

LA INCLUSION DE LOS PENADOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

por *Luis Enrique DE LA VILLA*
Profesor Encargado de Seguridad Social
en la Facultad de Ciencias Políticas y
Económicas de Madrid

I. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

A) *La ampliación del ámbito de aplicación personal del Derecho laboral como constante*

Una de las más acusadas constantes del Derecho laboral es, sin duda alguna, su progresivo y rápido crecimiento por lo que respecta al ámbito de aplicación personal de sus normas. El fenómeno es tan conocido, y tan universal, que aun cuando no fuera objeto de tratamiento en la Ponencia III, lugar sistemáticamente más adecuado que éste, no sería necesario pasar aquí de su simple mención.

En este proceso ininterrumpido de expansión, las normas del Derecho laboral han comenzado a aplicarse a personas cuya actividad parecía fuera de aquel ordenamiento. Esta aplicación, sin embargo, ha venido presentando ciertos grados que no deben pasar inadvertidos; reduciéndolos a los más significativos, la aplicación ha podido entenderse bien como inclusión plena e incondicionada de la actividad de que se tratare en el Derecho del trabajo como ordenamiento, bien como una simple extensión de sus normas a sujetos o actividades determinadas, permaneciendo entonces unos y otras fuera del ordenamiento jurídico-laboral en sentido propio. La distinción tiene enorme importancia, como se ha de ver más adelante, en el ejemplo a que se limita esta Comunicación.

B) *El trabajo de los penados; supuestos*

El término «penado» no es el único que puede utilizarse para designar el mismo contenido, o la misma realidad social. Pero, por su amplitud, parece el más comprensivo y adecuado. Antes que nada, penado es todo aquel que cumple una *pena*, cualquiera que sea su duración y su naturaleza jurídica. En este sentido, cabe hacer ya una

primera distinción, según que la pena consista, precisamente, en la realización de un trabajo, o bien que tolere, simultáneamente, tal realización. Entre estos dos supuestos —trabajo forzoso y trabajo libre, al menos en sentido relativo— caben algunos más que se recogen, muy sintéticamente, a continuación.

a) *Trabajos forzosos*.—La prohibición del trabajo forzoso se encuentra en la mayor parte de las legislaciones nacionales y, por supuesto, en la legislación internacional. El Convenio de la O. I. T., de 1930, sobre trabajo forzoso, no permite sino las siguientes excepciones: 1.^a Servicio militar. 2.^a Trabajos cívicos normales. 3.^a Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de condena promovida por sentencia judicial. 4.^a Prestaciones exigidas en casos de fuerza mayor. 5.^a Prestaciones personales obligatorias. De todas ellas la única que interesa, a los efectos de esta Comunicación, es la excepción tercera, pues en ninguna de las otras excepciones se presencia un ejemplo de trabajo ejecutado por penados.

La característica de estos trabajos forzosos —equivalentes al contenido de la pena— ha sido, históricamente, el predominio del *trabajo-esfuerzo* sobre el *trabajo-resultado*; no se perseguía, con frecuencia, el aprovechamiento del trabajo, sino el sufrimiento determinado por la condena. La reversión de este supuesto dedicando la energía utilizada en trabajos y obras públicas, coincide muchas veces con la supresión de esta forma penitiva. Naturalmente, estos trabajos forzosos, aún siendo utilizados económicamente, no solían ser retribuidos, pues en ellos el trabajo era la pena principal, no un factor o elemento reeducador de aquella pena, consistente ésta en la simple privación de libertad.

En el Derecho español no hay ejemplos de esta forma de trabajo forzoso. Las llamadas Colonias penitenciarias militarizadas, creadas por ley de 8 de septiembre de 1939 (*Boletín Oficial del Estado* del 17), han sido suprimidas en el año 1960, y sin entrar ahora en las incidencias legislativas posteriores, hay que aclarar que su funcionamiento no respondía al esquema arquetipo del trabajo forzoso. Por estas razones, este primer supuesto de trabajo de penados no se tomará en cuenta en esta Comunicación.

b) *Trabajos obligatorios, sin privación de libertad*.—Puede ocurrir que la pena impuesta a la persona consista simplemente en la realización de ciertos trabajos, sin privación de libertad. En estos casos lo que ocurre en la práctica es que la persona realiza su normal actividad profesional, y del salario o renta de trabajo que por ello obtiene se le efectúan ciertos descuentos, a título correctivo. Los descuentos suelen ir al Tesoro. Se trata, sin embargo, de un ejemplo que no alcanza difusión en los sistemas positivos, desconocido en la legislación española y que, por ello, tampoco va a tratarse aquí.

c) *Trabajos en régimen de redención de penas*.—Este es, desde luego, uno de los más interesantes supuestos dentro del trabajo de los penados. Tiene precedentes remotísimos, y está admitido en la mayor parte de las legislaciones vigentes. En la española se regula, hoy, en el Código penal, texto revisado, aprobado por Decreto de 28 de marzo de 1963 (*Boletín Oficial del Estado*, 8-4). Su artículo 100 se encuentra redactado en los siguientes términos: «Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea

firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. No podrán redimir pena por el trabajo: 1.º Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito. 2.º Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena.»

