

# EJERCICIO FLEXIBLE DE LA JURISDICCION SOCIAL\*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto  
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia),  
de la Universidad de Łodz (Polonia) y del Instituto Pernambucano  
de Derecho del Trabajo de Recife (Brasil)

## 1. Emergencia de la idea de flexibilidad

El advenimiento a la situación de crisis económica —causada por las dificultades de aprovisionamiento energético de los procesos productivos— obligó a reemplazar el clásico *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales* por *soluciones de transacción* que, de una parte, garantizaban la continuidad y/o reconversión de los procesos industriales, y, de otra, mitigaban los efectos de la destrucción del empleo. Es cuando —gracias a la reacción lúcida de los sindicatos— todas las parcelas del complejo sector que el Derecho Social constituye, acogen soluciones basadas en el concepto novedoso de *flexibilidad*. Hasta entonces y ante la suficiencia de los beneficios consecuentes al ejercicio de la libertad de empresa, primaba la *rigidez* propia de la tenacidad con que los sindicatos defendían la irreversibilidad de los derechos adquiridos, individual y colectivamente, por los trabajadores. En adelante, los enojos competitivos —surgidos de la crisis económica— exigen adoptar fórmulas que —sacrificando el progreso de estas adquisiciones— amplían el campo del Derecho dispositivo y reducen la esfera del Derecho necesario. El segundo va perdiendo el terreno que, gracias al fenómeno de la *desregulación*, el primero conquista paso a paso.

---

\* Texto de la ponencia presentada al *II Curso de formación continuada de Jueces y Magistrados en el orden social*, que, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto de Estudios Sociolaborales de la Universidad de Deusto, se dedicó al tema *Incidencia de la flexibilidad en el Derecho de las relaciones de trabajo* y tuvo lugar en Bilbao de 28 a 30 de marzo de 2001.

Los excesos de la flexibilidad sugieren, no obstante, el peligro de una *desocialización neoliberal* del Derecho de las relaciones de trabajo.

## 2. Reflexiones elásticas sobre la flexibilidad

Una presentación didáctica e inteligible de lo que la flexibilidad es y significa, depende de un razonamiento que, sin desistir de su rigurosa construcción, pretenda mostrarse imaginativo y creador. La flexibilidad se ha convertido, a fin de cuentas, en una más de las variantes que, andando el tiempo, ofrece la máxima de la *filosofía del devenir*, que —rompiendo con la misteriosa rigidez de la *filosofía del ser*— situaba el objeto del conocimiento en la *mudanza de las cosas* que incluso llegaban a cambiar de naturaleza. El misterio de todo lo insondable se desvanece gracias al empeño —quizás más influyente que el propio entendimiento— de sustitución y de cambio.

El Derecho Social ha sido un agente notable de esas mutaciones y —como destacaron comparaciones muy lúcidas— ha contrapuesto su arrojo y sus aptitudes de improvisación —no de temeridad, ni de falta de arrestos dogmáticos— a la autoridad del acreditado Derecho Romano, que alardea de su acopio de sabiduría, y a la apostura del Derecho Privado general, que se precia de la modernidad de sus adquisiciones. El Derecho Social brinda, hoy por hoy, las oportunidades de elevar el concepto de flexibilidad a una *noción multívoca* que, manejada con imaginación y racionalidad, produce benéficos efectos, en vez de la confusión que se le augura, y hace visible el *verdadero rostro* —desencajado y un tanto envejecido por el castigo de las adversidades históricas— de una disciplina que, como el Derecho Social, mantiene la voluntad de un vigoroso resurgir y persigue tenazmente las verdades que son eco de sus transformaciones.

La flexibilidad refleja, en primer término, la metodología que analiza la crisis de las relaciones industriales para lograr la coexistencia del civismo de sus protagonistas y la irrenunciabilidad de sus actitudes, morales, intelectuales y pragmáticas. La *lucha de clases* no queda entonces abolida —al uso del viejo corporativismo autoritario— ni superada —como, sin éxito, intentaron las experiencias del marxismo— y sí sustituida por la confrontación que, ante los desafíos de la crisis económica, obliga a un ejercicio de equilibrio tan difícil como imprescindible. La postura tolerante de los sindicatos —inmersos en las contradicciones de unas *realidades flexibles* que les conminan y sorprenden— abunda en criterios de razonabilidad encaminados a gestionar con acierto —por aquello de que *lo mejor es ene-*

*migo de lo bueno*— los problemas a que el nuevo estado de cosas da lugar.

La *flexibilidad* insinúa que muchas de las adquisiciones de la *democracia industrial* —fatigosamente alcanzadas y afectadas, más tarde, por dificultades de financiación y cumplimiento— tienen que moderarse, sin sacrificarse por completo. No con el fin de aumentar el beneficio de los empleadores, ni retornar al pretérito imperfecto de su *dominación organizadora*, sino para aliviar las cargas que, por imperio de inexcusables funciones sociales, gravan, en adelante, el ejercicio de la iniciativa económica. La novedad consiste en que, además de atribuir derechos, *la libertad de empresa obliga*, urgiendo el cuidado del contenido económico de algunos derechos constitucionales, el fomento de la riqueza, la satisfacción de los servicios esenciales de la comunidad y, especialmente, la promoción del empleo y la lucha contra su degradación.

La *flexibilidad* también quiere decir que, como conviene a la naturaleza de las cosas, los poderes públicos—emanados de la voluntad indivisible del Estado soberano—han de aceptar un dato histórico que, lejos de obedecer a una *minimización superficial*, manifiesta la identidad y el destaque de las organizaciones sindicales. El sindicato es titular de una soberanía que —asociada al concepto y el empuje de la *libertad sindical*— no se supedita a la soberanía del Estado y, a causa de su fuerza expansiva, engendra un ordenamiento jurídico diferenciado del Derecho objetivo estatal. La soberanía sindical no se disuelve ni se desnaturaliza por el hecho de que, como *sujeto de base institucional*, el sindicato despliegue sus actividades en el marco territorial de la soberanía del Estado y acate condiciones que, sin vulnerar el contenido esencial o núcleo invulnerable de su elenco de libertades, integran la *dosis de control* con que, ante la presencia sindical, el Estado se obliga a reaccionar.

La *flexibilidad* exige que los cultivadores de las disciplinas —jurídicas y extrajurídicas— cuyo conocimiento y perfección inciden en las realidades sindicales, abandonen las posturas simplificadoras que minimizan la notabilidad de este fenómeno e ignoran la vastedad del espacio jurídico en que se movilizan sus agentes. El Derecho Sindical está formado por las libertades de Derecho de Gentes que los constituyentes han acumulado y hecho suyas, a causa del impacto cultural de su arraigo. Su tratamiento no puede desdecirse de sus orígenes históricos y de la tradición que le acompaña. Cualquier cosa, menos disminuir o silenciar esa importancia.

La *flexibilidad* demanda que el legislador tenga presentes —sin acceder al simplismo del pensamiento débil ni despreciar las tentativas de

convención y de pactismo— las diferentes formas de acuerdo en la vida de relación, porque unas son vitandas, otras menos aconsejables, y otras imprescindibles para el éxito de sus experiencias. Ha de ser consecuente y receptivo con las aportaciones sindicales que transmiten e interpretan las demandas relativas a cuantos intereses generales requieren protección legislativa. Esta cooperación presenta unas garantías de veracidad y exactitud que no existen o escasean en otros sectores del ordenamiento jurídico.

La *flexibilidad* indica que el valor superior del ordenamiento jurídico —que, a la luz del art. 1.1 CE, ensalza la justicia como síntesis de la igualdad y de la libertad que el art. 9.2 CE ordena promover—no se realiza plenamente si el juez prosigue reducido al papel del *oráculo que repite las palabras de la ley*. Sorprende que —incomprensible e interesadamente— sobrevivan islotes de pensamiento en que la *doctrina enmudecedora de la jurisdicción* sigue triunfando. La reflexión estructuralista denunció esta simplicidad y, con el tiempo, dispuso de los mejores acompañamientos para ganar la batalla librada contra una pretensión empobrecida y reductora. El juez ordinario que aplica el Derecho Social —frente a experiencias históricas más maleables que las de otros sectores del ordenamiento jurídico— utiliza, con harta frecuencia, los aleccionamientos de una Historia del Derecho que, hasta el día de ayer, ha sido puro y simple Derecho Positivo. Esta aproximación da idea de la complejidad e interés de unas operaciones judiciales ignoradas por cuantos atribuyen al Derecho Social una simplicidad de que carecen su metodología y sus instituciones. El juez forma parte de un poder del Estado que debe combatir la petrificación, la rutina o los hábitos del *pensamiento unidireccional*. Aplica, sin mayores dificultades interpretativas, las normas de Derecho Social cuyas proposiciones —amén de ser inteligibles e inequívocas— no disienten de las exigencias dictadas por las nuevas realidades del tiempo y del lugar que hace falta verificar y definir. Tiene que interpretar esas normas cuando las realidades sociales —nacidas de los avances y signos de los tiempos— comunican a la ley un espíritu y finalidad— que, lejos, de mostrar nada nuevo, modernizan el viejo *spiritus mobilis* de la ciencia canónica —cuyas divergencias o progresos se distancian de la voluntad del legislador que puso ese Derecho en la ciudad.

