

REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD PROFESIONAL

Por

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA LIBERTAD COMO CRITERIO RECTOR DE LA DISCIPLINA PÚBLICA DE LAS PROFESIONES.—II. EL ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY EN LA LIBERTAD PROFESIONAL: 1. La posibilidad de la remisión al Reglamento. 2. La inaplicabilidad retroactiva de la reserva de Ley.—III. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD PROFESIONAL: 1. Metodología para la determinación del contenido esencial de los derechos. 2. Contenido de la libertad profesional: a) El límite del respeto a los derechos ajenos. b) Los principios de proporcionalidad y razonabilidad. 3. Aplicación abstracta a las regulaciones profesionales: a) Normas impeditivas. b) Regulaciones restrictivas.—IV. LA LIBERTAD PROFESIONAL COMO PRINCIPIO INTERPRETATIVO.—V. INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A LAS ATRIBUCIONES PROFESIONALES: 1. Normas que exigen una titulación: a) El planteamiento del sistema educativo. b) Las normas de tipo corporativo. 2. Normas que determinan las atribuciones genéricas de una profesión. 3. Normas sobre atribuciones profesionales singulares.—VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN. LA LIBERTAD COMO CRITERIO RECTOR DE LA DISCIPLINA PÚBLICA DE LAS PROFESIONES

No es infrecuente que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo deban de ocupar su atención en dilucidar problemas y tensiones competenciales surgidos entre diferentes colectivos profesionales. Aunque existan algunas profesiones especialmente conflictivas, como las de Ingeniero y Arquitecto, dado el abundante número de casos jurisprudenciales a ellas referido, creo que la problemática es general, incidiendo, en uno u otro grado, sobre todas las ocupaciones profesionales. Químicos que se enfrentan a Médicos o Farmacéuticos, a propósito de análisis de artículos alimenticios o de análisis clínicos; o contra Ingenieros Agrónomos en relación con el proyecto de construcción de una almazara (1). Opticos contra Far-

(1) Sobre la cuestión de los análisis, cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 21 enero 1936 (*Aranzadi*, 226); de la Sala 3.^a de 18 junio 1975 (*Aranzadi*, 2966), ponente: Enrique JIMÉNEZ ASEÑO; de la Sala 4.^a de 27 noviembre 1979 (*Aranzadi*, 4704), ponente: Manuel GORDILLO GARCÍA. Y sobre la competencia para suscribir el proyecto de una almazara, la Sentencia, también de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, de 21 mayo 1981 (*Aranzadi*, 2918), ponente: Manuel GORDILLO GARCÍA.

macéuticos sobre la dispensación de artículos oftalmológicos (2). Economistas, Profesores y Peritos Mercantiles frente a Graduados Sociales, Actuarios, Gestores Administrativos y Censores Jurados de Cuentas (3). Farmacéuticos contra Veterinarios (4), etc.

La variedad de situaciones conflictivas se corresponde con una pluralidad de regulaciones, con un maremágnum de disposiciones difícilmente reconducible a un sistema, sea por la diversa posición jerárquica de las normas, sea por los diferentes criterios y concepciones que éstas reflejan. La materia parece así reunir condiciones más que suficientes para suscitar el estudio y la reflexión que puedan conducir a una caracterización general, a una construcción dogmática que explique —y valore— las pautas y principios rectores. Lógicamente, debería de empezarse con investigaciones referidas a concretas profesiones, desmenuzando las disposiciones correspondientes, su génesis y fundamento... No obstante, quizá sea posible identificar previamente alguno de los criterios básicos de la disciplina pública de las profesiones, de forma que pueda disponerse de un hilo conductor, de un punto de referencia en los análisis relativos a profesiones determinadas.

Pues bien, entre los criterios rectores de la materia que nos ocupa, ha de insertarse, a mi juicio, la libertad profesional. La Constitución se refiere a ella en su artículo 35, 1.º, al establecer que «todos los españoles tienen el... derecho... a la libre elección de profesión y oficio». Dada la ubicación del precepto, resultan plenamente aplicables las garantías previstas en el artículo 53, 1.º de la propia Constitución para los derechos y libertades del capítulo 2.º, título I. En

(2) Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho farmacéutico*, Madrid, «BOE», 1972, páginas 131 y ss.; del mismo autor: *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, Madrid, «BOE», 1978, p. 180. La Jurisprudencia relativa a conflictos entre ópticos y farmacéuticos es abundante; pueden citarse, entre otras, las Sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 21 diciembre 1963 (*Aranzadi*, 5232), ponente: Sabino ALVAREZ-GENDÍN; de 22 noviembre 1965 (*Aranzadi*, 5204), ponente: Dionisio BOMBÍN NIETO; de 14 diciembre 1977 (*Aranzadi*, 4749), ponente: Jaime RODRÍGUEZ HERMIDA; y de 14 enero 1978 (*Aranzadi*, 60), ponente: José Luis RUIZ SÁNCHEZ.

(3) Cfr. Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 11 junio 1980 (*Aranzadi*, 2443), ponente: Manuel SAINZ ARENAS, que examina la legalidad del Estatuto profesional de Economistas, Profesores y Peritos Mercantiles, aprobado por Real Decreto 871/1977, de 26 abril, a raíz de la impugnación promovida por los colectivos profesionales citados en el texto.

(4) Cfr. Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 16 marzo 1981 (*Aranzadi*, 1126), ponente: Francisco SÁENZ DE TEJADA, a propósito de la competencia para el registro y venta de especialidades farmacéuticas destinadas a la ganadería.

consecuencia, la libertad profesional es un derecho subjetivo reconocido a todos los ciudadanos, una situación de poder exigible ante los Tribunales —aunque no ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, *ex* artículo 53, 2.º de la Constitución—. Un derecho cuyo ejercicio sólo puede regularse por Ley, que habrá de respetar su contenido esencial (5).

Interesa destacar la necesidad de una Ley para regular la libertad profesional, habida cuenta, como he apuntado, de las variedades que presenta el rango jerárquico de las disposiciones habitualmente manejadas en los conflictos profesionales. Necesidad de Ley que, aún antes de la Constitución y, por supuesto, tras su entrada en vigor *ex* artículos 10, 2.º y 96, 1.º, derivada del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España y publicado en el «BOE» de 30 abril 1977). En el artículo 6, 1.º del Pacto se reconoce el derecho a trabajar, «que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado»; y en el artículo 4.º se establece que los derechos garantizados, únicamente pueden someterse «a limitaciones determinadas por Ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática». También la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama el derecho de toda persona «a la libre elección de su trabajo» (art. 23, 1.º).

En resumen, pues, la disciplina pública de las profesiones debe partir del principio de la libertad profesional, que constituye así el criterio, la regla general, sólo exceptuable o limitable mediante Ley. Ley que en todo caso debe respetar el contenido esencial de la libertad, lo que sólo será posible si se dicta con la finalidad de «promover el bienestar general en una sociedad democrática».

Rígido punto de partida el establecido que, al menos a primera vista, parece difícilmente compatible con el complejo normativo que rige las atribuciones profesionales. Sin embargo, procediendo con mayor cautela, quizá la situación debiera de caracterizarse en términos más matizados. Prescindiendo ahora de otras cuestiones que plantea la libertad profesional, trataré de incorporar tales matices

(5) Con carácter general, cfr. Fernando GARRIDO FALLA: *El artículo 53 de la Constitución*, en «REDA», núm. 21 (1979), pp. 173-188.

analizando el alcance de la reserva de Ley y el contenido esencial de esa libertad, inalterable incluso para la Ley.

II. EL ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY EN LA LIBERTAD PROFESIONAL

1. *La posibilidad de la remisión al reglamento*

La reserva legal contenida en el artículo 53, 1.º de la Constitución no puede ser entendida como una reserva referida a todos los aspectos relacionados con los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2.º del título I. La Ley es la única norma capacitada para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, es decir, para establecer algún tipo de limitación o restricción en ese ejercicio que, en caso contrario, sería absoluto o ilimitado. Pero establecida la limitación o restricción por medio de una Ley, parece lógico que su concreción, su desarrollo, su ejecución puedan ser remitidos a un reglamento.

Ciertamente, debo de reconocer que esta tesis no puede considerarse como indubitable, puesto que junto a autores que la defienden, no falta quien oponga reparos, siendo la postura más habitual, por lo que he podido constatar, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, el silencio sobre la cuestión, o las referencias indirectas a la misma.

Según una autorizada opinión, las reservas materiales de Ley contenidas en la Constitución tendrían por efecto el excluir la posibilidad del Reglamento independiente, pero sin que ello signifique que el Reglamento carezca de papel alguno en las regulaciones correspondientes: «Quiere decir, simplemente, que el Reglamento... necesitará de habilitaciones legales expresas» (6). Mayores dudas ofrece, sin embargo, la cuestión a otro prestigioso autor, que entiende cabe excluir, o al menos calificar como excepcional, la posibilidad de una remisión al Reglamento, en los ámbitos reservados a la Ley por el artículo 53, 1.º de la Constitución, al margen de otras precisiones con respecto a distintas reservas materiales de Ley que ahora no nos interesan. La razón de esas dudas deriva precisamente de la falta de claridad del precepto constitucional: cuando reserva a la Ley la regulación del ejercicio de determinados derechos ¿comprende la

(6) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1979, p. 224.

totalidad de cada derecho o sólo su ejercicio en sentido estricto? Para respetar la intención del constituyente se inclina este autor por «sostener que en esta materia la posibilidad de remisión (al Reglamento) debe interpretarse en sentido restrictivo, y hay que referirla a aquellos supuestos en que sea técnicamente necesaria para conseguir la finalidad propuesta por el constituyente y de forma que no afecta al ámbito estricto de lo reservado "sólo a la Ley", que es el ejercicio de los derechos, debiendo efectuarse en todo caso de forma expresa» (7).

