

La posible antinomia se salva si se interpreta que la segunda cláusula del artículo 53.1 no pretende exigir que todo derecho o libertad se regule necesariamente por ley para poder ser ejercitado, sino que se limita a prever la mera posibilidad («sólo por ley... *podrá* regularse...») de tal regulación legal. Y con independencia de que dicha regulación se produzca o deje de producirse, determinados derechos fundamentales son, desde el momento mismo de su proclamación constitucional, ejercitables frente a los poderes públicos, y también frente a los particulares (2): así, el derecho a la vida (art. 15), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), el derecho a la libre elección de residencia (art. 19), el derecho de asociación (art. 22.1), etcétera, y así ocurre también —en los términos en que más adelante se verá— con el derecho de libertad sindical (art. 28.1) y con el derecho a la huelga (art. 28.2).

En otros supuestos, sin embargo, la efectividad del derecho queda condicionada a su desarrollo legal, de tal modo que hasta que éste no se produzca no podrá nacer el derecho; tal es el caso del derecho a la intimidad frente al uso de la informática, que «la ley limitará» (art. 18.4) o del derecho a intervenir en el control de los centros educativos públicos «en los términos que la ley establezca» (art. 27.7) o del derecho de petición, «en la forma y con los efectos que determine la ley» (art. 29.1), etc., y tal es también el caso del derecho a la negociación colectiva, que «la ley garantizará» (art. 37.1).

En otros casos, finalmente, la Constitución no se limita a trasladar al legislador ordinario la carga de dotar de efectividad el correspondiente derecho o libertad, sino que prefiere trazar una directriz o programa, no ya al legislador en concreto, sino genéricamente a los «poderes públicos» (el Estado en sus diversas advocaciones, y también los poderes autonómicos, regionales y locales). Estas directrices o programas no se hallan exentas de normatividad, puesto que se trata nada menos que de preceptos constitucio-

(1) E incluso los sistemas que acogen la figura de la «inconstitucionalidad por omisión» establecen un mecanismo de dudosa eficacia. Así, Constitución de Portugal (de 2-4-1976), art. 279: «Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.»

(2) Artículos 53.1 y 9.1. Con toda claridad, y en el mismo sentido, el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (de 23-5-1949) y el artículo 18.1 de la Constitución de Portugal.

nales dirigidos a dichos poderes para obtener de ellos las medidas que hagan posible el nacimiento y ejercicio de derechos a determinadas prestaciones públicas (3). Este es el caso del artículo 40.1, cuando dispone que los poderes públicos «realizarán una política orientada al pleno empleo», o del artículo 41, cuando ordena a esos poderes el mantenimiento de «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos», o —al margen ya de la materia laboral— del artículo 44.1, cuando establece que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura...». Sin embargo, la preceptividad de esos mandatos constitucionales sólo es mediata (causa de la causa) con relación al nacimiento y eficacia del correspondiente derecho, lo cual no impide que la Constitución atribuya unas peculiares garantías, a las que en su momento se hará referencia, a sus propias directrices o programas.

B) *La idea constitucional sobre la garantía de los derechos*

La Constitución intenta organizar y sistematizar los derechos y libertades de acuerdo con un criterio híbrido —por una parte, atendiendo difusamente a la importancia intrínseca del derecho; por otra, separando, hasta cierto punto, derechos reconocidos y directrices para un futuro ejercicio—, todo ello sin atenerse a un método riguroso y, por añadidura, alojando ciertos derechos en parajes de la Constitución impensables.

Contemplado en su conjunto el importantísimo título I del texto constitucional (rubricado «De los derechos y deberes fundamentales»), se obtiene, en efecto, una impresión de confusión en cuanto a la idea que preside la sistematización constitucional de los derechos y libertades:

Por una parte, a pesar de que el título I se refiere, como ya se ha dicho, a los «derechos y deberes *fundamentales*», dentro de él se distingue, parece que con intención jerarquizadora, una triple temática:

a) El capítulo segundo —incluido en ese título I que se refiere a los derechos *fundamentales*— acoge una rúbrica más amplia (sorprendentemente, la parte se hace más extensa que el todo) que alude sin más a «Derechos y libertades».

b) Tan amplia rúbrica no parece debida al azar ni a la omisión indeliberada (si es que cabe pensar en un legislador constituyente entregado a la improvisación o al olvido), porque el capítulo segundo se subdivide en dos

(3) Cfr. C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, Padua, 1965, págs. 897 y siguientes.

secciones, cuyas rúbricas y contenidos se corresponden perfectamente con la genérica titulación del capítulo:

La sección 1.^a se ocupa, según su rúbrica, «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», mientras que la sección 2.^a lo hace «de los derechos y deberes de los ciudadanos». Lo cual parece querer decir, y confirmar, los siguientes contrasentidos: 1) que el género (título I: «De los derechos y deberes fundamentales») no incluye ni a la especie (capítulo segundo: «Derechos y libertades») ni a la subespecie (sección 2.^a: «De los derechos y deberes de los ciudadanos»); 2) que mientras que el género (título I) se refiere tanto a derechos como a deberes, ambos fundamentales, la especie (capítulo segundo), mediante la bipartición en secciones, no admite deberes fundamentales, y 3) que sólo los derechos de la sección 2.^a (y los deberes de esa misma sección) son predicables de los *ciudadanos*, esto es, de los españoles, mientras que la sección 1.^a se referiría más ampliamente a derechos de la persona (pero, curiosamente, esta sección 1.^a reconoce también derechos peculiares de los ciudadanos —art. 23— o de los españoles —arts. 19 y 29—, del mismo modo que la sección 2.^a también regula derechos y deberes de *todos*, ciudadanos o no —arts. 31, 32, 33, 37 y 38—).

c) Dentro también del título I (repetamos: «De los derechos y deberes fundamentales») se incluye un capítulo tercero que se rotula de modo inesperado: «De los principios rectores de la política social y económica». Estos «principios» consisten realmente en mandatos y directrices a los poderes públicos, para que éstos adopten las medidas precisas para la efectividad de determinados derechos.

De la sistematización constitucional parece deducirse, como decíamos anteriormente, un propósito de jerarquización de los diversos grupos de derechos contemplados en el título I; sólo que los errores sistemáticos —que no hay que atribuir a las exigencias del famoso *consenso*, sino a puras deficiencias de técnica normativa— anulan las posibilidades de una interpretación consecuente al respecto. ¿Cómo decidir, por ejemplo, qué es lo que el constituyente entiende por derecho fundamental? ¿O cómo saber a ciencia cierta si la Constitución quiere distinguir entre derechos fundamentales y no fundamentales?

En resumidas cuentas, la pretendida graduación de los derechos se frustra ante las contradicciones de la Constitución, y, a la postre, el único criterio válido a que puede acogerse el intérprete para aproximarse a tal jerarquización es el de las diversas garantías deparadas a los distintos derechos en el capítulo cuarto del título I (capítulo que, dicho sea de paso, pero con toda intención, se rotula «De las garantías de las libertades y derechos *fundamentales*»).

Lo que tan esencial capítulo viene a decirnos es, ante todo, que la calificación de «derechos fundamentales» es genérica y alcanza no sólo a los derechos del capítulo segundo (en sus dos secciones), sino también a los denominados «principios rectores de la política social y económica, lo cual —ahora sí— guarda perfecta congruencia con la rúbrica del título I, al tiempo que desautoriza las rúbricas del capítulo segundo, de las dos secciones de éste, e incluso del capítulo tercero.

El capítulo cuarto nos dice además que existen si no tres grados de derechos fundamentales en cuanto a su valor intrínseco, sí al menos tres diversos grados de protección constitucional:

1.º Los derechos y libertades reconocidos en la sección 1.ª (y en el art. 14) están garantizados de tres formas: *a)* mediante el recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes y normas de rango legal que puedan dictarse en su desarrollo y no respeten su contenido esencial; *b)* mediante la invocación del derecho ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario, y *c)* mediante la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2.º Los derechos y libertades reconocidos en la sección 2.ª reciben una protección expresa (el recurso de inconstitucionalidad en los términos vistos) y una protección tácita, que se desprende del juego conjunto de los artículos 24.1 y 53.2 entendido *a contrario sensu*: la posibilidad de esgrimir el derecho ante los Tribunales ordinarios y por el procedimiento normal.

