

Publicación Comentada:

BORRAJO DACRUZ, E.: “Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo. (Procedimientos para definir el Derecho del Trabajo)”, *Cuadernos de Política Social*, núm. 33, 1957, pp. 7-26.

## Comentario a «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo»

### Commentary on ‘Critical Approaches to the Study of Labor Law’

JUAN MANUEL RAMÍREZ MARTÍNEZ

Catedrático (j) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de Valencia

Cita Sugerida: RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Comentario a «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo»”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 99-107

#### Resumen

En este comentario insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus artículos publicado en el número 33 de la Revista “Cuadernos de Política Social” del año 1957 titulado “Procedimientos para definir el Derecho del Trabajo”.

#### Abstract

In this commentary included in the monograph in homage to Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his articles published in issue number 33 of the “Cuadernos de Política Social” journal in 1957, titled “Procedures for defining Labor Law,” is analyzed.

#### Palabras clave

Presupuestos críticos; procedimientos; estudio; definición; Derecho del Trabajo

#### Keywords

Critical assumptions; procedures; study; definition; Labor Law

## I. INTRODUCCIÓN

1. Para situarlo en el contexto de la obra de Borrajo cabe señalar que con anterioridad, en 1954, había publicado “Abuso de derecho, Derecho Social y Derecho del trabajo”, en la Revista Internacional de Sociología. Contemporáneo es su artículo “Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo”, en Revista de Derecho Mercantil, nº 66, 1957. Algo después publica “Política Social”, Doncel, 1959 y, en la misma editorial, “Derecho del Trabajo” en 1960. Luego, en 1962, publica “Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo”, Escuela Social de Valencia. Ya posterior, de 1968, es la 1ª edición de su “Introducción al Derecho Español del Trabajo”, Tecnos.

Cabe añadir que la 1ª edición del “Manual de Derecho del Trabajo” de Bayón Chacón y Pérez Botija es de 1957 (habiendo publicado este último su “Curso de Derecho del Trabajo” en 1948<sup>1</sup>), que en 1960 Alonso García publica su “Derecho del Trabajo”, que en 1963 Alonso Olea publica

<sup>1</sup> Sobre la figura y obra de Pérez Botija, ver Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: “EUGENIO PÉREZ BOTIJA (1910-1966): la Seguridad Social como Servicio Público en el marco de la política social, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM*, nº 8, pp. 267-275. Sobre Bayón Chacón, ver De la Villa Gil, L.E. y Sampedro Guillamón, V.: “La obra científica del profesor Gaspar Bayón Chacón”, en *RGDTSS*, nº 62, pp. 634-641. La misma revista ha publicado, dentro de la sección “Grandes maestros españoles del Derecho del Trabajo”, un artículo sobre Pérez Botija en el nº 61 y anuncia otros sobre Alonso Olea y Alonso García en los próximos números.

su “Introducción al Derecho del Trabajo” y que igualmente en 1963 se publican las “Nociones de Derecho del Trabajo”, de Santoro Passarelli (traducido por Suárez González, con el Prólogo de Borrajo titulado “Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del trabajo”) y el “Compendio de Derecho del Trabajo” de Hueck y Nipp. rdey (traducido por Rodríguez-Piñero y de la Villa).

## II. COMENTARIO

2. El artículo que comento se articula en tres apartados. Su cuerpo principal es el segundo apartado, páginas 8-24, relativo a “El problema de la existencia del Derecho del Trabajo”. El primer apartado lleva un largo título: “La definición como como determinación de la *quiddidad* de un objeto preexistente”. El último y breve apartado son las “Conclusiones”.

En el primer apartado Borrajo, siguiendo a Ferrater Mora, se plantea el problema de qué es la cosa (la *quiddidad*), no el *cómo* ni el *porqué*, sino *qué* es la cosa<sup>2</sup>: en este caso, el Derecho del Trabajo. En términos generales, señala, la definición no se plantea si una cosa es, si existe, sino qué es la cosa que ya es, la cosa que ya existe. La cuestión en este caso es si existe el objeto a definir; es decir, si existe el Derecho del Trabajo<sup>3</sup>.

3. En el segundo apartado del artículo, el más extenso, como ya he señalado, se discute precisamente “El problema de la existencia del Derecho del Trabajo”.