Conforme a estas opiniones, parece existir acuerdo en que sobre los derechos y libertades del capítulo 2.º, título I de la Constitución, no puede incidir un Reglamento independiente, es decir, un Reglamento emanado libremente por el Gobierno en ausencia de norma legal; la existencia de una reserva material de Ley *ex* artículo 53, 1.º impediría tal posibilidad. La solución es, pues, en este punto, coincidente con la tesis de aquellos otros autores que derivan del principio de legalidad la proscripción general del Reglamento independiente (8).

(7) Rafael GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en el vol. col. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, IEF, 1979, t. I, p. 129.

(8) En efecto, cabe recordar que para algunas posiciones doctrinales el Reglamento independiente estaría proscrito, en todo caso, aun en las materias no reservadas a la Ley, por aplicación del principio de legalidad (*ex* arts. 9.º; 97, 1.º; 103, 1.º y 106, 1.º de la Constitución). En la Constitución, el ámbito material de la Ley no se identificaría con una reserva, puesto que la Ley viene concebida no sólo como norma superior (principio de supremacía), sino también como norma primera (principio de precedencia). En contra de esa afirmación no cabría esgrimir las referencias expresas a la Ley hechas en el texto constitucional, ya que tales referencias pueden ser entendidas como establecimiento de una normativa cualificada, por distintas razones: especificación de ciertos extremos del programa legislativo; extensión de ese programa a algunos contenidos de la Ley, eliminando en ellos la discrecionalidad del legislador; determinación de la forma de la Ley, evitando la intercambiabilidad de las diversas formas de producción legislativa (Decreto-ley, Decreto legislativo)... Las escasas menciones sobre el Reglamento, en la Constitución, evitarían cualquier referencia material que pudiera servir para concederle un ámbito de actuación más allá de la ejecución de la Ley; de tal forma que el Reglamento independiente, y con mayor razón el Reglamento autónomo, quedarían totalmente proscritos en nuestro Ordenamiento jurídico. Tal es, sintéticamente expuesta, la tesis de Angel GARRORENA MORALES: *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid, CEC, 1980, *in totum*; en ese sentido se orienta también Martín BASSOLS COMA: *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, en esta REVISTA, núm 88 (1978), p. 129, aun cuando matiza inmediatamente la conclusión lógica a que le ha llevado el marco constitucional, por parecerle excesivamente rígida, y termina admitiendo el Reglamento independiente, «*praeter legem*, aunque siempre *intra leges*» (p. 130), esto es, siempre que se refiera a materias no reservadas, formal ni materialmente, a la Ley y sin que en ningún caso se impida a la Ley la regulación posterior. La tesis final de BASSOLS es, en términos generales, la

Pero acordada la negación del Reglamento independiente, sigue en pie la duda de si es posible emanar Reglamentos ejecutivos (que cuenten con habilitaciones legales expresas) en relación con los derechos

comúnmente aceptada por la doctrina (GÓMEZ-FERRER, *cit.*, en la nota anterior, Mariano BAENA DEL ALCÁZAR: «Reserva de Ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española», en el vol. col. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, op. *cit.*, p. 289, entre otros) y la que viene sosteniendo, aunque sin un adecuado manejo de la técnica de la reserva legal, en mi opinión, el Tribunal Supremo; *cfr.*, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 3.^a del citado Tribunal de 10 marzo 1982 (*Aranzadi*, 1245), ponente: Manuel PÉREZ TEJEDOR, considerando 3.º: «Que otro de los motivos de impugnación que alega la recurrente, respecto al Decreto recurrido (era el Real Decreto 2290/77, de 27 agosto, sobre órganos de gobierno y funciones de las Cajas de Ahorro), es su promulgación sin que desarrolle materias constitutivas de normas con rango de Ley; pero ese hecho, por sí mismo, no constituye defecto o vicio imputable a la disposición, en cuanto si bien la llamada potestad reglamentaria de la Administración pública ha de ejercerse de acuerdo con las leyes conforme dispone el artículo 97 de la Constitución y, según el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, está prohibido dictar disposiciones administrativas contrarias en las mismas, la Administración Pública puede ejercer dicha potestad, no sólo en desarrollo de leyes o principio legislativos, sino cuando no existe norma de rango superior sobre la materia, porque no es posible infringir una Ley inexistente y, cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales, ni sujeta a reserva legal, no infringe ningún principio de jerarquía normativa y actúa, por tanto, legítimamente.»

Resulta difícil, sin embargo, presentar esta postura, permisiva del Reglamento independiente *praeter legem*, como una postura consolidada, en contra de la tesis que, p. ej., tan claramente defiende GARRORENA. El Tribunal Constitucional parece orientarse en el sentido de no admitir la posibilidad del Reglamento independiente, a no ser en relación con cuestiones organizativas; así en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo («BOE» 18), ponente: Angel ESCUDERO DEL CORRAL, relativa a un conflicto positivo de competencia entre el Gobierno y el Gobierno vasco, a propósito del registro y depósito de convenios colectivos de trabajo, el fundamento 4.º da la impresión de que sólo admite dos clases de reglamentos, los ejecutivos y los organizativos, pudiendo corresponder, quizá (la cuestión no se soluciona), sólo a estos últimos el carácter de independientes de la Ley. El fundamento es significativo y aun cuando su transcripción alarga más esta extensa nota incidental, creo conveniente hacerlo; dice el Tribunal Constitucional: «Existe en nuestro Derecho una tradición jurídica que dentro de los Reglamentos, como disposiciones generales de la Administración, con rango inferior a una Ley, y aun reconociendo que en todos ellos se actúa en ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio, destaca como «Reglamentos ejecutivos» aquellos que están directa y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha Ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquéllos 'cuyo cometido es desenvolver una Ley preexistente o que tienen por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una Ley'. Pero, junto a éstos, existen los Reglamentos de organización que, todo lo más, alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos con carácter general. Sin tratar la cuestión de si dichos Reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente, cuestión que aquí no es necesario resolver, hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente como complementarios de la Ley.»

y libertades de que habla el artículo 53, 1.º de la Constitución. En definitiva, ¿qué ámbito está indefectiblemente reservado a la Ley por ese precepto?

El Tribunal Constitucional, hasta el momento, no parece haber resuelto definitivamente la cuestión, aunque existen indicios en pro de la permisividad de ciertas regulaciones reglamentarias. En su Sentencia de 13 de febrero de 1981 admitió la posibilidad de una remisión en esta materia, siempre «que se refiera sólo a cuestiones de detalle que no afecten a la reserva de Ley» (9). En la Sentencia de 16 de marzo de 1981 dijo que la reserva de Ley «sólo incluye las limitaciones o restricciones de la libertad» (10). En la Sentencia de 4 de mayo de 1982 admitió el carácter de la potestad reglamentaria como «técnica de colaboración de la Administración con el Poder Legislativo», aunque dejando a salvo la reserva de Ley; reserva de Ley que, según la Sentencia de 4 de febrero de 1983, «hay que entenderla referida a los criterios o principios» (11). Las declaraciones no acaban de resolver todos los problemas, al estar demasiado ligadas al supuesto examinado en cada caso por el Tribunal. Pese a ello, parece que el intérprete supremo de la Constitución entiende que el artículo 53, 1.º no impide el Reglamento ejecutivo habilitado expresamente por Ley en toda materia relacionada con los derechos y libertades del capítulo 2.º, título I. El ámbito excluido de la posibilidad de remisión legislativa sería el referido a la introducción de una limitación o restricción en el ejercicio del derecho o libertad. No es posible configurar esas limitaciones o restricciones por medio de un Reglamento ejecutivo; pero sí resultaría factible que la Ley se remitiera al Reglamento para desarrollar, completar, concretar, pormenorizar sus previsiones.

(9) Fundamento 15.º de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 13 febrero 1981 («BOE», 24), ponente: FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica del Estatuto de centros escolares. Obsérvese que en esta materia, sobre la reserva de Ley *ex* artículo 53, 1.º, opera también la reserva de Ley Orgánica, *ex* artículo 81 de la Constitución.

(10) Fundamento 4.º de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 16 marzo 1981 («BOE», 14 abril), ponente: FRANCISCO RUBIO LLORENTE, relativa al recurso de amparo contra la supresión de determinados diarios estatales.

(11) Fundamento 3.º de la Sentencia de 4 mayo 1982, *cit.*, en nota 8; y fundamento 4.º de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 3/1983, de 4 febrero («BOE», 9 marzo), ponente: LUIS DÍEZ PICAZO, en la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición transitoria 2.ª, b), del Real Decreto-ley de 20 julio 1979, de medidas urgentes de financiación de las Haciendas locales.

Técnicamente, como sostenía uno de los autores antes citados, esa colaboración del Reglamento con la Ley resulta insoslayable en algunos supuestos. El ejemplo de la concreción de la función social del derecho de propiedad a través de una serie de planes emanados de conformidad con lo dispuesto en la Ley es, de por sí, suficientemente explicativo (12).