Interesa aclarar, desde el punto de vista de la legislación española, que este régimen de redención de penas por el trabajo no es un supuesto autónomo de trabajo de penados, sino que está superpuesto al régimen llamado de «trabajos penitenciarios», aun cuando, desde luego, no se confunda con él. Al no ser, pues, un régimen autónomo, no parece adecuado tratar de él en esta Comunicación.

d) *Trabajo obligatorio de penados, no especialmente condenados a trabajos forzosos.*—La evolución de las ciencias penales ha llevado, hoy, a la repulsa del tradicional trabajo forzoso y a la admisión de un trabajo obligatorio de los penados, que se caracteriza por las siguientes notas: 1.ª Es un trabajo-actividad o trabajo-resultado, y no un trabajo-esfuerzo; en ello se distingue, por ejemplo, del trabajo-forzoso tradicional. En la legislación española, el Decreto de 2 de febrero de 1956 (*Boletín Oficial del Estado*, 15-3), aprobando el Reglamento del Servicio de Prisiones, exige que el trabajo sea un *trabajo útil*. 2.ª Es un trabajo-actividad y trabajo-resultado y, por tanto, retribuido. En ello se distingue de los trabajos obligatorios, sin privación de libertad, si no se diferenciara ya de ellos en esta última característica de ambos. La retribución de los trabajos es la regla general, en la legislación española (art. 132, b), del Decreto de 2 de febrero de 1956), con escasas excepciones; entre éstas hay que considerar los servicios mecánicos y de limpieza de la prisión (art. 133, *in fine*) y los servicios y trabajos honoríficos (art. 131, a), y art. 133). En cambio sí se retribuyen los servicios o trabajos intelectuales, artísticos y de cualquier otro tipo o modalidad, dentro o fuera del establecimiento penitenciario, es decir, cuando se actúa en los llamados «destacamentos penitenciarios» (art. 68). 3.ª Es un trabajo que no puede considerarse como pena, o, al menos, no como pena principal, sino que se establece como factor elemento de reeducación social, que acompaña a la privación de libertad. En la legislación española, el art. 48 del citado Decreto de 1956 establece dos fases: el llamado «trabajo en comunidad» y el «trabajo de reeducación social» (1).

La diferencia entre este régimen de «trabajo penitenciario» y el régimen de redención de penas por el trabajo no se puede montar sobre las características anteriores. Un penado vendrá obligado a trabajar, a efectos de su reeducación social y podrá, sin

(1) Cfr. las interesantísimas consideraciones, de simple valor histórico, contenidas en el librito de MAGDALENA DE SAN JERÓNIMO: *La obrecilla de Sor Magdalena de San Jerónimo. Razón y forma de la galera y casa real que el Rey Nuestro Señor manda en estos reinos para castigo de las mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semejantes. Valladolid, 1608*; y las conclusiones del I Congreso Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario, que se celebró en Valencia, 1909; con posterioridad, la bibliografía sobre el tema, en la ciencia penitenciaria, es abrumadora.

embargo, no redimir penas por su trabajo si no cumple con los requisitos que al efecto establece la legislación vigente. En cambio, todo aquel que redime penas por el trabajo es un sujeto del llamado «trabajo penitenciario». En cierto modo, por tanto, y como ya adelantábamos, el «trabajo penitenciario» se superpone al de redención de penas. Las notas diferenciadoras son las siguientes: 1.^ª El cálculo del trabajo a efectos de retribución y de redención no siempre es análogo; así, en la legislación española, el artículo 72 del Decreto de 2 de febrero de 1956 facilita directrices para calcular el esfuerzo especial en trabajos artísticos, o intelectuales, a efectos de computar los dos días de trabajo para la redención de uno de condena. 2.^ª Además, ciertos acontecimientos rompen la continuidad del trabajo penitenciario y no la continuidad del régimen de redención de penas; así: 1.^º Tratándose de penadas, los cuarenta días antes y cuarenta después del alumbramiento (art. 70, 2.^º del Decreto de 1956). 2.^º En general, los días de trabajos perdidos por fuerza mayor: enfermedad, etc., dentro de ciertos límites (artículo 70, 3.^º del Decreto de 1956).

Parece, pues, suficientemente claro el alcance de cada uno de estos regímenes y evidente su superposición. En definitiva, el régimen de redención de penas por el trabajo es un premio que incide sobre el «trabajo penitenciario», cuando se cumplen ciertos requisitos y se observa cierta conducta. Pero el régimen de trabajo, en sentido propio, es lo que interesa examinar aquí, concretándonos desde ahora, tras esta delimitación preceptiva e inicial, a los supuestos del llamado «trabajo penitenciario» (2).

II. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL «TRABAJO PENITENCIARIO» EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español actual el trabajo de los penados en la modalidad del llamado «trabajo penitenciario», no está incluido en el Derecho del trabajo. Recordando ahora, de nuevo, la distinción inicial, entre relaciones jurídicas plena e incondicionalmente incluidas en la órbita jurídico-laboral, y aquellas otras excluidas de ésta, a las que, por consideraciones de tipo diverso se van extendiendo ciertas normas laborales, el «trabajo penitenciario» se encuentra en el segundo supuesto.

Dejando para el apartado siguiente (III. Consideraciones críticas) todo lo relativo a la justificación de esta solución legal, así como lo referente a una construcción de lege

(2) La bibliografía sobre esta modalidad de trabajo no es abundante, pero tampoco inexistente. Sin embargo, sin pretensiones de exhaustividad, remitimos a los escritos siguientes: BELAÚSTEGUI MÁS: *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Madrid, 1952; L. DE LITALE: «La prestación del trabajo penitenciario», en la revista argentina *Derecho del Trabajo*, tomo II, págs. 49 y sigs.; del mismo, «La prestazione di lavoro nel sistema penitenziario italiano», en *Diritto del lavoro*, 1946, I, págs. 240 y sigs.; NOVELLI: «Il lavoro dei detenuti», en *Rivista di Diritto penitenziario*, 1930, págs. 477 y sigs.; NIKO GUNZBURG: «O trabalho penitenciario geral e o Direito trabalhista», en *Revista de Direito Social*, vol. I, 1941, págs. 9 y sigs.; NURULLAH KUNTER: *Le travail penal*, París, 1940; también comentario de sentencia, en *Droit Social*, 1963, pág. 355; artículo en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo IX, págs. 546 y sigs. Además, naturalmente, las referencias contenidas en las obras de carácter general.

ferenda, ahora no cabe otra cosa que esquematizar, con la mayor brevedad posible, el régimen jurídico que se aplica a esta modalidad de trabajo. En esta síntesis tenemos muy en cuenta un escrito anterior (3).

A) *Nacimiento "ex lege" de la relación de trabajo*

Si admitimos que la relación de trabajo se origina, normalmente, de la celebración de un contrato y, excepcionalmente de la ley (4) y hasta del hecho de la prestación del trabajo, el del penado nace de la determinación legal o, en expresión de la doctrina, de «un derecho público del Estado» (6).