3.º Los «principios» económicos y sociales recogidos en el capítulo tercero reciben el grado de protección más débil: sólo pueden ser alegados jurisdiccionalmente cuando sean desarrollados por ley, si bien se admite que informarán la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Fuera del marco de garantías del capítulo cuarto quedan ciertos derechos —verbigracia, arts. 125 y 129— que perfectamente hubieran encontrado acomodo entre los «derechos fundamentales» del título I, pero que de hecho permanecen a extramuros de éste. La circunstancia de que no se refiera a ellos el capítulo cuarto no significa —como veremos oportunamente— su completa desprotección.

* * *

Estos dos órdenes de consideraciones —el grado de inmediatividad en el ejercicio de los derechos fundamentales y el grado de intensidad en su protección— son los que básicamente han de proyectarse sobre el análisis de los diversos derechos y libertades de significación laboral que contempla la Constitución.

II

EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DE LOS
DERECHOS LABORALES

Como se ha dicho anteriormente, la Constitución no sigue el criterio de clasificar los derechos atendiendo a su entidad y contenido, sino que prefiere distribuirlos en razón del grado de protección que les dispensa. Bien es cierto que entre los derechos merecedores de la mayor garantía constitucional se encuentran los de máxima trascendencia personal y social: que el derecho a la vida (art. 15) o el derecho a la libertad y la seguridad (art. 17.1) reciban la mayor protección constitucional es del todo congruente con su superlativa entidad. Pero no menos cierto es que en otros casos la frontera entre los grados de garantía constitucional no parece obedecer a la diversa importancia o naturaleza de los derechos protegidos. Por ejemplo: ¿por qué el derecho a la educación (art. 27.1) se beneficia de un régimen de tutela superior al que se dispensa al derecho al trabajo (art. 35.1)? Lo cierto es que, con independencia del criterio clasificador del constituyente —que irremediablemente hay que estimar inescrutable—, unos derechos resultan protegidos más enérgicamente que otros; y esa diversa protección no admite discusión alguna, por mucho que sus posibles motivaciones se consideren cuestionables.

Vinculados, pues, de modo inexorable a la opción constitucional sobre garantías de los derechos fundamentales, la aplicación de esa opción al supuesto de los derechos de contenido laboral conduce al siguiente resultado:

a) Protección máxima: se concede a la libertad sindical y al derecho a la huelga (art. 28).

b) Protección media: se atribuye al derecho al trabajo, a la libre elección de oficio, a la promoción por el trabajo y a la remuneración suficiente (art. 35.1); al derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37); al derecho a la libertad de empresa (art. 38).

c) Protección mínima: se reconoce al derecho al pleno empleo (artículo 40.1); al derecho a la formación y readaptación profesionales, a la seguridad e higiene en el trabajo, al descanso (art. 40.2); al derecho a la Seguridad Social (art. 41); a los derechos de los emigrantes (art. 42).

La anterior tabla de grados de protección de los derechos fundamentales se deduce de la regulación contenida en el artículo 53 de la Constitución. Su aplicación, sin embargo, no es una simple operación mecánica (locali-

zado el lugar donde se ubica el derecho, el art. 53 nos indica con qué garantías se tutela), sino que exige también del intérprete un cuidadoso análisis del contenido del derecho con el fin de determinar el sentido en que puede discurrir su ejercicio y, consiguientemente, el concreto alcance que puede revestir su tutela constitucional. Por ello, y porque la serie de derechos reconocidos por la Constitución no es homogénea, la única vía de aproximación al problema de su ejercicio y garantías es la de afrontarlo respecto de cada uno de esos derechos, uno por uno. Esta es justamente la tarea que se inicia a continuación.

A) *Protección máxima: ejercicio y garantías de la libertad sindical y el derecho a la huelga*

Si todos los derechos acogidos en el título I parecen ser, según se ha razonado, fundamentales (4), la Constitución garantiza especialmente a determinados de ellos —justamente los de la sección 1.^a del capítulo segundo—, entre los que se encuentran la libertad sindical y el derecho de huelga.

a) *Ejercicio del derecho a la libertad sindical.*

De acuerdo con el modelo que ofrecen los Convenios de la OIT números 87 y 98, vigentes en España ya antes de la promulgación de la Constitución, el artículo 28.1 de ésta concibe la libertad sindical (o si se prefiere: el derecho a la libertad sindical) en un doble frente: como derecho a la libre sindicación y como derecho a la libre constitución de sindicatos.

1) *Derecho a la libre sindicación.*—El artículo 28.1 comienza admitiendo el derecho individual a la libre sindicación («todos tienen derecho a sindicarse libremente»), derecho en el que más adelante insiste, tanto en fórmula afirmativa (la libertad sindical comprende «el derecho a afiliarse al [sindicato] de su elección») como negativa («nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato»).

Tal derecho, del que es titular el trabajador asalariado, pese a la deficiente redacción del precepto, que lo refiere a «todos» (5), se reconoce con carácter pleno y sin condicionamiento alguno a ulterior desarrollo legislativo. Significa esto que los trabajadores asalariados ostentan el derecho constitu-

(4) El artículo 94 c) ratifica esta opinión.

(5) M. ALONSO OLEA: *La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo*, II Coloquio de Relaciones Laborales, Jaca, 1978 (ponencia ciclostylada).

cional a la libre sindicación desde el mismo día en que se publicó la Constitución (6), y que desde ese mismo día tanto los poderes públicos como los empresarios, los sindicatos y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas deberán respetar tal derecho, teniendo presente su elevación a rango constitucional.

La formulación del precepto proyecta nueva luz sobre la expresión del artículo 53.1 («sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...»), en el sentido ya apuntado anteriormente (véase apartado I.A): además de la significación obvia de que sólo la ley es apta para la regulación de esos derechos (7), las palabras *podrá regularse* (que se prefieren a otras más imperativas: «se regulará», «deberá regularse») deja abierto un camino alternativo: algunos de dichos derechos precisarán de un desarrollo legal para poder ser ejercitados y otros podrán ejercitarse inmediatamente sin necesidad de tal desarrollo, todo ello de acuerdo con la previsión que en cada caso y respecto de cada derecho contenga la propia Constitución.

Respecto del derecho a la libre sindicación, está claro que la Constitución no ha querido supeditar su pleno ejercicio a desarrollo legal alguno respecto de los trabajadores asalariados; está claro también que cualesquiera limitaciones legales que pudieran gravar sobre la plenitud de ese derecho con anterioridad a la publicación de la Constitución han sido automáticamente eliminadas por ésta, de acuerdo con su disposición derogatoria 3.^a, y está claro, por último, que las Cortes Generales *podrán regular*, si lo estiman necesario, el ejercicio del derecho, dictando para ello la oportuna ley orgánica. Tal ley deberá respetar el «contenido esencial» (8) del derecho, a saber, la plena libertad de afiliación o no afiliación a un sindicato, manifestación de uno de los «valores superiores» en que la Constitución fundamenta el ordenamiento jurídico: la libertad (art. 1.1). Por añadidura, la ley que restringiese ese contenido esencial de la libertad sindical estaría incumpliendo además el trascendental deber que el artículo 9.2 impone a los poderes públicos para «remover los obstáculos» que dificulten la plena realidad y efectividad de la libertad (9).

(6) La Disposición final de la Constitución establece, en efecto, que ésta entrará en vigor «el mismo día de la publicación de su texto oficial en el *Boletín Oficial del Estado*», a saber, el día 29 de diciembre de 1978.

(7) Ley que habrá de ser orgánica, de acuerdo con el artículo 81.1

(8) La noción de «contenido esencial» está tomada de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, cuyo artículo 19.2 alude precisamente a la inviolabilidad de la esencia de los derechos fundamentales.

(9) Cfr. artículo 3, párrafo segundo de la Constitución italiana, en el que se inspira nuestro artículo 9.2. Un comentario comparativo de ambos preceptos, en

Si la Constitución no ha querido fijar condicionamiento alguno a la libertad de sindicación de los trabajadores asalariados, sí lo ha hecho respecto de dos categorías especiales de posibles sindicados: los funcionarios públicos *in genere* y los miembros de Cuerpos sometidos a disciplina militar.

Con relación a los primeros, el artículo 28.1 dispone que la ley regulará las *peculiaridades* (10) del ejercicio del derecho a la libre sindicación, mientras que respecto de los segundos prevé que la ley podrá *limitar* e incluso *exceptuar* el ejercicio del derecho (11).

