

LAS SOLUCIONES DE JUSTICIA MATERIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO*

Oscar FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

Área de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

Departamento de Derecho Privado

y de la Empresa

Facultad de Derecho

Universidad de Oviedo

marquez@uniovi.es

RESUMEN

Versa este trabajo sobre cómo el Tribunal Supremo, y específicamente la Sala de lo Social, opera en ocasiones incorporando argumentos y soluciones de justicia material al tratar algunos de los asuntos de su competencia. De manera casi paradigmática, este fenómeno, que supone nada más y nada menos que una especie de desbordamiento de los criterios de justicia formal —pura legalidad, validez del derecho— propios del positivismo jurídico imperante, queda de manifiesto en la llamada doctrina o interpretación humanizadora de los requisitos de acceso a las pensiones del sistema de Seguridad Social, que es por ello el aspecto de las soluciones de justicia material del Tribunal Supremo en el que se concentra este estudio.

Palabras clave: doctrina humanizadora, dogmática jurídica, formalismo, interpretación, iusmoralismo, justicia, positivismo, validez del derecho.

ABSTRACT

The current piece of work deals with the way the Supreme Court in Spain, particularly its Social Chamber, works sometimes through reasoning and by measures of material justice when dealing with certain affairs they level with. This landmark fact, which means a certain overloading of formal justice criteria —that is to say, a mere legality, a law approval— typical of mainstream legal positivism, is clearly the one of doctrine or human interpretation of the requirements to be entitled to the pensions provided by Social Security Systems, which is the measure of material justice by the Spanish Supreme Court this study is based upon.

Keywords: Humanizing Doctrine, Legal Dogma, Formalism, Interpretation, Legal Moralism, Justice, Positivism, Legal Validity.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto DER2016-80327-P, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas*, dirigido por J. GARCÍA MURCIA.

ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Beitrag wird untersucht, wie der Spanische Oberste Gerichtshof, insbesondere die Sozialkammer, bei der Behandlung einiger Angelegenheiten, die in seine Zuständigkeit fallen, manchmal Argumente und Lösungen der materiellen Gerechtigkeit einbezieht. Fast paradigmatisch zeigt sich dieses Phänomen, bei dem es sich um nicht mehr und nicht weniger als eine Art Überschreitung der Kriterien der formalen Gerechtigkeit —reine Legalität, Gültigkeit des Gesetzes— handelt, die dem vorherrschenden Rechtspositivismus innewohnen, in der so genannten humanisierenden Doktrin oder Auslegung der Voraussetzungen für den Zugang zu den Sozialversicherungsrenten, die daher den Gesichtspunkt der Lösungen des Obersten Gerichtshofs zur materiellen Gerechtigkeit bilden, auf den sich diese Studie konzentriert.

Schlüsselwörter: Humanisierende Lehre, Rechtsdogmatik, Formalismus, Auslegung, Iusmoralismus, Gerechtigkeit, Positivismus, Gültigkeit des Rechts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRELIMINARES PARA UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA DE JUSTICIA.—III. DEFINICIONES ABSTRACTO-FORMALES Y DEFINICIONES POSITIVO-MATERIALES DE LA JUSTICIA.—IV. DETERMINACIONES HISTÓRICO-POSITIVAS DE LA JUSTICIA COMO «JUSTICIA SOCIAL».—V. APLICACIONES DE LA JUSTICIA SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA DOCTRINA HUMANIZADORA EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—VI. EPÍLOGO SOBRE LA SINGULAR NATURALEZA O EL TIPO DE MATERIALIDAD EFECTIVA DE LA JUSTICIA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La pretensión de corrección del Derecho reclama que en la creación, pero, sobre todo, aplicación, de las leyes se tengan en consideración no solo criterios estrictos de «*validez positiva*», sino también criterios de «*justicia*» (y de paso también, por ejemplo, de *unidad* u *homogeneidad* regulatoria o «*seguridad jurídica*»). La búsqueda del *iustum* del caso —la solución de *adjudicación adecuada* para cada situación o conflicto específico— es, en efecto, un objetivo indeclinable de los sistemas jurídicos, y en aras del mismo los intérpretes y aplicadores de las leyes suelen acompañar los clásicos argumentos subsuntivos o estrictamente dogmáticos de «*justicia formal*» con argumentos ético-morales o sencillamente funcionales o consecuencialistas de «*justicia material*», más, por supuesto, cuanto más difícil, inédito o imprevisto resulte el asunto que deban zanjar y sobre el que tengan que pronunciarse y fijar una solución. Sin entrar ahora en la

gran tarea de determinar cuáles son las fuentes de las que emanan los principios o los mandatos de justicia material de que se valen los aplicadores e intérpretes de las leyes —para el caso que nos va a ocupar aquí la Sala de lo Social del Tribunal Supremo—, pues definir la justicia es, en efecto, una tarea complicada, sí es preciso poner de manifiesto ya con carácter preliminar que son dos las maneras en las que las aludidas directrices de justicia material aparecen en las sentencias del Tribunal Supremo.

De un lado, sutilmente, de un modo casi imperceptible, a través de una vía suave —de *interpretación conforme* con la legislación formal— que permite ubicar la solución de adjudicación que se postula en justicia dentro del espacio de juego del propio sistema jurídico; solución que recibe, por tanto, la consideración de haberse obtenido —*secundum legem* o *aun praeter legem*— sin comprometer los mandatos de la legalidad positiva vigente. Tanto es así que buena parte de los contenidos de justicia material que son incorporados en las sentencias por esta vía pueden canalizarse internamente a través de los mecanismos de apertura interpretativa dotados por el propio sistema legal-positivo, tales como la interpretación teleológica, sistemática, contextual, histórica, la interpretación extensiva y la analogía, o, por supuesto, el principal mediador interno-formal de la justicia material a tales efectos, los principios generales del Derecho (concepto amplio en el que, en general, tendrían cabida cualesquiera normas cuya exigencia se hubiera expresado como puro *mandato de optimización* o de manera *no saturada*, según acontece con los valores superiores del ordenamiento, los derechos fundamentales, etc.).

De otra parte, sin embargo, la justicia material penetra o irrumpre en el Derecho, y particularmente en las sentencias, de un modo mucho más abrupto y tajante, ahora muy ostensiblemente, cuando con ella queda comprometido lo que manda, o lo que en todo caso permite o prohíbe, la vigente legislación positiva para la solución del caso concreto, es decir, cuando simplemente opera *contra legem*, negando o desactivando —anulatoriamente— el mandato explícito de las leyes. Particularmente, esta situación, anómala y excepcional, pero interesantísima, se daría principalmente respecto de casos de aplicación de leyes muy precisas en su definición y en su alcance, detalladísimas y que dejan nulo o escaso margen para la interpretación (*in claris no est interpretatio*); leyes cuya aplicación literal terminaría induciendo resultados jurisdiccionales sencillamente inaceptables en términos de justicia material —y que conviene rectificar—, pero de los que, como en un callejón sin salida, no podría escaparse a través de los dispositivos internos de apertura interpretativa y aplicación flexible del Dere-

cho, debido al carácter saturado y clausurado —ineludible— de las normas involucradas.

Es de este tipo de casos de justicia material, en los que un componente o elemento normativo extrasistema (ético, moral, funcional, económico) termina desplazando un mandato legal positivo interno vigente e incuestionablemente válido, y que podríamos especificar como justicia material fuerte o *stricto sensu* (para diferenciarlos de la justicia material *lato sensu* o más suave), de los que, por razones obvias, interesa dar cuenta en este trabajo, que a tal efecto centrará su atención, más con una finalidad prospectivo-crítica que enciclopédico-descriptiva, solo en una muestra o serie de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que consideramos singularmente representativa de este tipo de situaciones de justicia material *contra legem*. En este sentido, aunque es verdad que este fenómeno se observa en más ocasiones de lo que cupiera pensar en un principio —el trabajo de extranjeros o la maternidad subrogada son ejemplos recientes de ello, sin contar los que se comienza a detectar en el contexto de la pandemia Covid-19, tan crítico para el Derecho—, este trabajo va a ocuparse de un ámbito muy singular en el que las soluciones de justicia material vienen haciéndose evidentes desde hace ya muchos años, concretamente a propósito de la llamada *doctrina humanizadora* en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social (en especial, respecto de las pensiones de viudedad y/u orfandad en las que falla de algún modo el requisito del alta).

II. PRELIMINARES PARA UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA DE JUSTICIA

No es ciertamente fácil definir la justicia. Los valores que ha adoptado a lo largo del tiempo y los que continúa teniendo hoy en día (en distintos contextos o incluso en los mismos, ni los propios juristas se ponen de acuerdo sobre qué sea la justicia) son realmente variados, seguramente por tratarse de una idea (casi un «mantra») largamente invocada por todos para fines críticos —y justificativos— de diversa índole y de la mayor trascendencia (medir la legitimidad de las normas, valorar las decisiones de aplicación del Derecho, juzgar la conducta de los individuos), y de la que se ha esperado además capacidad para operar como solución taumatúrgica de los males sociales. En todo caso, asumiendo que, pese a su falta de univocidad, se trata de una idea provista de contenido y materialidad efectiva, y no una mera ilusión huera o fantasmagórica (un *flatus vocis*) sin incidencia real en

la conducta y la vida social de las personas (por la pura constatación objetiva de sus efectos prácticos y tangibles, que aquí señalaremos, descartamos las posturas *negacionistas* de la justicia, que la entienden, escépticamente, como el objeto de ciertos debates bizantinos recurrentes abocados siempre al fracaso), cabe decir que son básicamente dos las concepciones que pueden albergarse —y se tienen, de hecho— en torno a la misma. Primero, la que la concibe como una suerte de esencia platónica eterna y universal, común e idéntica para todos los individuos humanos (y aun animales) de todos los territorios y todos los tiempos (esta versión mítica es de hecho la más clásica y típica de la justicia). Y, segundo, la que entiende la justicia como un conjunto de soluciones positivas —históricas, particulares— ofrecidas en el marco de una sociedad concreta para hacer frente a los singulares problemas de convivencia que se dan en la misma.

No cabe duda de que, como acabamos de apuntar, las concepciones universalistas de la justicia, que la conciben como una suerte de eterna y ubicua legalidad, esencialmente vinculada a la sustancia misma del hombre como ser naturalmente social, son las que han tenido una mayor penetración académica o teórica y de las que, en consecuencia, ha venido ocupándose secularmente el debate filosófico-jurídico y político desarrollado en torno a la idea de justicia. Después de todo, la tentación de dar de una vez por todas con la verdad moral, es decir, de resolver definitiva y satisfactoriamente los problemas que de modo recurrente suscita la vida del hombre en comunidad (o los que derivan de las relaciones de unas sociedades con otras), resulta muy difícil de resistir para la vocación filosófica, mucho más cuando, como ha venido aconteciendo de hecho, la búsqueda de aquella anhelada verdad se lleva a término en el contexto de procesos u operaciones míticas como el *sentimiento de la religión* (cuando la justicia se define como la revelación de una verdad trascendente a la que se accede intuitivamente en virtud de la fe) o el *sentimiento de la razón* (cuando la justicia se define como una verdad científica o natural descubierta por deducción y pensamiento sistematizado y coherente). Sin duda, ha sido la enorme ganancia potencial —en términos de buena organización de la vida social, conocimiento racional, realización de sentimientos simbólicos, etc.— que podría obtenerse dando con las claves de la moral universal lo que ha llevado a la total preponderancia de estas concepciones y debates acerca de la justicia, siempre por encima de los que podrían llegar a desarrollarse entendiendo la misma, cínicamente, de manera positiva y más circunscrita, como pura determinación histórica —y, por tanto, contingente, relativa, particular— del modo en que una sociedad específica, en un territorio concreto y un espacio tempo-

ral determinado, organiza los términos fundamentales —no necesariamente explícitos o *representados*, como veremos— de la convivencia.

Sucede, sin embargo, que aquellas ambiciosas concepciones o construcciones de la justicia, precisamente por su carácter universalista y atemporal, es decir, por su elaboración teórica consustancialmente desvinculada de todo fulcro de experiencia de organización real de convivencia social —realmente, no deja de tratarse de intuiciones u ocurrencias, sentidas o racionalizadas sin verdadero fundamento objetivo, como ha tenido ocasión de demostrar la crítica kelseniana—, muy lejos de alcanzar la meta proyectada de descubrir la moral verdadera, que necesariamente tendría que traducirse en una definición unitaria de los valores de la justicia, han dado lugar a un verdadero rosario de ideas de justicia que ya no es solo que sean abundantes y muy variadas, sino que resultan claramente inconciliables y contradictorias, como acredita el múltiple y heterogéneo contenido que las distintas concepciones de la justicia humana han venido incorporando en el marco de las distintas religiones, ideologías o filosofías políticas que han intentado ofrecer una definición universal de la misma. De hecho, puede afirmarse que han sido estas versiones esencialistas y ahistóricas de la justicia las que, tras su repetido y recurrente fracaso, más decididamente han contribuido a degradar o devaluar la gran idea de la justicia misma, que ha terminado siendo vista, a la postre, en muchos casos bien como pura ideología deformadora de la verdadera realidad de la regulación de las relaciones sociales elaborada con el fin de legitimar la imposición de los intereses de un grupo sobre los de otros, bien, como ya hemos dicho, como un puro bizantinismo académico sin relevancia práctica o real de ninguna clase. Nada de esto acontece si, como aquí vamos a hacer, definimos la justicia positiva y específicamente en el contexto de una sociedad concreta, pues aunque es verdad que el concepto y los valores de la justicia quedan entonces historificados y relativizados, no es menos cierto que la justicia resulta identificada entonces con un contenido unitario aceptado por todos los que resultan concernidos por ella, en total correspondencia, además, con la manera en la que operan y se aplican verdaderamente las reglas sociales en la comunidad de la que se trata.