El *ejercicio flexible de la jurisdicción social* —que significa algo de todo esto— conviene a las iniciativas del juez ordinario que, identificado con los principios y preceptos constitucionales, está en posesión del denominado *sentimiento constitucional*, presto a separar las recetas caducas del *uso alternativo del Derecho*, de las iniciativas creadoras que sugiere la interpretación elástica de la legalidad fundamental, hos-

til a las superficialidades y flaquezas del *pensamiento débil*, y empeñado, día tras día, en aunar las luces y las sombras de un razonamiento jurídico que, para merecer este nombre, tiene que ser *moralmente comprometido, socialmente distributivo y justo y, desde la perspectiva jurídica, intelectualmente valioso y persuasivo*.

### 3. Promoción de los derechos sociales a la cualidad de derechos fundamentales

Así como los jueces ordinarios que aplican el Derecho Social, ejercitan los controles de constitucionalidad —directos o difusos— que están a su alcance, les incumbe también acomodar el Derecho del Estado miembro a los *cambios de rumbo* que se siguen de la emergencia y el reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales en el espacio social europeo.

La lectura de la dec. 5 Pr. VCTUE y la más reciente redacción del art. 136 I VCTR muestran cómo los *derechos de carácter social* se rotulan deliberadamente *derechos fundamentales de los trabajadores* y adquieren una fisonomía que, lejos de cualquier ligereza semántica, obedece a una finalidad consciente y responsable.

Es novedad de calado muy hondo la que, mejorando una trascendente calificación, ofrece el art. 136 I VCTR. El art. 2.58 TA emprendió la *operación depuradora* consistente en derogar el Prot. PS y el APS, que, sin pertenecer a las cláusulas dispositivas de la VATUE, proclamaba unos postulados de política social cuya sinceridad y magnitud estaban en razón inversa de la naturaleza de una sistematización poco convincente. La consideración inicial del Prot. PS expresaba el *escueto deseo* —algo menos que un objetivo programático y obviamente distinto de la eficacia preceptiva directa— de aplicar, partiendo del *acervo comunitario* o bloque de constitucionalidad de cada materia, la CCDSFT, sin robustecer las situaciones jurídicamente definidas en ella, ni anticipar iniciativas desautorizadas por el ambiguo *texto de compromiso* que las exaltaba.

El art. 136 I VCTR —que asigna a la Comunidad y a los Estados miembros el objetivo de *lograr una protección social adecuada*— declara que esta finalidad se relaciona con el antecedente de los *derechos sociales fundamentales* enunciados en la CSE y con los que, más tarde, ha sancionado la CCDSFT, relativas ambas—intencional e inequívocamente— a los *derechos fundamentales de los trabajadores*.

El discurso constitucional comunitario revela que los *derechos sociales se consolidan como derechos fundamentales* y gozan de las

cualidades que provocan su ascenso a esta categoría de magnitud cualificada.

Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros están obligados a acatar y compartir las consecuencias de un reconocimiento de esta clase. De ahí, los deberes —impuestos a cada país comunitario integrante de la UE— de promover las oportunas reformas constitucionales y corregir, si es de caso, una distribución que no se condice con la calificación que los derechos sociales acaban de obtener. Su configuración como derechos fundamentales deriva del respeto debido a la naturaleza de las cosas, condena los arbitrios u opciones gratuitas que intenten desvirtuarla, y termina imponiéndose a la voluntad del constituyente europeo que, a la vista del horizonte histórico de la razón práctica, les anexiona a su repertorio cultural. Lejos de una actitud de otorgamiento complaciente, tan importante calificación predetermina, con énfasis no disimulado, las operaciones jurídicas que los poderes públicos deben llevar a cabo para consumarla, pues, es inalienable e inseparable de la condición —personal y profesional— de los trabajadores a quienes protege.

El imperativo del art. 136 I VCTR puede cumplirse o demorarse y, según ello, facilitar o no la reforma constitucional que, de acuerdo con la novedad implantada, reconozca esa sugestiva ascensión y sitúe los derechos sociales bajo la rúbrica —que encabeza la sec. 1.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. II CE— *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. El que semejante labor de adaptación se omita y se prescinda del procedimiento de reforma fijado en los arts. 87.1 y 168 CE, no impide que una propuesta tan rotunda deje de producir las consecuencias técnicojurídicas que le son inherentes.

He aquí, uno de los aspectos en que el *principio de primacía del Derecho comunitario* interviene y uno de los campos en que las acciones de los jueces ordinarios pueden registrar interesantes experiencias. La primacía es algo más que la preponderancia excluyente o el prevalecimiento del mandato o la prohibición —de una norma jurídica europea— sobre una disposición estatal cuya incompatibilidad con la primera conduce a inaplicarla, cuando menos, si no hay dispositivos más enérgicos que faciliten su expulsión del ordenamiento jurídico. La primacía no atañe solamente al contenido de las normas que, gobernando una institución determinada, soportan una relación que, más que en la noción de jerarquía, se basa en la de competencia o interdicción de diferencias reguladoras. La primacía repercute también en lo concerniente a la calificación y la naturaleza de la norma afectada. El Derecho objetivo de los Estados miembros no puede contrariar la descripción dogmática de una institución ni el carácter que, en razón de

ella, le confiere el ordenamiento comunitario. No es dable reducir la importancia o degradar la excelencia jurídica de una institución que las normas comunitarias han diseñado con especial delicadeza o a la que asignan mejor condición o procuran una tutela más intensa que la que la legalidad constitucional u ordinaria del Estado le otorga.

Urge que los jueces ordinarios —situados en esa encrucijada— se apropien la calificación que el ordenamiento jurídico comunitario ha transmitido, no hace mucho, a los derechos sociales. Su naturaleza no puede soportar, por más tiempo, las contradicciones o el demérito de los criterios que, respecto a su régimen jurídico, mantienen los Derechos constituidos de ciertos Estados miembros.

El *ejercicio flexible de la jurisdicción social* no puede soslayar este punto de vista y tiene que hacer de él la clave de una de sus obsesiones. Cabe promover cuestiones prejudiciales que —amparadas en el art. 234 VCTR— propugnen las respuestas a los interrogantes que el nuevo planteamiento suscita. Actuando como *jueces del espacio comunitario*, la vinculación al principio de primacía del Derecho comunitario les impone la obligación de reconocer y dar trato de derechos fundamentales a los derechos de stirpe social que, inicialmente ayunos de esa consideración, subyacen —en la sec. 2.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. I y en el cap. 3.º, tít. I CE— a las respectivas rúbricas *De los derechos y deberes de los ciudadanos* y *De los principios rectores de la política social y económica*.

#### 4. Control directo o indirecto de la constitucionalidad de las normas

El control de la constitucionalidad de las normas jurídicas de Derecho Social compromete también las acciones de los jueces ordinarios. Mientras que la legislación autoritaria dotó de un tratamiento más discreto a otros sectores del ordenamiento jurídico, el Derecho de las relaciones individuales de trabajo —ya que el de las relaciones colectivas estaba proscrito— y el Derecho de la Seguridad Social desarrollaron una política social cuyas diferencias con los modelos corporativos truncados por el advenimiento y desenlace de la Segunda Guerra Mundial —a saber, el nacionalsocialista alemán y el fascista italiano— habían consistido en sustituir la inspiración paganizante de sus experiencias por el depósito de la doctrina social de la Iglesia Católica. Un abundante cuerpo de legislación —en sentido material o vertical— del sistema previgente ha sido aplicado —tras la apertura del edificio constitucional— en circunstancias que requerían sensibilidad jurídica y acierto para dilucidar las cuestiones que así se originaban.