Ante esta regulación constitucional cabe preguntar si los funcionarios en general y los miembros de Cuerpos armados en particular habrán de esperar, para poder sindicarse, a que una ley (orgánica) fije, respecto de los primeros, las peculiaridades, y respecto de los segundos, en su caso, las limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación. Tal interpretación supondría prohibir de hecho la sindicación de dichos servidores públicos (prohibición que se convertiría en definitiva de no aprobarse la correspondiente ley), lo que no parece corresponderse ni con la intención de la Constitución (12), ni con la finalidad de las normas internacionales que la propia Constitución erige en canon interpretativo de las disposiciones sobre derechos fundamentales (art. 10.2) (13).

La interpretación razonable parece ser, por consiguiente, la de que los funcionarios públicos y los miembros de Cuerpos sujetos a disciplina militar son titulares, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, del derecho a la libre sindicación; derecho que será tan amplio como el de cualquier trabajador asalariado mientras no se dicten las leyes que fijen sus peculiaridades (respecto de los funcionarios en general), y que habrá de armonizarse (respecto de las Fuerzas Armadas) con el pleno

G. F. MANCINI: *El sistema económico y las relaciones de trabajo*, en «Jornadas sobre trabajo y Constitución española», Sevilla, 1978 (ciclostylado).

(10) La expresión reaparece en el artículo 103.3.

(11) Estas «restricciones legales» aparecen previstas en el artículo 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16-12-1966, ratificado por España el 13-4-1977, así como en el artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de la misma fecha de adopción y ratificación).

(12) Con toda claridad, la intención de la Constitución es reconocer la libertad de sindicación, con peculiaridades, de los funcionarios; respecto de los miembros de fuerzas armadas se deja abierta la posibilidad de limitación o excepción del ejercicio del derecho.

(13) Los pactos internacionales citados en nota 11 se limitan a prever la posibilidad de restricciones legales.

cumplimiento por sus miembros de la función que les atribuye la Constitución (art. 8.1).

El ejercicio del derecho de libre sindicación de estos servidores públicos quedaría, pues, configurado de la siguiente manera, según se desprende del tenor de los artículos 28.1 y 53.1, interpretados conjuntamente:

- La ley que regule el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios establecerá las especialidades que estime pertinentes, con un obvio condicionamiento: que bajo el nombre de peculiaridades no se encubran verdaderas restricciones limitativas del «contenido esencial» del derecho (tal ocurriría, por ejemplo, si el superior jerárquico tuviera que autorizar la sindicación del funcionario).
- La ley que regule el ejercicio del derecho de sindicación de miembros de las Fuerzas Armadas y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar podrá optar entre fijar limitaciones al mismo o, lisa y llanamente, suprimirlo. Como se ve, la fórmula específica de restricción contenida en el artículo 28.1 prevalece sobre la general del artículo 53.1, eliminando el juego de la cláusula de respeto al contenido esencial del derecho. Parece, por otra parte, que la ley que decidiera excluir a esta categoría de servidores públicos del derecho de sindicación podría habilitar una fórmula de asociación profesional como la prevista para los jueces y fiscales en la propia Constitución (art. 127.1).
- En tanto no se dicten las leyes a que se refieren los párrafos anteriores, debe entenderse que los funcionarios son titulares en plenitud del derecho de sindicación, ya que no es lícito interpretar la abstención del legislador como sinónima de denegación del derecho (máxime cuando, respecto de dichos funcionarios públicos, la ley no puede suprimir ni siquiera limitar el ejercicio del derecho constitucional, sino tan sólo fijar sus «peculiaridades»). Con relación a los miembros de las Fuerzas Armadas, éstos podrán ejercitar la libertad de sindicación en cuanto sea compatible con la misión que les encomienda la Constitución.

2) *Derecho a la libre constitución de sindicatos.*—Elemento integrante de la libertad sindical es, y así lo reconoce el artículo 28.1, el «derecho a fundar sindicatos», así como el derecho de éstos a «formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas».

Tales derechos constitucionales son directamente ejercitables asimismo

desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución, sin otros condicionamientos que los que se desprenden del artículo 7.º: los sindicatos han de ser fundados precisamente para atender a «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (14) y han de constituirse y actuar con sujeción a la Constitución y a la ley, sometiendo su organización y funcionamiento a criterios democráticos (15).

La libertad de ejercicio de estos derechos excluye, por supuesto, la posibilidad de que la ley que los desarrolle discrimine algún tipo de sindicato, o imponga un determinado esquema de organización (por industrias, por oficios), o haga depender la válida constitución del sindicato de un acto administrativo, o prevea injerencias públicas sobre la gestión sindical, sobre la elección de cargos o sobre cualquier otro extremo de la vida del sindicato; dichos condicionamientos serían, claro es, inconstitucionales.

Menos clara es, en este orden de cosas, la calificación que merecería la exigencia legal de depósito de los estatutos del sindicato en un registro de la Administración. El supuesto no es imaginario, ya que una reciente disposición —el Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación— atribuye a este ente, entre otras funciones, la de «depósito de los Estatutos de los Sindicatos de Trabajadores y de las Asociaciones Empresariales» (art. 1, *a*). Ciertamente, la Constitución no exige requisito alguno de registro o depósito para la válida fundación y funcionamiento de los sindicatos; y parece evidente que no por olvido, puesto que el artículo 22.3, relativo al genérico derecho de asociación, sí preceptúa que «las asociaciones (...) deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad». Con todo, cabría cuestionar si la mera exigencia de depósito atenta por sí misma contra el «contenido esencial» de la libertad sindical, a lo que es más que probable que habría que contestar negativamente (16).

Pero, con independencia del tema de fondo, formalmente hay que re-

(14) Sobre el contenido de tales intereses, y las dudosas fronteras entre lo económico-social y lo político, M. V. RUSSOMANO: *Principios generales de Derecho sindical* (trad. E. Alonso García), Madrid, 1977, págs. 150 y sigs.; F. DURÁN: *El papel del sindicato en el nuevo sistema constitucional*, en «II Jornadas...», cit.

(15) Análoga exigencia, en la Constitución italiana (art. 39) y en la portuguesa (art. 57.3). Sobre el tema, M. RODRÍGUEZ PIÑERO: *El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales*, en «Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo», Colegio de Abogados de Murcia, 1978, págs. 57-58; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA: *Las relaciones laborales en la Constitución*, en «Libre Empresa», núm. 8, 1978, págs. 83 y sigs.

(16) El puro requisito del depósito en un registro oficial no parece afectar al derecho de libertad sindical ni limitándolo ni entorpeciendo su ejercicio, únicos casos que veda el artículo 3.2 del Convenio núm. 87 de la OIT.

saltar lo inadecuado de que un Decreto-ley desarrolle un punto relativo a la libertad sindical que, como tal, está rigurosamente reservado a la ley (y específicamente a la ley orgánica).

b) *Ejercicio del derecho a la huelga*

La fórmula que utiliza el artículo 28.2 para aludir al ejercicio del derecho a la huelga («la ley que regule el ejercicio de este derecho...», etc.) está claramente emparentada con la que emplea el artículo 53.1 («sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos...», etc.).

Trasladando a este lugar los argumentos que se proponían al comentar la fórmula del artículo 53.1 y, sobre todo, al tratar de la efectividad del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1, ha de decirse que la expresión del artículo 28.2 no puede interpretarse en el sentido de que el derecho a la huelga sólo sea ejercitable a partir del momento en que una ley (orgánica) lo regule. No es necesario acudir al conocido caso italiano (17) para comprender que semejante interpretación llevaría, de hecho, a la supresión del derecho de huelga, y para concluir que la argumentación lógica es la de que la huelga es ya un derecho directamente ejercitable por sus titulares («los trabajadores», según el art. 28.2), con independencia de que no se haya dictado la correspondiente ley reguladora. La inexistencia de esta ley no supone, por otra parte, que el derecho de huelga sea ilimitado y no conozca fronteras en su ejercicio: el derecho está limitado por la propia finalidad que le asigna el constituyente —la defensa de los intereses de los trabajadores (18)— y, desde luego, por el debido respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento (según exige la propia Constitución: art. 9.1).

Sorprende, por consiguiente, que tras la promulgación del texto constitucional se continúen aplicando —como una muestra más del desconcierto normativo que reina en la materia— las reglas de la legislación anterior (el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo) que, como es sabido, fijan restricciones sustantivas y procedimentales al ejercicio del derecho de huelga, cuyo mantenimiento pugna con el amplio reconocimiento que de este derecho hace el artículo 28.2 de la Cons-

(17) Sobre el mismo, G. GIUGNI: *Diritto Sindacale*, Bari, 1977, págs. 195 y sigs.