Por tanto, prescindiremos aquí de las acepciones metafísicas de la justicia, que la definen como una serie de principios o reglas naturales, eternos y universales —trascendentales—, válidos para cualquier sociedad humana, optando, en cambio, por entenderla positivamente, según venimos diciendo, como el conjunto de pautas y esquemas normativos —principios, instituciones, reglas— efectivamente utilizados de hecho para resolver las ten-

siones y conflictos de asignación —distribución e intercambio— de bienes (y cargas) en el marco de la comunidad determinada en la que operan (y cuya identidad y delimitación, la de la comunidad, contribuyen a moldear en su desenvolvimiento real). Más concretamente, elaboraremos tal conceptualización a partir de la constatación de la práctica de la que los aludidos valores de la justicia —concretos, singulares— son objeto en el sector particular de la regulación de las relaciones de trabajo, y más singularmente de cómo afloran los mismos en el ejercicio de la acción jurisdiccional, específicamente a través de la jurisprudencia social del Tribunal Supremo. Se trata, dicho de otro modo, de determinar cómo se define la justicia —*social*, veremos— en el contexto de la regulación actual de las relaciones de trabajo y la protección social en España, y, específicamente, cómo esto se traduce —qué recorrido tiene la *justicia social*— en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es esta una tarea que involucra en todo caso dos consideraciones que formulamos de inmediato y pasamos a desarrollar a continuación: una primera tiene que ver con la necesidad de establecer la distinción entre la justicia y el Derecho —en nuestro caso, la justicia social y el derecho del trabajo—, al quedar ambos igualmente definidos como órdenes de regulación social; la segunda nos lleva a efectuar la aseveración de que la opción que practicamos por la conceptualización histórico-positiva, particular y relativa de la justicia no implica hacer tabla rasa de ciertos logros teóricos —y ciertos consensos— alcanzados en el marco de los debates y las conceptualizaciones de la justicia como valor eterno y universal¹.

III. DEFINICIONES ABSTRACTO-FORMALES Y DEFINICIONES POSITIVO-MATERIALES DE LA JUSTICIA

Pese a que, como hemos venido diciendo, las conceptualizaciones de la justicia resultan distintas unas de otras —las esencialistas, por su falta de condicionamiento objetivo, al operar desligadas de experiencias normativas positivas reales; las positivistas, porque precisamente por su vinculación a sistemas normativos existentes concretos también resultan variadas—, es posible extraer a partir de todas ellas ciertos rasgos o elementos comunes

¹ Muchas de las ideas y afirmaciones de este trabajo pueden encontrarse en un estudio previo del autor del que este es reelaboración parcial y puesta al día para un nuevo contexto. *Vid.* O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, «El derecho del trabajo y la justicia», en L. SUÁREZ LLANOS (coord.), *El Derecho y la Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 385 y ss.

que nos permitirían hablar de justicia en abstracto, es decir, en un sentido que resultando ciertamente inespecífico —y por eso puede englobar versiones o concepciones completamente variadas y aun contrapuestas— vale, sin embargo, para delimitar este tipo de realidad que llamamos justicia frente a otras ideas o conceptos más o menos afines con —o contra— los que la misma se define como realidad o identidad separada. Dicho de otro modo, cabe derivar de las múltiples concepciones de la justicia ciertos consensos o lugares comunes que, en términos obviamente genéricos, sin determinaciones de contenido concreto (pues a partir de este momento ya empiezan las diferencias), hacen posible hablar, aunque sea de modo estrictamente formal o *algebraico*, de algo propio y real que llamamos justicia. Esta idea amplia o común de justicia no es, por tanto —conviene subrayarlo—, ficción, pura apariencia o simple expresión vacía de un consenso conceptual sin significación verdadera, como es propio tantas veces de los consensos —como acuerdos o situaciones de convergencia alcanzados en tanto que no se definan sus términos o su alcance—, sino que constituye una idea con auténtico fundamento *in re*, pues, por más que sea abstracta, no dejaría de corresponderse con una realidad objetivamente existente.

Así, es común a todas las ideas de justicia entender que la misma dice siempre relación con la ordenación de las relaciones humanas, es decir, que constituye una suerte de tecnología normativa con la que se busca definir los límites de la libertad de los hombres en sociedad (o de unas comunidades frente a otras), principalmente mediante la asignación —distribución (justicia distributiva) e intercambio (justicia comutativa)— de los bienes y las cargas sociales correspondientes. La justicia, con todo, y es precisamente aquí donde radicaría su diferencia con el Derecho —que hoy se acepta mayoritariamente, una vez que la crítica iuspositivista consigue romper su identificación con el ordenamiento jurídico, tanto tiempo proclamada desde el iusnaturalismo—, no ofrecería una solución regulativa primaria y autosuficiente, capaz de alcanzar una ordenación completa de los asuntos sociales de los que quiere ocuparse. Presentaría, por el contrario, el carácter de un mecanismo normativo secundario que presupondría un sistema de regulación anterior primario —un ordenamiento de las relaciones sociales ya en marcha, el Derecho— respecto del que actuaría desempeñando algún tipo de funciones complementarias. Concretamente, operaría como referente crítico externo del referido sistema de normas, sirviendo esencialmente para medir la legitimidad del mismo, sea en su totalidad, sea en relación con algunas de sus partes o manifestaciones concretas (instituciones, leyes, sentencias, etc.). En efecto, la mayoría de

las concepciones de la justicia coinciden en definirla como una suerte de parámetro o referencia de enjuiciamiento de un sistema jurídico que operaría fuera del rango de valores internos de depuración del propio sistema —los criterios de la justicia serían metajurídicos, de modo que tampoco podrían identificarse con los *principios generales del Derecho*—² y, por tanto, como una suerte de instancia suprapositiva útil para «conmover» al ordenamiento jurídico —autorreferencial y, por definición, acabado y perfecto—, arrancándolo de su confortable «sueño de legalidad», dando así cuenta de su verdadero valor y/o de sus miserias³.

Hay consenso también entre las distintas teorías de la justicia acerca de las maneras o modos en los que esta instancia suprapositiva externa a

² Como instancia crítica del Derecho, la justicia no puede entenderse derivada del Derecho mismo, pues en ese caso, a fuer de tornarse *a fortiori* acrítica, quedaría confundida con los llamados «principios generales del Derecho», que al menos cuando se entienden como derivación sintética de las normas de un ordenamiento positivo constituyen fuentes internas del mismo. Tiene por ello que alimentarse necesariamente fuera del sistema (de las regulaciones que fueron en el pasado, de las que son hoy en otros sistemas con los que se establecen comparaciones, de reglas que proceden de otros saberes a veces completamente ajenos al mundo del Derecho, etc.), y es por eso que la doctrina ha dicho que los principios de la justicia «no se pueden deducir fácilmente de la idea de Derecho» en abstracto «y tampoco se pueden obtener por vía inductiva partiendo del Derecho positivo», sino que emergen «cuando es llegado el tiempo» ante la necesidad de solucionar adecuadamente un problema concreto. *Vid.* K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, L. Díez-Picazo (trad.), Madrid, Civitas, 1990, pp. 53 y 54. La justicia operaría así en el contexto del «desarrollo del Derecho más allá del plan de la ley», y específicamente del desarrollo del Derecho conforme a «principios ético-jurídicos», entendidos como «pautas de normación» con «contenido material de justicia» que «en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar decisiones jurídicas». El desarrollo del Derecho superior de la ley fundado en un principio de justicia tendría lugar cuando «un tal principio, o también un nuevo ámbito de aplicación de tal principio, es conocido por primera vez y expresado de modo convincente», siendo el motivo para ello «un caso que no puede ser solucionado de un modo que satisfaga la conciencia jurídica con los medios de la interpretación legal y de un desarrollo del Derecho inmanente a la ley». *Vid.* K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, M. Rodríguez Molinero (trad.), Barcelona, Ariel, 1994, pp. 418 y 419.

³ En este sentido *vid.* M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1995, p. X, que afirma que «de la misma manera que el barón de Münchhausen no podía salir del cenagal tirándose de sus propios pelos, el jurista no puede resolver ningún problema sirviéndose solo del Derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo y lo injusto que, por tanto, trascienden el Derecho positivo». De acuerdo con estas consideraciones, la premisa de la justicia sería entonces la falta de plenitud del ordenamiento y la necesidad de heterointegración, es decir, de buscar «fuera» soluciones que el mismo no ofrece «dentro», bien entendido que la aludida falta de completud no debe entenderse de *iure condito*, sino de *iure condendo*, es decir, no como incapacidad del sistema positivo para ofrecer una solución normativa, sino como incapacidad para ofrecer una solución satisfactoria, *i. e.*, la solución que debiera ser o *ius-tum*. *Vid.* N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, E. Rozo Acuña (trad.), Madrid, Debate, 1998, pp. 238-243.

los ordenamientos jurídicos desempeñaría las aludidas funciones de referencia crítica del Derecho. Así, es común afirmar que la justicia operaría a veces —lo ha hecho sin duda históricamente— como factor deletéreo o disolvente del Derecho, bien presionando para la renovación o recambio de algunas partes del mismo (por ejemplo, cuando se invoca como razón para la desobediencia civil o la insumisión respecto de determinados mandatos o normas concretas), bien llegando incluso a reclamar la destrucción y refundación del ordenamiento jurídico en su totalidad⁴, como acontece cuando se proclama como razón revolucionaria (*iustitia destruens*)⁵. Pero también es común admitir que los valores críticos de la justicia operarían otras muchas veces con fines constructivos o de conservación del sistema de normas de referencia, como sucede cuando se invocan como fuente de inspiración y origen —u objetivo y finalidad— de las normas que lo componen, buscando reforzar la vigencia del Derecho con criterios de legitimidad, bajo la suposición —muy cierta, por otra parte— de que el monopolio de la fuerza no es suficiente, si no viene acompañado por el convencimiento de los ciudadanos, para garantizar la vigencia y la recurrencia del ordenamiento jurídico (*iustitia construens*). Ahora bien, llegado este punto es muy importante precisar que, sea a efectos disolventes, sea a efectos de legitimación del previo sistema de normas —el ordenamiento jurídico— respecto del que opera, la función crítico-externa de la justicia no solo operaría de hecho conforme a criterios materiales (invocando contenidos morales concretos: *v. gr.*, igualdad de oportunidades, redistribución de la riqueza, educación gratuita, etc.), sino también conforme a criterios estrictamente formales, es decir, reglas abstractas que no tienen por qué incorporar especificaciones morales materiales concretas. Tal es lo que acontece cuando la justicia se define como imparcialidad, proporcionalidad, participación de los interesados en la elaboración de la norma o la

⁴ Es por esto que las cuestiones de la justicia cobran mayor dimensión o relieve en los momentos de crisis de legitimidad de un sistema, como acontece señaladamente «en las épocas de transición, en las que una cierta escala de valores está en vías de ser reemplazada por otra, o en las épocas de alteración económica y monetaria, en que las condiciones que existieron en el momento de fijación de las reglas se han modificado a tal grado que se percibe una diferencia demasiado grande entre las reglas adoptadas anteriormente y las que podrían admitirse en la actualidad». *Vid.* C. PERELMAN, *De la Justicia*, R. Guerra (trad.), México, UNAM, 1964, «Prefacio», p. 7, y posteriormente pp. 49 y 50.

⁵ *Vid.* H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, E. García Mányez (trad.), México, UNAM, 1995, p. 13, que habla de una «doctrina revolucionaria del Derecho natural (*i. e.*, de la justicia)» precisando que «no se refiere al conocimiento del Derecho positivo, de la realidad jurídica, sino a su defensa o ataque», razón por la que —concluye Kelsen— «su tarea no es científica, sino política».

decisión que les afectará, antiformalismo de la solución que termine dándose a la cuestión de la que se trate, etc. La precisión es crucial, toda vez que, precisamente a propósito de estas determinaciones abstracto-formales de la justicia —en las que queda operatoriamente definida más como un modo de actuar (*i. e.*, un método o procedimiento) que como un resultado, funcionando, por tanto, con evacuación de contenidos materiales concretos— y no obviamente respecto de sus determinaciones morales materiales, que varían inevitablemente en cada teoría o concepto particular, lo cierto es que vuelven a reaparecer ciertos consensos en las distintas concepciones que se tienen de ella⁶.

Así, por ejemplo, casi todas las teorías de la justicia están de un modo u otro de acuerdo en que la idea de justicia comporta siempre imputación y retribución —es la llamada *justicia retributiva*—, es decir, asignación al artífice o causante de una conducta que afecta a otros de determinado tipo de consecuencias jurídicas, así como proporcionalidad —es la *justicia equitativa*—, en el sentido de dosificación, medida o adecuación de la respuesta que se arbitra como medida retributiva⁷. La vejez (y vigencia aún) de la máxima del *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) de Ulpiano, traslado al Derecho romano de la más antigua regla penal o de venganza del «ojo por ojo, diente por diente» (que, por cierto, ya incorpora claramente el referido doble valor de retribución y proporcionalidad), constituiría una buena prueba del consenso latente en torno al valor referido de la justicia,

⁶ *Vid.* C. PERELMAN, *De la Justicia*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁷ *Vid.* A. LATORRE, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 45 y 46. La idea de proporción o dosificación es central en estas concepciones de la justicia. Perelman lo expone con toda claridad contraponiendo la justicia a la caridad —que por su carácter incondicional y categórico no está limitada por reglas ni condiciones, es extraña a todo espíritu de sistema y no necesita argumentos— diciendo que «la justicia, por el contrario, no se concibe sin regla», pues es ante todo «fidelidad a la regla, obediencia al sistema» y, por consiguiente, algo completamente alejado de la «emoción o el impulso». Es por eso —continúa— por lo que se la representa «bajo la forma de un viejo severo y frío, que pesa, que calcula, que mide: nada menos espontáneo que la justicia»; el individuo no es nada para esta concepción de la justicia, «pues no debe ver en él más que un elemento del conjunto», sin tomar en cuenta «nada de lo que es individual, espontáneo, emotivo; no puede amar, pues no le está permitido favorecer; su afecto no puede resultar más que de la estima, de la consideración, y debe ser estrictamente calculado, medido, proporcionado; la justicia no puede ser instintiva, ya que está sometida a reglas, condiciones, calificaciones; la obligación que impone es condicional, hipotética, ya que la manera como se actúa depende de la categoría en que se encuentre el objeto de la acción; la aplicación de la justicia supone la reflexión, el discernimiento, un juicio, un razonamiento; en este sentido la justicia es una virtud racional, la manifestación de la razón en acción». *Vid.* C. PERELMAN, *De la Justicia*, *op. cit.*, p. 56. En el mismo sentido *vid.* A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, G. R. Carrión (trad.), Buenos Aires, EUDEBA, 1994, p. 266.

como también lo haría la tantas veces repetida representación alegórica de la justicia mediante el instrumento de la balanza (que sin duda evoca la idea de proporción y medida de la que hablamos). Por supuesto, el acuerdo se mantiene a condición de que no se exija determinar qué criterio material debe utilizarse para definir lo que es lo propio de cada uno o cuál sea la pauta material que establezca la medida de la respuesta que se ha de considerar adecuada para determinada decisión o conducta humana⁸.