A un planteamiento similar creo que debe responder el tratamiento de la libertad profesional contenida en el artículo 35, 1.º de la Constitución. La introducción de cualquier restricción o limitación del derecho a la libre elección de profesión y oficio tiene que realizarse, como nos consta, en todo caso por medio de Ley, bien en aplicación de la reserva legal del artículo 53, 1.º, bien por derivación general del principio de legalidad, según he tratado de explicar. Pero el desarrollo de esa restricción o limitación, normalmente, tendrá que producirse a través de un Reglamento. Un ejemplo hipotético para que se pueda comprender mejor la necesidad técnica (con respaldo jurídico, como he intentado demostrar) del Reglamento ejecutivo en esta materia. Una Ley que limite el ejercicio de la profesión de Arquitecto a quienes estén en posesión de un título expedido por la autoridad competente tras cursar determinados estudios. Se limita el derecho de libre elección profesional en función de unos requisitos subjetivos que debe cumplir quien desee dedicarse a la Arquitectura. El principio restrictivo se establece en la Ley, pero no basta con ello para poder llevarlo a la práctica; será preciso también definir qué se entiende por Arquitectura, hasta dónde llega la limitación. Aun cuando esta definición podría realizarse en la propia Ley limitativa, parece más adecuado que se lleve a cabo por un Reglamento, dada su mayor capacidad de adaptación a las modificaciones que el progreso técnico imprimirá en lo

(12) Cfr. GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, cit., p. 129. La configuración del derecho de propiedad como un derecho «estatutario», cuyo contenido, en relación con el *ius aedificandi*, está racionalizado, a partir «de unas directrices e ideas básicas, contenidas en la legislación sobre régimen del suelo y ordenación urbana y que se completa con todo un sistema de planificación, de desarrollo escalonado», tal configuración es ya un dato adquirido y constante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no siempre, en mi opinión, esa Jurisprudencia adopte las consecuencias lógicas e inherentes al principio de que parte, pero ésta es ya otra cuestión. Cfr., por ejemplo, la Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 21 febrero 1981 (*Aranzadi*, 1147), ponente: Angel MARTÍN DEL BURGO; más extensas referencias jurisprudenciales pueden encontrarse, entre otras obras, en mi libro *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia, Colegio de España, 1980, pp. 282-283, en nota 59.

que deba entenderse por Arquitectura. El riesgo a evitar —la obsolescencia de la Ley—, junto con las dificultades que el arbitrio de regulaciones detalladas por Ley conlleva, determinarán normalmente que el desarrollo del principio limitativo del ejercicio de una profesión u oficio quede remitido a un Reglamento.

En definitiva, la reserva a la Ley de la libertad profesional se traduce, a mi juicio, en la exigencia mínima de que el principio de limitación o restricción de esa libertad venga en cada caso establecido por Ley; Ley que puede remitir su desarrollo a un Reglamento ejecutivo, aunque, por supuesto, no cabe excluir una completa y minuciosa regulación de la materia en el propio texto legislativo.

2. *La inaplicabilidad retroactiva de la reserva de Ley*

Fijado el alcance de la reserva legal, que parece así permitir una aproximación menos traumática al entramado normativo de la disciplina pública de las profesiones, conviene también tener en cuenta que las infracciones de esa reserva —establecida, recuerdo, en la Constitución y antes en el Pacto internacional citado— podrán ser resaltadas con facilidad, siempre y cuando vengan contenidas en normas posteriores al texto fundamental o al Pacto. En otro caso, resultará más complejo determinar la antijuridicidad, por esta causa, de las regulaciones profesionales. La razón de esta diversidad de efectos, en función de criterios temporales, estriba, como es sabido, en que para las normas preconstitucionales (y lo mismo sucedería para las anteriores al Pacto) no pueden aducirse infracciones del orden jerárquico de la legalidad que no estuvieran establecidas en el momento de dictarse tales normas. La regla, lógica, aun cuando de resultados sorprendentes en ocasiones, ha sido asumida por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia de 8 de abril de 1981:

«No es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se

cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación» (13).

En consecuencia, normalmente, la inexistencia de base legal, no será por sí sola suficiente para determinar la presencia de una limitación contraria a la libertad profesional, si esa limitación es anterior a la Constitución. Con lo cual será necesario examinar en cada caso el problema de fondo, es decir, habrá que averiguar si la limitación cuestionada menoscaba el contenido esencial de la libertad o no tiene por finalidad promover el bienestar general en una sociedad democrática.

III. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD PROFESIONAL

1. Metodología para la determinación del contenido esencial de los derechos

Para resolver las dificultades que plantea la determinación del contenido esencial de los derechos y libertades —límite infranqueable para el legislador, de acuerdo con el artículo 53, 1.º de la Constitución—, resulta indispensable manejar la doctrina perfilada por nuestro Tribunal Constitucional, especialmente en su Sentencia de 8 de abril de 1981, donde diseña la metodología que puede conducir en cada caso a concretar el contenido esencial de un derecho (14). Ese método debe partir de constatar la amplitud de poderes concedida al legislador, a cuya capacidad de decisión corresponde fijar regulaciones restrictivas o abiertas del ejercicio de los derechos y libertades. Tal aspecto está al margen de la técnica del contenido esencial, que no impone al legislador la preferencia de la regulación flexible, sino la conservación de una determinada sustancia

(13) Fundamento 5.º de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 abril 1981 («BOE», 25), ponencia de Luis Díez-PICAZO, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo.

(14) La Sentencia está cit. en la nota anterior. Sobre ella puede verse el comentario de Luciano PAREJO ALFONSO: *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en «REDC», núm. 3 (1981), páginas 169 y ss.

en el derecho o libertad (15). Para fijar el reducto último indispensable, el contenido esencial de un derecho, pueden seguirse dos caminos, no sólo compatibles, sino incluso complementarios: a) establecer el tipo abstracto, la naturaleza del derecho, conforme a los conceptos jurídicos imperantes y compararlo con la regulación impuesta por el legislador, para ver si el tipo genérico resulta identificable en esa regulación; b) determinar los intereses jurídicamente protegidos por el derecho de que se trate y comprobar si tales intereses pueden efectivamente llevarse a la práctica tras la regulación establecida por el legislador (16).

(15) En el Fundamento 7.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 abril 1981, *cit.*, se dice que «corresponde al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53».

(16) En el fundamento 8.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 abril 1981, *cit.*, se afirma que «para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de "contenido esencial" que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por "contenido esencial" de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos

2. Contenido de la libertad profesional

Pese a contar con esta importante guía metodológica, lo cierto es que no resulta sencillo reflejar o definir, en abstracto, el contenido esencial de los derechos y libertades contenidos en el capítulo 2.º, título I de la Constitución. No obstante, podemos tratar de perfilar algunos extremos del contenido esencial del derecho que nos ocupa, del derecho a la libre elección de profesión y oficio.

a) *El límite del respeto a los derechos ajenos*

Con carácter general, ha de recordarse que los derechos subjetivos no son ilimitados; la existencia de límites es consustancial, incluso, a aquellos derechos subjetivos dotados de una especial tutela que constituyen los denominados derechos fundamentales (17). Entre esos límites, parece seguro que debe figurar «el respeto a los derechos de los demás», según expresa el artículo 10, 1.º de nuestra Constitución.

Respeto a los derechos ajenos que creo conveniente destacar por su especial incidencia en la libertad profesional. En mi opinión, el derecho a la libre elección de profesión y oficio es uno de los medios concretos a través de los cuales la Constitución trata de obtener el libre desarrollo de la personalidad individual—fundamento, al igual que los derechos de los demás, del orden político y de la paz social, *ex* artículo 10, 1.º—. El interés protegido con la libertad profesional es el interés de los ciudadanos por desarrollar sus capacidades, aplicar sus aptitudes y enriquecer en suma su personalidad a través del trabajo. Ahora bien, tales intereses —y consecuentemente, el derecho subjetivo que los ampara— no son ilimitados, como he dicho, dado que se desenvuelven dentro de un orden social. Es un rasgo típico de toda profesión —dice un autor— el que se desarrolle en la esfera social, por lo que necesariamente el ejercicio de toda profesión entraña una responsabilidad por los actos realizados

todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como *complementarios*, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

(17) Sobre la naturaleza limitada de los derechos fundamentales, *cfr.*, por ejemplo, Carmelo GÓMEZ TORRES: «El abuso de los derechos fundamentales», en el vol. col. dirigido por Enrique PÉREZ LUÑO: *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979, p. 302.

hacia el exterior (18). Una responsabilidad frente a terceros, efectivamente, que puede servir como criterio delimitador específico del derecho a la libre elección de profesión u oficio, aplicando así la cláusula general del «respeto a los derechos de los demás».

b) *Los principios de proporcionalidad y razonabilidad*

Ese criterio delimitador debe ser utilizado, ante todo, con carácter preventivo, justificándose así, materialmente, la existencia de regulaciones del ejercicio de distintas profesiones u oficios. Pero el problema que entonces surge es el de establecer hasta dónde pueden llegar las normas reguladoras del derecho a la libre elección de profesión y oficio; qué límites pueden estimarse justificados —y aún impuestos— por la defensa de los derechos ajenos. Cuestión a la que, desde una perspectiva general, sólo parece posible responder con el manejo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, como, en último extremo, propone el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada de 8 de abril de 1981. Principios, se ha dicho, bastante indeterminados e imprecisos, que autorizan por ello un amplio margen de apreciación, sólo concretable con carácter definitivo por el propio Tribunal Constitucional (19).