(18) La entidad de estos intereses es polémica: mientras que para unos el artículo 28.2 refiere a la defensa de intereses laborales o profesionales, para otros lo hace a todo tipo de intereses que puedan sustentar los trabajadores. Para un balance doctrinal sobre el tema, cfr. A. MARTÍN VALVERDE: *Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga*, en «Sindicatos y Relaciones Colectivas...», cit., págs. 87 y sigs.; F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del Trabajo en la Constitución*, en «Lecturas sobre la Constitución española», II, U. N. E. D., Madrid, 1978, págs. 198 y sigs.

titución. El escrupuloso respeto de ésta no puede llevar sino a la conclusión de que el citado Decreto-ley ha sido derogado, en lo que a la regulación de la huelga se refiere, por la propia Constitución; y a mayor abundamiento, siendo necesario desarrollar por ley orgánica el ejercicio del derecho de huelga, desde el punto de vista meramente formal revela su inadecuación constitucional al referido Decreto-ley (19).

La ley orgánica que en su día pueda dictarse para regular el ejercicio del derecho a la huelga habrá de establecer específicamente «las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (20); no obstante esta clara reserva constitucional en favor de la ley orgánica, el Gobierno se sigue atribuyendo esta función con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, y con aparente aquiescencia general; así, el Real Decreto 156/1979, de 2 de febrero, fija determinados condicionamientos a la huelga del personal que preste servicios en centros hospitalarios públicos (21), y, todavía más recientemente, se han producido medidas de militarización del personal de ciertos servicios («Metro» de Barcelona, servicios eléctricos de Canarias) de dudosa cabida en el marco constitucional.

c) *Garantías de la libertad sindical y el derecho a la huelga*

El artículo 53 de la Constitución protege a estos derechos, en cuanto incluidos en la sección 1.^a del capítulo segundo, mediante un régimen *máximo* de garantías —habrá que añadir, de garantías jurisdiccionales (22).

La primera de estas garantías, que en la preceptiva constitucional se

(19) Cfr., además del artículo 81.1, el artículo 86.1 de la Constitución.

(20) Sobre la no identidad entre «servicio esencial» y «servicio público», A. EM-BID: *La problemática actual de la huelga de funcionarios*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 1978, núm. 19, pág. 605.

(21) Las negociaciones llevadas a cabo a primeros de marzo de 1979 entre el INP y las centrales sindicales mayoritarias con el fin de acordar un procedimiento de regulación de los conflictos colectivos (incluido el tema de la huelga) revelan el fracaso práctico del decreto citado.

(22) Los constitucionalistas acostumbran a distinguir, en efecto, entre garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales (por todos, C. MORTATI: *Istituzioni...*, cit., I, páginas 961 y sigs.). Entre las últimas —cuyo análisis queda fuera de nuestro propósito— se encuentran la reserva a la ley orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1), la tipificación de los supuestos de suspensión del ejercicio de ciertos derechos fundamentales (art. 55), la exigencia de procedimiento específico para la reforma constitucional que afecte a determinados derechos fundamentales (artículo 168.1), la supervisión de la actividad administrativa por el Defensor del Pueblo (art. 54), el control parlamentario del Gobierno (art. 66.2), etc.

hace descender inmediatamente del principio de la vinculación de todos los poderes públicos por los derechos reconocidos en el capítulo segundo, consiste en el establecimiento del recurso de inconstitucionalidad. Es éste un recurso *ex post* (23) frente a «leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» art. 161.1, a) —en el caso que nos ocupa, frente a leyes orgánicas que al desarrollar el ejercicio de los correspondientes derechos no respeten su contenido esencial (o, por supuesto, no se ajusten al procedimiento legislativo exigido por la Constitución, defecto formal al que habría que sumar el que padecería cualquier norma de rango inferior a la ley orgánica que invadiera la competencia reservada a ésta).

La garantía deducida en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes tutela al derecho fundamental erigiéndolo en límite del poder estatal (24); no sólo es la ley declarada inconstitucional la que ve anulada su fuerza jurídica, sino que la doctrina jurisprudencial que hubiera recaído sobre ella quedará igualmente tachada de inconstitucionalidad (todo ello, y en aplicación del principio de seguridad jurídica que la propia Constitución consagra —art. 9.3—, sin perjuicio de que las concretas sentencias dictadas en aplicación de la ley declarada ulteriormente inconstitucional mantengan su valor de cosa juzgada (art. 161.1, a)).

Con todo, el recurso de inconstitucionalidad se muestra básicamente como un instrumento de protección de la Constitución —y al mismo tiempo como una garantía de sometimiento del ordenamiento al principio de jerarquía normativa (cfr. art. 9.1 y 3)—, bien entendido que al defenderse la Constitución se están defendiendo también los derechos por ella proclamados.

Esa prioridad que ostenta la defensa de la Constitución —en definitiva, la defensa del Derecho objetivo— en la concepción del recurso de inconstitucionalidad se refleja claramente en el régimen de la legitimación para interponer el recurso, del que quedan excluidos los eventuales titulares de derechos fundamentales (25).

(23) En otros sistemas constitucionales se prevé un control constitucional de las normas previo a su promulgación o entrada en vigor. Cfr. artículos 61 y 62 de la Constitución francesa de 4-10-1958; artículos 277 y siguientes de la Constitución portuguesa.

(24) K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*. Traducción A. Gallego, Barcelona, 1964, pág. 390.

(25) Cfr. art. 162.1, a). Pero así como el fiscal puede promover acción en defensa de los derechos de los ciudadanos «de oficio o a petición de los interesados» (artículo 124.1), cabe pensar que éstos acudan al Defensor del Pueblo (figura que, sintomáticamente, está dentro del capítulo 4.º, título I: «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales») para que actúe en defensa de derechos fundamentales. Esta actuación del Defensor a requerimiento de parte asimilaría la figura

Por otra parte, la trascendencia de las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley o norma de rango legal lleva a que se reserven en exclusiva al Tribunal Constitucional; cualquier órgano judicial inferior que estime la posible inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, de cuya validez dependa el fallo, debe limitarse a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional —de acuerdo con los requisitos que en su día se exijan por ley— sin suspender el procedimiento (26), esto es, aplicando la norma cuya constitucionalidad cuestiona. A diferencia de lo que ocurre en algún sistema constitucional extranjero (27), en el nuestro no se admite que los jueces y tribunales puedan apreciar la inconstitucionalidad de las leyes.

Los derechos de libertad sindical y huelga quedan garantizados a través del recurso de inconstitucionalidad de idéntica forma que todos los demás derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título I (artículo 53.1), y que incluso los derechos situados al margen de ese capítulo, que, en tanto incluidos en la Constitución, no pueden ser vulnerados por disposiciones de rango legal, so pena de inconstitucionalidad. Pero con independencia de esta genérica protección —que, repetimos, no es una garantía específica de los derechos de la sección 1.^a, ni siquiera de los del capítulo segundo en su integridad, y que además persigue básicamente la defensa de la Constitución más que la protección de intereses singulares— los derechos incluidos en la sección 1.^a (entre ellos, libertad sindical y huelga) gozan de una tutela jurisdiccional especial con la que quiere protegerse el ejercicio del derecho frente a posibles vulneraciones o desconocimientos procedentes tanto de actuaciones de los particulares como de los poderes públicos.

Dicha tutela específica se articula a través de dos mecanismos jurisdiccionales:

En primer lugar, mediante la posibilidad de hacer valer el derecho ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento «basado en los principios de preferencia y sumariedad» (art. 53.2), cuya celeridad corresponde a la trascendencia de los derechos protegidos.

En segundo lugar, mediante la interposición «en su caso» —tal expre-

al *Ombudsman* sueco y la alejaría del *Médiateur* francés y del *Parliamentary Commissioner* británico. Sobre este punto, A. GARRORENA: *Aproximación a la Constitución española de 1978*, de próxima publicación (consultado el original por deferencia del autor); también E. ULL: *El Defensor del Pueblo*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, U. N. E. D., Madrid, 1978, págs. 467 y sigs.

(26) Artículo 163. Criterio contrario —suspensión del procedimiento— era el sustentado por la Constitución española de 1931 (art. 100), y es hoy el mantenido por la Ley Fundamental alemana (art. 100.1).