Es frecuente también aludir a la justicia en términos del cauce o procedimiento utilizado para la toma de decisiones con efectos jurídicos (normas, sentencias, contratos, etc.), señalando, por ejemplo, que es justa la ley cuya elaboración ha respetado ciertas garantías democráticas (audiencia y diálogo con los interesados, aprobación mediante mayoría, votación secreta, garantía de discusión y confrontación de pareceres, etc.), o lo es, por ejemplo, la sentencia dictada al término de un proceso en el que se han garantizado ciertos principios de defensa (imparcialidad del juzgador, asistencia letrada a las partes, contradicción, recibimiento a prueba, dotación de plazos razonables para la ejecución de los trámites exigidos, deliberación, posibilidad de recurso, etc.), o lo es el contrato que se concierta conociendo y queriendo el compromiso asumido (capacidad de los contratantes, vicios de la voluntad, etc.), y, por el contrario, no es justa la ley, la sentencia o los contratos elaborados o pactados al margen de las referidas garantías de procedimiento, con total independencia de cuál sea el contenido material que puedan tener. Sin embargo, es muy importante subrayar de nuevo que esta justicia, identificada con la utilización de un proceso o camino justo para la toma de decisiones jurídicas y a la que suele aludirse por ello como «justicia procedural», solo concita realmente el acuerdo de los intérpretes del Derecho a condición de que no se inquiete demasiado sobre las garantías concretas que hayan de considerarse satisfechas para considerar que un proceso ha sido justamente seguido. El consenso alcanza exclusivamente a la necesidad de proceduralización y formalización de la toma de decisiones, no al contenido concreto que tengan que tener las garantías concernidas⁹.

⁸ Vid. C. PERELMAN, *De la Justicia*, *op. cit.*, pp. 23 y ss., y A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 266.

⁹ La concepción procedural de la justicia queda paradigmáticamente expresada en J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, María Dolores González (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 24 y ss., para quien la legitimidad de los valores de un sistema de organización social solo puede quedar determinada a través de un procedimiento en el que quien decida cuáles hayan de ser tales valores lo haga asumiendo que representa simultáneamente todos los intereses imaginables (de los ricos y los pobres, de los listos y los tontos, de

En fin, en muchas ocasiones la justicia suele definirse también como antiformalismo, es decir, como necesidad de superación de las trabas burocráticas o formales que imponen las normas —*rebeldía* contra el lenguaje *tiránico* de los textos— al regular determinados aspectos de la vida social¹⁰. Esta acepción de la justicia aparece sobre todo a propósito de cierto tipo de previsiones, detalladas y reglamentistas, como las que establecen plazos y procedimientos (las normas procedimentales)¹¹ o las que, como nos importa particularmente a nosotros, regulan la dispensación de determinado tipo de prestaciones (en concreto, las normas de Seguridad Social)¹², en las que el mínimo fallo en el cumplimiento de las exigencias legalmente establecidas puede provocar efectos de gran trascendencia (caducidad de la acción en el proceso judicial, pérdida de una prestación vitalicia de subsistencia, etc.). El valor de la justicia, que en este contexto comporta, como decimos, la neutralización de las trabas formales que imponen las normas —los obstáculos de «legalidad formal», entendida como la ordenación literal del Derecho vigente— en pos de la «justicia material»¹³, vendría a constituir una aplicación de la conocida e inveterada máxima del *summum ius, summa iniuria* de Cicerón, y por ello, de nuevo, a certificar que nos encon-

los laboriosos y los perezosos, de los jóvenes y los viejos, de las mujeres y los hombres, de los creyentes y los ateos, etc.). *Vid. B. CELANO* «Justicia procedural pura y teoría del Derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24 (2001), pp. 407-428.

¹⁰ A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 275, dice en este sentido que «el desacuerdo entre el Derecho formalizado y las exigencias de equidad se hace más aparente cuando tiene lugar un desarrollo social sin que la legislación vaya ajustando las normas a las nuevas condiciones», momento en el que «se siente una particular necesidad de decisiones contrarias al Derecho formal»; decisiones, por cierto, que siendo inicialmente de equidad y negación del Derecho formal, «con el correr del tiempo» acabarán tornándose «racionalidad formal» —Derecho formal— a través de la constante «práctica de los tribunales».

¹¹ Como factor de corrección de las normas de procedimiento, la idea de justicia operaría estrechamente conectada con el principio *pro actione*, ligado al derecho fundamental de tutela judicial efectiva, y respecto del que el Tribunal Constitucional ha dicho que obliga a los jueces a «interpretar las normas procesales [...] en sentido amplio y no restrictivo, esto es, [...] con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (entre otras, SSTC 220/2001, de 31 de octubre; 3/2004, de 14 de enero; 73/2004, de 22 de abril; 73/2006, de 13 de marzo; 67/2010, de 18 de octubre, y 148/2014, de 22 de septiembre)».

¹² Precisamente esta cuestión será objeto de análisis detallado en el penúltimo epígrafe de este trabajo.

¹³ Se hacen interesantes reflexiones a este respecto en J. A. GARCÍA AMADO, «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8 (1991), esp. pp. 347-350.

tramos ante un valor de justicia comúnmente admitido desde siempre por los intérpretes del Derecho. La justicia aparecería ahora funcionando —apagógicamente— como una suerte de *reducción al absurdo* de la interpretación exclusivamente literal de las normas y de búsqueda del sentido verdadero de las mismas por encima de lo que aparentemente disponen, claro que con la particularidad de que el resultado obtenido (inaplicación de la traba formal que impide la realización de lo verdaderamente debido) no podría ser imputado, o al menos no siempre, a un elemento de corrección interna del sistema (las reglas de interpretación teleológica o funcional, por ejemplo) ni visto, por tanto, como aplicación del sistema mismo, sino como una «corrección» impuesta desde fuera en virtud de lo que llamamos precisamente justicia¹⁴.

Más allá de los referidos consensos, puramente formales, acerca de lo que sea la justicia —una referencia normativa crítica externa que opera respecto de un orden primario ya dado de regulación social— y de los valores abstractos que pueda adoptar —como «equidad» (asignación a cada cual de lo que le corresponde según criterios de igualdad y proporcionalidad), «procedimiento» (adecuación de los trámites seguidos para adoptar una decisión de Derecho) o «justicia material» (revelación de la verdad que reclama la solución del conflicto por encima de lo que aparentemente ordena el Derecho o afirmación del *iustum* verdadero más allá de lo que manda la literalidad de las normas)—, no hay, sin embargo, acuerdo, como hemos venido sugiriendo, sobre lo que deba considerarse «sustancialmente» justo o injusto. Kelsen lo expresa con toda claridad (y crudeza) cuando afirma que «lo que ha sido presentado como [...] justicia consiste en su mayor parte en fórmulas vacías, como *suum cuique* (a cada quien lo suyo), o tautologías desprovistas de significado, como el imperati-

¹⁴ Cuando presenta este valor, la justicia se encuentra operando en el fondo contra su oponente lógico, que no es otro que la seguridad jurídica; por supuesto, es preciso que la justicia presente en estos casos un valor incuestionable, toda vez que en otro caso debería aplicarse la solución de seguridad ofrecida por el sistema. Se ha dicho en este sentido que cuando el Derecho positivo «considera insegura la probabilidad de alcanzar un juicio justo [...] en aras a la seguridad jurídica permite la posibilidad de un juicio que no sea justo», citando como ejemplos la «prescripción», la «cosa juzgada» o las «exigencias formales», pues «si no se puede responder con seguridad a la pregunta sobre lo que es justo debe por lo menos crearse una certidumbre sobre lo que es conforme a Derecho (aunque quizás no sea justo)», de modo que «podríamos decir que hacer justicia es un objetivo más difícilmente alcanzable, pero más completo, y que cuando la obtención de la justicia es a pesar de todos los esfuerzos dudosa el Derecho se contenta con algo más fácilmente alcanzable como es el mantenimiento de la paz jurídica». *Vid. K. LARENZ, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, op. cit.*, p. 52.

vo categórico, esto es, la doctrina kantiana de que uno debe hallarse determinado solamente por principios que pueda querer que sean obligatorios para todos los hombres, pero la fórmula *a cada quien lo suyo* no contesta a la pregunta de qué es lo suyo de cada quien, y el imperativo categórico no dice cuáles son los principios que uno debiera querer que se transformasen en obligatorios para todos». Y termina concluyendo: «Algunos escritores definen la justicia por medio de la fórmula *debes hacer el bien y evitar el mal*, pero ¿qué es el bien y qué es el mal?; esta es la cuestión decisiva, y tal cuestión permanece sin respuesta»¹⁵.

Ahora bien, la imposibilidad de encontrar elementos de consenso en torno a contenidos materiales de justicia de carácter universal — no así respecto de determinados contenidos formales, como acabamos de ver— no implica, sin embargo, imposibilidad de hallar acuerdo —esto es lo que nos interesa subrayar— sobre determinados contenidos materiales histórico-positivos de la justicia, entendiendo por tales, de acuerdo con lo que hemos dicho más arriba, cierto tipo de principios normativos críticos externos a un ordenamiento jurídico —y sustantivos— desde los cuales podría postularse bien su destrucción, bien su justificación, bien su perfeccionamiento en el proceso de la toma de decisiones del Derecho. En efecto, partiendo de una concepción positiva —no iusnaturalista— de la justicia como el conjunto de principios normativos críticos que orbitan en el entorno de un ordenamiento jurídico determinado y que, por tanto, tendrían carácter histórico (serían esencias evolutivas, no fijas o eternas) y particular (en cuanto vinculadas a un ordenamiento positivo concreto, no a todos universalmente), sí es posible el consenso con relación a reglas de justicia de carácter material¹⁶. El objeto de este trabajo es precisamente dar cuenta de estas reglas, o de algunas de ellas, para un sector particular del ordenamiento —la legislación laboral y de protección social— en el que la idea de justicia ha tenido, y continua teniendo, me parece, una importancia que está muy lejos de resultar meramente «retórica» o «estética». O, más particularmente, poner de relieve cómo las referidas reglas de justicia

¹⁵ Vid. K. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 11.

¹⁶ De acuerdo con lo que acabamos de señalar, cabe decir que nuestra perspectiva de análisis de la justicia se aproximaría bastante a lo que Nino llama «ética descriptiva o sociológica», cuyo objeto no es discutir «el carácter de los juicios de valor y el significado de los términos éticos» (como hace la meta-ética), ni tampoco «formular juicios de valor determinando qué cosas son justas o buenas» (como hace la ética normativa), sino «describir los juicios de valor que se formulan en cierta sociedad en determinada época, dando cuenta de qué cosas los miembros de esta sociedad consideran justas o buenas». Vid. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 354.

sustancial, conjugadas con las de justicia formal (pues veremos que no hay incompatibilidad entre ambas y que, muy al contrario, funcionan de hecho integradas o articuladas)¹⁷, condicionan no ya la acción del legislador (la elaboración de la ley en abstracto), sino, sobre todo, la práctica jurisdiccional (la determinación del derecho en el caso)¹⁸; algo que resulta del máximo interés cuando la invocación de la justicia llega a colocar a los jueces en la tesitura de resolver *contra legem* (veremos que esta situación límite o extrema sobreviene sobre todo a propósito de la definición o valor de la justicia como *antiformalismo* o *justicia material*)¹⁹.

¹⁷ La «justicia formal-procesal» (los «métodos» de regulación o de solución de conflictos) opera siempre sobre los postulados de la «justicia material-sustantiva» (los «principios» de regulación o de solución de los conflictos). Así, por ejemplo, la justicia como retribución conforme a criterios de igualdad y proporcionalidad (la justicia como igualdad y/o equidad) no puede funcionar en el aire o en el vacío, sino solo sobre una definición concreta y específica de las clases de elementos o situaciones sobre las que va a determinarse el juego de las reglas del tratamiento igualitario y proporcional; no sería justa, por tanto, cualquier solución de igualdad, sino solo la que se construye partiendo de una determinada definición de las situaciones que van a considerarse susceptibles (o no) de asimilación y, por tanto, acreedoras (o no) de igual tratamiento; definición obviamente que solo puede hacerse conforme a criterios de carácter material. La justicia como antiformalismo presupone también una definición sustantiva, conforme a criterios materiales, del tipo de situaciones o casos que pueden justificar la no aplicación de cierto tipo de reglas o trabas de carácter formal frente a aquellos otros en que no se justifican soluciones flexibles; los principios de la justicia material no están lejos tampoco de repercutir sobre el tipo de trámites que deben entenderse cumplidos para alcanzar las soluciones de la llamada justicia procedural. Es muy importante revelar la referida fundamentación sustantiva de la justicia formal porque no siempre se muestra explícitamente por quien defiende determinada concepción de lo justo, pues suele acontecer que lo que se presenta como pura equidad, y así como una verdad de justicia de carácter universal, se apoya sobre un determinado fondo de justicia material que se oculta. Sobre estas presentaciones engañosas de la justicia *vid. A. Ross, Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, p. 268, que afirma que suele acontecer que «el principio (de justicia) se formule en forma más o menos tautológica o desprovista de significado, mientras que al mismo tiempo se introducen en él de contrabando postulados dogmáticos ocultos, de carácter político-jurídico», de manera que «aquel que carecía de significado ha adquirido un contenido aparente y este contenido ha adquirido una aparente evidencia».