3. *Aplicación abstracta a las regulaciones profesionales*

a) *Normas impeditivas*

Pese a todas estas dificultades que presenta la determinación de la esencia de la libertad profesional, creo posible precisar un poco más su perfil conceptual. Así, parece claro que atentarían contra la misma sustancia del Derecho aquellas normas que, en todos o en algunos supuestos, impidieran por completo la libertad de elección de profesión u oficio. Ese impedimento puede producirse de diversas formas:

a) Imponiendo a los individuos el ejercicio de profesiones u oficios conforme a criterios generales establecidos por los poderes públicos (20).

(18) Ekkehart STEIN: *Derecho político*, trad. española de la ed. alemana de 1971, Madrid, Aguilar, 1973, p. 176.

(19) PAREJO ALFONSO: *El contenido esencial de los derechos fundamentales*, citada, p. 190.

(20) Según Claude-Albert COLLIARD: *Libertés publiques*, 5.^a ed., Dalloz, 1975, páginas 699-700, en las sociedades socialistas se sigue este sistema, que, de existir, ciertamente supone la negación rotunda de la libertad profesional. Yo no he

b) Imponiendo en casos concretos a los individuos un trabajo obligatorio (21).

c) Prohibiendo con carácter general el ejercicio de una determinada profesión u oficio. Aunque este supuesto no puede entenderse en términos absolutos. En efecto, así como en las dos hipótesis anteriores no es posible justificar la medida restrictiva en ningún otro derecho, cuya protección exija la anulación de la libertad profesional, la prohibición de ejercer una profesión u oficio sí podría, en algún caso, venir impuesta por el juego de otros derechos. Por ejemplo, y sin ningún afán moralizador, se me ocurre pensar que una norma prohibiendo el ejercicio de la prostitución podría justificarse en la protección de la dignidad de la persona (22).

podido confirmar si realmente en los regímenes socialistas la planificación pública llega a tales extremos, pero sí he de señalar que la fuente informativa manejada por COLLARD en este punto (el conocido y polémico libro de HAYEK: *The Road to Serfdom* —«camino de servidumbre»—, publicado en 1943, manantial inagotable de argumentos y de recetas para los adversarios de la planificación) no me parece muy fiable. Por cierto que esta misma fuente, en su traducción española de 1946, es la utilizada por Javier GÁLVEZ, al comentar el artículo 35 de la Constitución española, en la obra dirigida por Fernando GARRIBO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, p. 451, en nota.

(21) La pena de trabajos forzados está expresamente prohibida en el artículo 25, 2.º, de la Constitución. El deber de trabajar impuesto en el artículo 35, 1.º, sea cual sea su alcance (y parecen existir dudas sobre que sea muy efectivo; cfr. Oscar ALZAGA: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, Foro, 1978, p. 296; Santiago VARELA DÍAZ: *La idea de deber constitucional*, en «REDC», núm. 4, de 1982, pp. 81 y ss.), no puede suponer un menoscabo del derecho a la libre elección de profesión y oficio. Cuestión distinta sería la planteada por la existencia de prestaciones personales, ex artículos 30, 4.º y 31, 3.º de la Constitución, pues en los supuestos a que se refieren estas normas no hay imposición de un trabajo como medio de vida, sino la exigencia general de colaboración ciudadana (cfr. en igual sentido STEIN: *Derecho político*, op. cit., p. 175).

(22) Insisto en que se trata de un ejemplo, que simplemente pretende demostrar la posibilidad (que no obligatoriedad) jurídica, de prohibir el ejercicio de un trabajo. Un apoyo para esa tesis puede encontrarse en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la ONU el 2 de diciembre de 1949; su preámbulo empieza así: «Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad...» (cfr. en Javier HERVADA y José M. ZUMAQUERO: *Textos internacionales de derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1978, p. 172, donde en nota los autores destacan que «aunque el objeto del convenio es reprimir la explotación de la prostitución ajena y la trata de personas a este fin, el primer considerando se refiere a la prostitución en general, poniendo de relieve el atentado que supone a la dignidad personal...»; esto es así, lo dice el Convenio; lo que ya no dice ni es posible deducir de su texto es que las relaciones sexuales extramatrimoniales constituyan una degradación como afirman los autores cit., quienes braman contra «el permisivismo y la liberación sexual», considerándolos causa hasta del infanticidio).

d) Prohibiendo el ejercicio de una profesión u oficio a personas o grupos de personas determinadas —por ejemplo, a la mujer, a los minusválidos, a las personas que alcanzan cierta edad—. En este caso nos encontraríamos, por añadidura, ante una infracción del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), a no ser, claro está, que el trato desigual tuviera una justificación razonable, en cuyo caso, la misma prohibición sería lícita (23).

b) *Regulaciones restrictivas*

En todo caso, los problemas que habitualmente suscita la determinación del contenido de la libertad profesional, no son los relativos a esos supuestos de completo impedimento de la libertad. Más normal será que se planteen las dudas de constitucionalidad con respecto a aquellas regulaciones que simplemente restringen el acceso a determinadas profesiones u oficios. Pues bien, para respetar la sustancia de la libertad profesional, creo que tales regulaciones deberían de cumplir las siguientes condiciones:

a) Que la restricción se fundamente en el respeto de los derechos ajenos; bien en concretos derechos de los ciudadanos (como el derecho a la vida y a la integridad física), bien en ese complejo equilibrio de todos los derechos que puede sintetizarse en la fórmula del bienestar general (utilizada por el artículo 4 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales antes citado). Lo que debe quedar absolutamente claro es que ninguna restricción en el ejercicio de una profesión u oficio puede ser introducida por intereses de una clase profesional. Los motivos o razones de tipo gremial, corporativo, carecen de validez para imponerse al derecho que proclama (y a los intereses que protege) el artículo 35, 1.º de la Constitución.

b) Que la restricción sea proporcionada o razonable en relación con el derecho o derechos que se pretenden proteger. Este requisito de la proporcionalidad ha dado lugar en Alemania a la ela-

(23) No voy a entrar ahora en el análisis del principio de igualdad; no obstante, por la relación que presenta con lo dicho en el texto, conviene dejar citada la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 2 julio 1981 («BOE», 20), ponente: Gloria BEGUÉ CANTÓN, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida sobre la disposición adicional 5.ª del Estatuto de los Trabajadores; allí se plantea el problema de si el establecimiento de una edad de jubilación forzosa viola el principio de igualdad.

boración de una teoría gradual, que señala los límites impuestos al legislador en la regulación de la actividad profesional (24). Conforme a esa teoría, existirían tres grados de intervención en el ejercicio profesional. En el primer grado, el legislador se limita a reglamentar una profesión tratando de evitar que su ejercicio cause daño a terceros. En el segundo grado, el legislador introduce ya determinados presupuestos subjetivos de admisibilidad para ejercer una profesión; señaladamente, la exigencia de una formación, plasmada normalmente en un título. En el tercer grado, el ejercicio de una profesión se hace depender de presupuestos objetivos de admisibilidad, como puede ser el examen de la necesidad de profesionales, tratando de evitar la saturación de ejercientes. Pues bien, el criterio de la proporcionalidad, al margen de otras funciones, juega un importante papel para justificar la intensificación del grado de intervención: «el legislador, al regular el ejercicio profesional, sólo debe llegar hasta el grado que entrañe la menor intervención en la libertad de elección profesional, y únicamente puede pasar a un grado superior de intervención cuando una intervención menor no fuese suficiente para combatir el peligro» (25).

El criterio de la proporcionalidad o razonabilidad de la medida restrictiva ha sido ya utilizado por el Tribunal Constitucional español, en un supuesto indirectamente relacionado con el derecho a la libre elección de profesión y oficio. En la Sentencia de 22 de diciembre de 1981 se planteaba la posible violación del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y del derecho de acceso a los cargos o funciones públicas (art. 23, 2.º), por un precepto de la Ley catalana de bibliotecas que exigía la titulación de la Escuela de Bibliografía de Barcelona al personal técnico de las bibliotecas públicas. Como se ve, el caso, aun referido directamente a las condiciones de acceso a la función pública, es cercano a la problemática que tratamos. Y la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, al establecer la falta de un presupuesto razonable que justifique la desigualdad introducida por la Ley catalana, es también un criterio fácilmente trasladable a debates referidos directamente a la libertad profesional. Argumenta, en concreto, el Tribunal:

(24) Cfr., en castellano, STEIN: *Derecho político, op. cit.*, pp. 178-181, con indicaciones bibliográficas.

(25) *Ibidem*, p. 180.

«... el título correspondiente a cada nivel educativo, a cada ciclo, en su caso, a cada especialidad, ha de tener el mismo valor en toda España y, desde una perspectiva legal, no se puede valorar desigualmente el acreditativo de haber cursado los estudios en cada centro (por ejemplo, licenciado en Derecho por tal o cual Facultad). Todos los títulos obtenidos en cada nivel, ciclo o especialidad tienen el mismo valor y no se puede tratar desigualmente a los ciudadanos en función de la Escuela en la que han obtenido su título, *porque tal desigualdad no tiene justificación razonable alguna* y, en consecuencia, es contraria al principio de igualdad...» (26).