B) *Sujetos de la relación de trabajo*

Los sujetos son la Administración penitenciaria y el penado. En la legislación española, la Administración penitenciaria actúa por medio de «Trabajos Penitenciarios», organismo autónomo, con plena capacidad jurídica y patrimonial (así, Decreto de 14 de junio de 1962, *Boletín Oficial del Estado* del 19, y Decreto de 27 de julio de 1964, modificando el Decreto de 1956, *Boletín Oficial del Estado*, 109). Existen, sin embargo, ejemplos en el Derecho comparado en los que la Administración penitenciaria contrata con un tercero, y la relación de trabajo se entabla entre éste y el penado. En tales casos, las dificultades insalvables se sitúan con frecuencia en el cumplimiento de las medidas protectoras a favor del sujeto trabajador. Jurídicamente puede plantearse el tema de la capacidad del penado para trabajar y para contratar, según la distinción de la doctrina más acreditada (7). En principio el penado tendrá capacidad plena —por su

(3) Nuestra lección sobre «¿Contrato de trabajo de los penados?», pronunciada en el Seminario, del curso 1964-65, en la Facultad de Derecho de Madrid; publicada, con las demás explicaciones, bajo el título de *Contratos especiales de trabajo*, Madrid, 1965.

(4) Cfr. M. ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, tomo II, páginas 13 y siguientes; también E. BORRAJO DACRUZ: «La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo», en *Revista de Trabajo*, Madrid, 1963, núm. 2, págs. 179 y siguientes.

(5) Sobre la construcción germánica de G. HAUPT: «Über faktische Vertragsverhältnisse», en *Sonderdruck aus der Festschrift für Siber*, Leipzig, 1941-8; cfr. mis trabajos, «Relaciones laborales de hecho», en *Revista de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1961, núm. 47, págs. 3 y sigs., y «Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las "relaciones laborales de hecho"», en *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid, 1962, vol. VI, número 14, págs. 459 y sigs. También M. ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1964, págs. 259-260.

(6) Cfr. V. SIMI: «Disposizioni di legislazione sociale particolari ad alcune categorie di lavoratori», en *Trattato di Diritto de lavoro*, de Borsi-Pergolesi, Padua, 2.ª ed., 1953, vol. III, pág. 438.

(7) Cfr. G. BAYÓN y E. PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, Madrid, 5.ª ed., 1964, vol. I, págs. 325 y sigs.

condición de penado—, en la inteligencia de que al no ser «trabajador» en sentido estricto, no le serán aplicables las normas dirigidas a regular la capacidad de quien tenga tal condición jurídica. El único tema de discusión se sitúa en la llamada interdicción, causa civil de incapacidad. Desde el punto de vista de la legislación española, la tutela de los interdictos se limita «a la administración de los bienes y a la representación en juicio» (art. 229 del Código civil), en lo que no tiene un significado puramente personalista. Por otra parte, el art. 43 del Código penal señalando los efectos de la interdicción no amplía, a no ser ejemplificativamente, el alcance del art. 229 del Código civil. Y es de tener en cuenta, sobre sodo, *que no todo penado es un interdicto*, pues el art. 27 del Código penal considera que la interdicción es pena accesoria, no automática, y el artículo 45 del mismo cuerpo legal especifica que sólo será accesoria de la pena de muerte —cuando no se ejecute— y de la reclusión mayor. Es claro, por tanto, que el penado tiene capacidad plena para trabajar y para contratar su trabajo, si bien la prestación de éste no se derive de un contrato sino de la ley. Tampoco podría llegarse a otra solución aun considerando que el penado-trabajador fuera, jurídicamente, un trabajador por cuenta ajena (8).

C) Objeto de la relación de trabajo

El trabajo que el penado presta es manual (regla general) o intelectual (excepción); naturalmente puede tratarse de un trabajo de naturaleza agrícola, industrial o de servicios; retribuido o gratuito; realizado con medios mecánicos o sin ellos, etc. Es interesante, sin embargo, la distinción entre el trabajo profesional y el trabajo formativo. Si el trabajo penitenciario es un medio de reeducación social, parece lógico que la Administración penitenciaria se esfuerce para llevar a cabo «la formación profesional de los reclusos, siguiendo los métodos establecidos en los Centros de enseñanza y de formación profesional no penitenciarios» (art. 3.º, b), del Decreto de 27 de julio de 1964).

D) Contenido de la relación de trabajo

Los derechos de la Administración penitenciaria o Trabajos penitenciarios son análogos a los derechos de cualquier empleador público o privado, si bien se acentúen, de modo característico, algunas de sus potestades, sobre todo las llamadas disciplinaria y premial. En la legislación española, a Trabajos penitenciarios corresponde: 1.º La promoción, organización y desarrollo del trabajo en las prisiones (art. 1.º del Decreto de 27 de julio de 1964). 2.º La realización de actividades industriales, comerciales y análogas, y en general cuantas operaciones se relacionen con el trabajo penitenciario (artículo 3.º, f), y esto hay que entenderlo como *poder de disposición* en su más amplio sentido. El penado, al no ser un trabajador, sino persona a la que «se extienden cier-

(8) Cfr. M. ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, cit., tomo II, pág. 265: «Las limitaciones de su capacidad habrán de deducirse con la declaración que a tal respecto se exige».

tos derechos laborales... no está equiparada a aquél, aunque se tiende progresivamente a ello. Así, por ejemplo, la jornada del penado es análoga a la jornada del trabajador libre (art. 3.º, c), del Decreto de 27 de julio de 1964); la cuantía del salario se establece por la Administración penitenciaria, tendiendo también a la equiparación con la que recibe el trabajador libre (art. 3.º, d), y 4.º, 1, del Decreto de 27 de julio de 1964). Los ejemplos no sólo propios, sino comparados (9), enseñan que la equiparación está fuera de constituir una realidad. Están ya lejos de una solución correcta aquellos ejemplos en los que el salario —o compensación por el trabajo— era, precisamente, la redención de penas (10). Lo más característico del régimen que se estudia es la privación, al penado-trabajador, de la facultad para administrar o emplear su renta de trabajo, solución que no está de acuerdo con la admitida en materia de interdicción; si el penado-trabajador puede no ser un interdicto, aquellas limitaciones no son muy explicables. En la legislación española, sin embargo, se dispone, con carácter general, que con el importe de la retribución se atenderá: 1.º Al sostenimiento de la familia del recluso. 2.º A la constitución de un fondo de ahorro en su favor. 3.º A los gastos personales del propio recluso. 4.º A lo que proceda, según las normas vigentes (art. 4.º, 2.º, del Decreto de 27 de julio de 1964).