¹⁸ La referida funcionalidad técnico-aplicativa de los principios de la justicia es destacada por K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, op. cit.*, p. 54, que subraya que «hacen posible interpretar y desarrollar con sentido la regulación determinada por ellos». En general, el recurso a la justicia como elemento necesario para la aplicación del Derecho se admite en todas las teorías del Derecho que niegan la integridad o plenitud de los ordenamientos positivos, como es el caso de la llamada «escuela del derecho libre» (Ehrlich), o en general de los partidarios de sustituir la llamada jurisprudencia exegética (limitada a la interpretación muy apegada a las leyes) por la jurisprudencia científica, el Derecho «vivo», la libre investigación del Derecho o el análisis sociológico de los ordenamientos (Kantorowicz y otros). *Vid. N. BOBBIO, Teoría General del Derecho, op. cit.*, pp. 221 y ss.

¹⁹ La aludida función de la justicia se entiende mejor cuando el derecho se concibe no como una maquinaria de aplicación mecánica de un previo sistema de normas (mera sub-

IV. DETERMINACIONES HISTÓRICO-POSITIVAS DE LA JUSTICIA COMO «JUSTICIA SOCIAL»

Referida al sector particular de la legislación laboral y de la protección social, la justicia adquiere un valor y un significado específico, al punto de recibir el nombre singular de «justicia social» (acuñado al parecer a mediados del siglo XIX por el sacerdote jesuita italiano Taparelli)²⁰. Esta justicia se identifica inicialmente, ante todo, con valores de carácter sustantivo (no formal-procedimentales) muy claros, y más concretamente con la necesidad de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad social, particularmente a los trabajadores asalariados, pues acontece que son precisamente estos últimos —y sus familias y allegados— quienes tras la Revolución Industrial, en los albores de la legislación laboral, protagonizan las situaciones de necesidad que quiere atajarse en nombre de la justicia²¹. El hecho de que este particular modo de la justicia, al menos en sus inicios, se presente principalmente como postulación de principios sustantivos de protección de los trabajadores y los desfavorecidos, y no tanto como técnica o protocolo formal de correcta elaboración y aplicación de normas y solución de conflictos (este objetivo, exquisitamente *burgués*, se contempla en verdad como una finalidad secundaria en aquel momento),

sunción de hechos en normas perfectas de las que se siguen soluciones cerradas), sino como «un sistema de justa solución de los conflictos» o, más precisamente, como «la determinación de un *iustum concreto*» en el que se asume que «el derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incesantemente» y en el que «las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda». *Vid. L. DÍEZ-PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 240.

²⁰ Por supuesto, el consenso acerca del contenido y las implicaciones de la *justicia social* existe solo —internamente, por así decirlo— dentro del ámbito de ciertas técnicas o saberes que tratan precisamente de los asalariados y de los pobres (*v. gr.*, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), mas no cuando la cuestión se aborda desde fuera de las aludidas esferas, sin comulgar con las premisas ideológicas de las que parten los enfoques de la justicia de referencia. Para un análisis de los componentes ideológicos de la idea de justicia social que proclama la teoría clásica del Derecho laboral y social, y de las críticas de las que ha sido objeto desde los postulados del liberalismo (Nozick, Hayek) y del socialismo (Marx, Lenin), *vid. A. MARTÍN VALVERDE, Derecho del trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Madrid, Tecnos, 2020, pp. 433 y ss., posteriormente, pp. 466 y 467.

²¹ *Vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Principios generales», en J. GARCÍA MURCIA (coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2007, pp. 278 y ss.*

explica un importante rasgo característico de la misma, a saber, su capacidad para operar —y hacerlo de hecho— como referencia crítica (destructiva) para juzgar la legitimidad de las normas y el ordenamiento, sobre todo en la parte que se ocupa de regular el trabajo y la protección de las clases menesterosas: la justicia social no nace como una mera tecnología «neutral» (legitimadora) de elaboración y aplicación del derecho (proporción, procedimiento, antiformalismo), sino con vocación de operar como instancia material crítica y cuestionar el sistema jurídico en marcha²².

En efecto, la justicia social se afirma como un conjunto de principios o valores sustantivos cuya principal vocación es la de servir como referencia crítica de la ordenación positiva liberal del trabajo asalariado y la protección de las situaciones de necesidad. Su punto de partida es, por un lado, que el trabajador por cuenta ajena y el empresario no se encuentran en una verdadera situación de igualdad, principalmente porque en la negociación de la relación laboral el trabajador concurre necesitando hacer el contrato (en cuanto única fuente de subsistencia para él y para su familia), al tiempo que entra en competencia con otros trabajadores (sobreabundancia de fuerza de trabajo), lo que da lugar a una pérdida de capacidad negocial (trabajador como contratante débil) que se traduce en la práctica en bajos salarios, jornadas excesivas, insuficiencia de las condiciones de seguridad y salud laboral, etc.; ello aparte de la asunción formal de la subordinación que supone la suscripción del contrato de trabajo, entre cuyas características esenciales se cuenta la «dependencia», que comporta una entrega personal (la prestación laboral es de *hacer*, no simplemente de *dar*) a la que no es precisamente ajena la posibilidad de ocurrencia de daños en el cuerpo (y el *espíritu*) del trabajador²³. Y, por otro, que las situaciones de necesidad

²² Sobre la diferente funcionalidad de la definición y los contenidos «formal-procedimentales» de la justicia y la definición y los contenidos «material-sustantivos» de la misma, *vid. A. Ross, Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, p. 267.

²³ *Vid. A. MARTÍN VALVERDE, Derecho del trabajo y mercado de trabajo..., op. cit.*, pp. 46 y ss.; vale la pena a estos efectos exponer la cita que en esta obra se hace en las pp. 440 y 441 de las afirmaciones que los hermanos Webb formularon en su día en su hoy ya clásica obra (S. WEBB y B. WEBB, *La democracia industrial*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2004, pp. 494 y ss.), según las cuales el mercado de trabajo perjudicaría seriamente los intereses del «trabajador individual aislado» primero, porque «la conclusión del contrato de trabajo es para el empresario una mera conveniencia, mientras que para el trabajador es una necesidad de adquirir los medios de vida»; segundo, porque «en el caso típico, el trabajador aislado dispone de peor información que el empresario sobre la situación tanto del mercado de trabajo como de los mercados de bienes y productos»; y tercero, porque «por razones de práctica profesional el empresario y sus representantes suelen tener más habilidad y experiencia de negociación que la que poseen los trabajadores contratados».

que pueden afectar a los individuos (en casos como enfermedad, discapacidad, viudedad, orfandad, ancianidad, etc.) no pueden serles enteramente atribuidas a ellos, sino también a la sociedad en su conjunto (negación de la culpabilización de los pobres y del llamado *darwinismo social*, que entiende que si alguien está necesitado es porque es débil e inadaptado, de modo que no merece la ayuda de otros y menos de la sociedad en su conjunto). Sobre estas bases, la justicia social reclamará la protección estatal de los trabajadores frente a los abusos empresariales y la tutela también pública de los individuos en situación de necesidad, que son precisamente las bases fundamentales de lo que hoy conocemos como el Estado social²⁴.

Inicialmente, cuando el trabajo asalariado ya se ha generalizado como consecuencia de la Revolución Industrial, pero el mismo continúa rigiéndose aún por los Códigos Civiles del liberalismo —hay, en efecto, cierto desfase o desajuste entre la universalización del trabajo asalariado y el momento en que el mismo pasa a regularse por normas propiamente laborales—, es decir, en la etapa de regulación civil-liberal de las relaciones de trabajo, los valores críticos de la justicia social operan, como hemos venido diciendo, desempeñando funciones esencialmente destructivas, de demolición o derribo de las regulaciones de referencia. En nombre de la justicia, los trabajadores cuestionan un sistema de ordenación de las relaciones de trabajo cuya máxima expresión —la santificación de la autonomía de la voluntad— se apoya en una base ficticia o meramente formal —la libertad de los contratantes— que no se corresponde con la realidad que vive el trabajador, y que lleva finalmente a la estipulación de unas condiciones laborales enteramente abusivas²⁵. La verdadera libertad de contratación presupone una mínima situación de igualdad —o al menos proporción— entre los sujetos negociadores (no hay libertad sin igualdad), y no siendo así, como no lo es en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, no se considera justa la posición aséptica o neutral del Estado liberal de dar

²⁴ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Derecho del trabajo y mercado de trabajo...*, op. cit., pp. 430 y 431.

²⁵ Condiciones que no respetan ciertos derechos mínimos indisponibles, ligados a la dignidad de la persona, y respecto de los que no debería caber pacto o negociación de ninguna clase, de acuerdo, por ejemplo, con la idea de «intercambios bloqueados» o «límites al predominio de la riqueza material» («intercambios desesperados», «negocios sin libertad efectiva de rechazo»); en definitiva, los bienes *extra commercium* de que habla Walzer, que incluye entre ellos la «jornada de ocho horas», el «salario mínimo» y los «reglamentos de seguridad y salud en el trabajo». Vid. M. WALZER, *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983, p. 102 (esta cita de Walzer no es directa, sino que procede de A. MARTÍN VALVERDE, *Derecho del trabajo y mercado de trabajo...*, op. cit., p. 459).

por bueno lo que resulte de las estipulaciones contractuales sin aquilatar el alcance o efectos de lo acordado y sin preocuparse por indagar si tales acuerdos revelan la verdadera voluntad de los trabajadores —una «verdadera voluntad» que debe entenderse más allá de la mera exigencia formal iuscivilista de haberse expresado «libre de vicios»— o, por el contrario, son expresión de una voluntad cautiva de la necesidad de hacer el contrato en las condiciones que sea por tratarse del único sustento del trabajador y por ser este consciente de que si él no acepta lo hará otro cuya situación de necesidad sea aún más apremiante y desesperada²⁶.

Los ideales de la justicia social no solo capitalizan la protesta y la oposición de los trabajadores frente al sistema liberal de ordenación de las relaciones de trabajo por darse por buena acríticamente la ficción —o aun falsedad— de la libertad del trabajador y el trascendente efecto consiguiente de evitar la intervención del Estado para corregir los excesos de las estipulaciones contractuales, sino, al menos, por otras dos razones que se corresponden con otros tantos rasgos característicos de los códigos liberales decimonónicos que entrañan en flagrante conflicto con ciertos instrumentos centrales y clásicos para la autodefensa por los trabajadores de sus intereses. En nombre de la justicia social es objeto de crítica, por un lado, el postulado liberal clásico de negación de las asociaciones privadas o grupos intermedios («nada entre el individuo y el Estado»), heredado del temor de la burguesía al gremialismo medieval y que se traduce en la proscripción del asociacionismo obrero y de la actividad sindical. Y en nombre de la justicia social también es objeto de crítica la prohibición de la huelga, considerada en el liberalismo clásico no solo un injustificado incumplimiento del compromiso contractual (y, por tanto, un acto contrario a la buena fe y a la santidad del contrato), sino una conducta contraria al interés general, y, en consecuencia, delictiva, en cuanto puede producir perjuicio a terceros que no han tenido arte ni parte en el conflicto, que quedan de este modo injustamente perjudicados, y en cuanto ha de afectar también al sistema productivo y a la sociedad política en su conjunto. La justicia social viene a servir así como referencia crítica de un modo de ordenación de las relaciones de trabajo —el modo liberal originario subsiguiente a la Revolución Industrial— que no solo no interviene para corregir la posición de inferioridad real de los trabajadores, sino que impide que pue-

²⁶ Ampliamente, *vid.* M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del trabajo español (1873-1923)*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 8 y 9.

dan organizarse colectivamente para defender por sí mismos sus intereses, al privarles de la libertad sindical y su principal arma de lucha: la huelga²⁷.

Son de sobra conocidos los dos resultados históricos que producirá el desajuste que acaba de referirse entre la universalización del trabajo asalariado, fruto inevitable de la Revolución Industrial, y la aplicación a este trabajo de las normas individualistas del liberalismo, desajuste al que suele hacerse referencia con el nombre de «cuestión obrera» o «cuestión social», y que, como venimos diciendo, determina en todo caso una potente irrupción de los valores de la justicia social como instancia deslegitimadora y/o destructora del modo liberal de ordenación de las relaciones de trabajo (y, en general, de las situaciones de pobreza y de necesidad social): 1) la revolución, que supone la destrucción del liberalismo y el capitalismo que lo sustenta y su sustitución por un nuevo modelo de organización de la sociedad política, y 2) la reforma, que comporta el mantenimiento del sistema de producción capitalista y los valores básicos del liberalismo bien que mediante un ajuste o rectificación llevado a cabo desde las mismas instituciones del Estado, que, abandonando la posición original de neutralidad, pasan a intervenir activamente en las relaciones sociales —particularmente en las relaciones de trabajo y respecto a las situaciones de necesidad— buscando proteger de manera efectiva y real a los ciudadanos. Es precisamente esta ideología de reforma la que servirá para edificar un nuevo modelo de relaciones sociales y de relación del Estado con los individuos y los grupos de individuos, en el que comenzará a germinar la legislación laboral y de protección social, y respecto del que la justicia social pasará ya a desempeñar funciones constructivas y de vertebración del sistema (de legitimación). Funciones que en todo caso no impiden —antes al contrario, reclaman— la realización de operaciones críticas o correctoras —ahora también de justicia formal o procedimental, no exclusivamente sustantiva—; operaciones cuya única condición será que no afecten a la identidad del sistema en su conjunto, sino a partes del mismo, particularmente a ciertas manifestaciones normativas y, sobre todo, a las decisiones jurisdiccionales²⁸.

Entendida como fuente de inspiración, objetivo y elemento de vertebración de la legislación laboral y social, es decir, en esta nueva función de construcción, soporte y legitimación de un sistema emergente de normas, la «justicia social» implica ante todo partir de la evidencia de que la pobre-

²⁷ *Ibid.*, pp. 10 y 11.