IV. LA LIBERTAD PROFESIONAL COMO PRINCIPIO INTERPRETATIVO

Para terminar con este examen de algunos de los presupuestos constitucionales de la disciplina pública de las profesiones, quizá sea conveniente volver al punto de partida. Recordar que esa disciplina pública debe partir del principio de la libertad profesional. Cierto que de los datos anteriores —reserva de Ley, pero con posibilidad de habilitación expresa y amplia al Reglamento ejecutivo; no aplicación retroactiva de la reserva de Ley; facultades de configuración del derecho por el legislador, aun dentro del respeto al contenido esencial—, de los datos examinados, digo, la rigidez con que, inicialmente, caracterizaba el derecho de libre elección de profesión y oficio, queda matizada, modulada, relativizada; pero aun así, la libertad profesional sigue siendo la regla. Y sigue siendo regla muy importante, no ya sólo para el propio legislador, sino, ante todo, para el intérprete, que está obligado a propiciar la hermenéutica del derecho positivo más facilitadora de la libertad profesional.

La libertad profesional como criterio interpretativo. En efecto, pero de nuevo conviene introducir alguna precaución: la libertad

(26) Fundamento 4.º de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 diciembre 1981 («BOE», 14 enero 1982), ponente: Rafael GÓMEZ-FERRER, en recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 13, 2.º y la disposición transitoria 2.ª de la Ley catalana 3/1981, de 22 abril, sobre bibliotecas.

profesional no es el único ni el principal de los derechos reconocidos al ciudadano; no desorbitemos el alcance de las reglas desde puntos de vista parciales. He dicho ya que esa libertad tiene un límite evidente en el respeto a los derechos ajenos; lo cual significa que, siempre y cuando otros derechos puedan resultar afectados por el ejercicio de la libertad profesional, el intérprete deberá de cohonestar las soluciones. No es posible, pongo por caso, interpretar las normas relativas al ejercicio de las profesiones jurídicas, prescindiendo del derecho a la tutela judicial contenido en el artículo 24 de la Constitución.

El campo de actuación de la libertad profesional como criterio interpretativo debe establecerse, en consecuencia, sobre la base del respeto a los derechos de los demás. Sólo en ese sentido cabe afirmar, en mi opinión, que en los aspectos relacionados con el derecho al trabajo, ex artículo 35 de la Constitución, es deseable, conforme al diseño constitucional, una mínima injerencia administrativa. Tal declaración se contiene en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 1982, al examinar una materia vinculada con el derecho a la promoción a través del trabajo. En concreto, el Tribunal consideró derogada una Orden ministerial que permitía administrativizar los conflictos laborales en materia de clasificación profesional, dada su absoluta incompatibilidad con el texto fundamental, «que establece un marco constitucional (arts. 7, 28, 35 y 37, principalmente), que garantiza la libertad y la autonomía de las relaciones laborales, sobre unos principios con los cuales no es compatible una intervención tutelar de la Administración en materia como la clasificación profesional» (27).

Declaración que, insisto, sólo puede operar en la medida en que no se encuentren afectados otros derechos fundamentales. Entonces sí: principios de libertad y autonomía como elementos rectores de la regulación constitucional del trabajo; interpretación de las normas sobre profesiones u oficios bajo la óptica más favorecedora de la libertad profesional.

(27) Fundamento 2.º de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 51/1982, de 19 julio («BOE», 18 agosto), ponente: FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, en cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 137, párrafo último, del Texto Refundido de la Ley de procedimiento laboral.

V. INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ATRIBUCIONES PROFESIONALES

De entre los diversos elementos que constituyen la disciplina pública de las profesiones, quería examinar, como dije al principio, las regulaciones referidas a las atribuciones profesionales. A pesar de la sensación de caos normativo que a primera vista producen, quizá sea posible introducir un cierto orden, estableciendo distintas categorías, que ayuden a comprender y a valorar jurídicamente las soluciones arbitradas. Así, creo que, en primer lugar, cabe identificar un conjunto de normas que establecen la necesidad de un título para ejercer ciertas profesiones u oficios. En segundo término, una serie de normas que determinan las atribuciones genéricas de cada profesión u oficio, que fijan en qué consiste esa profesión para la que se exige un título. Y, por último, aquellas normas que, para ciertas cuestiones, prevén la intervención de unos profesionales a los que designan expresamente o sin mayor concreción, por medio del concepto de «técnico competente». Vamos a exponer ahora algunos de los problemas que estas normas suscitan, habida cuenta de los principios fijados.

1. Normas que exigen un título

a) El planteamiento del sistema educativo

La exigencia de un determinado título para ejercer algunas profesiones parece estar directamente relacionada con el sistema educativo. Incluso, puede tenerse la impresión de que, desde la óptica educativa, se lleva a cabo un planteamiento racional, globalizador, al menos a nivel principal, de la disciplina pública de las profesiones. En efecto, con la vigente Ley General de Educación (Ley 14/1970, de 4 de agosto) en la mano, resulta que uno de los objetivos asignados a la educación es «la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales que permitan impulsar y acrecentar el desarrollo social, cultural, científico y económico del país» (art. 1, 2.º); finalidad que se conseguiría a través de la educación universitaria (que debe «preparar a los profesionales que requiera el país y atender al perfeccionamiento en ejercicio (*sic*) de los mismos», según el artículo 30, 1.º) y la formación profesional (que tiene por misión específica «la ca-

pacitación de los alumnos para el ejercicio de la profesión elegida», debiendo guardar «en su organización y rendimiento, estrecha relación con la estructura y previsiones de empleo»; artículo 40, 1.º). Expresamente se dice que los títulos universitarios «habilitan para el ejercicio profesional» (art. 39, 1.º y 2.º), mientras que los efectos de los títulos de formación profesional deben determinarse por decreto (art. 42, 2.º). Es éste, en términos generales, un planteamiento tradicional, que ya se seguía por nuestra primera Ley General Educativa, la Ley de Instrucción Pública de 8 de septiembre de 1857, cuyo título III trataba «de las Facultades y de las enseñanzas superior y profesional», especificando que «pertenecen a estas tres clases las enseñanzas que habilitan para el ejercicio de determinadas profesiones (art. 25).

Ahora bien, por muy antiguo que pueda ser ese planteamiento, no parece que con el mismo queden cubiertas, en la actualidad, las exigencias derivadas del principio (y derecho) de la libertad profesional. Ni siquiera cabe afirmar, una vez que se profundiza un poco en la materia, que el sistema sea tan racional como tras un examen superficial puede parecer.

En primer lugar, resulta muy discutible que del simple establecimiento de la enseñanza de una profesión se derive la exigencia del título correspondiente para ejercer esa profesión.

Es, sin duda, muy conveniente que el sistema educativo amplíe sus horizontes, que se multipliquen las especialidades, que se ofrezca a los ciudadanos la posibilidad de un ejercicio profesional basado en conocimientos sólidos, e incluso que públicamente se constate la capacidad demostrada tras seguir los estudios. Pero de ahí a imponer el paso por el centro formativo y la obtención del título para desempeñar un trabajo media una importante distancia. Para que con la exigencia de tal requisito no se violente la esencia de la libertad profesional, es preciso, como antes he sostenido con carácter general, que la restricción se fundamente en el respeto de los derechos ajenos y que sea proporcionada con esa finalidad (28). No puede haber au-

(28) Algunos extremos de la regulación de la profesión periodística constituyen, en mi opinión, un ejemplo claro de restricción injustificada de la libertad profesional. Aun cuando, en este caso, la responsabilidad de tales restricciones no incumbe, en exclusiva, al sistema educativo. Así, cabe recordar que, en la actualidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Prensa, el Estatuto de la profesión periodística —Decreto de 13 abril 1967, modificado por el de 16 julio 1976— exige el título de Licenciado en Ciencias de la Información para ejercer el periodismo. El título se requiere para ser contratado en cualquiera de las categorías de la profesión periodística (de redac-

tomatismos en esta materia, sino ponderación entre diversos derechos. En concreto, interesa destacar, *ad cautelam*, que no cabe derivar tal automatismo del artículo 36 de la Constitución, allí donde dice que la Ley regulará «el ejercicio de las profesiones tituladas». Por el sentido general del precepto —que trata de los Colegios profesionales, a los que en seguida me referiré—, parece que se reserva a la Ley la adición de condiciones para el ejercicio de una profesión; pero eso no significa que la exigencia del título pueda imponerse sin respetar el contenido de la libertad profesional, regulada en el anterior artículo 35 de la Constitución.