Doctrinalmente es interesante el tema de la naturaleza jurídica de estas retribuciones dispensadas al penado-trabajador. La doctrina discute si se trata o no de un salario (11). En realidad parece que no cabe estar de espaldas, al discutir, a la respectiva legislación positiva. En la española se habla de «retribución mediante salario» (art. 3.º, d), del Decreto de 27 de julio de 1964), y se llega incluso a tipificar alguna de sus partidas complementarias más características, como es la participación en los beneficios (art. 15, b), del citado Decreto de 1964). Es evidente, sin embargo, que si el salario se entiende, en sentido jurídico-laboral, como la contraprestación que el trabajador recibe por su actividad, la contraprestación del penado-trabajador no será formalmente salario, aunque sí desde el punto de vista material, y ello no sólo por reunir notas propias de aquél, como las de totalidad, conmutatividad, remunerabilidad, causabilidad, etc., sino por calcularse y establecerse tomando como modelo directo el salario laboral.

E) Extinción de la relación de trabajo

Ya se ha adelantado que el trabajador-penado no está favorecido por un régimen suspensivo semejante al laboral. La legislación española establece que «cuando por falta de trabajo o de materias primas hubiese que dar de baja, en los talleres, a todo

(9) De entre los muchos escritores, remitimos a A. TOMÉ RUIZ: *Las prisiones y el sistema penitenciario de los Estados Unidos de América*, Madrid, 1958.

(10) Cfr. entre los penalistas, E. CUELLO CALÓN: *La moderna penología*, Barcelona, 1958, tomo I, pág. 439.

(11) Cfr. V. SIMI: *Ob. y loc. cit.*; no parece muy convincente su opinión de que pueda tratarse de una «remuneración» pero no de una «retribución». Abiertamente mantiene que no es un salario, al no haber contrato de trabajo, ERRA, Comunicación al XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya, 1960, *Actas*, vol. IV, pág. 450.

o parte del personal obrero, éste dejará de figurar en la nómina del mismo» (art. 141, 2.º, del Decreto de 2 de febrero de 1956). Tampoco se ha previsto, en el particular estatuto que venimos resumiendo, un régimen extintivo diferenciado, pero éste es fácilmente imaginable. Dos causas particularmente importantes de extinción serían la negativa del penado a trabajar y la conclusión de la condena. Por la primera no terminaría la obligación de trabajo, sino que entraría en juego un régimen represivo y disciplinario excepcional. Por la segunda, sí que finaliza, en sentido propio, la relación de trabajo. En este caso se prevén efectos o consecuencias típicamente laborales, calco del régimen propio del Derecho del trabajo. En la legislación española se dispone que «al ser liberado un recluso trabajador, le será entregado un certificado... en el que se hará constar su oficio o especialidad y grado alcanzado en el mismo, haciendo resaltar sus méritos a fin de que éstos puedan servirle de garantía una vez obtenida la libertad» art. 145 del Decreto de 2 de febrero de 1956), certificado que, a diferencia del genuinamente laboral, no se objetiviza, quizá para contrarrestar el mal efecto de su procedencia.

F) Beneficios de Previsión social

El trabajador-penado goza de ciertos beneficios de Previsión social; esto no es, desde luego, una prueba de su reconocimiento como «trabajador por cuenta ajena», sino más bien de la necesidad de cubrir ciertas de sus necesidades sociales. Por otra parte, el proceso expansivo de la Previsión social, aun mucho más espectacular que el proceso expansivo del Derecho del trabajo, desaconseja cualquier conclusión precipitada en el primer sentido expuesto, la necesidad de una equiparación total con el trabajador libre. Así, en la legislación española se dispone que «los reclusos trabajadores asalariados estarán acogidos a los beneficios del régimen de Seguridad social; la base de cotización para los mismos será la tarifa mínima que para los aprendices en el trabajo libre esté establecida o que se establezcan en el futuro» (art. 4.º, 3.º, del Decreto de 27 de julio de 1964). De hecho, esta extensión de los beneficios no se ha operado con carácter total, pero los penados tienen a su favor algunos de aquéllos, tales como asistencia sanitaria, ayuda familiar —una y otra de carácter específico— y, sobre todo, protección contra el accidente de trabajo (art. 9.º, 4.º, del Decreto de 22 de junio de 1956, aprobando el Reglamento del Seguro de Accidentes de Trabajo). En casos concretos, el Tribunal Supremo ha expresado que el accidente se determinará como si se tratara de un trabajador libre por cuenta ajena (así, por ejemplo, en sentencia de 1 de julio de 1947).

G) Garantía y defensa de los derechos

Los penados tienen una garantía en la labor que realiza el Consejo de Administración de Trabajos penitenciarios, a cuyo cargo corre la «inspección técnica y administrativa» —en sentido amplio— de los servicios (art. 6.º, f), del Decreto de 27 de julio de 1964). Ante un posible conflicto se prevé su conocimiento por los órganos de la Administración penitenciaria, procediendo recurso ante la Dirección General de Prisiones. La legisla-

llegando a la aplicación de un estatuto personalista propio, «cuasi laboral» o auténticamente laboral. Las dos primeras cuestiones pueden hacerse, en su mayor parte, sobre una construcción de *lege data*; en cambio a la tercera exige casi totalmente una construcción de *lege ferenda*.