Afirma Borrajo, de partida, que es evidente que “el Derecho” existe, pero que, respecto de las ramas del mismo, respecto de los “Derechos particulares” (tales como el Derecho civil, el mercantil, el administrativo, el penal o, precisamente, el Derecho del Trabajo) hay que buscar su definición conforme a dos líneas de presupuestos o presuposiciones.

Conforme a la primera línea, que Borrajo denomina “distributiva”, la realidad jurídica nueva que pide una consideración específica o especial –en nuestro caso, el Derecho del trabajo– se califica considerando los otros Derechos particulares en que se distribuye el Derecho. De este modo, se trata de observar si la realidad jurídica nueva puede subsumirse en las ramas jurídicas, en los Derechos, ya existentes; o si, por el contrario, ofrece caracteres distintos, especiales<sup>4</sup>.

Dicho de otro modo, se trata de ver si el objeto y notas del Derecho que se pretende singular tienen caracteres especiales, o si se pueden subsumir en los Derechos ya existentes. Esta línea presupone a los otros Derechos como realidades inmutables y, por tanto, la nueva realidad solo puede encuadrarse en el esquema distributivo si no les afecta en su contenido.

Para la segunda línea, el Derecho del Trabajo existe y ofrece dos notas, la de que es Derecho y la de que se refiere al trabajo. Para definirlo, pues, hay que determinar qué supone la referencia al “Derecho” y qué especificación sobre el mismo introduce el elemento “trabajo”<sup>5</sup>.

A juicio de Borrajo estas dos líneas de presuposiciones resultan insuficientes.

4. Respecto de la primera presuposición, que supone la existencia de ramas del Derecho perfectamente definidas, el Derecho del Trabajo, “en razón de su objeto o contenido material”<sup>6</sup>, se desmembraría entre los derechos singulares existentes. Así, si el Derecho civil se ocupa de los derechos de la persona –o si forman parte de su contenido los contratos entre personas privadas–, siendo el trabajador una persona –o siendo contratos individuales o colectivos los acuerdos o convenios entre trabajadores y empresarios–, su estudio correspondería al Derecho civil. O, de modo

<sup>2</sup> “Presupuestos críticos...”, pp. 7-8.

<sup>3</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 8

<sup>4</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 9.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 12.

similar, ocupándose el Derecho mercantil de la empresa mercantil, las relaciones entre trabajador y empresario, que se producen en el seno de la empresa, corresponderían a ese otro derecho singular. Y lo mismo cabría concluir respecto del Derecho administrativo.

Se produciría, de este modo, una paradoja, al estilo de la “paradoja del bibliotecario perplejo”, que Borrajo recoge de Eugenio D’Ors: el bibliotecario, que tiene que colocar en sus estantes las obras completas de Aristóteles, se encuentra con que colocados en los de Moral, Política, etc., las obras *Ética a Nicómaco*, *Gran Moral*, *La República*, etc., no le queda ninguna obra que colocar en el estante de Filosofía. Queda perplejo porque sabe que Aristóteles es filósofo.

La conclusión de la primera presuposición, dice Borrajo, es “descorazonadora”: los derechos singulares ya existentes agotan el “material de la realidad jurídica” que se presenta como nueva y, por ello, “es imposible que exista un Derecho del Trabajo al modo que existen un Derecho civil o un Derecho mercantil, etc.”<sup>7</sup>.

Pero ello, señala Borrajo, sólo es así si se parte del dogma de que los derechos singulares existentes agotan la realidad jurídica y son inmutables en sus “contenidos”, en sus “objetos”. Por el contrario, los derechos singulares son “realidades históricas...tipos mutables, de contenido relativo en función del espacio y, sobre todo, del tiempo”<sup>8</sup>. Como añade luego, Derecho civil, mercantil, del trabajo...son “esto que la historia nos ofrece como siendo Derecho civil, Derecho mercantil o Derecho del Trabajo”<sup>9</sup>.

Se trata, pues, de negar el dogma. En palabras de Borrajo: “Un Derecho singular nuevo es posible: basta para ello con abstraer a una o a todas las ramas particulares del Derecho un sector de la realidad jurídica que antes se comprendía en dichos Derechos singulares y constituirlo como objeto de una rama jurídica independiente”<sup>10</sup>.