Por otra parte, la vinculación de la existencia de unas enseñanzas a la exigencia del título correspondiente para ejercer la profesión, hace que adquiera un papel importante el sistema seguido para establecer un centro de enseñanza. En la Ley de Instrucción Pública de 1857, el título III citado enumeraba y regulaba las concretas enseñanzas que habilitaban para el ejercicio de profesiones. La Ley General de Educación de 1970, sin embargo, faculta ampliamente al Gobierno para crear centros estatales de enseñanza en su artículo 4, c). Si de la existencia del centro se deriva la exigencia del título, parece claro que la restricción de la libertad profesional queda abandonada a la potestad reglamentaria; abandono incompatible, tras la Constitución, con la reserva legal impuesta por el artículo 53, 1.º del texto fundamental. Ciertamente que la reserva de Ley, como ya expliqué, no puede hacerse valer con efectos retroactivos, pero al menos de cara al futuro debe desempeñar un papel importante.

b) *Las normas de tipo corporativo*

Junto a las exigencias de titulación deducidas de las normas que componen el sistema educativo, es habitual que el requisito de la titulación se imponga por los Estatutos de los diferentes colegios pro-

tor o corresponsal a director), no para colaborar en un periódico (arts. 11, 13, 19 del Estatuto). Por eso me parece que la limitación establecida, más que contra la libertad de expresión, como a veces suele decirse, atenta contra la libertad profesional, puesto que ningún derecho de los ciudadanos sufre el más mínimo riesgo porque de periodista trabaje quien sienta vocación para ello, tenga o no título universitario. Esto no significa que deba suprimirse la Facultad de Ciencias de la Información, sino que debe romperse la ecuación entre título y ejercicio profesional. Para mayores detalles sobre la profesión periodística, cfr. Manuel FERNÁNDEZ AREAL: *Introducción al Derecho de la Información*, Barcelona, ATE, 1977, p. 100 y *passim*.

fesionales (29). Según el diseño establecido en la Ley de Colegios profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por Ley 74/1978, de 26 diciembre), la creación de un colegio (para lo que es necesaria una Ley, según el art. 4.º 1.º) conlleva la obligatoriedad de incorporarse al mismo, para ejercer la correspondiente profesión (art. 3.º, 2.º); colegiación que debe entenderse es un acto debido a «quien ostente la titularidad requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente» (art. 3.º, 1.º). Hay aquí, y es lo que quería resaltar, una remisión a los Estatutos colegiales, a una norma que se elabora por el propio colegio interesado, aun cuando su aprobación corresponda al Gobierno (art. 6.º, 2.º); por eso hablo de norma de tipo corporativo.

Ciertamente, al imponerse el requisito de la creación del colegio por Ley, cabe entender que la decisión de introducir la restricción de la libertad profesional parte del propio Parlamento; respeta, pues, la reserva legal del artículo 53, 1.º, en relación con los artículos 35, 1.º, y 36, de la Constitución. Pero, sin perjuicio de que deba respetarse también el contenido esencial de la libertad, no deja de producir asombro la amplia remisión que se realiza a los Estatutos para añadir otras condiciones de admisión al ejercicio profesional. La brecha abierta al corporativismo, al gremialismo, parece considerable. Un ejemplo puede ser ilustrativo.

La profesión de Gestor administrativo era tradicionalmente accesible a quienes estuvieran en posesión del título de bachiller (o similar), previa la superación de un examen de aptitud (así lo preveían los sucesivos Estatutos o Reglamentos orgánicos de 28 noviembre 1933 y de 10 mayo 1957). Sin embargo, los Estatutos vigentes, aprobados por Decreto de 1 de marzo 1963, exigen una titulación superior (licenciado en Derecho, Ciencias Económicas, Empresariales o Politi-

(29) Los Colegios profesionales constituyen una importante institución jurídica, mezcla de elementos públicos y privados, cuya incidencia en la disciplina de las profesiones es de primera magnitud, aunque ahora sólo se haga referencia a algún elemento. La cita de los diversos estudios de Mariano BAENA DEL ALCÁZAR parece obligada: *Los Colegios profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid, Montecorvo, 1968, obra anterior a la Ley de Colegios profesionales, sobre la que puede verse *Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios profesionales* en esta REVISTA, núm. 74 (1974), pp. 55-111, y *Administración central y Administración institucional en el Derecho español*, Madrid, IEA, 1976; cfr. también, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *En torno a la Ley de Colegios profesionales*, Colegio de Abogados de San Sebastián, 1974; así como el estudio de Jerónimo AROZAMENA SIERRA: *El visado de proyectos técnicos por los Colegios profesionales*, en «RDU», 48 (1976), pp. 29-57, que contiene interesantes reflexiones y datos de alcance general.

cas) y además la superación de las pruebas de aptitud (art. 6.º). Para un licenciado en Derecho es, pues, más difícil ser Gestor administrativo que ejercer de Abogado (para lo que le basta con el título, sin prueba), siendo así que según el artículo 1.º de los Estatutos citados, los gestores «se dedican... a promover, solicitar y realizar toda clase de trámites que no requieran la aplicación de la técnica jurídica reservada a la Abogacía».

2. Normas que determinan las atribuciones genéricas de una profesión

En los litigios sobre atribuciones profesionales es normal observar la utilización de disposiciones reglamentarias que regulan el contenido de las distintas profesiones. Como antes sostuve, salvado el principio de reserva legal, y contando con las correspondientes remisiones, éste parece ser un campo adecuado para el desenvolvimiento de la potestad reglamentaria.

En la Ley General de Educación pueden encontrarse diversas remisiones, habilitando al Gobierno para emanar Reglamentos que pormenoricen, concreten, perfilen, desarrollen el contenido de cada profesión para cuyo ejercicio sea necesario un título. Esas remisiones son, a veces, de carácter implícito, como la del artículo 4.º e), cuando dice que corresponde al Gobierno «la reglamentación de todas las enseñanzas y la concesión o reconocimiento de los títulos correspondientes». Pero no faltan remisiones más claras, en casos concretos (arts. 39, 4.º, a propósito de los estudios de especialización universitaria; 42, 2.º, sobre los títulos de formación profesional), o con carácter general (disposición transitoria 14.ª, 2.º: «El Gobierno dictará las normas necesarias para garantizar el uso riguroso, tanto a fines profesionales como honoríficos, de las titulaciones académicas establecidas en esta Ley»).

Ahora bien, establecida la posibilidad de emanar Reglamentos que determinen el contenido, las atribuciones de las diferentes profesiones, conviene expresar algunas cautelas a propósito de la forma y contenido de tales Reglamentos:

a) En primer lugar, como se habrá observado, las remisiones de la Ley General de Educación se realizan en favor del Gobierno. Expresamente, hay, pues, una exigencia de que el Reglamento sobre atribuciones profesionales revista la forma de Decreto (*ex art. 24, 1.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*). Aun

cuando no existieran esas paladinas declaraciones, la simple remisión a Reglamento debe entenderse realizada, en la actualidad sin ninguna duda, a la potestad reglamentaria del Gobierno, *ex artículo 97 de la Constitución* (30).

Conviene insistir en esta cautela, porque no es infrecuente observar el manejo de órdenes ministeriales y aun de resoluciones y circulares de órganos de inferior jerarquía, en los pleitos sobre atribuciones profesionales. Tales disposiciones son nulas de pleno derecho, como el Tribunal Supremo ha establecido ya en algún caso (31).

b) El desarrollo del contenido de una profesión no puede realizarse arbitrariamente. El respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las limitaciones a la libertad profesional exige, de una parte, una correspondencia entre las atribuciones y las capacidades de los titulados. Es decir, el establecimiento de una ecuación lógica entre los planes de estudios seguidos —que, al menos teóricamente, perfilan el nivel de conocimientos adquirido— y las posibilidades de actuación profesional que se otorgan, a veces, en exclusiva (32).

c) En relación con esas declaraciones de competencia exclusiva, creo que el respeto a los principios citados conlleva también la necesidad de establecerlas muy limitadamente y, en todo caso, de interpretarlas restrictivamente. Me explicaré.

(30) El carácter derivado de la potestad reglamentaria de los órganos distintos del Consejo de Ministros impone la exigencia de una designación expresa de tales órganos en las cláusulas de remisión; cfr. BASSOLS: *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria*, cit., p. 113 y también, José Luis CARRO FERNÁNDEZ y Rafael GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en esta REVISTA, núm. 87 (1976), p. 200.

(31) Sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 14 noviembre 1972 (Aranzadi, 4742), ponente: Enrique MEDINA BALMASEDA, y de 9 mayo 1975 (Aranzadi, 2728), ponente: José M.^a CORDERO DE TORRES, que declaran la nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Dirección General de Arquitectura de 30 diciembre 1966 («BOE», 24 enero 1967), en la que se imponía la intervención de los Aparejadores en las edificaciones industriales.

Asimismo, creo que, por ejemplo, debe considerarse nulo de pleno derecho el artículo 2 del Estatuto de directores de establecimientos turísticos, aprobado por Orden ministerial de 11 agosto 1972, donde se impone que el cargo de director de una empresa turística «sólo podrá ser desempeñado por quien posea el título de Técnico de Empresas Turísticas»; en este caso, parece que ni siquiera una ley podría establecer tal restricción de la libertad profesional, que difícilmente puede venir amparada por otro fundamento que el interés de los citados titulados.

(32) Este aspecto suele ser tenido en cuenta por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; cfr. las referencias que proporciona Luciano PAREJO ALFONSO: *Las competencias profesionales en los proyectos de urbanismo*, en esta REVISTA, número 83 (1977), pp. 282 y ss.

Dada la existencia de múltiples interrelaciones en todos los saberes, conocimientos y técnicas, no debe ser infrecuente que, aun siendo preciso por el respeto de los derechos ajenos la exigencia de una preparación especial para ciertas actividades, tal preparación esté presente en diversos titulados. En esos supuestos —que pueden ser bastante frecuentes— no es razonable conceder el monopolio de la actividad a un solo título, a una sola profesión. El principio de razonabilidad de las limitaciones a la libertad profesional requerirá, pues, que la configuración de ámbitos competenciales exclusivos de una profesión esté respaldada en singularidades de su Plan de estudios, en el hecho de que sólo unos determinados profesionales hayan adquirido las capacidades necesarias.