²⁸ *Ibid.*, pp. 17 y ss.

za y las situaciones de injusticia social existen, que de ellas no son responsables —al menos no enteramente, ni siquiera primordialmente— los sujetos que las padecen, que estas situaciones necesitan corrección y, sobre todo, que el mercado, como ámbito de reparto y asignación de riquezas y derechos conforme a criterios de libertad individual, no es capaz de producir los reequilibrios o ajustes necesarios para reconducir este tipo de situaciones. Supone, en definitiva, la constatación del fracaso de la sociedad civil y el individualismo ante el problema de la injusticia social²⁹. Pero, sobre todo —y esto es lo que ahora importa subrayar por encima de otras consideraciones—, supone que mediante la conveniente reestructuración de la sociedad política de referencia es posible evitar un enfrentamiento abierto de los poderes del mercado (las «fuerzas del privilegio económico» y las «fuerzas del trabajo») que dé al traste violentamente y por la fuerza con las instituciones políticas existentes mediante un giro revolucionario. En su función legitimadora, la justicia social comporta así la asunción de que desde las estructuras del Estado, mediante la modificación del Derecho y la adopción de políticas de protección de los trabajadores y las situaciones de necesidad, es posible la solución de la cuestión social sin necesidad de hacer saltar en pedazos los valores y las instituciones del liberalismo; que mediante un nuevo y complejo sistema de transacciones y equilibrios diseñado mediante concertaciones y acuerdos políticos (la legislación laboral constituye el ejemplo paradigmático) es posible hacer que convivan simultáneamente las clásicas libertades individuales formales (propiedad privada, libertad de empresa, autonomía de la voluntad, igualdad ante la ley) con las nuevas libertades de carácter material (derecho a un salario mínimo, a una jornada máxima, a estar protegido en situaciones de necesidad social) y con las libertades colectivas (libertad sindical, negociación colectiva, huelga)³⁰.

²⁹ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Derecho del trabajo y mercado de trabajo...*, op. cit., p. 26, y la pertinente cita que a estos efectos allí se hace del libro de J. TIROLE, *La economía del bien común*, Madrid, Taurus, 2017, pp. 173 y ss., con objeto de dar cuenta de los fallos del mercado como mecanismo de asignación de recursos; fallos entre los que se citan: «1) las *externalidades*; 2) los problemas de información derivados de eventuales conductas oportunistas de los contratantes; 3) las posibles actitudes impulsivas de los participantes que pierden de vista a menudo las consecuencias a largo plazo; 4) la complejidad de ciertas transacciones que puede superar la capacidad de discernimiento de los individuos; 5) el *poder de mercado* detentado en ocasiones por ciertos contratantes; 6) las consecuencias inequitativas desde ciertos puntos de vista (entre ellos el punto de vista de la distribución) que puede generar el tráfico contractual dejado a su libre curso; 7) en general, el fallo moral o de insensibilidad a las consideraciones de equidad característico del mercado».

³⁰ Sobre la función transaccional y pacificadora del Derecho del trabajo como elemento de integración del conflicto obrero en las instituciones del Estado, vid. J. L. MONEREO PÉREZ,

La justicia social compromete así a las instituciones del Estado a intervenir en las relaciones privadas mucho más allá de lo que lo han hecho los Estados liberales precedentes, que partiendo de la premisa de la autonomía de los individuos, en una posición de neutralidad o asepsia respecto a la realidad de las relaciones sociales, suelen dar por buenas todas las decisiones y conductas sin tomar en cuenta su contenido con el único límite de que las mismas sean expresión de la genuina voluntad individual, no causen perjuicio a terceros, no supongan la comisión de delitos o no pongan en riesgo la integridad y seguridad del Estado (tal es precisamente la imagen del «Estado gendarme»)³¹. Frente a esta actitud, la justicia social propone la intervención activa y beligerante del Estado en las relaciones sociales, particularmente en aquellas que en condiciones normales o naturales de funcionamiento son más propensas a dar lugar a situaciones de injusticia o desequilibrio, como es el caso de las relaciones de trabajo y de la pobreza. No basta con suprimir el trabajo forzoso, reconocer que todos son libres y garantizar la igualdad formal de derechos. La libertad que se considera digna de respeto en el contexto del ideal de justicia social es la libertad real, es decir, aquella que puede ejercitarse no «en derecho», sino «efectivamente»³². No se trata simplemente de garantizar que todos tengan «derecho a comprar el pan» (libertad formal para hacer el contrato), sino que todos tengan «dinero para comprarlo» (libertad material para adquirirlo). Los poderes públicos están obligados a tomar partido en las relaciones sociales injustas y a adoptar decisiones de reequilibrio, lo que se hace mediante la conformación desde el Derecho de diferencias de trato reequilibradoras o compensadoras —son las llamadas discriminaciones positivas, de las que la legislación laboral constituye sin duda un exponente

Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo, Madrid, Civitas, 1996, pp. 18 y ss.

³¹ Vid. J. MESSNER, *La cuestión social*, M. Heredero Higueras (trad.), Madrid, Rialp, 1960, p. 22.

³² «Alimento suficiente, alojamiento y vestuario, satisfacción de las necesidades intelectuales, una vida familiar regulada: estos son los fines a los que cada uno de nosotros mira y debe mirar» y cuya satisfacción —esto es lo importante— debe procurar el Estado, pues no se trata de cuestiones individuales (problemas de cada cual), sino auténticos problemas de interés general y dimensión pública: «El Estado socialista, o con denominación más propia y sugestiva, el Estado democrático del trabajo, se basa en la idea fundamental de que la conservación y evolución de la existencia individual, la propagación de la especie y, finalmente, la tutela de la vida, de la integridad física y de la salud, que son para el individuo las finalidades más importantes, deben también considerarse como razón y misión primera de toda la actividad del Estado». Vid. A. MENGER, *El derecho al producto íntegro del trabajo y El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, Granada, Comares, 2004, pp. 175 y 177 [Viena, 1902].

te paradigmático— o también mediante la dotación de políticas activas de protección de situaciones de necesidad³³.

Son seguramente tres los valores materiales con los que la justicia social se determina concreta y positivamente en este nuevo modo de ordenación jurídica del trabajo y de la pobreza. Uno es la garantía de un mínimo común de condiciones laborales (acceso al trabajo, estabilidad en el empleo, salario mínimo, limitación del tiempo de trabajo, etc.) y existenciales (educación y sanidad gratuita, protección de situaciones de necesidad, etc.) vinculado a la idea de dignidad humana³⁴, mínimo a partir del cual ya sería posible —y aun preciso— admitir diferencias no solo por razones de mérito, capacidad, esfuerzo personal o eficiencia económico-social, sino, hasta cierto punto, relacionadas también con la libertad y la discrecionalidad individuales³⁵. Otro es la dotación de mecanismos de autotutela colectiva de los trabajadores, pues si es verdad que el trabajador

³³ Se ha dicho en este sentido que «el Derecho del trabajo sería *social* en contraposición con el Derecho *individualista* de los Códigos del siglo XIX» y que lo sería «en la medida en que, yendo más allá del simple designio de poner en orden las relaciones entre individuos iguales, se alinearía en el arsenal de medidas destinadas a resolver la *cuestión social*, una cuestión relativa no solo a las grandes deficiencias de la organización del trabajo, sino, más ampliamente, de la distribución del poder y la riqueza en el sistema social». *Vid.* A. MONToya MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 28.

³⁴ La justicia adquiere aquí el valor de «a cada cual según sus necesidades», una de las acepciones corrientes de la justicia a que se refiere Perelman: lo que la justicia busca en este caso es «disminuir los sufrimientos que resultan de la imposibilidad en que se encuentra (el hombre) para satisfacer sus necesidades esenciales»; la justicia equivale entonces a «un *minimum* vital que hay que asegurar a cada hombre, sus cargas familiares, su salud más o menos precaria, los cuidados que exige su infancia o su vejez, etcétera»; se trata de la fórmula de la justicia que se impone cada vez más «en la legislación social contemporánea», que en este punto supera «la economía liberal, donde el trabajo, asimilado a una mercancía, estaba sometido a las fluctuaciones resultantes de la ley de la oferta y la demanda». En el marco de esta acepción de la justicia, en cambio, «la protección del trabajo y del trabajador, las leyes sobre el salario mínimo, la limitación de la jornada, el seguro de los desocupados, la enfermedad y la vejez, los subsidios familiares, etcétera, se inspiran en el deseo de asegurar a todo ser humano la posibilidad de satisfacer sus necesidades más esenciales». *Vid.* C. PERELMAN, *De la Justicia*, *op. cit.*, p. 18. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 57, dicen en este sentido que es «opinión compartida» que la «justicia social» implica «la asunción por la sociedad organizada de la atención de aquellas necesidades vitales que determinados grupos de individuos no pueden atender satisfactoriamente por sí mismos».

³⁵ En la enumeración de las acepciones comunes de la justicia, esta equivaldría aquí a la justicia como retribución de la disposición y el sacrificio subjetivo del individuo («a cada quien según sus méritos») o más seguramente a la justicia como retribución según resultados objetivos y cuantificables o mesurables del individuo («a cada cual según sus obras»). *Vid.* C. PERELMAN, *De la Justicia*, *op. cit.*, pp. 17 y 18. Es la justicia como «igualdad de oportunidades» para todos los individuos donde la misma simplemente actúa «en compensación o bien de las desigualdades de origen social entre los mismos, o bien de las desigualdades deri-

es un contratante débil cuando se relaciona individualmente con el empresario, lo es mucho menos cuando actúa de manera colectiva o concertada frente a la empresa. Libertad sindical, huelga y negociación colectiva son de este modo expresiones irrenunciables de un sistema de relaciones laborales que quiera considerarse conforme con las exigencias de la justicia social, sin admitirse el argumento liberal de que las libertades colectivas de referencia implican la vulneración de determinadas libertades económicas o de mercado (libre competencia, seguridad jurídica), la libertad individual y la autonomía privada (del trabajador y de la empresa) o aun el interés de terceros o de la sociedad en su conjunto (efectos de la negociación colectiva sobre empresas no parte en el convenio o que pertenecen incluso a otros sectores de actividad, de la huelga frente a terceros y frente al sistema productivo, etc.). En fin, la justicia social obliga también a dotar de mecanismos específicos para forzar la aplicación de las normas sociales, normas que por la carga que representan para las empresas y la inhibición que los asalariados suelen manifestar a propósito de su exigencia (dada su mayor debilidad y el miedo a las represalias) no suelen ser objeto de aplicación automática o espontánea. Instituciones como el sistema de infracciones y sanciones en el orden social, la inspección de trabajo o la articulación de vías jurisdiccionales especiales para la solución de los conflictos (el orden jurisdiccional social y el proceso laboral) serían claras manifestaciones concretas de este valor de la justicia social³⁶.

Debe señalarse, para finalizar, que los valores «materiales» o «sustitutivos» que la justicia social inocula en el ordenamiento jurídico —particularmente el de protección del trabajador y las clases menesterosas— terminan irradiando necesariamente sobre las técnicas de «justicia formal» de las que sobre todo suelen valerse los jueces y los aplicadores de las normas sociales al resolver los conflictos —técnicas que si bien no son valoradas ni juegan un papel relevante en la justicia social original (esencialmente crítica-destructiva), sí comienzan a cobrar incremento en el desenvolvimiento posterior de esta idea (cuando pasa a desempeñar funciones de legitimación respecto a la legislación social portadora de las conquistas obreras)—, básicamente porque, como ya hemos apuntado más arriba, esta «justicia técnica» no opera nunca «exenta» o «flotando» al margen de criterios o determinaciones de carácter material, sino vinculada o arraigada en valores

vadas de lo que Rawls llama lotería natural». *Vid.* A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 57.

³⁶ *Vid.* A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

sustantivos concretos (esto es lo que hace precisamente que la aplicación de idénticas pautas técnicas conduzca, según los casos, a resultados o soluciones distintas). Así, por ejemplo, cuando la justicia se defina como asignación de bienes, derechos, obligaciones o cargas conforme a un principio de igualdad y proporción («justicia como igualdad»), es evidente que los criterios que deberán tenerse en cuenta a la hora de la conformación del sistema de términos, clases o grupos de personas que van a ser relevantes en las operaciones de comparación, así como los que habrán de seguirse para llevar a cabo las ponderaciones o determinaciones de grado que exige la idea de proporcionalidad, deberán atender, sobre todo, a la «condición social» de los individuos, y particularmente al hecho de si se trata de trabajadores asalariados o de personas afectadas por situaciones de necesidad. Del mismo modo, cuando la justicia se identifique como «antiformalismo», la determinación de las trabas formales que deban ser remontadas y neutralizadas se hará definiendo unas u otras como las que impidan o dificulten la protección real y efectiva del trabajador, principalmente frente a la empresa (*v. gr.*, los plazos de prescripción de las acciones y los derechos de reclamación), o bien el acceso de las personas en situación de necesidad a las prestaciones del sistema público de protección social (requisitos como alta, cotización, nivel de rentas, etc.), y no de otro modo. La determinación de la «justicia como procedimiento» tomará en la legislación laboral y social finalmente el valor de garantizar la participación y presencia real y efectiva de los trabajadores y las personas más vulnerables en la toma de decisiones que hayan de llegar a afectarles. La restricción de la virtualidad jurídica de los pactos privados, o la mayor legitimidad del convenio colectivo como fuente de regulación de las condiciones de trabajo en comparación con otras fuentes del Derecho, como puede ser el caso del reglamento, serían clara expresión de este valor de la justicia que comentamos, primero porque los pactos individuales podrían ser sospechosos de no expresar lo que realmente quieren los trabajadores y segundo porque no puede pasarse por alto que la negociación colectiva es un mecanismo de regulación de condiciones de trabajo que garantiza la participación efectiva y mayoritaria de los propios interesados³⁷.