Las normas de Derecho Social anteriores al momento del tránsito, se sujetaban —sin distinciones de rango jerárquico— al control de los jueces ordinarios, que —además de cumplir la misión específica que les atribuían los arts. 117.1 CE, 1.1 LOPJ y 1.7 C.c.— adquirían otros compromisos impuestos por el artículo 9.1 CE. Se obligaban a mantener el ordenamiento jurídico exento de impurezas y a cuidar de que en él no penetrasen ni sobreviviesen *elementos inconstitucionales de grueso calibre*. Frente a la tolerante presunción de adecuación o suficiencia constitucional de las normas de Derecho Social previgentes a la carta política, entra en juego una carga más exigente de cooperación. El simple atisbo, aun no confirmado, de que cualquiera de esas normas —legal o de rango inferior a la ley— era inadaptable al orden constitucional, explicaba —para evitar los inconvenientes del *miedo al vacío*— la tentativa de un ajuste —no descabellado ni dialécticamente violento, y sí provisto de fuerza persuasiva— a los principios y preceptos constitucionales que intervenían como criterios contextuales de interpretación. Sólo si fracasaba este empeño, la *consigna catártica* de la DD 3 CE llevaba a declarar la incompatibilidad —con la ley fundamental— de las normas de Derecho Social que no se acomodaban a la letra y/o el espíritu constitucionales. *Inadecuación constitucional* —género conceptualmente ajeno a la inconstitucionalidad en sentido propio— y no *inconstitucionalidad sobrevenida* —especie inadmisibles de inconstitucionalidad— es la rotulación que, llamando a las cosas por su nombre, hay que tener por buena.

Distintas consecuencias se siguen de la inadaptación que así se aprecia. Los jueces ordinarios —que, al iniciarse estos ejercicios de control, razonaban entre luces y sombras— no crean situaciones jurídicas nuevas, antes bien —más o menos distantes de la entrada en vigor de la legalidad fundamental— declaran, como parte del discurso anejo a su deber de efectiva tutela, que la *oposición de la norma jurídica* discutida a los principios o preceptos fundamentales de nueva factura, impide que la primera forme parte, siquiera por vía de adopción, del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho que augura el art. 1.1 CE. La norma viciada es abolida por el principio o precepto constitucional con el que —irreductiblemente— se muestra incompatible. La constatación judicial *alza el velo* de una situación jurídica que, nacida cuando ha entrado en vigor la ley fundamental, pasa inadvertida y sólo se descubre con posterioridad. Dicha declaración afirma, como conviene a su naturaleza, que la derogación se ha producido desde el momento —a saber, la vigencia del texto constitucional— en que tuvo lugar la colisión de ambas normas. El precio pagado por esta forma de control directo —que

conduce a inaplicar una norma de Derecho Social previgente— es la reducción de la *eficacia derogatoria* a los confines de la cosa juzgada material que regula el art. 1.252 I C.c. El juez ordinario no puede transferir a otros órganos jurisdiccionales —por mucha fuerza persuasiva que asista a su construcción doctrinal— la obligatoriedad de un parecer que sólo es vinculante si, como rezan los arts. 5.1 LOPJ y 1.6 C.c., procede de la justicia constitucional o de la jurisprudencia social ordinaria. Queda, eso sí, ligado al *precedente* de la resolución que ha dictado, con la intensidad y excepciones que, a la luz del art. 14 CE, son propias del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El *control difuso* —encaminado a depurar el espacio normativo del Derecho Social previgente— interviene cuando, tras las actuaciones de instrucción, el juez ordinario suscita una cuestión de inconstitucionalidad. Los arts. 163 CE y 35.1 LOTC se contraen a los casos de *contradicción constitucional* de las normas con rango de ley postvigentes a la inauguración del nuevo ordenamiento jurídico. Es claro que, a causa del momento de su consumación, el vicio acusado difiere de la *oposición preconstitucional* que figura en la cláusula de la DD 3 CE. Ahora bien, el supuesto de origen se ensancha por obra de una reforma innominada, al admitirse que los jueces ordinarios —cuyo poder no incluye el control directo de la inconstitucionalidad de las leyes sociales— propongan a la justicia constitucional la ampliación de esa censura y la *derogación* —no la *nulidad*— de la ley preconstitucional que acusa ese defecto.

La censura de la constitucionalidad de las normas con rango de ley que, según el art. 149.1 núms 7.º y 17.º CE, pertenecen al acervo del Derecho Social y son posteriores a la legalidad fundamental, corresponde a la justicia constitucional competente para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que, según los arts. 163 CE, 34 y sigs. LOTC, entablan los jueces ordinarios. El art. 5.2 y 3 LOPJ reitera la que de antiguo tuvo trato de mejor doctrina y exige el *esfuerzo de razonamiento* que, antes de deducir la cuestión de inconstitucionalidad, hay que intentar para adecuar —naturalmente y sin estrépito— la norma discutida a los principios y preceptos constitucionales, evitando, si cabe, su contradicción con estos últimos.

## 5. Acción de apoyo a las normas del ordenamiento sindical

La aplicación de las normas de Derecho Social —encomendada a los jueces ordinarios— importa a causa de las *acciones de apoyo* que

les corresponden. La protección del art. 24.1 CE —que, conforme al sentido propio de su proposición normativa, reconoce el derecho fundamental de todas las personas a la efectiva tutela judicial en la actuación de sus derechos subjetivos y en la ostentación de sus intereses legítimos— es ambiciosa y omnicomprensiva. Abarca, de una parte, las normas del ordenamiento jurídico estatal —a que aluden los arts. 1.1, 9.1 y 147.1 CE— e incluye, de otra, las emanadas de la autonomía colectiva que, como integrantes de un *ordenamiento jurídico extraestatal*, el art. 37.1 CE tiene en cuenta cuando —más allá de actitudes de *escueto reconocimiento*— *garantiza*, mediante el imperio de la ley, su implantación y subsistencia.

La *fuerza vinculante* —predicada del acervo de normas jurídicas que así se generan— se asemeja a la *fuerza de ley* que el art. 1.091 C.c. utiliza para favorecer la suerte de las obligaciones contractuales. Pertenecen éstas a un ordenamiento jurídico de parcas dimensiones y contienen cláusulas que, como *cuasileyes*, se robustecen con el *derecho procesal de acción* que faculta para obtener una respuesta judicial en los conflictos motivados por la insatisfacción del interés de alguno de los contratantes. La fuerza vinculante de la negociación colectiva —tendente a realizar la voluntad de una norma del ordenamiento jurídico extraestatal que, con recursos propios, no consigue alcanzar la plenitud a que aspira— difiere del concepto, que le es previo, de *eficacia general* de lo pactado. Esta consiste en la incorporación —automática y sin acto alguno de trasposición— que, gracias a las acciones legislativas de apoyo, afecta al contenido normativo de la negociación colectiva, cuyas cláusulas se insertan en cada una de las relaciones individuales de trabajo que experimentan la novación inherente a las mejoras contractuales que se han conquistado.

La fuerza vinculante presupone que el ordenamiento jurídico extraestatal —celoso de la efectividad de sus normas— sufre alguna indigencia que, quiérase o no, le obliga a solicitar y aceptar de buen grado la asistencia complementaria del poder del Estado. Ello sucede cuando, como es inevitable, la tosquedad y/o los defectos de dicho ordenamiento encierran impedimentos serios y, a veces, insalvables, para garantizar el cumplimiento y la coactividad de sus normas. Cierto que el artículo 37.2 CE prevé la adopción de las medidas de conflicto colectivo que comprenden las opciones autotutelares —predilectas de la acción sindical— y los modos de composición que, bajo el rótulo de *equivalentes jurisdiccionales* o *sustitutivos procesales*, no siempre forman parte del ordenamiento jurídico extraestatal. A falta de estos instrumentos, la acción de apoyo del Estado —que, lejos de quedar al albedrío de los poderes públicos, figura en el *recordatorio* que les

hace el art. 9.2 CE— resulta imprescindible para que aquellos fines prevalezcan.

El Estado soberano exige, por vía de control, que los sindicatos aspirantes a la investidura de la legitimación necesaria para intervenir en la negociación colectiva, se sometan a las *pruebas de representatividad* o arraigo que deben superar. La constancia de esta garantía —que contribuye a mejorar la paz social— compromete la oferta estatal de fuerza vinculante. Los derechos nacidos de las normas del ordenamiento jurídico extraestatal se completan —no menos que los procedentes del Derecho del Estado— con la atribución de las acciones procesales que, gracias a la amplitud del reconocimiento estampado en el art. 24.1 CE, permiten obtener la respuesta en que consiste el *pago de la deuda jurisdiccional*. Contestación, favorable o adversa, que —razonada y persuasivamente— resuelve las cuestiones de fondo que dimanan de conflictos planteados por la aplicación de las normas de aquel ordenamiento.