Esta aplicación del principio de proporcionalidad debe servir, no sólo para limitar el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino también como criterio interpretativo de las normas sobre atribuciones profesionales. En mi opinión, algunas contradicciones que, a simple vista, cabe observar en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, serían fácilmente evitables si se hubiera partido de este criterio; de lo que podríamos denominar el principio de favorecimiento de la compatibilidad de atribuciones.

El puro juego de los diversos Reglamentos de atribuciones profesionales, sin tener en cuenta el principio citado, lleva, en efecto, a la Jurisprudencia a sostener soluciones, no sólo faltas de lógica, sino, lo que es más grave, amparadoras de concepciones «gremialistas» de las profesiones. Así, nos encontraremos con que mientras en una Sentencia se concluye que los Ingenieros de Caminos son incompetentes para proyectar naves industriales, poco antes el propio Tribunal había admitido su competencia para proyectar naves industriales contiguas a carreteras (33). Que si bien los Ingenieros Industriales son competentes para proyectar una nave industrial, incluso su fachada principal que da a la vía pública y las oficinas, no tienen, sin embargo, competencia para proyectar la ampliación de una fábrica de aceites (34). Que los Arquitectos pueden proyectar y dirigir los trabajos de instalaciones eléctricas en las edificaciones que proyecten y diri-

(33) Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, respectivamente, de 11 noviembre 1981 (*Aranzadi*, 5057), ponente: Enrique MEDINA BALMASEDA, y de 8 julio 1981 (*Aranzadi*, 3457), ponente: Paulino MARTÍN MARTÍN.

(34) Sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, respectivamente, de 27 mayo 1980 (*Aranzadi*, 2857), ponente: Paulino MARTÍN MARTÍN, y de 14 marzo 1980 (*Aranzadi*, 2714), ponente: Fernando DE MATEO LAGE.

Jan, pero no pueden aisladamente suscribir un proyecto de instalación eléctrica de baja tensión (35), etc.

Ciertamente, debe resaltarse también la existencia de decisiones jurisprudenciales en las que la problemática es enfocada más correctamente. Así, el Tribunal Supremo admitirá, por ejemplo, el ejercicio de actividades topográficas, no sólo por los Peritos Topógrafos, sino también por los Ayudantes de Obras Públicas o por los Ingenieros Agrónomos (36). O la compabilidad de competencias de Arquitectos e Ingenieros de Caminos, entre otros casos, a alguno de los cuales en seguida me referiré (37).

3. Normas sobre atribuciones profesionales singulares

Junto a las normas dictadas con la específica y exclusiva finalidad de delimitar las competencias profesionales, existen en nuestro Ordenamiento normas que, para ciertas actividades, prevén la intervención de profesionales, a los que designan expresamente o por medio del concepto de «técnico competente». En común, tienen estas normas su inclusión dentro de la regulación general de la materia a que se refiere la actividad, como un elemento más de los que componen esa regulación general.

Ejemplos de designación expresa de profesionales los tenemos en algunas Leyes procesales, a propósito de Abogados y Procuradores (38); en la Ley de Bases de la Sanidad Nacional para los Farmacéuticos (base 16.^a, párrafo 7.^o) y, en general, para todos los profesionales sanitarios (*ex* base 34.^a); en el artículo 30 de la Ley General de Obras Públicas, con referencia a Ingenieros de Caminos y Arquitectos; en el artículo 7.^o de la Ley de Carreteras, en relación con Ingenieros

(35) En el primer sentido, Sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 8 abril 1980 (*Aranzadi*, 3025), ponente: Fernando ROLDÁN MARTÍNEZ; de 9 febrero 1981 (*Aranzadi*, 597), ponente: José Luis RUIZ SÁNCHEZ; de 1 junio 1982 (*Aranzadi*, 3602), ponente: Julio FERNÁNDEZ SANTAMARÍA. En el segundo sentido, la Sentencia de la misma Sala de 25 febrero 1980 (*Aranzadi*, 1710), ponente: Jaime RODRÍGUEZ HERMIDA.

(36) Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 28 junio 1959 (*Aranzadi*, 2837), ponente: José M.^o CARRERAS ARREDONDO, y de la Sala 3.^a de 11 febrero 1969 (*Aranzadi*, 489), ponente: Tomás ALONSO PÉREZ.

(37) Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 25 septiembre 1979 (*Aranzadi*, 3175), ponente: Fernando ROLDÁN MARTÍNEZ.

(38) Cfr. artículos 3.^o, 4.^o y 7.^o de la Ley de Enjuiciamiento civil; 118 y 119 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; conforme a estas normas, las profesiones de Abogado y Procurador tienen la competencia exclusiva en la representación y defensa procesal, aunque en ocasiones se permita la actuación directa de las partes. Menos limitativo es, en cambio, el artículo 10 del Texto Refundido de procedimiento laboral, que permite llevar a cabo esas funciones, en algunos supuestos, a otros profesionales.

de Caminos e Ingenieros Técnicos de Obras Públicas; en el artículo 33 de la Ley de Prensa, de cara a los Periodistas (39).

Supuestos de designación genérica se encuentran en la Ley del Suelo, cuyo artículo 31, 2.º exige que los Planes urbanísticos sean redactados por «facultativos competentes con título oficial español» (40); en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al imponer que la solicitud de licencia referida a ejecución de obras o instalaciones debe acompañarse de «proyecto técnico» (artículo 9.º, 1.º); en el Reglamento Electrónico para Baja Tensión (Decreto 2413/1973, de 20 septiembre), que prevé la presentación de proyectos suscritos «por técnico competente» (art. 25, 1.º). La aplicación de estos preceptos plantea algunos problemas:

a) Las normas utilizan aquí conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción requiere, ante todo, no perder de vista la finalidad perseguida al exigir la intervención de un «técnico competente». En los casos citados, parecen ser razones de seguridad —impuestas en último extremo para salvaguardar el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 de la Constitución)— las que justifican la restricción de la libertad profesional; consecuentemente, sólo podrá exigirse, por esa vía, la intervención de aquellos profesionales que, en razón de sus capacidades, pueden proporcionar tal seguridad en la confección de los proyectos (41).

b) En la determinación del «técnico competente» debe de tenerse muy presente lo que antes denominé principio de favorecimiento de la compatibilidad de atribuciones. Si con carácter general ese principio —derivado de los de proporcionalidad y razonabilidad en las limitaciones de la libertad profesional— ha de jugar un destacado papel en la determinación y alcance de las atribuciones profesionales, con mayor razón habrá de favorecerse la fijación de una

(39) Cfr. lo dicho en nota núm. 28.

(40) Hay otras referencias a la intervención de «técnicos» en las materias urbanísticas: artículos 15, 1.º y 228 de la Ley del Suelo (cfr. PAREJO ALFONSO: *Las competencias profesionales en los proyectos de urbanismo*, cit., p. 248).

(41) Resulta así incomprensible la pretensión de los Decoradores, articulada a través de una pregunta parlamentaria, de que los Ayuntamientos exijan su intervención en los proyectos que deban acompañarse a las solicitudes de licencia, ex artículo 9, 1.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. (La pregunta fue presentada por el Diputado de Coalición Democrática, Manuel Fraga Iribarne, en «Boletín Oficial de las Cortes Generales». Congreso de los Diputados, I Legislatura, serie F, 21 noviembre 1981, núm. 2.577-I, p. 5345; y mereció una contestación del Gobierno orientada a considerar la decoración como una actividad libre, en «Boletín», cit., 15 febrero 1982, núm. 2.577-II, p. 5346).

pluralidad de técnicos competentes cuando el trabajo de éstos es supervisado por la Administración pública. Lo que importa, a fin de cuentas, es que el proyecto que se acompaña a la solicitud de licencia, pongo por caso, sea conforme a las Ordenanzas... Como ya hemos visto, hay Jurisprudencia que va estableciendo este tipo de soluciones (42). Además de las Sentencias antes citadas, me gustaría ahora referir, especialmente, un caso en el que el problema del «técnico competente» se soluciona con corrección, a mi juicio.

Se trata del supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1982. El Ayuntamiento de Tarragona consideró que un Ingeniero Industrial no era competente para suscribir un Plan de reforma interior, exigiendo en consecuencia la subsanación de la deficiencia para aprobar el citado Plan. Producida la impugnación en vía contencioso-administrativa, la Audiencia Territorial de Barcelona, primero, y el Tribunal Supremo en grado de apelación, sostendrán la competencia del Ingeniero Industrial. Creo que vale la pena, pese a su longitud, transcribir íntegros los espléndidos razonamientos del Tribunal Supremo (43):

(42) Cfr. las sentencias *cit.* en notas núms. 36 y 37.

(43) Considerandos 2.º y 3.º de la Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 2 abril 1982 (*Aranzadi*, 2382), ponente: Enrique Díaz EIMIL. Sobre la materia, cfr. PAREJO ALFONSO: *Las competencias profesionales en los proyectos de urbanismo*, *cit.*, pp. 235-280, donde llega a conclusiones diferentes de las sostenidas en la Sentencia *cit.*, pero téngase en cuenta que el estudio de PAREJO es anterior a la Constitución, por lo que no se maneja el principio de la libertad profesional.