(27) Constitución de Portugal, arts. 207 y 282.1.

sión del artículo 53.2 alude sin duda a la frustración de la pretensión en otras instancias (28)— del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Tal recurso, que no supone una novedad en nuestro Derecho constitucional, no pretende, como el de inconstitucionalidad, la genérica garantía del cumplimiento de la Constitución por el legislador ordinario, sino la directa y concreta tutela de los derechos fundamentales (de ciertos derechos fundamentales a los que se privilegia sobre los demás). Así se explica la legitimación para interponer el recurso (aparte del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo) de «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo» [art. 162.1, b)], en cuanto afectado por la «violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2» [art. 161.1, b)].

Ambas garantías —tutela por un procedimiento especialmente breve e institución del recurso de amparo— penden en su efectividad de un necesario desarrollo normativo, que en un supuesto se hace expreso [art. 161.1, b)]: El Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de amparo «en los casos y formas que la ley establezca») y en otro se infiere sin dificultad (el «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» a que alude el artículo 53.2 necesita de una regulación que permita su efectividad).

Con la intención de instituir un sistema provisional de garantías jurisdiccionales en favor de determinados derechos fundamentales, con el que suplir transitoriamente la ausencia de un desarrollo definitivo de la Constitución en esta materia, el decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, ha extendido al ejercicio de la libertad sindical (entre otros derechos) la protección —también de alcance provisional— que la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, concedió a determinados derechos fundamentales (29).

Las garantías jurisdiccionales que se derivan para el ejercicio del derecho a la libertad sindical de acuerdo con ambas normas son de triple índole, de acuerdo con la diversa naturaleza de la violación del derecho:

1.º Una garantía jurisdiccional penal frente a los delitos y faltas que pudieran atentar contra el ejercicio de la libertad sindical. A tal efecto se encomienda a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, en el ámbito de sus competencias, el enjuiciamiento de las correspondientes causas, con «carácter urgente y preferente», de tal manera que desde la iniciación

(28) Ese carácter de remedio *último* se reconocía expresamente en la Constitución española de 1931 (art. 121.b: el recurso de amparo procedía «cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades». Análogamente, art. 45.2.º de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14-7-1933.

(29) Normativa cuya constitucionalidad resulta cuestionable a la luz del art. 81.1.

del procedimiento hasta el momento en que se dicte la sentencia no podrán transcurrir más de sesenta días (30).

2.º Una garantía jurisdiccional contencioso-administrativa frente a los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y que afecten al ejercicio de la libertad sindical. Tal garantía se concreta mediante el establecimiento de un recurso contencioso-administrativo de tramitación urgente, con posibilidad de suspensión del acto impugnado, «salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general» (31).

3.º Una garantía jurisdiccional civil frente a los actos que puedan lesionar el ejercicio de la libertad sindical y que no se encuentren comprendidos entre las dos anteriores variedades de garantías. Esta garantía jurisdiccional se materializa en el reconocimiento de una acción de orden civil al titular del derecho vulnerado o ignorado, mediante la cual éste podrá iniciar un proceso regido por las normas de la LEC sobre los incidentes, con algunas especialidades (32). Legitimados para el planteamiento de estas acciones lo están —junto con el Ministerio Fiscal— las personas naturales y jurídicas titulares del correspondiente derecho (33).

B) *Protección media: Ejercicio y garantías de los derechos reconocidos en la sección 2.ª del capítulo segundo del título I*

Bajo la rúbrica —ya criticada— de «derechos de los ciudadanos», la Constitución reconoce los siguientes: el derecho al trabajo, a la libre elección de oficio, a la promoción mediante el trabajo, a una remuneración suficiente, a la no discriminación por razón del sexo en estas materias (artículo 35.1); asimismo alude a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.1 y 2), y, por último, reconoce la libertad de empresa (art. 38).

a) *El derecho al trabajo.*

El derecho al trabajo que el artículo 35-1 de la Constitución reconoce a «todos los españoles» (34), tiene una primera dimensión de genérico derecho a insertarse en la vida laboral, de ocupar un puesto de trabajo con el

(30) Sobre las particularidades del procedimiento, cfr. arts. 2 a 5, ambos incluidos, de la Ley 62/1978.

(31) Sobre las particularidades del procedimiento, arts. 6 a 10 de la Ley 62/1978.

(32) Dichas especialidades, en los arts. 13 a 15 de la Ley 62/1978.

(33) Sobre la posición procesal de los sindicatos, M. C. PALOMEQUE: *Sindicato y proceso de trabajo* (original amablemente cedido por el autor).

(34) Precepto que ha de ponerse en relación con el art. 13.1.

que proveer a las necesidades personales y familiares. En este amplio sentido, no puede decirse otra cosa sino que la declaración constitucional es una declaración programática, que hubiera encontrado más razonable ubicación entre los «principios rectores de la política social y económica». La proclamación constitucional del derecho al trabajo no va en rigor más allá de mostrar la intención del constituyente de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para ir haciendo posible el ejercicio efectivo de tal derecho. Por eso no surgen de la solemne declaración ni derechos subjetivos estrictos de los ciudadanos ni deberes estrictos del Estado en orden a la facilitación de puestos de trabajo, cosa especialmente clara en un sistema económico-social en el que el Estado no asume la función de director y planificador exclusivo (35).

El constituyente, que en el artículo 35.1 incide en la retórica del *droit au travail* de los revolucionarios franceses de 1848 (36), recobra la prudencia en el artículo 40.1 cuando se limita a pedir a los poderes públicos una política *orientada* al pleno empleo, sin exigirles —lo que sería vano— una política que *logre* el pleno empleo (37).

Y si en un sistema de economía de mercado el derecho al trabajo no pasa de ser un principio de política social (38), sin que quepa hablar en rigor de un derecho público subjetivo frente al Estado para obtener un empleo, no es más viable pretender configurar tal pretendido derecho al trabajo como ejercitable frente a los concretos empresarios, en la medida en que éstos adoptan sus decisiones dentro del principio de libertad de empresa. Cualquier tipo de injerencia estatal dirigida a obligar a los empresarios a emplear contingentes predeterminados de mano de obra sería inconstitucional (39).

(35) La Constitución de la U. R. S. S., de 5-12-1936, podía sin embargo decir: «El derecho al trabajo está *asegurado* por la organización socialista de la economía nacional, por el aumento constante de las fuerzas productivas de la sociedad soviética, por la eliminación de la posibilidad de las crisis económicas y por la supresión del paro forzoso» (art. 118, párrafo segundo).

(36) G. H. CAMERLYNCK y G. LYON-CAEN: *Droit du Travail*, 9.^a ed., París, 1978, página 7.

(37) En una línea de prudente realismo se mueve también el art. 4.^o de la Constitución italiana: «La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hacen efectivo este derecho.» La contemplación del derecho al trabajo como una tendencia se desprendería también en nuestra Constitución a partir del art. 9.2.

(38) D. REUTER: *Das Recht auf Arbeit — ein Prinzip des Arbeitsrechts?*, en *Recht der Arbeit*, 1978, 6, pág. 342).

(39) Tal ocurrió en Italia al declararse inconstitucional (Sent. de 30-12-1958) el Decreto-Ley de 16-9-1947 sobre *imponibile di mano d'opera*.

Ahora bien; si es evidente que el derecho al trabajo, como sinónimo de derecho subjetivo estricto a obtener un puesto de trabajo, no representa hoy mucho más que una meta (preocupantemente lejana) del legislador constitucional, no puede ignorarse una segunda acepción del derecho al trabajo, en cuanto libertad actual e inmediata en el trabajo frente a (*freedom from*) quienes —Estado, sindicatos, empresarios o cualesquiera otros sujetos— pretendan vulnerarla (40).

A la luz de esta acepción más restringida del derecho al trabajo, resultarían inconstitucionales las disposiciones estatales y los actos del empresario discriminatorios en materia de admisión de personal, y no sólo los discriminatorios por razón de sexo —art. 35.1—, sino también por cualquier otra causa —arts. 9.2 y 14—; las negativas patronales a dar al trabajador ocupación efectiva no sólo serían ilegales (41), sino también inconstitucionales; el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente debiera jugar en favor de la readmisión forzosa del despedido sin causa (42). De igual modo sería esgrimible el derecho al trabajo frente a los sindicatos que concertasen con los patronos cláusulas de garantía sindical, destinadas a condicionar la admisión o la permanencia en el trabajo a la afiliación a un determinado sindicato (*closed shop, union shop*) (43). Y también padece que el ejercicio del derecho al trabajo puede preservar la libertad individual del trabajador no sindicado frente a la declaración sindical de huelga.