A) *Presupuestos condicionantes de la inclusión de relaciones jurídicas de trabajo en el Derecho laboral*

En el análisis que sigue a continuación se tienen muy en cuenta, e incluso se reproducen textualmente, las consideraciones sobre el particular que hemos realizado en otro estudio (13).

En todos los Derechos positivos, la inclusión de un determinado «trabajo» o actividad, en la esfera jurídico-laboral, está condicionada por ciertos presupuestos o requisitos. Hoy día, en las legislaciones positivas se aprecia una coincidencia sustancial al respecto, si bien en este punto no cabe llegar a una generalización plena de aquéllos. Lo único uniforme es que en ningún Derecho positivo el Derecho del trabajo se puede definir como «la regulación jurídica del trabajo» en su integridad. Por el contrario, cualquier Derecho nacional del trabajo tiene como objeto *una parte determinada y definida del hecho social trabajo*, y sólo ésta; otros sectores del ordenamiento jurídico regulan las otras partes del hecho social trabajo, y así, el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho mercantil, sobre todo, comparten con aquél, de modo desigual, desde luego, su normativa.

El Derecho español del trabajo sólo regula, pues, la parcela del hecho social trabajo que reúne determinados presupuestos tipificadores; estos se distinguen en dos grupos, a saber, sustantivos y adjetivos. Se prefiere esta nomenclatura a la que diferencia presupuestos materiales y formales, pues, hasta cierto punto, al tomar como referencia un Derecho positivo del trabajo concreto, tanto las notas sustantivas como las adjetivas han sido *formalmente impuestas* por el ordenamiento jurídico.

En el Derecho español del trabajo los presupuestos sustantivos son cuatro: el trabajo ha de ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente; presupuesto adjetivo es uno tan solo; el trabajo ha de estar incluido como tal trabajo «laboral» —valga el juego de palabras— o, cuando menos, no expresamente excluido. La no valoración de este último presupuesto puede desfigurar, como ocurre con frecuencia, la extensión y límites de la disciplina jurídico-laboral.

Dejando la consideración del presupuesto de trabajo libre para estudio más detenido, el trabajo «laboral» ha de ser productivo. Va de suyo que, por supuesto, nos referimos únicamente a trabajos productivos humanos. El presupuesto a que se alude está expresamente recogido en las leyes españolas (14) y la doctrina ha hecho hincapié en el

(13) Remitimos a nuestro libro, editado por Aranzadi, bajo el título de *El trabajo a domicilio*, Pamplona, 1966, cap. XIII.

(14) Cfr. Declaración I del Fuero del Trabajo y art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo.

llegando a la aplicación de un estatuto personalista propio, «cuasi laboral» o auténticamente laboral. Las dos primeras cuestiones pueden hacerse, en su mayor parte, sobre una construcción de *lege data*; en cambio a la tercera exige casi totalmente una construcción de *lege ferenda*.

A) *Presupuestos condicionantes de la inclusión de relaciones jurídicas de trabajo en el Derecho laboral*

En el análisis que sigue a continuación se tienen muy en cuenta, e incluso se reproducen textualmente, las consideraciones sobre el particular que hemos realizado en otro estudio (13).

En todos los Derechos positivos, la inclusión de un determinado «trabajo» o actividad, en la esfera jurídico-laboral, está condicionada por ciertos presupuestos o requisitos. Hoy día, en las legislaciones positivas se aprecia una coincidencia sustancial al respecto, si bien en este punto no cabe llegar a una generalización plena de aquéllos. Lo único uniforme es que en ningún Derecho positivo el Derecho del trabajo se puede definir como «la regulación jurídica del trabajo» en su integridad. Por el contrario, cualquier Derecho nacional del trabajo tiene como objeto una parte determinada y definida del hecho social trabajo, y sólo ésta; otros sectores del ordenamiento jurídico regulan las otras partes del hecho social trabajo, y así, el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho mercantil, sobre todo, comparten con aquél, de modo desigual, desde luego, su normativa.

El Derecho español del trabajo sólo regula, pues, la parcela del hecho social trabajo que reúne determinados presupuestos tipificadores; estos se distinguen en dos grupos, a saber, sustantivos y adjetivos. Se prefiere esta nomenclatura a la que diferencia presupuestos materiales y formales, pues, hasta cierto punto, al tomar como referencia un Derecho positivo del trabajo concreto, tanto las notas sustantivas como las adjetivas han sido formalmente impuestas por el ordenamiento jurídico.

En el Derecho español del trabajo los presupuestos sustantivos son cuatro: el trabajo ha de ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente; presupuesto adjetivo es uno tan solo; el trabajo ha de estar incluido como tal trabajo «laboral» —valga el juego de palabras— o, cuando menos, no expresamente excluido. La no valoración de este último presupuesto puede desfigurar, como ocurre con frecuencia, la extensión y límites de la disciplina jurídico-laboral.

Dejando la consideración del presupuesto de trabajo libre para estudio más detenido, el trabajo «laboral» ha de ser productivo. Va de suyo que, por supuesto, nos referimos únicamente a trabajos productivos humanos. El presupuesto a que se alude está expresamente recogido en las leyes españolas (14) y la doctrina ha hecho hincapié en el

(13) Remitimos a nuestro libro, editado por Arauzadi, bajo el título de *El trabajo a domicilio*, Pamplona, 1966, cap. XIII.

(14) Cfr. Declaración I del Fuero del Trabajo y art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo.

mismo (15). A nuestro juicio, lo decisivo es que el trabajo sea productivo *individualmente* considerado, aunque al propio tiempo pueda no serlo desde el punto de vista económico-social, si bien lo más frecuente será la superposición de ambos sentidos. Este presupuesto no queda desvirtuado por el hecho de que el empleador no persiga lucro con la actuación de la persona a la que facilita el trabajo.