5. Respecto de la segunda posición –la de que el Derecho del Trabajo existe y su concepto se define relacionando el genérico “Derecho” con el específico “trabajo”–, presenta la dificultad de la plurivalencia del término “trabajo”: “el término trabajo implica contenidos más amplios que los que luego se encierran en la denominación «Derecho del trabajo»”<sup>11</sup>.

Por ello, nos dice Borrajo, “la *individualización del contenido* se nos aparece siempre como puro acto de voluntad, *simple convención*”<sup>12</sup>.

6. Ante esos resultados, las posiciones del investigador que pretende averiguar qué es el Derecho del trabajo son, a juicio de Borrajo, tres.

En primer lugar, entender por Derecho del trabajo “lo que...cada investigador juzga que debe ser Derecho del trabajo”, por ejemplo, el estudio de “todo acto o institución jurídica que tiene que ver con el trabajo”<sup>13</sup>. En segundo lugar, entender por tal “lo que ordinariamente se cree o se viene creyendo que es Derecho del trabajo”<sup>14</sup>; en último término, lo que la doctrina considera Derecho del trabajo. En tercer lugar, entender por Derecho del trabajo lo que la realidad jurídica, las disposiciones legales, regulan como contenido propio: las disposiciones que tienen que ver con el trabajo o, más específicamente, el “conjunto de normas jurídicas cuya aplicación o interpretación es de la competencia de la jurisdicción especial”<sup>15</sup>, es decir, la social.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 13

<sup>9</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 14.

<sup>10</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 13.

<sup>11</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 14.

<sup>12</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 15.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 16.

Para Borrajo, esas tres posibles posiciones o criterios resultan infructuosas y revisten un carácter convencional o subjetivo. En el fondo, las tres se reducen a la primera y es el investigador, el estudioso, la doctrina quien determina el contenido del Derecho del trabajo<sup>16</sup>

Se trata, entonces, de buscar “un nuevo criterio...en razón de su *objetividad*”<sup>17</sup>; para ello, previamente hay que examinar “*el contenido que se trata de vaciar*”<sup>18</sup> en los diversos conceptos doctrinales.

En tal sentido, agrega Borrajo, “(el) primer problema...es el de la determinación de su contenido”<sup>19</sup>. Si no se logra un acuerdo sobre el contenido no es posible determinar “su concepto”.

7. Pero la determinación del contenido jurídico de un Derecho particular no es fácil ni evidente. Señala Borrajo que se suele adoptar una posición histórica, una perspectiva histórica (que puede ser tanto la “historia doctrinal” del concepto, cuanto su “historia legal”), pero apunta al riesgo de que dicha perspectiva histórica o historicista consista en buscar antecedentes históricos, “*una suma discontinua de antecedentes*”, partiendo del concepto actual. El problema, entonces, sigue siendo el de determinar el concepto actual.

Para afrontarlo propone Borrajo manejar de otro modo la perspectiva histórica, considerando que todo “nuevo Derecho particular” ofrece como nota esencial “*su pretensión de novedad*”<sup>20</sup>.

Enfrentado a los conceptos de “particular”, “singular”, “novedad” y “Derecho nuevo”, concede preferencia al término “singular” o “singularidad”: es decir, el Derecho que es “novedoso” en cuanto “Derecho diferente o distinto o *especial*”<sup>21</sup>. Un Derecho es singular, viene a decir, cuando no simplemente plantea una “particularización” respecto de un tronco común, sino que plantea una “*diferenciación por razón de una o varias notas o singularidades que constituyen, precisamente, su razón de ser*”<sup>22</sup>. Para entenderlo hay que determinar su “*singularidad o novedad*”: hay que indagar no sobre su “objeto material”, sino sobre su “novedad”.

Llegado a este punto, Borrajo se interroga acerca de si la existencia de una institución jurídica basta para hablar de una ciencia jurídica que la tenga como objeto. Compara, al respecto, entre dos instituciones civilistas como la compraventa y el arrendamiento de servicios. Ciertamente el viejo o primitivo arrendamiento de servicios se ha remodelado, pero no basta el cambio, la renovación, o el desarrollo de la regulación de una institución jurídica “para hablar ya, y por ese solo hecho, de un derecho singular que la tenga como objeto”<sup>23</sup>.