³⁷ Desde luego no ignoramos que la justicia no es el único valor que sustenta las referidas reglas de participación de los interesados en los procesos de decisión jurídica que han de afectarles: entre ellos destaca singularmente la eficacia —como aceptabilidad por todos los interesados— de la decisión misma, como la doctrina ha puesto de manifiesto que acontece, muy claramente, en el caso de la negociación colectiva como fuente de ordenación de las relaciones de trabajo. *Vid. ibid.*, p. 125.

V. APLICACIONES DE LA JUSTICIA SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA DOCTRINA HUMANIZADORA EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Hemos visto hasta ahora que la justicia presenta en el ámbito de la legislación laboral y social un valor sustantivo o material vinculado en esencia a la tutela de los trabajadores asalariados y a la protección de las personas en situación de necesidad, y que este valor, al que suele aludirse como «justicia social», que a la postre supone la publificación-estatalización del compromiso social tradicionalmente asumido en el ámbito privado a través de instituciones espontáneas como la caridad, la beneficencia o el mutualismo, tiene la capacidad de operar como instancia crítica del sistema de normas de referencia, sea con utilidad destructiva o deslegitimadora, sea cumpliendo funciones de construcción, vertebración y mejora del mismo (ayudando a su conformación y depuración, incluso mediante la supresión de algunas de sus partes, y así manteniendo la identidad del sistema como conjunto). Acabamos de señalar además que los referidos valores sustantivos de la justicia social terminan reflejándose también en el desenvolvimiento de la —en principio aparentemente neutral— «justicia técnica», entendida como puro álgebra, método o protocolo formal de elaboración y, sobre todo, aplicación de las normas, y decisión y solución de los conflictos (justicia como asignación igual o proporcional de derechos y deberes, justicia procedural, justicia como antiformalismo en la aplicación de las normas, etc.). Vamos a presentar a continuación algunas muestras reales de cómo estos componentes o elementos de la justicia —sustantivos y procedimentales— repercuten efectivamente en la actividad del orden social de la jurisdicción, particularmente del Tribunal Supremo, algo que acontece, sobre todo, en forma de propuestas de interpretación antiformalista de la legislación positiva (justicia como antiformalismo) orientadas hacia la consecución de determinados fines sustantivos de justicia social (*favor laboratoris, pro operario, pro actione*, etc.), que es precisamente lo que en este trabajo hemos dado en definir como «soluciones de justicia material».

A tal efecto hemos de señalar, como ya hemos anticipado en la introducción, que la penetración de la justicia material en las sentencias y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene lugar de una manera suave y silenciosa cuando las reglas positivas que son objeto del reajuste antiforma-

lista están definidas o redactadas en unos términos —flexibles, elásticos— tales que admiten múltiples opciones interpretativas, con o sin necesidad de acudir a mecanismos de apertura hermenéutica como la analogía, los principios generales del Derecho, la interpretación teleológica, etc.; multiplicidad de opciones interpretativas dentro de las que encajaría el *iustum* que se busca y quiere lograrse. La solución de justicia material postulada no dejaría así de obtenerse en estos casos *secundum legem*, o incluso *praeter legem*, si se tratara de situaciones nuevas o inéditas que aún no hubieran sido debidamente recubiertas por la legislación, en virtud, en todo caso, de una *interpretación conforme* asimilable dentro de los parámetros internos de legalidad o validez del sistema. Aunque esto es consustancial a las operaciones jurisdiccionales, y por eso acontece permanentemente y con toda normalidad, hay sin embargo casos en que este desarrollo antiformalista se presenta de manera singularmente evidente, como acontece, por ejemplo, en la doctrina del «levantamiento del velo» (que en el caso de los grupos de empresas permite traspasar el concepto formal de empleador que ofrece el art. 1.2 ET y crear una nueva identidad empresarial)³⁸, de la «*contractualización de contenidos convencionales*» (que entiende incorporadas al vínculo individual de trabajo las reglas de los convenios colectivos ultraactivos perclitados ante la falta de suplencia de otros convenios)³⁹ o también, ya más específicamente, en la limitación de la capacidad de la negociación colectiva para ampliar la duración máxima del periodo de prueba (modulando la libertad convencional aparentemente irrestricta que a tal efecto se desprende literalmente del art. 14.1 ET y que el Tribunal Supremo se ha apresurado a circunscribir con argumentos funcionales relacionados con lo que significa y puede dar institucionalmente de sí el periodo de prueba)⁴⁰; sin contar, obviamente, todas las soluciones de justicia material por las que los órganos jurisdiccionales, y finalmente el Tribunal Supremo, tendrán forzosamente que transitar para dar respuesta a los retos que para el ordenamiento jurídico positivo plantea la necesidad de resolver adecuadamente

³⁸ Entre muchas, *vid.* SSTS de 26 diciembre de 2001 (RJ 2002\529), de 6 de marzo de 2002 (RJ 4659), o de 20 de enero de 2003 (RJ 2004\1825).

³⁹ *Vid.* STS de 22 de diciembre de 2014 (RJ 6638). Es sintomático que el propio Tribunal Supremo haya dicho posteriormente, en referencia a esta sentencia, que debe evitarse la utilización de «técnicas extrañas [...] a la configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo» como las «dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales» (STS de 5 de junio de 2018, RJ 3280).

⁴⁰ *Vid.* STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008\701).

los problemas nuevos e inéditos derivados del desenvolvimiento de las relaciones de trabajo en el contexto pandémico de la Covid-19 (señaladamente a propósito del despido)⁴¹.

En todo caso, nos interesa sobre todo dar cuenta de otro tipo de supuestos en los que las soluciones de justicia material —antiformalistas— de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han operado de manera mucho más drástica, nada menos que determinando un efecto de corrección anulatoria de la solución que el juez debería ofrecer *de lege lata* mediante la pura y simple aplicación de las normas del sistema, es decir, de aquellas situaciones en las que el juez, en justicia, termina dando al asunto planteado una respuesta jurídica —*contra legem*— que pone en entredicho frontalmente los mandatos de la legislación positiva (a la manera como en la «cláusula Radbruch» se viene a considerar nula una norma positiva manifiesta y radicalmente injusta). Obviamente, esto acontece cuando las leyes a las que el órgano jurisdiccional tiene que sujetar su decisión resultan precisas y detalladas, de modo que dejan poco margen o resquicio para interpretaciones, siendo que su aplicación provoca, sin embargo, resultados poco satisfactorios o contraintuitivos en términos éticos, morales o incluso por razones puramente social-funcionales o económicas, como decimos. Por lo que a las relaciones de trabajo y la protección de las personas vulnerables respecta, este tipo de soluciones —críticas, y por ello tan interesantes para diagnosticar los límites del Derecho, al menos cuando se concibe en términos exquisitamente positivo-formales— aparecen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, respecto del estatuto y los derechos de los extranjeros en situación irregular en España⁴², o en todo caso, y más claramente, a propósito de los derechos —ligados a la protección de intere-

⁴¹ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

⁴² Aunque es cierto que el contexto legal ha permitido justificar muchas de las interpretaciones —pro extranjero— que el Tribunal Supremo ha venido ofreciendo tantas veces en este tipo de situaciones, no es menos verdad que la sanción literal —primaria y original— de nulidad del contrato de extranjeros en situación de trabajo irregular en España ha obligado desde el principio al Tribunal Supremo (y después también al Tribunal Constitucional para reconocer los derechos de huelga y libertad sindical) a movilizar buenas dosis de energía y creatividad interpretativa para dotar de derechos laborales y sociales a los extranjeros en este tipo de situaciones. Así lo atestigua el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha evolucionado desde la nulidad total e irremisible de los contratos de los extranjeros irregulares (STS de 21 de marzo de 1997, RJ 3391) hacia calificaciones de nulidad relativa o en todo caso no anulatoria de efectos ya consumados (SSTS de 9 de junio de 2003, RJ 3936, y de 29 de septiembre de 2003, RJ 7446), sin conceder por cierto la protección por desempleo (STS de 18 de marzo de 2008, RJ 2065).

ses familiares y en todo caso a la tutela de los menores— que pueden reclamarse a partir de situaciones de filiación en casos de gestación subrogada, cuya prohibición en el ordenamiento español no ha impedido la aparición de sentencias que los reconocen invocando un argumento de justicia material tan evidente como la necesidad de dar respuesta jurídica satisfactoria a situaciones consumadas e irreversibles y, más específicamente, de tutelar o proteger adecuadamente el superior interés del menor⁴³.

En todo caso, aquí vamos a referirnos, sobre todo, a un tipo de situaciones en las que, ya desde hace mucho tiempo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha operado con criterios de justicia material en sentido fuerte, comprometiendo lo que explícita o literalmente disponían las previsiones legales. Es algo que viene sucediendo en concreto en el terreno de las prestaciones de Seguridad Social, señaladamente en aquellas situaciones en que un solicitante de protección que se encuentra en una situación de necesidad desesperada queda privado de cobertura social al dejar de cumplir algunas de las exigencias o requisitos formales que imponen las normas del sistema para tener acceso a la protección (principalmente el alta y/o la cotización). En estos casos, para los que la aplicación formal o literal de las normas del sistema determinaría claramente la exclusión de la protección, los tribunales de justicia, y particularmente el Tribunal Supremo, invocando como decimos argumentos contra-rigoristas o de «justicia material» (completamente al margen e incluso contra lo que de manera detallada, precisa, clara, tajante y, sobre todo, válidamente, mandan internamente las leyes), terminarán concediendo el derecho a las prestaciones aun cuando no se cumplan los requisitos legales, y ello con objeto de evitar «situaciones injustificadas de desprotección». Es lo que se conoce como «*doctrina humanizadora*», que como la propia expresión pone de relieve reclama tener en cuenta no solo los fríos —e «inhumanos»— mandatos de las normas del sistema de Seguridad Social, sino también la perspectiva «humana» de no tratar burocráticamente a los solicitantes de protección como si fueran meros números administrativos, sino —«empáticamente»— como personas en situaciones desesperadas y que deben ser protegidas.

El carácter externo al sistema de normas que presentarían las soluciones de justicia material en este tipo de supuestos, y, por tanto, su definición como verdaderos casos/soluciones-límite, inasequibles a enfoques estandarizados de reajuste interpretativo (analogía, interpretación extensiva, siste-

⁴³ Entre otras, *vid.* SSTS de 25 de octubre de 2016 (RJ 6167), de 22 noviembre de 2017 (RJ 5401) o de 14 de diciembre de 2017 (RJ 5889).

mática, teleológica, contextual, histórica, etc.), quedaría subrayado por la imposibilidad de derivar principio de corrección ninguno —internamente— a partir de unas reglas que por definición resultan precisas, detalladas, formales, reglamentistas, carentes por completo de otro «espíritu» que no sea el de su aplicación en los términos exactos y «literales» que las mismas disponen. Dicho de otra manera, no habría ninguna posibilidad de entender en estos casos que la solución de justicia material por la que terminará decantándose el órgano jurisdiccional pueda definirse como descubrimiento interpretativo del «espíritu» —la *verdad*— frente al «texto» —la *apariencia*— de la norma, de modo que no queda más alternativa que entender que la referida solución de justicia forzosamente procederá de una suerte de entorno metajurídico que deberá ligarse entonces a la moral, a la ética o a las reglas informales que de manera implícita —sin *representación*— vienen de hecho *ejercitándose* en la sociedad de referencia (*systasis, mores maiorum*); reglas externas —fuentes de justicia material— que, una vez utilizadas en la construcción de la solución jurisdiccional, quedarán ya convertidas en verdadero derecho (la justicia que definimos operaría, por tanto, como un componente fugaz de las decisiones judiciales, pues dejaría de ser tal, convirtiéndose en derecho, en el mismo instante de su incorporación a la decisión por la que se resuelve el conflicto; más adelante, en el epílogo, tratamos esta cuestión con más detalle)⁴⁴.

Como decimos, la aplicación de la «doctrina humanizadora» en el acceso a la acción protectora de la Seguridad Social se encuentra completamente arraigada en la práctica de nuestros tribunales y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Puesto que lo que buscamos es simplemente apuntar, sin ninguna pretensión de exhaustividad, hasta qué punto pueden llegar a sobreponerse las soluciones de justicia material sobre los mandatos explícitos de la ley, nos conformaremos a continuación con seleccionar algunos de los pronunciamientos de este alto tribunal en los que se hace una aplicación singularmente reveladora y clara de la referida doctrina. En particular nos concentraremos en sentencias dictadas a propósito de reclamaciones de pensiones de viudedad y orfandad; situacio-

⁴⁴ Es importante subrayar que las soluciones de justicia material que ofrecerían en este tipo de casos límite los órganos jurisdiccionales no serían expresión de ningún *moral-naturalismo* esencial y eterno, sino, antes al contrario, de un *moral-positivismo* que partaría del carácter histórico, local y relativo de sus contenidos y modo de aplicación, al estilo del defendido, por ejemplo, por Radbruch (*vid. J. A. GARCÍA AMADO, «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», op. cit., p. 351*) o acaso también por Amartya Sen (*vid. A. MARTÍN VALVERDE, Derecho del trabajo y mercado de trabajo..., op. cit., p. 464*).

nes en las que suele quedar completamente al desnudo la crudeza de las soluciones de aplicación de las normas de Seguridad Social al margen de consideraciones de justicia social. Pero en el bien entendido de que las prestaciones por muerte y supervivencia no son las únicas respecto de las que ha cobrado cierto protagonismo la doctrina humanizadora. Esta también ha hecho acto de presencia, por ejemplo, en relación con las prestaciones de incapacidad permanente. Así, cabe citar a este respecto, por incorporar sumariamente la jurisprudencia en la materia, la STS de 3 de junio de 2014 (RJ 3373), que reconoce el derecho a una pensión de incapacidad permanente a una trabajadora que tras una larga carrera de cotización (más de veinticinco años cotizados), y tras perder su trabajo y agotar las prestaciones de desempleo, resulta afectada por una insuficiencia renal crónica que la hace dependiente de los servicios de hemodiálisis, y ello aun cuando la trabajadora no está en alta ni situación asimilada al alta cuando solicita la pensión, por no estar debidamente inscrita en la oficina de empleo como demandante de ocupación. Dice la sentencia que en este tipo de situaciones —muy frecuentes— en que los trabajadores sufren una patología o una situación incapacitante que culmina cuando el contrato de trabajo se ha extinguido y se han acabado también las prestaciones de desempleo, y en las que por la situación adversa e inhabilitante que se atraviesa es frecuente que se desciende la obligación de inscripción en la oficina de empleo (en la mayoría de los casos porque se tendrá además la certeza de que se ha perdido la capacidad para trabajar y ya no va a volver a desempeñarse actividad profesional), el requisito de alta o situación asimilada no puede exigirse en el momento del hecho causante por faltar la disposición o capacidad para trabajar, debiendo, por el contrario, entenderse referido al último momento en que el trabajador pudo y tuvo disposición para trabajar, que es el del inicio del proceso patológico incapacitante. Ya antes había venido resolviendo el Tribunal Supremo, frecuentemente también en casos de incapacidad permanente, que con carácter general la existencia de «rupturas temporales» en la demanda de empleo no supone que el trabajador no se encuentre en situación asimilada a la de alta si a la vista de las especiales circunstancias concurrentes se puede acreditar que continúa vivo el *animus laborandi* o voluntad de trabajar, toda vez que los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones deben interpretarse de manera humanizadora, flexible e individualizada (STS de 14 de abril de 2000, RJ 3954).