Fundamentalmente, el trabajo «laboral» ha de ser un trabajo por cuenta ajena. La legislación española es terminante al respecto, e igual cabe afirmar de la jurisprudencia y doctrina (16). Lo esencial de la ajenidad es que el trabajador se desentienda —por la cesión inicial de los frutos de su trabajo— del resultado económico favorable o adverso; bien entendido que la traslación del riesgo que se opera es simplemente en su aspecto económico, y nunca en su aspecto laboral, pues todo trabajador afronta el riesgo que deriva de su propio trabajo. En la ajenidad va implícita la nota de alteridad que la doctrina viene exigiendo también para la configuración de relaciones jurídico-laborales, y combinando los presupuestos de trabajo productivo y trabajo por cuenta ajena deriva, igualmente, la nota de la remunerabilidad. En el Derecho español del trabajo actual la ajenidad es, si cabe, el presupuesto más característico para distinguir relaciones laborales de relaciones extralaborales.

En el Derecho español del trabajo, a nuestro juicio, la dependencia es también presupuesto del hecho social trabajo incluido en aquél. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas, al respecto (17). Remitimos aquí a las consideraciones realizadas en el comentario jurisprudencial que recoge la nota anterior. Entendida la dependencia en sentido unitario, por encima de sus aspectos y formas de exteriorización, como la puesta a disposición de una energía de trabajo organizada —dirigida y controlada fundamentalmente— por la persona para la cual se presta, es evidente que toda relación de trabajo es una relación dependiente, aunque no toda relación de trabajo lo sea con la misma intensidad, ni presente idénticos aspectos o formas de exteriorización, y pese a que alguno de estos aspectos o formas externas concurren en relaciones extralaborales, pues si bien toda relación laboral es dependiente, no toda relación dependiente es laboral.

(15) Cfr. M. BAYÓN y E. PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, cit., vol. I, páginas 17; también M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del trabajo*, Madrid, 1963, págs. 17 y sigs.

(16) Cfr. art. 2.º, 1.º de la ley de Contrato de trabajo, art. 6.º del propio cuerpo legal, sobre todo tras su reforma por la ley de 21 de julio de 1962; en la doctrina el acuerdo es unánime. También la jurisprudencia empieza a reafirmar este presupuesto como el más seguro y característico. Remitimos al Compendio de Jurisprudencia Sistematizada, Madrid —Publicaciones de la Facultad de Derecho—, vol. I, II, III y IV, en la parte que corresponde sistemáticamente.

(17) Cfr. E. PÉREZ BOTIJA y L. E. DE LA VILLA: «La dependencia ¿es esencial para la existencia de contrato de trabajo?», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1964, núm. 5, págs. 671 y sigs., comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1964.

B) *Particular consideración de la libertad como presupuesto condicionante de relaciones jurídicas laborales*

En el Derecho español de trabajo, además de los presupuestos anteriormente mencionados, el trabajo ha de ser un trabajo libre. Así se deduce sobradamente de los textos legales, que no han sido nunca contrariados ni por la jurisprudencia ni por la doctrina (18).

Lo problemático para la inclusión de un trabajo en el ámbito jurídico laboral no es ciertamente que el trabajo, en su origen, venga impuesto a través de una vía legal, de cualquier naturaleza, como prestación personal obligatoria, como pena, etc., sino que el trabajo, incluso libremente elegido, desvirtúe el presupuesto de la libertad por la *necesidad* de su realización en base a consideraciones político-sociales —deber de trabajar impuesto a todo ciudadano— o económicas —por las exigencias de la subsistencia personal y familiar—. Pero hay que tener en cuenta que el deber político-social de trabajar —aún planteado en un plano real o efectivo, lo que no suele ser el caso, quedándose en simple declaración dogmática—, es un deber del hombre-ciudadano, y no del hombre-trabajador —en sentido estricto—, y así se deduce, para la realidad española, de sus leyes Fundamentales o constitucionales (19), con lo que, al no ser una exigencia proyectada directa y únicamente al ámbito jurídico-laboral, no puede tampoco, con apoyo en declaraciones programáticas, negarse la libertad para trabajar de cualquier ciudadano, configurado jurídicamente como «trabajador», por la actividad que realice en unas u otras ramas profesionales. Desde el punto de vista económico tampoco puede valorarse la conminación vital a trabajar como argumento para negar la libertad de trabajo, pues conminaciones análogas acompañan en todos sus aspectos al desarrollo de la personalidad, en la vida social, y aceptar un criterio restrictivo llevaría a negar la propia libertad del hombre.

La libertad de trabajo, pues, hay que entenderla en el siguiente sentido:

- Libertad —de hecho cuando menos— para trabajar o no trabajar.
- Libertad —si se acepta la realización de un trabajo— para elegir una o varias —alternativa, simultánea o sucesivamente— de entre las actividades profesionales.
- Libertad para iniciar, interrumpir, reanudar o abandonar el trabajo en cualquier momento.

Las limitaciones que, naturalmente, existen en cada caso —político-sociales, económico sociales y jurídicas, respectivamente—, tampoco alcanzan a desvirtuar la efectiva

(18) Cfr. art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo, y la propia Declaración I del Fuero del Trabajo.

(19) «El trabajo, como deber social, será exigido, inexcusablemente, en cualquiera de sus formas, a todos los españoles no impedidos, estimándolo tributo obligado al patrimonio nacional», Fuero del Trabajo, I, 5; también Fuero de los Españoles, art. 24, y Principio X de la Ley de los Fundamentales del Movimiento.

libertad de trabajo de que goza el trabajador español en la actual organización de base, o, si se prefiere, tales limitaciones, existiendo, dejan un amplio margen a la libertad, margen que es el que se toma en cuenta por el Derecho del trabajo, y el que sirve para distinguir entre trabajo libre —pese a las limitaciones— y trabajo no libre, forzoso, coactivo, impuesto, etc. Por lo que hay que concluir en que este presupuesto —como nota para distinguir trabajo *libre* y trabajo *obligatorio*— es manifiestamente relativo. Desde otro punto de vista hay que evitar la confusión entre trabajo libre o forzoso, y consentimiento prestado con vicio a la celebración del contrato (20).