Históricamente han existido regulaciones jurídicas de la relación social a que da lugar el trabajo. Pero esa regulación jurídica sólo pretende “convertirse en un sistema jurídico especial”, sólo se hace sentir “la necesidad de un ordenamiento jurídico y de una ciencia nueva”, permítaseme la larga cita, “cuando el sistema jurídico y el sistema científico tradicionales ya no alcanzan su objetivo, es decir, cuando el objeto material, que sigue siendo el mismo hecho social, exige una regulación jurídica y unos estudios desde unos principios y conforme a un sistema que no son los del Derecho y los de la Ciencia que antes lo trataban”<sup>24</sup>.

Ejemplifica Borrajo este razonamiento sobre los supuestos del Derecho administrativo o el Derecho mercantil, o sobre la Sociología. Así, desde que la organización política supone una

<sup>16</sup> Se apoya en este punto Borrajo en Barassi: *Tratado del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1953, tomo I, pág. 26.

<sup>17</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 16.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 17.

<sup>20</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 19.

<sup>21</sup> “Presupuestos críticos...”, pp. 19-20. Un derecho “nuevo” puede ser simplemente un derecho “joven”, no “novedoso”.

<sup>22</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 20.

<sup>23</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 21.

<sup>24</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 22.

autoridad cabe hablar de “relaciones entre los órganos públicos y los particulares”, pero el Derecho administrativo, siguiendo a Garrido Falla, sólo existe a partir del Estado de Derecho. O el Derecho mercantil, siguiendo a Rubio García-Mina y otros autores, sólo se constituye en una ciencia jurídica autónoma en “el momento de la economía capitalista”, sólo cuando se basa “en una peculiar ordenación de fuentes y en un sistema propio de principios”<sup>25</sup> (el último entrecomillado pertenece a Rubio).

Termina Borrajo preguntándose “¿por qué el hecho social del trabajo ha alcanzado tal relevancia en alguno de sus sectores que demanda una regulación jurídica y un estudio propios?... ¿cuáles son las notas y principios que peculiarizan... tal regulación jurídica y posibilitan tal estudio?”<sup>26</sup>.

Tras tales preguntas, ¿a qué conclusiones llega Borrajo en este denso trabajo que modestamente –y espero que fielmente– he tratado de sintetizar?

8. Como “Conclusiones” para determinar el concepto de Derecho del trabajo, Borrajo estima que ha alcanzado un punto de partida objetivo: que el Derecho del trabajo es un Derecho “que se pretende nuevo, *especial o distinto*”<sup>27</sup>.

Novedad que implica “que el hecho social del trabajo plantea, ... *en su totalidad o en alguno de sus sectores*, exigencias ante el Derecho que o bien antes no existían o bien se resolvían de un modo que ahora se reputa insuficiente”<sup>28</sup>. No se trata de buscar “antecedentes” (ver, *supra*, epígrafe 6 de este comentario) en la configuración jurídica de las relaciones laborales “sino de encontrar *el momento* en que el Derecho común se mostró insuficiente”<sup>29</sup>.

Aquí termina el artículo de Borrajo, demandando “un concepto a priori: el concepto de «Derecho especial»”<sup>30</sup>.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

9. El trabajo de Borrajo es, pues, un trabajo incompleto; mejor dicho, deliberadamente se plantea como parte de “un estudio de mayor volumen”, tal y como se anuncia en nota a pie de página<sup>31</sup>.

No me consta ese estudio anunciado en la bibliografía de Borrajo. Sin embargo, otros estudios del mismo, cercanos a este en el tiempo, sí que vienen a completarlo, señaladamente el titulado “Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo (Derecho especial y Derecho nuevo)”, publicado el mismo año 1957 en la Revista de Derecho Mercantil, nº 66.

Obviamente no puedo entrar a exponerlo, pues será parte de otro comentario en este número especial. Baste resaltar que se ocupa, como su título y su índice indican, de cuestiones que ya se han abordado sucintamente en el estudio que estoy comentando: derecho especial y derecho nuevo.

Recordemos (*supra*, epígrafe 7) que entre los conceptos de particular, singular, novedad, derecho nuevo ha preferido el concepto de “singular”, el derecho que es novedoso en cuanto “Derecho diferente o *distinto o especial*”: los conceptos de derecho singular o especial parecen sinónimos, pero también con derecho nuevo (novedad). Al final (*supra*, epígrafe 8), terminaba reclamando un concepto de “Derecho especial”.