Las garantías con que se tutela el derecho al trabajo, en esta segunda acepción de libertad frente a trabas en el trabajo, son:

1.^a El genérico recurso de inconstitucionalidad contra cualquier ley o disposición de rango legal que viole tal derecho. (Ha de añadirse que también incidiría en inconstitucionalidad la ley que obstruyese o se apartase manifiestamente del principio de política social contenido en la primera acepción del derecho al trabajo.)

2.^a La deducción de las oportunas pretensiones ante los jueces y Tribunales ordinarios, según la naturaleza del acto que hubiera lesionado la liber-

(40) Cfr. A. FANTETTI: *Il lavoro come diritto*, Milán, 1975, págs. 33 y sigs.

(41) En cuanto contrarias a lo ordenado por la LCT, art. 75, 2.º

(42) A. MONTOYA MELGAR: *La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España*, RPS, 1978, núm. 118, págs. 58 y sigs.; M. ALONSO GARCÍA: *Nuevo régimen del despido en la Ley de Relaciones Laborales*, I Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca, 1976), Zaragoza, 1977, págs. 173 y sigs.

(43) M. ALONSO OLEA: *Libertad sindical y derecho de sindicación*, en *Sindicatos y relaciones colectivas...*, cit., pág. 19.

dad de trabajo, y siempre de acuerdo con los trámites del procedimiento ordinario (art. 53.2 *a sensu contrario*).

b) *El derecho a la libre elección de profesión u oficio.*

El derecho a la libre elección de profesión u oficio —derecho de larga tradición constitucional que el artículo 35.1 atribuye a «todos los españoles», igual que el derecho al trabajo (44)— es un típico derecho de libertad frente al Estado que se inserta entre los medios dispuestos por la Constitución para alcanzar el «libre desarrollo de la personalidad» al que se refiere el artículo 10.1.

Naturalmente, la libre elección de profesión u oficio no puede concebirse en términos absolutos, sino condicionada a la capacitación del trabajador y a las circunstancias del mercado de trabajo; el sentido real del reconocimiento de este derecho por la Constitución es la evitación de compulsiones de los poderes públicos sobre la dedicación laboral de sus súbditos (45).

Presupuesta, obviamente, la existencia de una variedad de puestos de trabajo adecuados, el derecho a la elección de profesión u oficio es ejercitable de modo inmediato.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales que apoyan el ejercicio de este derecho, no hay diferencia alguna con lo dicho al tratar del derecho al trabajo.

c) *El derecho a la promoción a través del trabajo.*

También en el ejercicio de este derecho fundamental pueden distinguirse, como en el caso del derecho al trabajo, una doble significación. De un lado la expresión de un principio de política social —estrechamente emparenta-

(44) La libre elección de profesión se constitucionaliza primeramente respecto del acceso a los oficios públicos (cfr. art. 141 de la Constitución de Bayona (1808); artículo 23 de la Constitución de Cádiz (1812); art. 5.º de la Constitución de 1837; artículo 6.º de la de 1856; art. 27 de la de 1869. Posteriormente, la libertad se generaliza en el art. 12 de la Constitución de 1876: «Cada cual es libre de elegir su profesión y aprenderla como mejor le plazca.» El art. 33 de la Constitución de 1931 declara también que «toda persona es libre de elegir profesión».

(45) Compulsiones que a veces se consagran constitucionalmente. Cfr. el art. 14, párrafo segundo, de la Constitución de la República Popular China de 17-1-1975: «El Estado, de acuerdo con la ley, priva de los derechos políticos por determinado plazo a los terratenientes, campesinos ricos, capitalistas reaccionarios y demás elementos nocivos, dándoles al mismo tiempo una salida para ganarse la vida, de modo que en el *trabajo manual* sean transformados en ciudadanos que acaten la ley y vivan de su propio trabajo.» (El subrayado, nuestro).

do con dos de los «valores superiores» del ordenamiento, la justicia y la igualdad (art. 1.1) y con la declaración del artículo 9.2 (46)— que apunta hacia un tipo de sociedad que permita alcanzar lo que el propio artículo 9.2 llama la «plenitud» de la libertad e igualdad de los individuos. La extrema amplitud de esta primera acepción del derecho a la promoción —que desborda los límites de la promoción laboral e incluso social, para referirse a la promoción total del individuo (47)— se encuentra en relación con su carácter programático, que reclama ulteriores medidas legislativas y de gobierno para dar lugar al nacimiento de derechos de eficacia directa.

En una segunda acepción, sin embargo, el derecho a la promoción a través del trabajo apunta más concretamente a una perspectiva contractual: promoción del trabajador en su carrera profesional dentro de la empresa, promoción retributiva consiguiente a la antigüedad, o promoción a través del régimen de ascensos (48) son así derechos que reciben el espaldarazo constitucional para ser ejercidos directamente como fundados en la propia Constitución.

Las garantías jurisdiccionales que protegen el ejercicio de este derecho son las mismas examinadas con relación a los derechos al trabajo y a la elección de profesión u oficio.

d) *El derecho a la remuneración suficiente.*

Particularmente difícil de concretar es el llamado derecho a la retribución suficiente: difícil de concretar en su naturaleza —más que un verdadero derecho esgrimible frente a alguien (¿el Estado?, ¿el empresario?) sería un principio político-social, una tendencia que la Constitución marca a los poderes públicos para su desarrollo—; difícil de concretar en su contenido —¿cuál es el nivel de la retribución suficiente y quién lo fija?—. Es cierto que el artículo 35.1 refiere la «remuneración suficiente» a la aptitud para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia; pero la referencia no aclara demasiado las cosas: ¿qué necesidades son éstas?, y, más radicalmente, ¿qué sentido hay que atribuir a la palabra necesidad en este contexto?

(46) Principio y declaración que se inscriben —como ocurre con otras Constituciones— en la línea de protección de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad que consagran las declaraciones internacionales (así, art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10-12-1948).

(47) La inicial adjetivación («promoción *social*») fue suprimida a instancia del grupo parlamentario socialista.

(48) Esta acepción aparece con claridad en el art. 7.º, c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También en el caso que nos ocupa se observa una transposición entre lo que de verdad significa el reconocimiento constitucional de este derecho —no más que un *desideratum* y un programa dirigido a los poderes públicos— y lo que parece significar, dados los rotundos términos del precepto —el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo.

Pero más que en la formulación constitucional, la suficiencia del salario —sin entrar ahora en la inoportuna recepción de la idea del salario familiar (49)— se concreta positivamente en los niveles fijados en la legislación sobre salarios mínimos interprofesionales, en las ordenanzas laborales y, sobre todo, en los convenios colectivos. Al no establecer, como es del todo lógico, la Constitución el *quantum* del salario suficiente, es prácticamente imposible determinar la inconstitucionalidad de una norma por violación del correspondiente precepto, como también lo es el plantear una reclamación *apud iudicem* invocando la violación del hecho amparado en el citado precepto constitucional (a no ser —caso realmente insólito y sólo planteable *docendi causa*— que el salario cuya constitucionalidad se pusiera en cuestión fuera de entidad tan ridícula que no hubiera duda alguna en cuanto a su insuficiencia).

Todas estas circunstancias hacen más que dudosa la preceptividad inmediata del artículo 35.1 en lo que a la suficiencia de la retribución se refiere (50), resultando muy improbable la viabilidad del ejercicio de tal «derecho», cuya más adecuada protección se hubiera logrado quizá encuadrándolo entre los «principios rectores de la política social y económica» del capítulo tercero, lo que llevaría a la más realista conclusión de que el derecho al salario suficiente sólo podría ser invocado ante los órganos jurisdiccionales de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que lo desarrollasen (artículo 53.3).

Sin dejar de mencionar el problema —planteado en otros ordenamientos (51)— de la posible colisión entre la norma constitucional y la legislación sobre limitación o «congelación» de salarios (problema cuya solución conocería los obstáculos inherentes al carácter programático del «derecho

(49) M. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 6.ª ed., Madrid, 1977, página 322; «el llamado *salario familiar* es de imposible traducción práctica».

(50) En tal sentido, respecto del Derecho italiano, F. GUIDOTTI: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milán, 1956, págs. 69 y sigs.; U. PROSPERETTI: *Il principio della retribuzione sufficiente*, en «Rivista di Diritto del Lavoro», año VIII, 1956, págs. 173 y sigs. En nuestra doctrina, E. BORRAJO DACRUZ: *Configuración jurídica del salario*, en RPS, núm. 50, 1961, págs. 22-23.