C) *El trabajo penitenciario y los presupuestos sustantivos del trabajo que disciplina el Derecho laboral español*

El trabajo penitenciario, en el sentido anteriormente delimitado, es, desde luego, un trabajo productivo, por cuenta ajena y dependiente. Pensamos que no cabe seria discusión al respecto, al menos en función de las características que han quedado analizadas. La única dificultad surge al preguntarse si esta manifestación de trabajo es o no una manifestación de trabajo libre. Hay que partir de la base de que el penado, como español, tiene derecho y deber al trabajo (remitimos a las consideraciones del Decreto de 28 de mayo de 1937 y al tenor del Decreto de 2 de febrero de 1956). Más en concreto, en cuanto a la libertad de trabajar o no, elegir profesiones, etc., la situación es la siguiente:

— El penado no puede elegir entre trabajar y no trabajar, o, al menos, caso de que la elección recaiga en la no realización de un trabajo, las medidas represivas entran en juego, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otra persona no sometida a la ley penal. Y ello porque en este caso el deber de trabajo no es sólo una obligación político-social de alcance programático, sino una obligación legal, directa e inmediata.

— El penado goza, en cambio, dentro de ciertos límites, de la posibilidad de elegir entre uno y otro trabajo; el Decreto de 2 de febrero de 1956 habla de trabajar en «industrias, granjas o explotaciones...», y esta es, desde luego, la línea dominante entre los tratadistas de ciencias penales.

— En cambio, el penado no tiene libertad para iniciar, interrumpir, reanudar o abandonar el trabajo en cualquier momento, y esta es, quizá, la limitación más seria a su libertad de trabajo.

(20) Cfr. J. M. SETIEN: «La libertad en el contrato de trabajo», en el *Boletín del Centro de Estudios Sindicales*, 1962, núm. 2, pág. 26: «La necesidad vital que impulsa al hombre a buscar medios de sostenimiento por medio del trabajo, puede ser instrumento que hábilmente manejado introduzca la violencia y la injusticia en las relaciones laborales, aun cuando el contrato sea *formalmente libre*»; desde otro punto de vista, la distinción entre libertad de trabajo y libertad de contratación se apunta en E. BORRAJO: *La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo*, cit., páginas 202-203.

Pero el trabajador-penado no se encuentra muy lejos, en este orden de cosas, del llamado trabajador-libre. En realidad, ninguno de los dos tiene libertad plena y absoluta para trabajar o no trabajar; la diferencia es muy relativa, como ha quedado expuesto, y su base se monta sobre ese peligroso fenómeno, tan normal en nuestros días, de quitar importancia a las normas programáticas y constitucionales, como si no existieran; los dos pueden elegir uno u otro trabajo, con mayores posibilidades —cuantitativamente hablando—, para el trabajador libre, el cual puede incluso, a diferencia del penado, elegir no sólo la actividad profesional, sino la persona para la que se trabaja. De todos modos la diferencia no puede estimarse esencial. Desde otro punto de vista, la libertad del trabajador-libre para iniciar, interrumpir, abandonar el trabajo es limitada; diversos obstáculos, y sobre todo jurídicos, se oponen a ella; la misma libertad, en casos extremos, la tiene el trabajador-penado, con las más graves consecuencias que de ello se le pueden seguir. Ahora bien; es evidente que diferencias existen, y quizá aquí, en esta Comunicación, dado su carácter y su finalidad, no deben ser disfrazadas ni minorizadas. Hay, por último, otra diferencia, ya tácitamente aludida, y que se sitúa en el plano de la contratación, la cual, como se vió, no existe en el supuesto a que se concreta este análisis.

Por ello, y en conclusión, cabe afirmar que el trabajo de los penados, tal y como se regula en el Derecho español, *no es sustantivamente apto para ingresar de suyo en el Derecho laboral*, por faltarle uno de los presupuestos sustantivos, a saber, el presupuesto de la libertad.

D) *La revisión de los presupuestos sustantivos y el efecto del presupuesto de naturaleza adjetiva*

Por vía de principio, y sin entrar ahora en mayores consideraciones, no parece buena técnica para la ampliación de las normas de aplicación personal del Derecho del trabajo, proceder con frecuencia a la revisión de sus presupuestos sustantivos. Los anteriormente mencionados han ido decantándose de tal modo que parece muy difícil pensar en su alteración a corto plazo; el presupuesto de la dependencia es, quizá el más amenazado, y pese a que los intentos para su desvirtuación cuentan con precedentes que han cumplido ya el medio siglo, se mantiene con cierta lozanía. En todo caso es una cuestión positiva, y en el Derecho laboral español no parece probable que los aludidos presupuestos se revisen de momento para proceder a una ampliación del Derecho del trabajo. Bien entendido que la afirmación anterior se hace con carácter general y sistemático; más fácil es que, a través de la inclusión de un determinado trabajo, que no reúna todos los presupuestos mencionados, se llegue a una desvirtuación de aquéllos, total o parcialmente. Pero en tales hipótesis pensamos que no se ha operado una revisión de los presupuestos sino, por el contrario, una confirmación de los mismos, y entonces entra en juego el llamado presupuesto adjetivo, que es preciso estudiar separadamente.

La experiencia demuestra que un trabajo puede ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente y, sin embargo, no venir disciplinado por el Derecho del trabajo.

Y ello es porque además de la concurrencia de los presupuestos sustantivos es necesario contar con otro de carácter adjetivo, a saber: que el Derecho positivo que corresponda incluya el trabajo o, al menos, no lo excluya, entendiéndose entonces la inclusión tácitamente.