En ese otro artículo en que compara Derecho mercantil y Derecho del trabajo, se refiere a Derecho especial y Derecho nuevo. Tras repasar las posiciones de Messineo, De Castro, Rocco y

<sup>25</sup> Rubio García-Mina: “Sobre el concepto de Derecho mercantil”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 12, 1947, pág. 325 (citado por Borrajo).

<sup>26</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 24.

<sup>27</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 25.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 26.

<sup>31</sup> “Presupuestos críticos...”, pág. 9, nota 3.

Ascarelli termina contraponiendo tres “categorías”: derecho común (general, normal), derecho especial (particular) y derecho excepcional (anómalo)<sup>32</sup>. Repasando las posturas de los autores citados concluye, apoyándose en Messineo, que el derecho “que responde *sistemáticamente* a unos principios *distintos* de los que tienen un valor organizador general, es el que, en puridad de términos, cabe llamar *derecho especial*”<sup>33</sup>, derecho especial que representaría “*una desviación sistemática*, de modo que vale como *el derecho normal de ciertas relaciones sociales*”<sup>34</sup>.

En suma, el concepto de “derecho especial” termina prevaleciendo para Borrajo, quien sintetiza sus rasgos principales sobre el pensamiento de Rocco y Ascarelli, concluyendo con este último que “*la especialización de un complejo jurídico no se explica por la individualización de la materia que regula, sino por los principios que inspiran tal regulación*”<sup>35</sup>.

10. El Derecho del Trabajo acaba definido como un derecho especial en la obra cumbre de Borrajo, su “Introducción al Derecho español del Trabajo”<sup>36</sup>. Partiendo de su definición de Derecho del Trabajo<sup>37</sup> señala que la misma es válida para una etapa histórica que, dice, se puede fechar en el orden internacional entre 1900 y 1919. Así, el Derecho del trabajo es un “Derecho nuevo”, “un Derecho característico de nuestro tiempo”<sup>38</sup>.

Ciertamente, matiza, en la medida en que el hombre ha necesitado históricamente del trabajo ajeno esa relación social ha sido regulada y, por tanto, ha existido un Derecho del trabajo. Pero, añade, una cosa es que exista una regulación jurídica del trabajo y otra es que esa regulación pueda erigirse como derecho especial. Precisa, entonces, tres categorías conceptuales: el Derecho común, el Derecho excepcional y el Derecho especial.

Derecho común es el que regula unos hechos o relaciones sociales de acuerdo con principios y técnicas “que inspiran el ordenamiento jurídico general”. Derecho excepcional es el que regula unos hechos o relaciones sociales de acuerdo con principios y técnicas “que representan una desviación o una contradicción con respecto a los del ordenamiento jurídico general”.

Como tercera categoría, el *Derecho especial* es el que regula unos hechos o relaciones sociales conforme a principios y técnicas distintos pero que se articulan sistemáticamente y “valen como derecho común de la realidad social sometida a su regulación”, normas que forman un “todo orgánico” y que “tienen fuerza expansiva”; de modo que, cuando se aprecia una laguna, ese vacío se llena invocando los principios de ese derecho especial (que, en este punto, Borrajo vuelve a denominar singular), un derecho, concluye, que si bien es excepcional respecto al ordenamiento general es común “respecto del sector sometido a sus preceptos”<sup>39</sup>.

Ofrece también Borrajo la “causa o razón” del Derecho especial: que la “solución política” dada a los problemas de la comunidad –en el caso del Derecho del trabajo es “la cuestión social por antonomasia, la cuestión obrera”<sup>40</sup>– se revela como “injusta”, “inadecuada”, “no ajustada”<sup>41</sup>; en ese caso surge una norma nueva, primero como excepcional y, luego, si se desarrolla sistemáticamente, como Derecho especial.

<sup>32</sup> “Problemas comunes...”, pág. 369.

<sup>33</sup> “Problemas comunes...”, pág. 371.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> “Problemas comunes...”, pág. 372. La frase entrecomillada es de Borrajo, no es cita de Ascarelli, a cuya posición se adhiere.

<sup>36</sup> Así el epígrafe II de la Lección 2ª. Cito por la 4ª ed., 1975.

<sup>37</sup> “(El) conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regulan las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios sociales por cuenta ajena”, en “Introducción...”, 4ª ed., pág. 32.

<sup>38</sup> “Introducción...”, pág. 33.

<sup>39</sup> Todas estas citas de “Introducción...”, pág. 34.

<sup>40</sup> “Introducción...”, pág. 35.