Es preciso señalar, por otra parte, que la corrección humanizadora de las exigencias legales por las que se rige la acción protectora de la Segu-

ridad Social se ha puesto de manifiesto no solo respecto del cumplimiento de los requisitos de alta (o situación asimilada), como puede apreciarse en los casos que acabamos de reseñar de solicitud de pensiones de incapacidad permanente, y veremos que también en las pensiones de viudedad y orfandad, donde se concentra la muestra más interesante de sentencias de justicia material del Tribunal Supremo, sino también a propósito de la cotización, y singularmente respecto a los períodos mínimos requeridos para tener acceso a las prestaciones (las exigencias de carencia). Tal es lo que acontece con la llamada «doctrina del paréntesis», en virtud de la cual, por razones de «justicia social» (evitar la desprotección de cotizantes con períodos de cotización irregularmente distribuidos o muy remotos por atravesar en su carrera profesional por etapas de desconexión justificada del mercado de trabajo), se hace posible que a efectos de carencia, particularmente de carencia específica (la que se exige en un período de tiempo de referencia inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación), no se tengan en cuenta, contra lo que explícitamente dicen las normas técnicas de Seguridad Social, los períodos de tiempo en que no se dan las condiciones para que el trabajador muestre disposición para trabajar. Entre el abundantísimo caudal de sentencias que dan aplicación a la teoría del paréntesis para facilitar el acceso a las prestaciones de Seguridad Social cabe citar, como ejemplos destacados, las SSTS de 14 de marzo de 2012, RJ 5430 (jubilación); de 4 de abril de 2011, RJ 3697 (prestaciones de desempleo), o de 24 de noviembre de 2010, RJ 1211 (incapacidad permanente)⁴⁵.

Centrados en todo caso en las pensiones de viudedad y orfandad, que es donde más claramente exhibe el Tribunal Supremo la doctrina humanizadora *contra legem* al determinar si procede o no el reconocimiento de la correspondiente pensión —sobre todo a propósito del requisito del alta en la Seguridad Social—, conviene comenzar señalando que todas las sentencias de las que vamos a dar cuenta aquí (como las que también se

⁴⁵ Como es sabido, la doctrina del paréntesis se ha utilizado eventualmente también a efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social en casos de existencia de lagunas de cotización en ciertos períodos de la carrera profesional de los trabajadores, con objeto de evitar (el perjuicio de) su integración a partir de bases mínimas; por ejemplo, en la STS de 25 de abril de 2006, RJ 3103 (determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación existiendo lagunas de cotización por incapacidad temporal e invalidez provisional), o más recientemente, negando la aplicación de esta doctrina, en la STS de 18 de noviembre de 2020, RJ 4728 (determinación de la base reguladora de la pensión de incapacidad respecto a los meses previos en los que el beneficiario está en situación de jubilación anticipada por discapacidad sin obligación de cotizar).

han visto) presentan siempre la misma estructura argumentativa: primero, constatación de que mediante una aplicación literal y rigurosa de las normas de Seguridad Social los solicitantes de protección no tendrían acceso a las prestaciones al no cumplir estrictamente los requisitos dispuestos por el sistema (básicamente alta); segundo, expresión de la convicción unánime de que la aplicación rigurosa de estas normas, y la consiguiente denegación de las pensiones a los solicitantes de protección, provocaría «situaciones injustificadas (*i. e.*, “injustas”) de desprotección» (algo particularmente acusado en las pensiones de viudedad y orfandad, en donde los beneficiarios de la protección no se identifican con su causante, único que ha estado en condiciones de cumplir o incumplir las exigencias legales sobre cuya realización se determina el acceso a la protección); tercero, intento de reconducción de la solución de justicia material que se ofrece a esquemas de justificación internos del sistema legal que está siendo objeto de corrección, es decir, de legalización o formalización de la solución ofrecida, seguramente porque se está siendo consciente de que la severa corrección efectuada de las determinaciones legales no puede ampararse solo en nudos argumentos de justicia.

Como primera muestra de aplicación de la doctrina humanizadora —y, por tanto, solución de justicia antiformalista de corrección de las normas positivas de acceso a las pensiones de viudedad y orfandad— destaca la STS de 27 de mayo de 1998 (RJ 5700). Se trataba del caso de una viuda y tres huérfanos de nueve, once y trece años de edad que tras el fallecimiento de su marido y padre, respectivamente, solicitaron las correspondientes prestaciones de viudedad y orfandad, prestaciones que fueron denegadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al no encontrarse el causante en alta ni en situación asimilada al alta en la fecha del óbito. Importa destacar que el fallecido, que había acreditado una cotización a la Seguridad Social de 991 días (entre el año 1973 y el año 1991), era drogodependiente, que había permanecido en diversos centros de deshabituación tóxica por adicción a la heroína y que, por último, falleció precisamente por sobredosis de heroína (insuficiencia cardiorespiratoria debida a una reacción adversa a la administración de heroína) tras un último periodo de un año y medio de inactividad laboral debida a la adicción a las drogas. Por ello, aunque conforme a la literalidad de las normas de Seguridad Social —normas por definición detalladas y claras— no se cumplían los requisitos de acceso a las prestaciones solicitadas, principalmente el de alta, por no encontrarse el trabajador en activo en el momento del fallecimiento ni tampoco inscrito en la oficina de empleo (razón precisamente por la que el

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la sentencia de instancia, en la que se habían reconocido a los demandantes las prestaciones), el Tribunal Supremo reconocerá a la viuda y a los huérfanos la pensión de viudedad y orfandad con base en criterios de justicia; criterios forzosamente externos al sistema de normas que están siendo objeto de aplicación, pues, como hemos apuntado, no pueden proceder de unas reglas precisas y detalladas, elaboradas con el propósito de infundir en el aplicador el mayor grado de seguridad jurídica y, por tanto, de reducir las opciones interpretativas (*in claris non est interpretatio*), y que, por consiguiente, son normas clausuradas y frías, completamente carentes de espíritu. Decíamos que el «sentido» de estas normas no es otro que su «exclusiva aplicación en términos literales».

En efecto, es claro que el fallecido no se encontraba en el momento del fallecimiento ni en alta ni en situación asimilada al alta, pues ni estaba trabajando en ese momento, ni era pensionista de jubilación o invalidez, ni percepto de invalidez provisional, ni estaba inscrito en la oficina de empleo, por lo que no cumplía las condiciones establecidas para causar las prestaciones de muerte y supervivencia solicitadas (es más, tampoco acreditaba la cotización mínima de 500 días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del hecho causante, razón precisamente por la cual también se discute en la sentencia si la muerte por sobredosis es muerte por enfermedad o por accidente, dado que en este último caso —esta es la opción por la que finalmente se decantará la sentencia— no será preciso cumplir el referido mínimo de cotización). En consecuencia, también es claro que la respuesta que cabría ofrecer de *lege lata* a la solicitud presentada no podía ser otra que la denegación de la prestación. Sin embargo, no es menos evidente que, atendiendo a las circunstancias personales y familiares de las personas afectadas por la situación de necesidad que se trataba de proteger, esta solución de estricta legalidad produciría un resultado ilegítimo a la luz del valor de la justicia social, o, como dice expresamente la misma sentencia, «un supuesto injustificado de desprotección». Pues bien, es con el horizonte de evitar un resultado considerado unánimemente injusto con el que, con apoyo en un valor *a fortiori* externo a lo que manda la norma de Seguridad Social, el Tribunal Supremo, actuando con un esquema antiformalista de aplicación del Derecho, procederá, como él mismo indica, a «una atenuación de la exigencia del requisito de alta o situación asimilada [...] mediante una interpretación humanizadora que pondere las circunstancias de cada caso concreto», lo que, como acontecerá en el supuesto de autos, dará como resultado que

se reconozcan las prestaciones cuando en sentido riguroso y estricto no se cumplen los requisitos legales.

Se trata, evidentemente, como se viene diciendo, de una solución de «justicia material», solución a la que los jueces pueden verse abocados a veces por la conjugación imperativa del *non liquet* y la inicua rigidez de un mandato legal, pero cuya pretensión de autoridad o validez reclama siempre legalización, revestimiento o ropaje de legalidad formal; dicho de otro modo, de una solución que, aunque realmente es de justicia, tiende a ser presentada como solución de legalidad, con el objeto de que se cuestione lo menos posible la respuesta dada por los órganos encargados de solucionar el conflicto (máxime cuando la solución del conflicto no solo afecta a las partes involucradas en el conflicto mismo, sino, más allá, a cualquier persona que pueda verse afectada en el futuro por conflictos de similares características). Es por esto que la sentencia que ahora comentamos busca reconducir a legalidad la solución de justicia material que incorpora estableciendo la ficción de que es posible interpretar que las normas de Seguridad Social permiten en ciertos casos el acceso a las pensiones de viudedad y orfandad aun cuando el causante no esté en alta o situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante. La sentencia dice concretamente que en situaciones como la que se resuelve en el caso, en las que la drogodependencia ha llevado al causante a desvincularse del mercado de trabajo (a perder la ocupación y a no inscribirse como demandante de empleo), lo relevante no es que el alta o la situación asimilada al alta concurra en el momento del fallecimiento, sino que hubiera concurrido en el momento en que el trabajador comenzó a sufrir la enfermedad o los padecimientos que le llevaron a distanciarse del mercado de trabajo. Con cita abundante de jurisprudencia, dice que «si concurría la situación de alta cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido», aclarando que «la grave situación de drogodependencia que el causante mantuvo hasta su fallecimiento y que se había iniciado de forma trascendente antes de producirse la baja en la Seguridad Social», y que le llevó a «permanecer ingresado en diversos centros de deshabituación tóxica por adicción a la heroína», determinó que «estaba realmente imposibilitado para desarrollar una actividad productiva, por lo que es fundamentalmente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo, no pudiendo presumirse un abandono por parte del mismo del sistema de Seguridad Social».

El argumento, en el fondo, es que las exigencias legales, como la de inscribirse como demandante de empleo, cuyo cumplimiento presupone disposición y conducta activa y de compromiso por parte del sujeto obligado —en nuestro caso el causante de las prestaciones de viudedad y orfandad—, no pueden considerarse operativas sino cuando el sujeto se encuentra en condiciones de asumir digna y efectivamente su cumplimiento, y no cuando está afectado por una enfermedad o un proceso adictivo o patológico que le impide —o le deja «desfalleciente», como dice a veces la jurisprudencia— enfrentar el cumplimiento de sus deberes. No puede, por tanto, exigirse a quien está afectado por un proceso de drogodependencia severo, que finalmente determina su fallecimiento, que en los momentos más críticos y duros de su existencia se preocupe por tener adecuadamente formalizada su situación de Seguridad Social o por buscar ocupación inscribiéndose en la oficina de empleo. Estas exigencias, y, por tanto, el momento respecto del que debe entenderse referida la exigencia de alta, solo pueden entenderse operativas respecto del último periodo en el que el causante de las prestaciones estuvo en plenitud de sus facultades, que no es otro que el inmediatamente anterior a aquel en que perdió su ocupación por su adicción a las drogas. Si el causante estaba en alta o situación asimilada al comienzo del proceso adictivo que tiempo después terminaría acabando con su vida, sus causahabientes tienen derecho a la pensión.

Es del mismo tenor —y mismo género— la STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 9720), dictada en el caso de una petición de pensión de viudedad —sin orfandad y mediando divorcio— en donde el causante no se encontraba desde hacía en torno a un año y medio en alta o situación asimilada debido al padecimiento de depresión, patología digestiva y enolismo crónico que determinaron finalmente su fallecimiento (según el informe forense, el análisis de los restos del fallecido reveló también la presencia de restos de morfina, codeína, nordazepam y oxazepam). La sentencia entiende de ahora cumplido el requisito del alta al estar el causante «afecto de una grave situación [...] de carácter somático y psíquico que mantuvo hasta su fallecimiento y que se había iniciado antes de producirse la baja en la Seguridad Social» y le «imposibilitaba para desarrollar una actividad productiva, por lo que es fundamentalmente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo, no pudiendo presumirse un abandono por parte del mismo del sistema de Seguridad Social». En cualquier caso, esta sentencia presenta una interesante novedad respecto de la anterior, y es la consideración de que la trayectoria personal del

causante, que es la que le ha llevado a no estar en alta o situación asimilada en el momento del fallecimiento, no debe repercutir negativamente sobre los derechos de sus causahabientes. En efecto, dice la sentencia que «no parece lógico que el estado desfalleciente del causante», determinante quizás del olvido y apartamiento del sistema protector de Seguridad Social, «deba repercutir negativamente sobre su esposa, una vez que está acreditado que el marido cotizó durante el periodo de carencia suficiente para que el cónyuge superviviente tuviera acceso a la protección». No deja de ser curioso que este argumento de protección de los intereses de carácter familiar se haga valer precisamente en un caso de viudedad en que no concurren huérfanos ni solicitud de prestaciones de orfandad y en el que además la viuda se había divorciado del causante.