La correlación de los arts. 9.2 y 117.1 CE explica por qué los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico extraestatal no son de inferior condición a los amparados por la acción íntegra de la jurisdicción. En defecto de la fuerza vinculante que se les otorga, la suerte de las normas extraestatales se debilitaría y dependería de la efectividad —muy cuestionable— con que el nuevo ordenamiento implantase unos modos de composición que, a falta del necesario acierto, crean el riesgo de frustrar el resultado positivo que se espera de su puesta en práctica.

## 6. ¿Injerencias de la justicia constitucional?

El Derecho Social registra invasiones —más o menos visibles— de los pagos de la jurisdicción ordinaria por la justicia constitucional. Invasiones que, en otros órdenes de la jurisdicción, provocaron alguna reacción de corte anecdótico y resonancia publicitaria, incluida la apelación al ejercicio del *poder moderador* que instituye el art. 56.1 CE. Los jueces ordinarios deben neutralizar —mediante los recursos, que haberlos los hay, de la técnica jurídica— los episodios de invasión que pueden darse. Unos de ellos ocurren cuando la justicia constitucional no se limita a actuar sobre el cuerpo y el alma de la legalidad fundamental —de la que, según el art. 1.1 LOTC, es el supremo intérprete— e introduce, en el cuerpo del razonamiento o en la parte dispositiva de sus resoluciones, propuestas y/o definiciones sobre aspectos de la legalidad ordinaria que —vistas las referencias

del art. 161.1 *a* y *b* CE a los recursos y/o las cuestiones de inconstitucionalidad, y los recursos de amparo—en absoluto le competen. Los jueces ordinarios —a los que, sin perjuicio de sus deberes de cooperación a depurar el ordenamiento jurídico, los arts. 117.1 CE, 1.1 LOPJ y 1.7 C.c. facultan para decir la última palabra en los litigios de que entienden— se hallan en una situación inesperada e incómoda. Advierten que, más allá de los límites del juicio de constitucionalidad que les vincula, se da un exceso frente al que no pueden permanecer indiferentes. Tienen que defender sus competencias íntegras y no soportar reducciones o prejuicios del razonamiento en que consiste la efectiva tutela judicial que se demanda. También reparan en que, a la luz del artículo 5.1 LOPJ, afrontan una doctrina —la emanada de la justicia constitucional— cuyo acatamiento resulta inexcusable. Se ven en un trance de *equilibrio inestable*, aún disponiendo de instrumentos para avocar a sí la aplicación de la legalidad ordinaria que entonces reivindica. La situación —intelectualmente indeseada y poco grata— requiere el concurso de la fortaleza, para hacerle frente, y el éxito del entendimiento para resolverla conforme a Derecho. La sujeción a los principios y preceptos constitucionales —que el art. 9.1 CE recaba de los poderes públicos— exige, conforme a la doctrina de su separación o independencia, evitar que ciertas variantes —excesivas o atípicas— de control del poder judicial por la justicia constitucional, adquieran carta de naturaleza. Es, muchas veces, difícil, cuando no imposible, emprender el examen de un problema de legalidad constitucional—referido al conocimiento de la justicia de este nombre— sin hacer incursiones en el campo de la legalidad ordinaria. La línea divisoria de ambas legalidades aparece sinuosa y/o difusa. Ahora bien, las extralimitaciones advertidas no se reducen a las inevitables *sacudidas del pulso* que provoca la aplicación de la legalidad fundamental, sino que se perciben con trazos de espeso grosor. Restringen el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental que otorga el art. 24.1 CE, porque, sin título excluyente de la competencia del juez ordinario, le sustraen —algo así como *entrando de puntillas* en el espacio que le corresponde— aspectos centrales de su atribución y ejercicio.

Más rotunda es la hipótesis de la privación —sustracción del bien debido al sujeto que la sufre— del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Las resoluciones que, estimando las pretensiones de un recurso de amparo, anulan el acto judicial que ha infringido derechos fundamentales o libertades públicas de índole social, sólo deben producir el efecto —inherente a esta especie de *casación constitucional*— de anular la decisión impugnada y situar al interesado

en la posición jurídica que se le reintegra. Es a partir de entonces cuando —recobrada la competencia que había agotado al dictar la resolución anulada— el juez ordinario predeterminado por la ley debe pronunciar otra nueva —colmando el vacío consiguiente a la declaración de nulidad— y procurar que, al aplicar la legalidad ordinaria, el contenido esencial del derecho constitucional vulnerado se respete conforme a lo establecido en el recurso de amparo. El derecho reconocido en el artículo 24.1 CE es —además de un derecho fundamental de las partes integradas en la relación jurídicoprocesal que se extingue con la sentencia de fondo— un *derecho fundamental del poder judicial del Estado* que, en su calidad de titular, tiene interés en preservarlo y evitar su demérito. El poder judicial ha de atenerse al criterio adoptado por la justicia constitucional al resolver el recurso de amparo —que ha purgado el acto judicial del vicio que se le atribuye— y completar su actividad cooperativa con la justicia constitucional. Su competencia ordinaria le obliga a construir el discurso, motivado y convincente, en que el cumplimiento de la *prestación de justicia* —objeto del derecho procesal de acción— ha de consistir.

Ambos niveles de invasión destacan el riesgo —algunas de cuyas experiencias pertenecen a la aplicación de las normas de Derecho Social— de que la justicia constitucional abunde en una de dos actitudes. La primera prejuzga cuestiones o aspectos de una legalidad ordinaria cuya aplicación no le compete. La segunda va más lejos de un prejuicio parcial de razonamiento y/o decisión, puesto que se subroga en la posición del juez ordinario —de cuya intervención se prescinde— y anticipa el *fallo* que le corresponde pronunciar. Se da entonces un fenómeno afín al de las *jurisdicciones de excepción* que el art. 137.6 CE ha proscrito.

La operación tiene lugar, por lo común, cuando se estima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia en que un órgano jurisdiccional colegiado ha examinado y resuelto las objeciones propias de un recurso extraordinario. La irregularidad se manifiesta en que —declarada la vulneración del derecho fundamental o la libertad pública que se aduce— el órgano de la justicia constitucional no devuelve el proceso al juez ordinario, sino que se adueña de su tramitación y resuelve el problema de fondo que aquél debe dilucidar. A dicho fin, declara la firmeza de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional que ha entendido del asunto en la instancia y que fue revocada por la voluntad del órgano que —en la cima de la estructura jurisdiccional ordinaria— resuelve los recursos extraordinarios de casación o análogos. De la lectura de los arts. 3.1, 4, 5.1 LOPJ, 2.1 y 3 LOTC se infiere que el poder de la justicia constitucional no llega al punto de cercenar el sistema de

recursos jurisdiccionales —regulados por el legislador ordinario y expresivos de los derechos fundamentales a la efectiva tutela judicial y a un proceso con todas las garantías— y privar a la sentencia de instancia de la impugnabilidad que la estimación del recurso de amparo le ha restituido. Al concepto de las que, según el artículo 245.3 LOPJ, se consideran *sentencias firmes*, se suma el de aquellas que la justicia constitucional declara inimpugnables sin haberse agotado —tras el resultado del juicio de constitucionalidad— el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. No es eso lo que garantiza el artículo 24.2 CE. La aplicación y el esclarecimiento del texto constitucional —a cargo de su supremo intérprete— admiten muchas y muy imaginativas variantes, pero también requieren dejar a salvo un derecho fundamental que la justicia constitucional está en la obligación de respetar.