Los planteamientos de este fallo habían sido ya adelantados, parcialmente, en la Sentencia de la misma Sala de 28 septiembre 1981 (*Aranzadi*, 3853), ponente: Ricardo SANTOLAYA SÁNCHEZ, sobre todo en su considerando 4.º; en el proceso, los Ingenieros Industriales impugnaban un acto municipal convocando un concurso de ideas, entre Arquitectos e Ingenieros de Caminos, para redactar un plan parcial; estimaban los demandantes que el Ingeniero Industrial también era competente para dicha redacción; cuestión no discutida por el Tribunal Supremo, que razona sobre la interdisciplinariedad del urbanismo, aunque acabe desestimando el recurso, al entender que el Ayuntamiento utilizó la libertad de designación de técnico —en la que se comprenden Arquitectos e Ingenieros de Caminos—, conforme al artículo 31, 2.º de la Ley del Suelo. Sin embargo, en la Sentencia, también de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, de 2 julio 1982 (*Aranzadi*, 5332), ponente: Aurelio BOTELLA TAZA, se sostiene una doctrina distinta con respecto a un supuesto muy similar: se anula una convocatoria municipal de concurso de anteproyectos de ordenación de determinados terrenos limitada a los Arquitectos; «restringir a cierto título el concurso... constituye modificación del ámbito legal no excluyente de otras clases de facultativos, entre ellos los Ingenieros de Caminos cuyo Colegio es aquí recurrente» (del considerando 1.º).

Con posterioridad, la doctrina contenida en la Sentencia de 2 de abril 1982, a que me refiero en el texto, ha sido confirmada por la Sentencia de la misma Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 28 junio 1982 (*Aranzadi*, 4857), ponente: José María REYES MONTERREAL, que sostiene la competencia de los Ingenieros Indus-

«Considerando: que dentro de la polémica que los autores sostienen sobre quiénes son los facultativos competentes para redactar y dirigir proyectos de planeamiento urbano es de común aceptación el que la ciencia del urbanismo es esencialmente interdisciplinar por confluir en ella conocimientos procedentes de las más variadas ramas del saber humano, hasta el punto de que se considera ideal deseable que dicha actividad sea realizada por un conjunto de profesionales —arquitectos, ingenieros, juristas, sociólogos, geógrafos, artistas, etc.— que, sin orden de preferencia y bajo una dirección unitaria, colaboren en equipo aportando los conocimientos propios de sus respectivas especialidades y ello pone de manifiesto que la ciencia urbanística, en su estado actual, *sobrepasa el ámbito específico de las titulaciones tradicionales* hasta el extremo de haber dado lugar a la nueva figura profesional del urbanista, con la consecuencia de que en principio no pueda adjudicarse de manera singularizada el patrimonio de una competencia exclusiva a ninguna de dichas profesiones tradicionales, siendo también de reconocimiento general el que la ciencia del urbanismo, a esa naturaleza compleja e interdisciplinar une las características de un fuerte dinamismo evolutivo que la ha sometido a un rápido y extraordinario progreso en su formalización conceptual y técnica, motivado, sin duda, en el notable desarrollo y crecimiento de la vida colectiva y en la creciente conciencia de la excepcional importancia que en todos los aspectos de la existencia individual y social tiene la recta planificación y ordenación del *hábitat* humano —no sin razón se ha dicho que la esencia de la civilización humana en su actual estado histórico consiste en ser una civilización urbana—, produciéndose como resultado el que la referida ciencia y su aplicación práctica a la realidad social haya invadido campos profesionales que anterior-

triales para suscribir proyectos relativos a planes parciales, proyectos de urbanización, programas de actuación, estudios de detalle y demás instrumentos «que no supongan ordenación integral de un territorio».

mente venían relacionados con ella de manera escasa, circunstancial o parcial, imponiéndose como ineludible exigencia de formación profesional estudios urbanísticos cada vez más intensos y especializados para permitirseles así acceder, en debidas condiciones científicas y técnicas, al campo del urbanismo en concurrencia con aquellas otras profesiones que tradicionalmente vinieron siendo consideradas como las más idóneas en esta materia, como es la de *Arquitecto*, cuya *indiscutible sólida formación urbanística no impide que otros profesionales de titulación académica del mismo grado y categoría hayan alcanzado o alcancen en el futuro igual o similar competencia para intervenir en el quehacer urbanístico con plenas garantías de competencia responsable.*

Considerando: Que todo lo que antecede justifica que el legislador, pese al conocimiento que, sin duda, tuvo de lo controvertido de la cuestión aquí debatida, no impusiera una solución concreta a la misma por el sencillo recurso de señalar en forma específica e individualizada la profesión o profesiones competentes para redactar y autorizar instrumentos de planeamiento y ordenación urbanos, sino que en prudente congruencia con esas condiciones de complejidad y poder expansivo de la ciencia del urbanismo mantuviera en los textos normativos que se han sucedido en esta materia —arts. 24.3 de la Ley de 12 de mayo de 1956, 31.2 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976 y 123.4 del Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978— *la frase genérica de "facultativos competentes con título oficial", la cual tiene el evidente designio de no vincular el monopolio de dicha competencia a alguna predefinida profesión, sino la de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos urbanísticos que se correspondan con la clase y categoría de los proyectos que suscriba su poseedor, tal y como sucede indudablemente con el de Ingeniero Industrial Superior en relación a un proyecto de estudio de detalle según justifican las acer-*

tadas razones de la Sentencia apelada, que esta Sala acepta íntegramente y tiene aquí por reproducidas, destacando tan sólo que *dicho proyecto no constituye al fin y al cabo más que un documento técnico que inicia un procedimiento en el que existen abundantes controles* que, aun estando simplificados en el supuesto de los estudios de detalle, precisamente por su inferior nivel jurídico y menor dificultad técnica, son siempre suficiente garantía de su legalidad, rigor técnico y oportunidad, lo cual es en definitiva lo que interesa al ordenamiento jurídico, siempre y cuando dicho documento técnico proceda de un título oficial que, como ocurre con el de los Ingenieros Industriales Superiores, sea expresivo de una adecuada formación intelectual en esta área del conocimiento humano y en la que por ello no puede negársele que intervenga *en el ejercicio de su derecho al pleno y libre desarrollo de su personalidad y creatividad profesionales.*»

V. REFLEXIÓN FINAL

Deducir todas las consecuencias de los preceptos constitucionales no es una tarea sencilla, pero es una tarea precisa si se quiere fijar el exacto alcance de cualquier regulación jurídico-positiva. Como ha dicho un acreditado autor, «la Constitución es el contexto necesario de todas las Leyes y de todas las normas y, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple» (44). Bajo esa óptica se han escrito las páginas anteriores, intentando determinar, siquiera sea en relación a algunos extremos, el sentido y los efectos derivados del «derecho a la libre elección de profesión y oficio», que ampara el artículo 35, 1.º de nuestro texto fundamental.

El núcleo central de las diversas tesis mantenidas reside en la consideración de la libertad como principio y valor básico del Ordenamiento, que ha de ser, por tanto, acogido en todos los sectores. La libertad profesional como norma que se impone al propio legislador y que debe condicionar las interpretaciones. La libertad profe-

(44) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en el conocido Prólogo a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, páginas 19-20.

sional como rechazo expreso del gremialismo y del corporativismo: libertad sólo limitada por otras libertades.

Libertad limitada; me gustaría insistir en este aspecto, porque me parece decisivo para un correcto entendimiento de las cuestiones analizadas. Son muchas las profesiones cuyo ejercicio conlleva graves responsabilidades frente al público en general; son numerosas las actividades que sólo pueden ser desempeñadas por personas muy competentes, dados los derechos de terceros que están en juego. Lo cual conlleva una fuerte exigencia de cara a la disciplina pública de las profesiones. Es decir, si de una parte puede parecer criticable la general equiparación, observada en las normas educativas, entre existencia de una enseñanza y obligatoriedad de estar en posesión del título correspondiente para ejercer la profesión; si esa equivalencia no puede ser admitida en términos abstractos —sin apoyarse en el respeto a los derechos ajenos—; de otra parte, surge la duda, creo que razonable, de si la culminación de unos estudios basta para garantizar los derechos de los demás en el ejercicio de algunas profesiones. ¿Está realmente capacitado un licenciado en Derecho para actuar como Abogado, y garantizar así, en la medida que le corresponde, el derecho a la tutela judicial de sus clientes? ¿Y un licenciado en Medicina, que juega con la salud de sus pacientes? ¿Y un Arquitecto, cuya actividad compromete la seguridad física del ciudadano? (45).

Las tesis que he mantenido no son, pues, una defensa a ultranza de la libertad profesional. Libertad responsable, libertad condicionada, libertad limitada, en todos aquellos casos en que puedan verse afectados los derechos de los demás ciudadanos. Exigencia, consecuentemente, de cara al sistema educativo y a los requisitos para el ejercicio de profesiones; pero exigencia valorada objetivamente, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por el Parlamento. Respeto riguroso a la reserva de Ley contenida en nuestra Constitución para la introducción de limitaciones o restricciones a la libertad profesional. Correlativamente, rechazo decidido de los planteamientos de corte gremialista o corporativo.

(45) La vinculación entre la existencia de un centro de enseñanza y la necesidad de sus títulos para el ejercicio profesional no parece variar esencialmente —con respecto a la Ley General de Educación de 1970— en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria; si bien, esta norma no utiliza (artículos 1-2.º y 28 a 32) unas expresiones tan claras, en el sentido interesado, como la Ley de 1970. Baste esta referencia —que introduzco al corregir pruebas, varios meses después de entregado el trabajo— para salvar la falta de mención en el texto a la Ley de Reforma Universitaria.

III. DERECHO ADMINISTRATIVO