<sup>41</sup> “Introducción...”, pág. 34.

Como acabo de señalar, para Borrajo el Derecho del trabajo surge “para garantizar la paz social” como respuesta a la cuestión social obrera, situándose como Derecho “social”, como Derecho “especial” frente al Derecho común de signo “individualista”: es especial porque sus principios son distintos a los del ordenamiento jurídico tradicional, principios que eran individualistas y no sociales. En fin, concluye, el Derecho del trabajo no nace con la revolución industrial sino “cuando se trató de solucionar la crisis social *posterior* a la revolución industrial”<sup>42</sup>.

11. En resumen, los “Presupuestos críticos” comentados inician unas reflexiones que culminan en la completa exposición que sobre el concepto del Derecho del Trabajo se contiene en la “Introducción”. Dos reflexiones cabe resaltar en ese conjunto de trabajos que conforman los “Presupuestos...”, los “Problemas comunes...” y la “Introducción...”.

En primer lugar, la idea de que un Derecho es nuevo en cuanto que se inspira en nuevos principios, cuando un objeto material de regulación “sigue siendo el mismo hecho social... (pero) exige una regulación jurídica y unos estudios desde unos principios...” nuevos<sup>43</sup>. El Derecho especial no lo es por razón de la materia que regula sino por los “nuevos principios que realiza sistemáticamente”<sup>44</sup>.

Principios nuevos que, en el caso del Derecho social ya no son “los principios individualistas” sino “los principios sociales”, el Derecho social del trabajo aparece como derecho especial “frente al Derecho común de signo «individualista»”<sup>45</sup>. De modo que el derecho positivo “se coloca bajo el signo del repudio o mitigación del individualismo consagrado en los Códigos del siglo XIX”<sup>46</sup>.

En segundo lugar, la idea de que el Derecho especial nuevo tiende a extenderse al ordenamiento general. El Derecho especial se convierte en el nuevo Derecho común: así, el Derecho del trabajo, el Derecho social, laboraliza o socializa el ordenamiento común.

Pienso que un ejemplo de esta “«especialización» del Derecho común” o “«comunización» del Derecho especial”<sup>47</sup>, puede serlo, en el ámbito precisamente de los principios, el de igualdad real o material<sup>48</sup> que contiene el art. 9.2 de nuestra Constitución y que, como es sabido, dispone lo siguiente: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Es bien conocido que ese artículo se inspira en el casi idéntico art. 3.2 de la Constitución italiana: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

La norma italiana tiene un marcado acento obrero (se consideró el art. 3.2 como el “núcleo rojo” de la Constitución republicana), en cuanto que, si bien se refiere a la libertad e igualdad de los “ciudadanos” reclama la efectiva participación de “todos los trabajadores” en la organización política, económica y social del País. Mientras que la norma española dispone para los poderes públicos facilitar la participación de “todos los ciudadanos” en la vida política, económica, cultural y social. De este modo, entiendo, trasciende el ámbito de lo laboral para extenderse a cualquier ámbito que atañe a

<sup>42</sup> “Introducción...”, pág. 35.

<sup>43</sup> “Presupuestos...”, pág. 22.

<sup>44</sup> “Problemas comunes...”, pág. 381.

<sup>45</sup> “Introducción...”, pág. 35.

<sup>46</sup> “Introducción...”, pág. 36.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Sobre el principio de igualdad material, ver Carmona Cuenca, E.: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), nº 84, abril-junio 1994, pp. 265-285.

los ciudadanos. En todo caso, incluso en la norma italiana la amplia referencia a la participación en la organización política, económica y social del País ya trasciende lo estrictamente laboral.

En el ámbito laboral, tanto una norma como la otra puede servir para fundamentar el derecho de huelga<sup>49</sup>. Pero, generalizándose más allá de lo laboral, la norma española puede fundamentar para todos los ciudadanos el acceso a la vivienda<sup>50</sup>; o relacionarse con el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas<sup>51</sup>; o, en general, tienen su base en el principio de igualdad material o real todas las muchas normas de acción afirmativa o positiva (normas mal llamadas de discriminación positiva) a favor de personas o grupos desfavorecidos<sup>52</sup>. Se han promovido también cuestiones de inconstitucionalidad en el terreno penal, basándose en ese art. 9.2 CE, aunque el Tribunal haya desestimado la cuestión

<sup>49</sup> “Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución... y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)” (STC 11/1981, de 8 abril, f.j. 9).