## **7. Protección del Derecho Social frente a interpretaciones políticas o sindicales**

Los jueces ordinarios se someten únicamente al imperio de la ley en la decisión de los conflictos concernientes a la aplicación del Derecho Social. La Ley —que gobierna sus iniciativas y determinaciones— puede ser, conforme a los arts. 117.1 CE y 1.1 LOPJ, la emanada del ordenamiento estatal —que menciona el art. 149.1 núms. 7.º y 17.º CE— o la surgida del ordenamiento extraestatal que, con la garantía del art. 37.1 CE, deriva de la autonomía colectiva. El origen y los ingredientes de unas y otras *leyes* —sumados a los medios técnicos de aplicación e interpretación que facilitan los arts. 1.7, 3 y sigs. C.c.— defienden de los riesgos que aquejan a la independencia del poder judicial. Este no tiene por qué —salvo si, en ocasiones dudosamente tentadoras, sus componentes se enrolan en otros ejércitos y se apresuran a intervenir en otras guerras— soportar las tensiones que refleja el funcionamiento de las Administraciones Públicas. No siempre es fácil que los principios de jerarquía y de coordinación —muestra elogiada de un propósito racionalizador— se armonicen con el *pleno sometimiento a la ley y al Derecho* que —tan didáctica como ingenuamente— el artículo 103.1 CE requiere para aligerar la carga de politicidad que convive con aquellos principios.

Las operaciones judiciales de aplicación del Derecho objetivo —protegidas contra estas dificultades— también dependen de otras exigencias. Es una el respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico, pues —si la justicia sintetiza la igualdad y la libertad efectivas— el vértice de la pirámide que representa el ordenamiento jurídico

no está ocupado por la legalidad fundamental, sino por un *bloque interior de moralidad legalizada* que, formando parte de aquél, hace prevalecer esos valores sobre el texto constitucional que se somete a ellos. Otro es el *contenido constitucional* que abarca los preceptos explícitos y los principios que, partiendo de ellos, se formulan deductivamente. Otro es el *imperio de las normas subconstitucionales* o parcela del Derecho escrito que forma la legislación en sentido material o vertical. Otro es, en fin, el *bloque complementario* de la doctrina de la justicia constitucional y de la jurisprudencia social ordinaria. He ahí la condición necesaria y suficiente del ejercicio de la independencia judicial y la proscripción de cualesquiera acciones de invasión o injerencia de otros poderes públicos.

La *independencia* equivale a una prerrogativa función de doble alcance. Desautoriza las tentaciones —que, a veces, aquejan al poder judicial— de ocupar las parcelas de otros poderes del Estado. Prohíbe las inhibiciones que, algunas veces, hacen del poder judicial un protagonista del Estado de Derecho que reacciona con exceso de morigeración.

La *independencia* es la garantía y certidumbre de que los referentes de la función de juzgar se condensan en las normas jurídicas que se seleccionan adecuadamente, se interpretan, si son confusas o poco comprensibles, y se aplican para facilitar la respuesta constitutiva de la efectiva tutela judicial. La independencia quiere decir algo más. A saber, significa que el proceso psicológico de aplicación del Derecho Social objetivo no puede sufrir la interferencia de prejuicios o tomas de postura que hipotequen el entendimiento y la voluntad de la persona física que juzga. De ahí, que el art. 126.1 CE complete la cláusula del art. 117.1 CE y declare que el acervo de incompatibilidades judiciales —materia reservada a la ley y no a *escapismos arbitristas*— ha de garantizar la independencia de los funcionarios judiciales. Pieza capital de las prohibiciones que fija el art. 127 CE, es la de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, pues—de no mediar semejante interdicción y conforme a las pautas de funcionamiento democrático que, condicionando su presencia en el ámbito territorial de la soberanía del Estado, imponen los arts. 6 y 7 CE a esos *poderes de hecho*— los Jueces y Magistrados podrían militar en comunidades cuya naturaleza y objetivos pugnan con las bases de su independencia. Los deberes de fidelidad al sindicato o al partido político tropezarían con la necesidad de preservar ese valor. El juez que, vinculado a un partido, comparte sus opciones de pluralismo político, o, afiliado a un sindicato, elige su diversidad competitiva, no ignora que los reductos de su conciencia moral y su convencimiento intelectual son cautivos de los prejuicios y/o consignas que acompañan a esas adscripciones.

Sorprende que el art. 159.4 CE mitigue el sistema de incompatibilidades de los Magistrados del Tribunal Constitucional, pues, aunque les veda el desempeño de cargos directivos en sindicatos y partidos políticos, no les prohíbe afiliarse y militar en unos y otros. ¿Cómo conciliar la independencia —que les reconoce el art. 159.5 CE— con los compromisos de sometimiento doctrinal que, en la línea del pensamiento sindical o político, les impone su cualidad de afiliados? Sin advertir la estridencia de la conclusión, el constituyente no rechaza que los pareceres emitidos, en una circunstancia hipotética, por los Magistrados del Tribunal Constitucional obedezcan legítimamente —ya que no se liberan de las dependencias doctrinales que esas vinculaciones engendran— a las orientaciones y pautas de las ideologías con que su afiliación les obliga a comulgar. Cabe hacer lecturas políticas o sindicales del texto constitucional que, aunque autorizadas por el art. 159.4 CE, difieren de las conclusiones estrictamente jurídicas que su aplicación desencadena. No quiere ello decir que, en tales casos, la independencia de los Magistrados resulte contradicha porque —si, fieles a sus compromisos políticos y sindicales, asimilan y comparten una determinada orientación— las continúan aplicando con una libertad psicológica exenta de perturbaciones externas.

Cuando la aplicación del Derecho Social recaba del juez ordinario, conforme al artículo 5.1 CE, la aceptación de una doctrina de esa procedencia, es fácil comprender el conflicto si —contra lo preceptuado en el art. 117.1 CE— la solución no se somete exclusivamente al imperio de la ley. El juez ordinario ha de resolver el dilema entre acatar la aplicación e interpretación de una norma constitucional que ofrecen conclusiones de juricidad discutible, y el rigor que, bajo el imperio exclusivo de la ley, conduce a otras incompatibles o sustancialmente divergentes.

## 8. Utilización y productividad del proceso social

El Derecho Social sustantivo cuenta con el auxilio de adquisiciones procesales muy valiosas. El modelo de proceso social que —sin atisbar el signo de un futuro constitucional impredecible— adoptó el sistema autoritario, coexistía con un proceso civil que, ya en los lejanos tiempos de su implantación, había provocado el reproche de ignorar y/o eludir las más avanzadas corrientes científicas que a la sazón prevalecían. Los rasgos de inquisición discreta, oralidad, intermediación, concentración y tendencia a la verdad material, definían el proceso social y se contraponían a las notas distintivas —específicas del proceso civil— de

dispositividad, rogación absoluta, escritura, mediación, preclusión y asentimiento a la verdad formal. Las adquisiciones del proceso social acreditaron, fuera de toda duda, lo progresivo de sus innovaciones. Su asentamiento constitucional ha sido estimulante y relativamente cómodo. Lo primero, por la facilidad con que su estructura se ajusta a las orientaciones básicas de la nueva legalidad fundamental. Lo segundo, porque su eficacia le acredita como solución que todos han aceptado de buen grado. La suma de sus caracteres cumplía la exigencia central de oralidad que —al ser indisociable de sus otras peculiaridades y presentarse por el constituyente como el *buque insignia de esa flota de principios*— encarece el art. 120.2 CE. No había reparos de peso que, a la luz de la DD 3 CE, dificultaran la incorporación de este modelo de proceso al orden constitucional recién asentado.

Otra ventaja se desprende de la copiosa doctrina que, al resolver los problemas procesales llevados al amparo constitucional, ha corregido vicios y colmado vacíos que, aún habida cuenta de la excelencia técnicojurídica del proceso social, se debían a su estirpe autoritario. La versión más reciente del texto procesal —desoyendo, sin convincente justificación, la reserva de Ley a que obligan los arts. 24.2 y 53.1 CE— ha conseguido, empleando la formula de los arts. 82.1 y 5 CE, un resultado de sana fidelidad constitucional y utilidad indiscutible. No pocas voces se han sumado al coro de los argumentos en pro de las ventajas obtenidas si la tarea codificadora del Derecho Procesal Civil hubiese echado mano de este antecedente y elegido soluciones más simplificadas.

Los jueces ordinarios se mueven en un marco procesal cuyo régimen pretende disipar la endémica hostilidad sindical al ejercicio de un poder del Estado que los sindicatos combatieron y frente al que nunca ocultaron su desconfianza y sus recelos. Actitud fomentada por el antecedente emocional que denunciaba una judicatura poblada por jueces moderados de extracción burguesa, desconocedores del interior de las relaciones industriales y entregados a la causa de los clásicos derechos individuales que, para proteger las libertades de comercio y de cambio, defendía la *actitud antisindical* del demoliberalismo. Ello, sin olvidar que, hasta su conversión en interlocutor aceptado por el Estado social y democrático de Derecho, el sindicato mantuvo inmovible la promesa de liquidar el Estado de Derecho liberal burgués y acabar, gracias a la revolución, con la lucha de clases. El sindicato que —vinculado por ulteriores compromisos históricos— no ha rehusado los contactos y la cooperación con los poderes legislativo y ejecutivo del Estado, no ha intensificado sus relaciones con el poder judicial, ciertas de cuyas competencias se estiman lesivas de la autonomía colectiva. El sindicato se

proclamaba juez y parte en muchos aspectos de las relaciones colectivas y, celoso de esa autonomía, se negaba a delegar en terceros la decisión de sus incidencias conflictivas.