Algo parecido viene a decir la posterior STS de 17 de julio de 2000 (RJ 7636), dictada a propósito de otra solicitud de pensión de viudedad cuando el causante (la causante, en este caso) no estaba en alta o situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento, producido por un cáncer gástrico que había sumido previamente a la misma, encuadrada en el Régimen Especial Agrario como trabajadora por cuenta propia, en una situación incapacitante que culminó en una incapacidad permanente absoluta sin derecho a prestaciones por falta de carencia, situación precisamente en la que sobrevino el fatal desenlace. Según la sentencia, la cuestión se concreta una vez más en determinar si en los casos de grave enfermedad que es incapacitante para el trabajo desde el primer momento el requisito de alta en Seguridad Social debe entenderse cumplido en la fecha de comienzo de la situación de incapacidad temporal o, por el contrario, debe exigirse en la fecha del hecho causante de la prestación que se reclama, a lo que, utilizando un argumento de justicia material, se responde que lo primero, pues solo de esta manera queda adecuadamente protegida la situación de necesidad que se trata de tutelar. En un alarde antiformalista, dice la sentencia que debe atenderse, sobre todo, a «la necesidad de que los objetivos de protección del sistema público de Seguridad Social no se frustren como consecuencia de una rígida exigencia del requisito de alta que prevé el art. 94.1 (hoy 124.1) LGSS», lo que en el caso de padecimiento de una enfermedad cancerosa incapacitante que comienza a producir sus efectos mucho antes de producirse el fallecimiento determina que «desde la aplicación flexible y humanizadora del requisito de alta en Seguridad Social» deba tenerse por «acreditado dicho requisito en la fecha en que surgió la enfermedad que impidió a la causante mantener su actividad laboral hasta que falleció varios meses más tarde». La sentencia añade a los referidos un

nuevo argumento, siempre presente de una manera u otra en este tipo de resoluciones, a saber: el de la acreditación de una larga carrera de cotización, y concretamente de la cotización requerida para causar la pensión de viudedad, con lo que quiere venir a decirse que siempre que hay cotización suficiente, aun no cumpliéndose estrictamente el requisito del alta, debe reconocerse la pensión de viudedad.

Es un poco distinta otra de las sentencias de las que queremos dar principalmente cuenta como muestra de utilización de criterios de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a saber, la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 450), no por el problema del que se ocupa, que vuelve a ser la reclamación de prestaciones de viudedad y orfandad, o el sentido del fallo, que estima otra vez la demanda dando aplicación a la consabida interpretación humanizadora, sino por el hecho de que en este caso la falta de alta o situación asimilada del causante, situación en la que sobreviene la muerte, no era fruto de una enfermedad o padecimiento adictivo inhabilitante, sino de la baja voluntaria del trabajador causada con objeto de concurrir a una prueba para mejorar su cualificación técnica y así poder promocionarse profesionalmente en la empresa. Se trataba concretamente de una trabajadora que prestaba servicios como auxiliar administrativo en una autoescuela en Andalucía y que, tras pactar con la empresa una suspensión temporal de su contrato para desplazarse a Madrid a realizar un curso para obtener la titulación de profesor de Autoescuela, perece en el viaje víctima de un accidente de tráfico. En principio, la respuesta que obtienen el viudo y los huérfanos es que no tienen derecho a la pensión solicitada porque en el momento del fallecimiento la causante no se encontraba en alta ni en situación asimilada al alta, pues había causado baja voluntaria en la Seguridad Social y no había procedido a suscribir, como era preceptivo para regularizar la cobertura en esta situación, el convenio especial de Seguridad Social previsto en la Orden de 18 de julio de 1991, sin que conste ni se haya aludido siquiera que hubiera ocurrido alguna causa que justificara la falta de suscripción del convenio, como enfermedad grave o similar.

Frente a esta primera respuesta, evidente aplicando las exigencias de la legislación de Seguridad Social, y que es la que da inicialmente el Instituto Nacional de la Seguridad Social y confirma posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (revocando la sentencia de instancia), el Tribunal Supremo, aplicando la doctrina humanizadora, estimará el derecho de los reclamantes a las prestaciones de muerte y supervivencia solicitadas por razones de justicia material, ofrecien-

do cuatro argumentos para legalizar su fallo: 1) la carrera de cotización de la causante: «cotizó durante su vida activa a la Seguridad Social 2.693 días» y «esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del requisito de estar el alta en la Seguridad Social, o en situación asimilada, y lo ha hecho con un criterio flexibilizador, carente de rigor formalista, para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo efectivo»; 2) corta duración del periodo de descubierto: debe tenerse presente «el escaso tiempo transcurrido entre el cese voluntario en el trabajo y el óbito», que es de tan solo «dos meses»; 3) posibilidad aún abierta de suscribir convenio especial con la Seguridad Social: aunque no se hubiera suscrito todavía, estaba abierta la posibilidad de suscribir el referido convenio, que podría haber tenido efectos retroactivos cubriendo todo el periodo de baja, a tenor de lo establecido en el art. 5.2.1 de la Orden 2865/2003, de 13 de octubre, por no haber transcurrido noventa días tras la situación que determinó la baja en el RETA; 4) finalidad de mejora profesional de la baja: el objetivo de la baja no era extralaboral, sino «mejorar las expectativas laborales (de la trabajadora)», pues cuando falleció en accidente de tráfico «estaba sacándose el título de profesora de autoescuela», lo que «evidencia que su baja en la Seguridad Social no revelaba su voluntad de apartarse del mundo laboral, sino de continuar en el mismo con un trabajo más cualificado».

Un último argumento destaca entre los que utiliza el Tribunal Supremo en esta sentencia para fundamentar, conforme a los criterios internos del ordenamiento —para legalizar, en definitiva—, la solución de justicia material por la que se inclina, relacionado ahora con la idea de interpretación sistemática y conforme a la realidad social de las normas jurídicas. Y es que la misma defiende el derecho a las prestaciones reclamadas sobre la base de «las especiales circunstancias concurrentes en el supuesto examinado y el hecho de que se trate de la aplicación de normas protectoras, cuales son las de Seguridad Social, que han de ser interpretadas, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 CC, no de forma aislada, atendiendo a su pura literalidad, sino poniéndolas en relación de manera concurrente e integradora con las que tienen una misma o análoga finalidad, atendiendo a la realidad social en que se aplica el precepto».

Me parece que en estos casos, y otros similares que suelen darse, no son realmente los recursos de apertura interna del ordenamiento jurídico —interpretación sistemática, teleológica, histórica, analógica, etc— los que, pese a la «ilusión de legalidad» que la sabia y prudente argumenta-

ción de la jurisprudencia permite mantener, explican soluciones que distan tanto y tan claramente de lo que establecen las normas; normas, por lo demás, reglamentistas y detalladas al máximo, diseñadas, como ya se ha dicho, para reducir el terreno dado a la apertura interpretativa. Solo forzando o violentando los aludidos mecanismos internos —esencialmente interpretativos— de apertura a nuevas soluciones puede admitirse que las normas dicen lo que realmente no dicen, y, por este camino, que puedan decir cualquier cosa que un diestro y habilidoso hermeneuta pueda convencernos que dicen. De este modo, si soluciones tan innovadoras como las referidas u otras que puedan alumbrarse en situaciones límite, hasta las que de ordinario no llega la capacidad anticipatoria y autopoética del sistema normativo, no caben en el ordenamiento de *iure condito*, es evidente que han de provenir de fuera del mismo. Precisamente este conjunto de reglas extrasistema de ordenación social, en cuanto unánime o mayoritariamente admitidas por los intérpretes de un sistema de normas (los jueces españoles, pongamos por caso), es lo que aquí consideramos justicia. O al menos lo que consideramos tal cuando la misma se define —jurisdiccionalmente— como una herramienta de aplicación del Derecho. Pues hemos visto también que la justicia, en un plano ya no jurisdiccional, sino ligado a la acción política, y particularmente a la política del Derecho, opera también como instancia crítica del ordenamiento con objeto de medir su legitimidad y marcar su evolución (la característica «justicia social» de la legislación laboral y social es el ejemplo paradigmático).

VI. EPÍLOGO SOBRE LA SINGULAR NATURALEZA O EL TIPO DE MATERIALIDAD EFECTIVA DE LA JUSTICIA

Una última consideración de cierre conviene añadir antes de terminar este breve estudio sobre la justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y es que los contenidos de la misma, que como hemos visto quedan identificados histórica y positivamente —como justicia social además—, en cuanto referidos a un tiempo concreto (el entorno del siglo XX, pongamos por caso) y para un ordenamiento jurídico determinado (el Derecho español), a propósito además de un sector del Derecho diferenciable y señaladamente particular (la legislación laboral y de protección de las personas menesterosas), no están dados, determinados o definidos antes de ser incorporados a las sentencias, sino que devienen tales precisamente en el momento de quedar fijados en ellas, y particularmente en la

jurisprudencia. En efecto, antes de que los órganos jurisdiccionales internalicen y formalicen los correspondientes mandatos o principios extrajurídicos en las sentencias, las aludidas directrices son simple expresión de inclinaciones o convicciones éticas, morales, económicas, psicológicas o ideológicas de los sujetos operatorios jurisdiccionales (los jueces), subjetivas, acaso heterogéneas y no necesariamente compartidas por todos, pero que —y esto es lo importante— quedan en todo caso objetivadas (homogeneizadas) y determinadas (definidas uniformemente) precisamente como justicia por obra de las sentencias, en forma concretamente de las prescripciones y los criterios utilizados o empleados por estas y que no caben en las leyes positivas ni en lo que es dable que la interpretación flexible permita sin desbordar los contornos de la dogmática formal-positivista del Derecho. Como la historia, que se hace pero no existe hasta ser escrita, la justicia reclama la formalización —o *relato*— como derecho de los mandatos o criterios morales «primitivos» de la comunidad en la que se desenvuelve.

Dicho de otra manera, lo que llamamos principios o mandatos de justicia material no estarían identificados ni definidos *ex ante* —*a priori* de las sentencias o la jurisprudencia que los incorpora (hasta este momento existirían como meros *precursores*, *corriente de fondo* o «*materia prima normativa*»), sino que quedarían determinados y formalizados como justicia precisamente tras su plasmación e incorporación —*victoriosa*, esto es muy importante— en las sentencias y en la jurisprudencia, en los términos precisos en que tal efecto o resultado hubiera tenido lugar, operando, por tanto, *a posteriori* de los pronunciamientos jurisdiccionales que los incorporan. La justicia material quedaría de este modo definida, de manera ya acotada y relativamente precisa, como todos aquellos criterios, principios o mandatos de los que los órganos jurisdiccionales —y singularmente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo— se hubieran servido para fundamentar sus resoluciones, pero que no fueran estrictamente Derecho o no pudieran considerarse tal en el paradigma formal positivista del ordenamiento jurídico de nuestro tiempo. Y ahora viene lo más paradójico, y es que en cuanto incorporados a las sentencias y a la jurisprudencia, que como decimos es lo que determina, formaliza y hace nacer —*posteriormente*— la justicia en los términos de definición positiva y objetiva que aquí proponemos, esta quedaría convertida *ipso facto* en Derecho (al pasar a integrar o formar parte de una resolución judicial considerada Derecho de acuerdo con la correspondiente «*norma de reconocimiento*» interna del sistema jurídico), de modo que puede decirse que como pura justicia tendría una existencia *volátil* o *metaestable*, funcionando como una especie de catalizador, puente o media-

dor fugacísimo con el que le quedaría permitido al ordenamiento y particularmente al juez progresar o avanzar paralegalmente hacia nuevos terrenos jurídicos o normativos. En el fondo, la propuesta de conceptualización de la justicia que aquí se hace, como todo aquello que los jueces toman en consideración —y queda formalizado en la correspondiente sentencia— para resolver situaciones nuevas o inéditas que desbordan completamente las previsiones legales positivas y llegan a reclamar incluso soluciones contradictorias con lo que la legislación vigente establece, no viene sino a constituir una impugnación, constatada a través de la práctica de nuestros tribunales, del positivismo formalista (*i. e.*, de la teoría pura del Derecho) según la cual este sería un sistema completamente cerrado capaz de dotar siempre autorreferencialmente soluciones perfectas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M.: *Tras la justicia. Una Introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1995.
- BOBBIO, N.: *Teoría General del Derecho*, E. Rozo Acuña (trad.), Madrid, Debate, 1998.
- CELANO, B.: «Justicia proceduralista pura y teoría del Derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24 (2001), pp. 407-428.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1993.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «El derecho del trabajo y la justicia», en L. SUÁREZ LLANOS (coord.), *El derecho y la justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 385-417.
- GARCÍA AMADO, J. A.: «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8 (1991), pp. 341-364.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Principios generales», en J. GARCÍA MURCIA (coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2007, pp. 271-313.
- KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, E. García Márquez (trad.), México, UNAM, 1995.
- LARENZ, K.: *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, L. Díez-Picazo (trad.), Madrid, Civitas, 1990.
- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, M. Rodríguez Molinero (trad.), Barcelona, Ariel, 1994.
- LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.
- MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Madrid, Tecnos, 2020.

- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2014.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MENGER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo y el Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, Granada, Comares, 2004 [Viena, 1902].
- MESSNER, J.: *La cuestión social*, M. Heredero Higueras (trad.), Madrid, Rialp, 1960.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1989.
- NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del trabajo español (1873-1923)*, Madrid, Tecnos, 1995.
- PERELMAN, C.: *De la Justicia*, R. Guerra (trad.), México, UNAM, 1964.
- RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, M.ª D. González (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Ross, A.: *Sobre el Derecho y la Justicia*, G. R. Carrió (trad.), Buenos Aires, EUDEBA, 1994.
- TIROLE, J.: *La economía del bien común*, Madrid, Taurus, 2017.
- WALZER, M.: *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.
- WEBB, S. y B., *La democracia industrial*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2004.