La regla general es la siguiente: todo trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente, es «laboral» si no está expresamente excluido por el ordenamiento jurídico; puede ocurrir, y es el caso del art. 6.º de la ley de Contrato de trabajo española, de 1944, que se opere una inclusión de determinadas manifestaciones de trabajo sustantivamente «laborales», inclusión que quizá será útil a efectos interpretativos, pero no constitutivamente. Únicamente es constitutiva la inclusión en los supuestos en que falta alguno de los presupuestos sustantivos, por ejemplo, si el legislador pretende incluir determinadas modalidades de trabajo forzoso o impuesto. Con frecuencia ocurre lo contrario, es decir, que al no querer el legislador que se extienda la protección del ordenamiento jurídico laboral a determinadas manifestaciones de trabajo sustantivamente «laborales» las excluya de aquél; así, por ejemplo, la exclusión del servicio doméstico (art. 2.º, c), de la ley de Contrato de trabajo), la exclusión del trabajo de los funcionarios públicos (art. 8.º de la ley de Contrato de trabajo), etc. En estos casos de no existir la exclusión habría que considerar tales trabajos incluidos en la esfera jurídico-laboral.

Si nos situamos frente a las manifestaciones del trabajador penitenciario observamos, según quedó dicho, que no constituyen manifestaciones sustantivamente «laborales». Por lo cual para su entrada en el Derecho del trabajo sería necesaria una inclusión expresa, que, desde luego, no existe. No es, en cambio, precisa, mientras se mantengan constantes los presupuestos sustantivos, una exclusión de ellas. Lo que podría considerarse exclusión no lo es tal, en su alcance adjetivo, sino el reconocimiento de la carencia de uno de los presupuestos sustantivos «de ahí que a la *actividad laboral* del recluso, cuya representación y defensa asume la Administración penitenciaria, no resultan aplicables las disposiciones del Derecho laboral, *basadas en una relación contractual aquí inexistente*, sino las del Derecho penitenciario con carácter único y exclusivo...» (Exp. de Mot. del Decreto de 27 de julio de 1964, y ya precedentes en el Decreto de 2 de febrero de 1956). La afirmación no es convincente, a nuestro juicio, pues parece limitar el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, a las manifestaciones de prestación nacidas del contrato, lo cual supone adoptar una postura regresiva y de espaldas a la realidad, pero refleja la postura del legislador por lo que respecta a los presupuestos del trabajo «laboral».

E) *La exclusión del trabajo penitenciario del ordenamiento jurídico laboral. Aplicación de un estatuto propio, "cuasi-laboral" a los penados*

Es evidente que si sustantivamente el trabajo de los penados no es «laboral» y, además, no existe en el Derecho español una inclusión constitutiva del mismo en el ordenamiento que disciplina aquella modalidad de actividad productiva, el trabajo penitenciario estará excluido del Derecho del trabajo. Esto equivale a decir, por vía de

principio, que las normas del Derecho del trabajo no serán aplicables a los que realicen un trabajo de tareas características y en tal situación.

Puede ocurrir, sin embargo, que aun sin entrar en el Derecho del trabajo, los penados gocen de un estatuto personal, y naturalmente propio, de carácter «cuasi laboral», o laboral. Esto es lo que, a nuestro juicio, está ocurriendo en el Derecho español, no se sabe si insensiblemente, pues a tal inclina el tenor legal antes reproducido —«... no resulten aplicables las disposiciones del Derecho laboral...»—. Pero lo cierto es que las constantes referencias a este ordenamiento, su eficacia paradigmática, la propia nomenclatura condicionante de situaciones jurídicas, la tendencia a la equiparación de sus beneficios, y todas las demás manifestaciones ya conocidas, ayudan a mantener interpretación contraria a la que a primera vista se deduce de la lectura de los textos.

Lo importante es preguntarse por la solución más acertada para el presente y cara al futuro. Esta solución tiene que deducirse, forzosamente, de las tres posibilidades a que nos hemos venido refiriendo. Y a ello se dedica el apartado de las Conclusiones.

IV. CONCLUSIONES

Tras la exposición precedente podemos llegar a las siguientes conclusiones.

Primera.—El trabajo penitenciario no es un trabajo sustantivamente «laboral», al faltarle el presupuesto condicionante de la libertad. Esta situación se mantendrá mientras que estos presupuestos sustantivos no se alteren, por lo que a la libertad respecta, manteniéndose constantes, si se quiere, los demás que admite el Derecho español del trabajo, a saber, la exigencia de que el trabajo sea productivo, por cuenta ajena y dependiente.

Segunda.—Es posible que los presupuestos condicionantes de las relaciones laborales no se alteren, ni siquiera el de la libertad, y que, no obstante, por vía adjetiva se opere la inclusión expresa del trabajo penitenciario en el Derecho del trabajo. En tal supuesto, y quizá en el Congreso se pueda discutir la conveniencia, la aplicación de la normativa laboral a los penados será plena, si acaso con las únicas diferencias que deriven de la propia naturaleza de la prestación de quienes trabajan en tales circunstancias. El Derecho español del trabajo, sin embargo, no ha tomado en cuenta esta posibilidad y el trabajo penitenciario no ha sido incluido en el Derecho del trabajo.

Tercera.—Si el trabajo penitenciario no se considera «laboral», ni por vía sustantiva, ni por vía adjetiva, cabe aún que se extienda a quienes lo practican la normativa laboral, total o parcialmente. Esto segundo parece más probable que lo primero. Se diría, entonces, que los penados gozan de un estatuto propio, siguiendo los cauces del ejemplo laboral. Esta es, inequívocamente, la solución que, hoy por hoy, acepta la legislación española cuando establece que «... el trabajo de los penados que por su naturaleza sea retribuido, tendrá idéntica protección de las leyes que el de los trabajadores libres, sin otras limitaciones que las derivadas de los preceptos reglamentarios o de las modificaciones de su capacidad jurídica como consecuencia de la condena...»

LA INCLUSION DE LOS PENADOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

(artículo 134, párrafo 1.º, del Decreto de 2 de febrero de 1956). Pero las limitaciones aún son excesivas, y normas posteriores —como el Decreto de 27 de julio de 1964— aún acentúan más la disociación entre el régimen laboral y el estatuto de los penados, los cuales disponen, cuando más, de un estatuto personal «cuasi laboral». Para el futuro parece necesario perfeccionar tal estatuto y llegar a la implantación del laboral. Así se habrá producido, si bien por vía indirecta, un nuevo paso en el creciente desarrollo del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo.