Se precisaba desvanecer la desconfianza sindical ante un modelo de proceso cuyo interés y eficacia merecen promoción y progreso. Sorprende que —tras los reproches de judicialización dirigidos al sistema autoritario— la experiencia democrática no haya sustituido del todo o, al menos, en medida notable, el acceso a la jurisdicción social por los *equivalentes jurisdiccionales* a los que el sindicato adjudica la máxima excelencia.

La idea —sabiamente explícita en el art. 7 CE— de que los sindicatos *no avanzan socialmente en solitario* y que, al insertarse en los tejidos de contribuciones o acciones solidarias, se benefician de las medidas de apoyo que el art. 9.2 CE pone a cargo de los poderes públicos, provoca una conclusión elemental. La de que el proceso en materia social se convierte en un provechoso instrumento cuyas ventajas vencen las resistencias que, en otros tiempos, se alzaron contra la sustitución de la autonomía sindical por la expresión de la soberanía del Estado que, conforme a los arts. 1.2 y 117.1 CE, representa el poder judicial.

El apoyo que procura la *oferta procesal* del Estado se refleja en aspectos notables. Los arts. 1 y 2 LPL —que van más lejos de la tasa de conocimiento prevista en el art. 9.5 LOPJ— abarcan el control judicial de las *controversias sindicales propias e impropias*, y no sólo de los denominados conflictos colectivos entre los sujetos de las relaciones industriales. El art. 17.2 LPL —que, reproduce, guardadas las distancias, el pasaje del art. 7 CE— plantea los problemas relativos a la *legitimación expansiva de los sindicatos* en toda clase de procesos y no sólo en aquellos a los que, por determinación legal, tienen acceso. El art. 20.1 LPL innova la *sindicación de acciones* consistente en las intervenciones sindicales que, aunque dirigidas a proteger los intereses individuales de los trabajadores, producen las repercusiones colectivas que son propias de la actitud testimonial y del precedente que sientan. Los arts. 151.1 y 152 a LPL legitiman activamente al sindicato para promover conflictos colectivos que —dada la conexión de los arts. 24.1 CE y 9.5 LOPJ— incluyen, aunque este aspecto se soslaya indefectiblemente, las controversias de naturaleza económica. El art. 171.1 LPL rescita las medidas de sustentación que, para reprimir judicialmente las conductas antisindicales, ponen fin a la desigualdad material de situaciones en que las iniciativas abusivas o ilícitas de los empleadores no pueden ser neutralizadas por la reacción de los sindicatos y sí por las *acciones de apoyo* de un poder del Estado.

## 9. Predilecciones interpretativas en el ámbito del Derecho Social

La aplicación que de las normas de Derecho Social hacen los jueces ordinarios, se señala por la tendencia —yacente en la naturaleza de las cosas— a optar por los criterios interpretativos de mayor provecho, sin desdeñar los que —para precisar el contenido y/o alcance de las proposiciones normativas confusas o poco inteligibles— se manejan de antiguo.

La aplicación de las normas del Derecho individual del trabajo exige acudir, en ocasiones, al auxilio esclarecedor de los contenidos del depósito del Derecho de Gentes de la OIT. El art. 10.2 CE cuida de recordarlo cuando —para hacer más comprensibles las normas rectoras de los que, según la dec. 5 Pr. VCTUE y el art. 136 I VCTR, son, hoy en día, los *derechos subjetivos fundamentales de los trabajadores*— se remite al elemento contextual que facilitan esos materiales.

Otro criterio afín es el también llamado contextual, a que apela el art. 3.1 C.c. en la *hipótesis originalista* de que algunas normas jurídicas dispongan de un entorno que favorece el éxito de la interpretación sistemática en el todo del cuerpo que las ha reunido. Esta perspectiva ha dado paso al uso postconstitucional de un *contexto común*, que —compartido por todos los sectores del ordenamiento jurídico— reside en los principios y preceptos constitucionales, y, dentro de estos, en los concernientes a la relación individual de trabajo.

Interviene, no menos, el elemento sociológico que resulta de trasladar al campo de la interpretación la teoría civilística de la *presuposición* o la *mudanza de la base del negocio*. El fenómeno de la regionalización o autonomización de esas normas, depende de la frecuencia con que dicho elemento de interpretación entra en juego. La *reinterpretación* —¿no es ello acaso sorprendente?— de uno de los conceptos indeterminados que enumera el art. 3.1 C.c. —a saber, el de la *realidad social*, en singular, del tiempo en que la norma ha de aplicarse— es consecuencia de la situación sobrevenida que, como hace notar el art. 143 CE, determina la nueva estructura del Estado compuesto de las autonomías. De ahí, que, en vez de una sola y única realidad social, se aprecien tantas *realidades sociales*, en plural, como círculos de naturaleza autonómica corresponden a los *hechos diferenciales* respectivos. Cada una de esas realidades incide en las operaciones de aplicación de las normas del Derecho individual del trabajo —muy sensibles al advenimiento y celeridad de los cambios— y justifica una *tarea cuasilegislativa* que rebasa los confines conceptuales de la interpretación tradicional. Tarea que remoja el mensaje del legislador y —consumando el

esfuerzo a que invita el art. 9.2 CE— lo transforma en otro que atribuye a la norma jurídica un *espíritu y finalidad divergentes* de los que le acompañaron al tiempo de nacer.

Otras particularidades interpretativas se deben a la sensibilidad con que las cláusulas de la parte normativa de los convenios colectivos —pertenecientes a un ordenamiento jurídico extraestatal— han de entenderse, porque su gestación revela lo que en ellas hay de cuerpo de contrato y alma de ley. Su imagen convencional ocultaba el fenómeno que, bajo apariencia de una negociación entre iguales, suponía la *supremacía del poder sindical* que, dominando el proceso de la negociación colectiva, dictaba periódicamente las condiciones y consecuencias del cumplimiento de una deuda histórica. La que el Estado social de Derecho había contraído para resarcir a la clase trabajadora en dos conceptos. Uno, el derivado del daño colectivo imputable a las omisiones del Estado demoliberal que privó a esa clase del espacio social habitable que en justicia le correspondía. Otro, el consiguiente a la desigualdad que—rehusando elevar a derechos subjetivos y/o situaciones jurídicas, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores— había primado los valores de la libertad de empresa y la iniciativa económica. Las acciones de apoyo del Estado confieren a esas cláusulas la eficacia general que les convierte en normas jurídicas de un ordenamiento que se beneficia de esa protección. El proceso de negociación colectiva ofrece pormenores y datos que hay que ponderar —como si se tratase de un negocio jurídico— para aplicar las reglas que los arts. 1.281 y sigs. C.c. dedican a la interpretación de los contratos. La eficacia general de esas cláusulas requiere, de otra parte, usar de los criterios de interpretación con que el art. 3.1 C.c. flexibiliza la aplicación de las normas jurídicas que acusan esa necesidad de aclaración.

La perspectiva del juez ordinario que —mediante sentencias normativas— resuelve conflictos colectivos de interpretación, no es la misma que la que precede a la decisión de una contienda individual. El *interés legítimo* —cubierto por la efectiva tutela judicial que garantiza el art. 24.1 CE— es entonces una variante del *interés general*, cuya asimilación y tratamiento requieren razonar con delicadeza y reflexión especiales.

## 10. Complementos de la justicia constitucional y la jurisprudencia social ordinaria

El juez ordinario cuenta con las aportaciones de la jurisprudencia social ordinaria que —no obstante la exhaustividad formal o *plenitud* del sector social del ordenamiento jurídico estatal y lo innecesario de

una *contribución suplementaria*— constituye, como anuncia el § 7 EMTPC.c. y confirma el art. 1.6 C.c., un *complemento cuasinormativo*. Sus experiencias depuran el mensaje de las normas jurídicas, señalan sus inflexiones y/o matices, y dotan de los ingredientes que hacen de su aplicación una tarea accesible a la receptividad intelectual y eficiente para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos. Puede decirse que —emulando un conocido dicho filosófico sobre la identidad de la persona individual— *cada norma jurídica es ella y su entorno jurisprudencial*. Se da la circunstancia de que, al aplicar el Derecho Social objetivo, los jueces ordinarios pueden emplear con más frecuencia —como lo prueba la estadística— la doctrina de la justicia constitucional que la que, en los temas de Derecho Social, procede del acervo jurisprudencial propiamente dicho.