(51) M. DE LUCA-PICIONE: *Sindacato e legge di blocco dei salari*, en *Il Diritto del Lavoro*, 1976, núm. 6, págs. 354 y sigs.

al salario suficiente», y a la propia concreción de este derecho), debe hacerse una última referencia a la prohibición que el artículo 35.1 establece frente a las discriminaciones salariales «por razón de sexo» (52). Tal prohibición —que la redacción del artículo 35.1 permite referir también a los restantes derechos relacionados en dicho precepto— sí sería capaz por sí misma de fundamentar pretensiones jurisdiccionales: recurso de inconstitucionalidad frente a la norma legal que introdujese discriminaciones de tal naturaleza; y reclamaciones administrativas (y contencioso-administrativas) frente a disposiciones del Ministerio de Trabajo que infringiesen la prohibición aludida; demandas ante las Magistraturas de Trabajo contra actos discriminatorios de empresario, todo ello según los trámites y plazos ordinarios de los correspondientes procedimientos.

Para el titular de un derecho retributivo (o de la libertad de trabajo, de elección de oficio, o del derecho a la promoción por el trabajo) objeto de trato discriminatorio, sería, sin embargo, más beneficioso invocar la violación del artículo 14 que la del 35.1; primeramente porque la fórmula de protección del artículo 14 frente a las discriminaciones es más amplia que la del 35.1, y en segundo lugar, y sobre todo, porque la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 14 se beneficia de la posibilidad de acudir al procedimiento sumario y preferente y, en su caso, al recurso de amparo que contempla el artículo 53.2.

e) *El derecho a la negociación colectiva.*

Al igual que otras Constituciones extranjeras (53) la española de 1978 reconoce la negociación colectiva, si bien de un modo indirecto: encomendando a la ley la garantía del correspondiente derecho. El artículo 37.1 no es, en efecto, una pura declaración programática, pero tampoco una norma de preceptividad inmediata, sino un mandato concreto dirigido al legislador ordinario, al que se encomienda la doble tarea de garantizar el desenvolvimiento de los convenios colectivos y de asegurar su «fuerza vinculante», expresión que ha suscitado ya la atención de la doctrina (54) y que, sin

(52) La igualdad de retribución entre hombre y mujer tiene una reiterada acogida en las declaraciones internacionales. Entre éstas, cfr. art. 7.º, a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 4.3 de la Carta Social Europea.

(53) Preámbulo de la Constitución francesa de 1946; art. 58, 3 y 4 de la Constitución portuguesa; art. 39 de la italiana.

(54) M. ALONSO OLEA: *La Constitución y las fuentes del Derecho del trabajo*, cit.; T. SALA FRANCO: *La eficacia jurídica de los convenios colectivos*. Comunicación inédita a la «mesa redonda» sobre «Convenios colectivos y de trabajo y libertad sindical en España», Madrid, noviembre de 1978; F. VALDÉS DAL-RE: *La negociación colectiva en el anteproyecto constitucional*, en *Jornadas sobre trabajo y Constitución española*, Se-

duda, engloba dentro de sí el doble sentido de que el convenio obliga a las partes que lo conciertan y surte efecto normativo respecto de los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

Directamente, pues, la Constitución no garantiza en este punto ningún derecho que pueda ser ejercitado con base en la propia norma constitucional. Es en la ley que desarrolle el mandato constitucional en la que habrán de apoyarse las eventuales pretensiones sobre la materia: ley que, naturalmente, no podrá atentar contra el «contenido esencial» del derecho a la negociación colectiva, esto es, contra la libre voluntad de las partes de pactar y de fijar el contenido del pacto so pena de incurrir en inconstitucionalidad.

Al tratar del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, no puede soslayarse el delicado problema —de cuya solución pende tal ejercicio— de la aplicabilidad de la legislación anterior (básicamente la Ley de Convenios Colectivos de 19 de diciembre de 1973, modificada por el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo) en tanto no se dicte la ley prevista en el artículo 37.1 de la Constitución. De hecho, es notorio que la negociación colectiva se sigue desarrollando —aun después de aprobada la Constitución— de acuerdo con la legislación anterior, a la que se han superpuesto determinadas innovaciones aconsejadas por la práctica, lo que da ocasión a un cuadro normativo particularmente abigarrado y con visos de inconstitucionalidad en más de un extremo; piénsese en el mantenimiento de la exigencia de homologación administrativa de los convenios (55) que de ningún modo puede estimarse congruente con el tipo de relaciones laborales consagrado en la Constitución, tan alejado del modelo intervencionista que dio acogida a la figura de la homologación.

f) *El derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo.*

El artículo 37.2 presenta una estructura similar —veremos que no idéntica— a la del artículo 28.2. En primer lugar, ambos preceptos proceden al reconocimiento de un derecho (el art. 28.2, el de huelga; el 37.2, el de adoptar medidas de conflicto colectivo); seguidamente, ambos artículos efectúan una remisión a «la ley que regule el ejercicio de este derecho», ley a la que encomiendan expresamente la inclusión de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento o funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad. La única divergencia en este tratamiento, paralelo en lo demás, radica en que el artículo 37.2 prevé la posibilidad de que la ley

villa, 1978 (ciclostilado); F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO: *Organización y acción sindical en la Constitución*, en *II Coloquio sobre Relaciones Laborales*, cit. (ciclostilado).

(55) Exigencia reiterada en el D. 217/1979, de 19 de enero.

imponga limitaciones al ejercicio del derecho, previsión ausente del artículo 28.2 (56).

Parece indudable, pues, que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es de ejercicio tan inmediato como el derecho de huelga, sin que ese ejercicio venga condicionado a la promulgación de la ley que haya de desarrollarlo. Las negociaciones que en algún caso reciente (57) se han llevado a cabo entre centrales sindicales y parte patronal para acordar los procedimientos de solución de conflictos colectivos a los que ambas partes se someterían, serían así perfectamente legítimas desde el punto de vista de la Constitución.

Y, paralelamente, hay que afirmar que el llamado «procedimiento de conflicto colectivo de trabajo» regulado en el Real Decreto-ley de Relaciones de Trabajo (58) resulta de difícil conciliación con el diseño constitucional, dado el protagonismo que en dicha norma tiene la Administración, y que no parece corresponderse con la idea de liberalización de las relaciones de trabajo que preside el propósito constitucional.

También se estima de dudosa ortodoxia constitucional la intención de una reciente norma —el Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero— de establecer órganos y procedimientos de solución de controversias colectivas de trabajo, puesto que ello incide en la función de regular el ejercicio del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, que la Constitución asigna a una ley; y, a mayor abundamiento, el Decreto-ley es *per se* inhábil para ordenar cuestiones que afecten a los derechos y libertades regulados en el título I (art. 86.1).

De acuerdo con los términos del artículo 37.2, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo —dentro del cual es forzoso incluir el derecho de cierre patronal (59)— queda garantizado, además de por el genérico recurso de inconstitucionalidad (esgrimible frente a la ley que no respetase el

(56) Esa diferencia —añadida a la distinta ubicación sistemática— bastaría para invalidar la opinión de que dentro del art. 37.2 se contempla también el derecho a la huelga (tal opinión, en O. ALZAGA: *Comentario a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 303).

(57) Cfr. nota 21.

(58) Sobre el mismo, A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del trabajo*, 2.ª ed., Madrid, 1978, págs. 570-571.

(59) Esta fue también la opinión dominante entre los parlamentarios durante la discusión de la Constitución. Cfr. A. MONTOYA MELGAR: *Convenios y conflictos colectivos según el debate constitucional*. Comunicación inédita a la «mesa redonda» sobre «Convenios colectivos de trabajo y libertad sindical en España», Madrid, noviembre 1978.

contenido esencial del derecho), por la posibilidad de hacerlo valer por las vías jurisdiccionales ordinarias.

g) *El derecho a la libertad de empresa.*

La «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», que reconoce el artículo 38 de la Constitución, parece más un principio de política económica, cuyo más apropiado encuadramiento tendría lugar en el capítulo tercero del título I, que un auténtico derecho (60).

Las contradicciones del artículo 38 reflejan una vez más la tensión entre las fuerzas políticas presentes en el debate constitucional, resuelta en este caso no por vía de síntesis (supuesto que ésta fuera posible) sino de yuxtaposición de principios antagónicos.