<sup>50</sup> Ver Pisarello, G., “El derecho a la vivienda: Constitucionalización débil y resistencias garantistas” en EJJL (Espaço Jurídico Journal of Law), Chapecó (Brasil), vol 14, nº 3, 2013, pág. 140: “La función social del derecho de propiedad –y la prohibición de ejercicios abusivos del mismo, prevista en el art. 7.2 del Código Civil– opera como límite y como parte integrante, a la vez, del contenido constitucionalmente protegido. Y de la misma manera que ha permitido a los poderes públicos promover políticas de reforma agraria, también les autoriza a impulsar políticas de reforma urbana que desarrollen el mandato de igualdad material recogido en el art. 9.2 CE y generalicen el derecho a la vivienda”.

<sup>51</sup> Ver STC 216/1991, de 14 de marzo (f.j. 5): “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse”. Continúa: “Pero, por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan” (STC 216/1991, de 14 marzo, f.j. 5).

<sup>52</sup> En la jurisprudencia constitucional, ver, en cuestiones laborales, por todas, STC 28/1992, de 9 marzo, FJ 3: “son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el art. 9.2 C.E. que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva”. Ver asimismo STC 216/1991, de 14 marzo, FJ 5: “no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”. También STC 128/1987, de 16 julio, FJ 7: “el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”. En fin, STC 3/1993, de 14 enero, FJ 3: “en la perspectiva del art. 9.2 C.E., de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas”.

planteada<sup>53</sup>. Igualmente se alegó el art. 9.2 CE en relación a la suspensión de medios de comunicación del Movimiento Nacional<sup>54</sup>. O en relación a sanciones tributarias<sup>55</sup>.

12. Este comentario mío ha terminado por girar en torno al concepto de Derecho especial, que entiendo que es el hilo conductor de los estudios de Borrajo de 1957, prolongados luego en su “Introducción...”. Como ya he señalado antes (*supra*, ep. 8), los “Presupuestos...”, que he comentado, terminan señalando la necesidad de estudiar previamente el concepto de Derecho especial. Por ello he tenido que referirme necesariamente a esos otras dos publicaciones, de muy distinta envergadura, los “Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo” y la “Introducción al derecho español del trabajo”. Espero, al hacerlo, no haber invadido el campo de otras contribuciones a este oportunísimo homenaje en memoria del admirado Maestro.

<sup>53</sup> Ver STC 19/1988, de 16 de febrero, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Se cuestionaba la constitucionalidad de lo dispuesto en relación a la responsabilidad personal subsidiaria por el art. 91 del Código Penal (en la redacción dada por la Ley 8/1983, de 15 de junio), que hoy se contiene en el art. 53.2 del vigente Código (en la redacción dada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Código Penal 1983, art. 91.1: “Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta”. C.P. 1995, art. 53.2: “En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad”.

Se desestima la cuestión porque la norma no impide atender a las específicas condiciones económicas del culpable, según su f.j. 10: “Se ha promovido también la cuestión, como se dijo, por entender que el art. 91 del Código Penal, al permitir que recaiga sobre el carente de recursos la medida en él prevista, habría contradicho lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución... Este conjunto de previsiones normativas no puede dejar de ser tenido en cuenta para apreciar que, situado en su sistema legal propio, el art. 91 del Código Penal no impide al juzgador atender, al dictar la condena de multa y al disponer sobre su ejecución, a las específicas condiciones económicas de quien haya, como culpable, de sufrirla, advertencia ésta que no es irrelevante, para juzgar de la acomodación del precepto a lo prevenido en el art. 9.2 de la Constitución”.

<sup>54</sup> Ver STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 5: STC 6/1981 de 16 marzo, FJ 5: “La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el art. 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público”.

<sup>55</sup> STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 6.A in fine: “es preciso recordar que, una vez satisfechas las exigencias de igualdad formal y no discriminación que impone el art. 14 de la Constitución, la propia norma constitucional obliga a atender los requerimientos de la igualdad real, a cuyo fin se ordena el criterio legal de «la capacidad económica del sujeto infractor»..., y que resulta así no sólo compatible con el art. 14 de la Constitución sino también justificado o exigido por el art. 31.1 en relación con el art. 9.2 del propio texto constitucional”.