La jurisprudencia social ordinaria se alimenta de las *operaciones monofilácticas* típicas de la casación tradicional. Su cualidad de recurso extraordinario requiere la *sujeción al precedente* explícito en la reiteración de los fallos que obedecen a una misma *razón de decidir*. De los arts. 9 a 203.1 LPL se concluye que este recurso sólo se puede interponer contra las sentencias dictadas, en única instancia, por unos órganos colegiados cuya producción decisoria no es muy abundante. El verdadero *componente provocador* de las respuestas jurisprudenciales —a saber, las decisiones de los órganos judiciales unipersonales que, también en única instancia, entienden de la mayoría de las cuestiones litigiosas— no tiene acceso a la casación tradicional y sólo se controla, con las restricciones del *blindaje* que se ha implementado, por medio del recurso que —llamado impropriamente de casación para la unificación de doctrina— pretende reducir o eliminar las diferencias interpretativas a que alude el art. 217 LPL. No se ha colmado el espacio que quedó vacío cuando, tras desaparecer el recurso de suplicación de ámbito estatal, fue sustituido por el homónimo de ámbito autonómico, que estimula el fenómeno de la *regionalización del Derecho del Estado*. Este medio de impugnación cumple, con dificultades y reservas, las funciones que se retiran a la casación tradicional y que el recurso de casación para la unificación de doctrina no agota satisfactoriamente.

Los jueces ordinarios se auxilian modestamente de la casación tradicional, porque así resulta de la reducción consiguiente al reparto de las competencias judiciales en materia social. Los arts. 188.1, 189 y 203.1 LPL lo acreditan. Los *fallos* de la casación para la unificación de doctrina adquieren una utilidad dependiente de su selectividad y de las dificultades de individualizar las cuestiones objeto de censura.

No ocurre lo mismo con las decisiones emanadas de la justicia constitucional. La interposición —muy frecuente en materia de Dere-

cho Social— de recursos de amparo que denuncian la vulneración judicial del derecho fundamental o la libertad pública invocados, determina —aún mediante las *reflexiones condicionadas* o hipotéticas que, sobre los aspectos de fondo, suelen anticipar las decisiones de inadmisión a trámite— una voluminosa aportación de criterios complementarios de ese sector del ordenamiento jurídico. No fue pacífico ni fácil, durante algún tiempo, especificar qué decisiones de la justicia constitucional vinculaban a los jueces ordinarios en su aplicación e interpretación de la legalidad. Los artículos 5.1 y 7.1 LOPJ han resuelto el problema y aclarado que esa vinculación incluye la doctrina sentada en la resolución de los recursos de amparo. El provecho de esta contribución se explica por la sutileza con que se ha construido una suerte de *uso alternativo o concurso aparente* de normas constitucionales. Aunque casi todas las situaciones peculiares del Derecho Social objetivo subyacen a las rúbricas de la sec. 2.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. I y del cap. 3.º, tít. I CE, que respectivamente rezan *De los derechos y deberes de los ciudadanos* y *De los principios rectores de la política social y económica*, la polivalencia de los arts. 14 y 24 CE ha permitido referir a los derechos fundamentales que ahí se reconocen —a saber, la igualdad material y la ausencia de discriminaciones, y la efectiva tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos de todas las personas— muchos aspectos de Derecho Social que, por definición, carecían de esa cobertura.

Alguna que otra reflexión es necesaria. La justicia constitucional ha construido, en buena parte, la doctrina de la protección y garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, gracias a la materia prima o contribución facilitada por el planteamiento de dichos recursos de amparo. El Derecho Social se ha beneficiado de una *dosís de complementariedad* más densa que la de otros sectores del ordenamiento jurídico, aunque, con razón, se denuncien las injerencias de la justicia constitucional en el campo de la legalidad ordinaria. Los jueces ordinarios —obligatoriamente informados del Derecho aplicable a los casos que enjuician— se ven en la necesidad —más acuciante— de adquirir noticia de esas aportaciones y redoblar su esfuerzo de conocimiento del cuerpo de doctrina que ponen a su alcance.

## 11. Flexibilidad metodológica en el uso de los complementos jurisprudenciales

Difiere la medida en que el juez ordinario se sirve de los complementos normativos que le facilitan las iniciativas jurisprudenciales. Ha sido, a todas luces, un error —más explicable por un designio sublimi-

nal de *ajuste de cuentas* que por los imperativos de la técnica jurídica— prescindir del *grueso contingente* de la doctrina de suplicación estatal, cuya contribución fue decisiva para unificar el sector social del ordenamiento jurídico, ya que los mecanismos de atribución de competencias reducían considerablemente el conocimiento de la casación tradicional. La antigua doctrina de suplicación se ha proscrito en lo que podía ofrecer de complemento cuasinormativo y referencia contradictoria respecto al recurso de casación para la unificación de doctrina. Recurso que ha vuelto innecesariamente sobre temas que la primitiva suplicación había resuelto y que se han replanteado para intentar, sin éxito, determinados cambios de criterio. Lo cual no impide que los *fallos* de la suplicación se sigan invocando para fundar resoluciones que descansan en su solvencia doctrinal.

El uso que los jueces ordinarios hacen de la doctrina de suplicación del espacio autonómico, asegura la aplicación uniforme del Derecho Social en ese ámbito, pero no suprime las contradicciones cuya imposibilidad o dificultad de localización las hace irreductibles. A cambio de cierta *unificación autonomizada* del Derecho del Estado a que alude el art. 149.1 núms. 7.º y 17.º CE, aparecen los riesgos de que —contra el imperio del principio ontológico de no contradicción— las normas jurídicas del Derecho Social *puedan ser y dejar de ser al mismo tiempo*, convirtiéndose en el resultado de su fraccionamiento en dos o más versiones regionalizadas. Fenómeno que —reflejando la tendencia a edificar un Derecho Social autonómico— se debe, de una parte, a que el actual recurso de suplicación no cumple los objetivos que alcanzaba su predecesor, y, de otra, a lo insuficiente del recurso de casación para la unificación de doctrina en orden a las finalidades que su rotulación dice perseguir.

Se pregunta si una lectura flexible de las decisiones de la casación para la unificación de doctrina obliga a aceptar —aun cuando el requisito de la reiteración no concorra— las *adiciones* que se suman a la elección —inherente a la naturaleza del recurso— del criterio que, por más acertado, debe prevalecer y preferirse. Se cuestiona también si la doctrina anterior de casación —aparentemente contradicha por la posterior que se desdice de su tesis— debe imponerse, como precedente inamovible, o soportar la revisión exigida por la introducción de criterios regeneradores que impiden petrificar las conclusiones a que, según el art. 14 CE, lleva el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Se advierte, en fin, la flexibilidad con que, a diferencia de los criterios de la casación tradicional, se accede a la doctrina de la justicia constitucional que el art. 5.1 LOPJ declara vinculante. Si los primeros

han de ser reiterados, los segundos se eximen de esta necesidad, porque probablemente no va a repetirse la oportunidad —aprovechable entonces— de construirlos y dar a conocer su novedad. Si los unos sólo pueden fundarse en las razones decisorias o argumentos centrales del discurso efectuado, los otros pueden figurar en afirmaciones que, aún hechas de pasada, revelan el propósito de fijar una nueva doctrina. Los pareceres de la casación tradicional se expresan mediante sentencias definitivas, mientras que la doctrina de la justicia constitucional puede emanar de resoluciones interlocutorias y definitivas. La casación tradicional opera a través del recurso así denominado y la justicia constitucional genera su doctrina en cualesquiera de los procedimientos que sus competencias le atribuyen.

## 12. De la *flexibilidad* a la *recivilización* del Derecho Social

La *acción resocializadora* pertenece a las obligaciones pendientes de cumplir por el juez ordinario que aplica las normas de Derecho Social. La libertad de decisionismo político del legislador puede degradar el *Derecho flexible* a un instrumento que debilita las relaciones de trabajo y engendra riesgos merecedores de alguna reflexión.