Es cierto que el precepto reconoce de modo rotundo la libertad de empresa, como pieza consustancial al sistema de economía de mercado que la Constitución consagra. Es cierto que el precepto encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de esa libertad de empresa. Pero lo que hasta este punto no admite dudas interpretativas, comienza a partir de él a suscitar los más graves problemas hermenéuticos —sin que valga de consuelo al intérprete comprobar que en otras Constituciones se producen análogos fenómenos de ambigüedad y hasta de contradicción—. ¿Qué alcance tiene, en efecto, la sumisión de la libertad de empresa a «las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»? Ya se sabe que en un Estado social de Derecho, como el que nuestra Constitución configura, la libertad de iniciativa económica —como el derecho de propiedad con el que se vincula estrechamente— no son ilimitados (61). Pero lo que no puede deducirse por vía lógica del texto del artículo 38 es en qué punto se encuentra la frontera de mutuo respeto entre libertad y planificación; porque es evidente que si una libertad absoluta elimina toda pretensión planificadora, una planificación estricta reduce a *flatus vocis* la libertad de empresa (62). Al invocar al tiempo ambos principios, parece evidente que el constituyente se sitúa en una posición conciliadora, de respeto y de limitación recíproca de tales principios; del texto constitucional no parece que pueda desprenderse la posibilidad de que uno de los principios anule al otro.

(60) La Constitución portuguesa encuadra, en tal sentido, la iniciativa económica privada (art. 85) dentro de la Parte II del texto constitucional («Organización económica») y no en la Parte I («De los derechos y deberes fundamentales»).

(61) Cfr. C. MORTATI: *Istituzioni...*, cit., págs. 895 y sigs.

(62) Sobre el tema, F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del trabajo en la Constitución*, cit., págs. 218 y sigs., y R. GARCÍA COTARELO: *El régimen económico social de la Constitución española*, en *Lecturas sobre la Constitución...*, cit., I, págs. 69 y sigs.

En tan delicada materia hay que tener presente además que cuando los poderes públicos adopten las medidas precisas para garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38) habrán de respetar «en todo caso... su contenido esencial» (art. 53.1), esto es, el haz irreductible de facultades decisoras y de derechos dominicales sin el cual sería incongruente hablar de actividad empresarial libre.

De este modo, la ley que atentase contra ese núcleo esencial (tan difícil por otra parte de determinar «a priori»), aun pretextando cumplir con una exigencia de la economía o de la planificación, sería impugnable a través del recurso de inconstitucionalidad. E igualmente podría hacer valer su derecho ante los órganos jurisdiccionales competentes —por los trámites procedimentales ordinarios— la persona física o jurídica que entendiera lesionado el ejercicio de su libertad empresarial, bien por actos lesivos de esa libertad en su dimensión estrictamente económica bien por actos atinentes a los aspectos jurídicos de esa libertad (v.g.: libertad de contratar trabajadores, frente a posibles imposiciones administrativas de admisión forzosa de mano de obra).

Los mismos remedios procederán en caso de infracción del principio de «productividad», cuya defensa encomienda el artículo 38 a los poderes públicos, concordándolo también con las exigencias de la economía y de la planificación (63).

C) *Protección mínima: Efectividad de los principios económicos y sociales*

Dentro del título I de la Constitución (lo recordaremos una vez más: «De los derechos y deberes fundamentales») se incluye confusamente, además del reconocimiento de los «derechos y libertades» propiamente dichos (capítulo segundo), la enumeración de unos llamados «principios rectores de la política social y económica» (capítulo tercero), algunos de los cuales afectan a nuestra materia. El capítulo cuarto del título I coopera a la confusión cuando bajo su rúbrica («De las garantías de las libertades y derechos fundamentales») incluye también a los citados principios (art. 53.3).

Por otra parte, y como ha quedado indicado más arriba, la distinción

(63) Un planteamiento general del tema, en V. OTTAVIANI: *L'iniziativa privata fra intervento pubblico ed esigenze di produttività*, en la obra colectiva *Aspetti e tendenze nel Diritto Costituzionale* (Scritti in onore di Costantino Mortati), vol. III, Roma, 1977, págs. 885 y sigs.

de fondo entre algunos derechos y algunos principios es borrosa, siendo prácticamente intercambiables.

Pero lo cierto es que el intérprete se encuentra vinculado por el sistema de la Constitución, y en tal sentido ha de aceptar necesariamente las consecuencias que la colocación sistemática de los derechos y los principios tiene sobre su tutela constitucional.

Entre estos principios sociales y económicos, cuya intención programática es clara («los poderes públicos promoverán...», «los poderes públicos fomentarán...») son las fórmulas, entre otras similares, que utiliza el capítulo tercero) se encuentran varios de contenido laboral:

— Dentro de su deber de promover las «condiciones favorables para el progreso social y económico (...) en el marco de una política de estabilidad económica», los poderes públicos «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo» (art. 40.1).

— De igual modo, los poderes públicos «fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados» (art. 40.2).

— Asimismo, los poderes públicos «mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo» (art. 41).

— Finalmente, se sienta el principio de que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno» (art. 42).

Fácilmente se advierte que tales declaraciones no pretenden reconocer de modo inmediato derecho alguno (64), sino que su misión es la de imponer al poder público el deber de adoptar las medidas precisas (legislativas, de gobierno, administrativas) para que en el futuro se cumpla el programa constitucional y, consiguientemente, puedan ejercitarse los correspondientes derechos.

(64) Cfr. E. GÓMEZ-REINO: *Las libertades públicas en la Constitución*, en *Lecturas...*, cit., I, págs. 38-39.

De ahí el tratamiento especial que estos principios reciben en el artículo 53.3: su reconocimiento, respeto y protección «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Cuál sea el alcance exacto de esta *vis* informadora no aparece muy claro; si no resulta dudoso que la ley que ignore o viole esos principios podrá ser objeto de recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1 a)] es más problemática la forma en que la práctica judicial y administrativa deba ser informada por ellos. En efecto, hay que tener presente que dada su mera condición de principios —de los que no surgen derechos inmediatos— está vedada su alegación en vía jurisdiccional, hasta tanto no se dicten las leyes que procedan al desarrollo de tales principios (art. 53.3). ¿Cómo conciliar entonces esta imposibilidad de invocación jurisdiccional con aquella misión, que la propia Constitución atribuye a los principios sociales y económicos, de informar la práctica judicial (y la actuación gubernamental y administrativa)? Sin una pretensión *apud iudicem* no podrá fundamentarse válidamente en la alegación de alguno de dichos principios, no es menos cierto que el juez o el funcionario administrativo no podrán ignorarlos ni, por supuesto, contradecirlos, debiendo utilizarlos como criterios con los que interpretar —incluso correctivamente— el Derecho aplicable (65).

Habrá que decir por último que los citados principios no crean *ex novo* un programa de política social y económica hasta ahora inexistente, sino que en rigor amplían tendencias anteriores (v. g.: la generalización de la Seguridad Social) o simplemente confirman deberes tradicionales del Estado en materia laboral (v. g.: velar por la seguridad e higiene, garantizar el descanso de los trabajadores, tutelar los derechos de los emigrantes, etc.). De aquí que, con independencia del valor informador de los principios del capítulo tercero, la legislación precedente mantenga su eficacia protectora —salvo en los supuestos en que pueda entrar en colisión con la Constitución— de los correspondientes derechos.

(65) Tal utilización interpretativa no se ha hecho esperar; así, la sentencia de 7 de febrero de 1979 de la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Murcia (magistrado: ilustrísimo señor don Bartolomé Ríos Salmerón), que conoce de una demanda de prestaciones por muerte y supervivencia, invoca expresamente, para reforzar la condena de pago anticipado a la Mutuality, lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución en orden a la extensión de la Seguridad Social a todos los ciudadanos.

III

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS «EXTRASISTEMATICOS»

Fuera por completo del alcance protector del capítulo cuarto del título I de la Constitución, se encuentran algunos derechos de significación laboral (o, para ser más exactos, algunos principios de tal significación). Así ocurre con el mandato del artículo 129.1 sobre «participación de los interesados en la Seguridad Social», o con la disposición del artículo 129.2 sobre «participación en la empresa» y «acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», o con la norma del artículo 131.2 sobre asesoramiento y colaboración de los sindicatos en los proyectos gubernamentales de planificación. Casos todos ellos en los que se enuncia una directriz o programa cuyo destinatario es el legislador ordinario, al que compete su desarrollo.

ALFREDO MONTOYA MELGAR

Catedrático de Derecho del Trabajo

Facultad de Derecho

Universidad de Murcia