Cabe que las soluciones flexibles —aún las que, a primera vista, muestran aspectos más intranquilizadores y objetables— convengan a las necesidades surgidas de la crisis económica y a las atenciones de la coyuntura en que se han suscitado. El peligro de las soluciones flexibles no está en la implantación de los nuevos derechos y obligaciones que introducen, minorando los derechos adquiridos —individual y colectivamente— por los trabajadores y disipando la confianza puesta en la consolidación del clásico principio de irrevocabilidad de las adquisiciones sociales. Lo que, en el fondo, inquieta es el perjuicio anejo a ciertos abusos incontrolables de los derechos llamados a reforzar una libertad de empresa que, a la luz del art. 38 CE, adquiere la naturaleza de un *derecho-función*.

Allí donde intervienen los *derechos-función* —cuyos poderes facilitan el cumplimiento de las cargas que llevan consigo— es fácil que, a causa de las dificultades de control, se transformen en *productos perversos* que aprovechan lo que tienen de *derechos útiles* y eluden cuanto hay en ellos de *deberes gravosos*. Cuando las anomalías de la desnaturalización pueden corregirse, sólo cuenta el esfuerzo necesario para enmendarlas y ponerles fin. Lo cierto es que esas demasías son, difícilmente perceptibles y —lo que es más grave— apenas controlables. Su perpetuación reafirma un estado de cosas en que las

consecuencias de la flexibilidad no constituyen el resultado de ejercer regularmente los derechos que innova, sino la *petrificación* que, a causa de una actuación antisocial e irreprimible, adquieren sus excesos. La multiplicación y la impunidad de estas situaciones vigoriza las tentaciones de abuso y explica que el *ensayo de la flexibilidad*, lejos de respetar su pureza conceptual, desencadene consecuencias indeseadas por el ordenamiento jurídico que la recibió e hizo suya con fines distintos.

A la dificultad de controlar los excesos de la flexibilidad, se suman la exaltación de los principios neoliberales y la *coartada de la globalización*. Los antiguos reformadores sociales —que se situaron en la perspectiva existencial y realista del *orden natural*— concibieron el futuro del *achicamiento del mundo* como la oportunidad estelar de que la justicia se repartiese a través de los vasos comunicantes de la modernidad histórica. Objetivo que hoy parece servir a otras aspiraciones. La *mundialización* —acercamiento de los escenarios históricos y sociales, e incremento de las interacciones que antes se congelaban y disolvían en espacios menores— se ha erigido en el título legitimador de un neoliberalismo que no cuida de vigilar sus formas, al servirse de las oportunidades que conquista, ni vacila en mostrar el más endurecido de los rostros posibles.

Los jueces ordinarios —enfrentados a esta novedad jurídica y social— no tienen que acudir al *uso alternativo* del Derecho y les basta con ocuparse de la medida en que las soluciones neoliberales —que se propagan y van prevaleciendo— se condicen o pugnan con las consignas capitales que, al amparo de los arts. 1.1 y 9.2 CE, inspiran el proyecto del Estado social y democrático de Derecho. No se trata de emprender un drástico vaciado del ordenamiento jurídico y sí de aligerar el *ingrediente de escasez social* con que la legislación establece ciertas soluciones neoliberalizadoras. Hace falta que las realidades sociales del tiempo y del lugar —accesibles al juez ordinario por precepto del art. 3.1 C.c.— respalden unas *iniciativas flexibles de signo contrario* que, al menos en parte, suavicen las nuevas rigideces que han puesto de moda las servidumbres de la economía.

Lo que, a través de concesiones obligadas y derrotas apenas percibidas, quedaba del conflicto industrial —clave de la esperanza de una clase que vivió sus expresiones civilizadas y eficaces— se esfuma aceleradamente. La *mundialización económica* fomenta el ejercicio irreprimible de la libertad de empresa y, con ella, el traslado de los procesos productivos a lejanos espacios geográficos, cuya tradición cultural ignora los afanes de justicia social y disipa el peligro de que sus expresiones puedan recrudecerse o revivir. Circunstancia que obliga al sindi-

cato a posturas de mayor transigencia, porque —al decaer su potencial en el clásico escenario del conflicto industrial— la negociación colectiva sólo cubre una parte de sus objetivos y desplaza la otra al campo de una negociación individual en que se reitera el dominio contractual de la parte más fuerte.

Ante la magnitud y las repercusiones de estas realidades sociales, los jueces ordinarios no se encuentran con las manos vacías a la hora de someterse exclusivamente al imperio de la ley. El *espíritu móvil* de las leyes que aplican —evocado, como fundamental, por el art. 3.1 C.c— obliga a ponderar sus novedades y, gracias a la dosis de poder interpretativo que otorga, facilita la eliminación de las consecuencias menos deseables de una neoliberalización que ha puesto al mundo del trabajo en trance de sacrificar las más caras de sus esperanzas.

Una parte de la opinión pública asimila el mensaje de que la mundialización inaugura un proceso de conspiración contra los pobres y se propone esquilmarlos concienzudamente. Otro sector desautoriza esta postura y la denuncia como la conclusión de una doctrina que, para desalentar a los pueblos subdesarrollados, fabrican economistas —subdesarrollados también— de escaso fuste intelectual.

La *recivilización del Derecho Social* obedece, propiamente hablando, a la tentativa de aprovechar sus numerosas experiencias jurídicas para erigir un sistema en que la utilización ordenada de las mismas facilite la construcción de una teoría que, lejos de hacer caso omiso de las realidades, acierte a explicarlas en la variedad y riqueza de sus manifestaciones. Recivilizar el Derecho Social es destinar los recursos de la dogmática y la técnica jurídica a obtener soluciones que permitan al juez ordinario insertarse en las contradicciones de la sociedad a la que sirve, exhumar los rasgos de la civilización a la que pertenece y, con su auxilio, transformar el Derecho en justicia.

La recivilización que propugna el pensamiento neoliberal, tiene poco que ver con ese esfuerzo constructivo, porque propende a acelerar la pérdida de los contenidos sociales del ordenamiento jurídico y a rebajar su complejidad —legítima y fatigosamente conquistada— al marco de un episodio más del Derecho común de las obligaciones.

### 13. Consideraciones consiguientes

Las anteriores reflexiones, se exponen, como es propio del tema que abordan, a críticas y disidencias. Su lectura puede provocar la re-

flexión con que, hace años, un moralista anglosajón censuraba a los fieles católicos del continente su avidez por soluciones —cerradas y seguras— que eliminasen toda discrepancia y que, una vez aceptadas, gobernasen la conciencia individual a que se destinaban. Advertía que, en su lugar, tenía que aspirarse a obtener pareceres o criterios con que *formar esa conciencia* y no desistir de la parte de autoformación correspondiente a la responsabilidad y creatividad de cada uno. También es ésta una verdad cada vez más implacable en el presente y el porvenir del Derecho.

Frente a la tentación de reemplazar por las adquisiciones de la inteligencia artificial, las funciones insustituibles del modo natural de comprender, esta reflexión vale siempre y en todo lugar. Recuerda la represión que, hace más de ocho siglos, se desencadenó contra la iniciativa de quienes, intuyendo y augurando el futuro libre del entendimiento, osaron inventar la máxima ... *atrévete a pensar...*, con que, mucho después, el racionalismo ilustrado cooperaría a levantar el edificio de un Derecho moderno y ambicioso

## Abreviaturas y siglas

APS:	Acuerdo sobre Política Social adjunto al Prot. PS.
art.:	artículo.
cap.:	capítulo.
C.c.:	Código Civil español de 24.7.(8)89.
CCDSFT:	Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9.12.(9)89.
CE:	Constitución española de 27.12.(9)78.
CSE:	Carta Social Europea de 18.10.(9)61.
dec.:	decisión.
DD:	Disposición Derogatoria.
EMTPC.c.:	Exposición de Motivos de la L.31.5.(9)74, de reforma del Título Preliminar del Código Civil.
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.(9)85.
LOTG:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3.10.(9)79.
LPL:	Ley de Procedimiento Laboral (RD. Leg. 7.4.(9)95).
n.º:	número.
núms.:	números.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
§:	parágrafo
Pr.:	Preámbulo
Prot. PS:	Protocolo relativo a la Política Social, adicional a la VATUE.
sec.:	sección.
TA:	Tratado de Amsterdam de 2.10.(9)97.

VATR:	Versión Anterior del Tratado de Roma de 25.3.(9)57.
VCTR:	Versión Consolidada del Tratado de Roma, modificado por el TA.
VCTUE:	Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, modificado por el TA.
tít.:	título.