

La aplicación judicial «difusa» de la Constitución en el orden jurisdiccional social

Santiago González Ortega

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. —II. LAS RAZONES DE LA PRESENCIA MÁS QUE DIFUSA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL.—III. LA CALIDAD Y LOS DÉFICIT DE ESA PRESENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de la «aplicación judicial difusa de la Constitución» remite, de una parte y en lo que hace al contenido de la acción, a una hipótesis de puesta en práctica indirecta de los valores y principios constitucionales, a una tutela mediata o por intermediario argumental y normativo de los derechos constitucionales, o a una colaboración, también indirecta, en la construcción y el diseño final que ha de contener ya elementos de realidad y no sólo de elaboración teórica, de las instituciones recogidas en la norma fundamental. De otra parte, y en lo que se refiere al sujeto activo de esa aplicación difusa, es la actuación de los jueces ordinarios la llamada aquí a volcarse conscientemente en la tarea de contaminar la realidad práctica por la influencia de esos valores, principios, derechos e instituciones de matriz constitucional.

De tal forma que la «aplicación judicial difusa de la Constitución» consistiría en su puesta en práctica a través de los valores que se manejan en la función interpretativa, en su presencia implícita en los procesos lógicos argumentativos como una suerte de proyección «en espíritu» de la Constitución. Algo quizá relacionado más con los estilos, las convicciones, los

modos y las posiciones subjetivas que con los resultados identificables o cuantificables de forma inmediata. Como se ha dicho (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Justicia constitucional y Derecho del Trabajo», en el volumen *Constitución Española y Derecho del Trabajo* (1981-1991), Marcial Pons, 1992, págs. 427 y siguientes): «cuanto más penetran los valores constitucionales en la cultura individual de los jueces, tanto más la tutela de los derechos constitucionales se hace difusa en cualquier nivel de la jurisdicción».

No obstante lo dicho, la «aplicación judicial difusa de la Constitución» también puede hacer referencia a la aplicación directa e incontrovertida de la misma en las instancias en que el debate parecería a algunos, merced a una división excesivamente formal de las tareas, que debería quedar retenido o estancado en el plano de la legalidad ordinaria, atribuyendo a otras instancias, concretamente el Tribunal Constitucional, la función exclusiva o en monopolio de interpretar y aplicar la Constitución. No siendo desde luego esto último así, es decir, partiendo en cambio de la base de que el Tribunal Constitucional es, sí, el intérprete supremo de la Constitución pero no el único, el juez ordinario es considerado entonces como juez constitucional en la medida en que incorpora valores y derechos constitucionales que impregnan su discurso, determinan su decisión y forman parte esencial de la fundamentación jurídica de sus fallos. La aplicación judicial de la norma fundamental es así difusa en cuanto difundida: es decir, normal, cotidiana o habitualmente presente en los conflictos que se suscitan ante la jurisdicción ordinaria de que se trate.

Si se utiliza sólo la primera de las acepciones propuestas, no es correcto hablar de «aplicación difusa de la Constitución» en el orden jurisdiccional social. No es que no la haya, que desde luego que sí. Pero lo que resalta en el análisis de las resoluciones de los jueces y tribunales laborales es la presencia constante y expresa de reclamos a los valores, normas y derechos constitucionales a partir de la aceptación de su presencia e influencia indiscutible en las relaciones jurídicas sometidas a conflicto. De haber, que la hay, aplicación de la Constitución en el orden social de la jurisdicción, ésta es desde luego directa y no difusa.

Porque es habitual encontrar en las resoluciones sociales argumentaciones «constitucionales» que identifican el derecho o principio constitucional afectado, que reflexionan y deciden acerca de su alcance y significado, y que lo proyectan de forma directa en las relaciones jurídicas laborales en cuyo contexto se reclama esa aplicación. Bien puede sostenerse que el juez laboral es el juez constitucional de primera línea y que esta función ha sido asumida ya hoy por los afectados de una forma generalizada. Se decía ya hace años, haciendo un balance de los primeros años de aplicación de la Constitución (F. VALDÉS DAL-RE, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en el volumen *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*. Universidad de Oviedo, 1993, págs. 511 y siguientes), que «los jueces laborales no han dudado nunca de la eficacia de los derechos

fundamentales en la relación laboral, entendiéndolos como derechos subjetivos propios». De manera que, al margen su distinto alcance y su propia diversidad, el discurso judicial social es indiferenciado, mezclando con naturalidad la legalidad ordinaria con la constitucional; que sólo independizan para abordar de forma aislada la posible lesión de derechos fundamentales en el convenio de las relaciones laborales o para plantear, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad.

II. LAS RAZONES DE LA PRESENCIA MÁS QUE DIFUSA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCION SOCIAL

Muchas y variadas son las razones que explican la naturalidad y la presteza con la que el razonamiento constitucional se ha incorporado al acervo y a la práctica cotidiana de los jueces y tribunales de lo social.

Sin duda alguna, la primera y más importante razón es lo que los laboristas denominan, de forma generalizada y ya casi tópica, como el fenómeno de la «constitucionalización del Derecho del Trabajo». Esta «constitucionalización» puede entenderse de diversas maneras y tiene también distintas manifestaciones y consecuencias. La primera de ellas es la transformación que la aprobación de la Constitución supuso del entero sistema de relaciones laborales, de los valores en que se asentaba y de los principios que lo inspiraban. Lo que no ha dejado de tener repercusión, como no podía ser de otra forma, en la labor interpretativa y aplicadora de los jueces laborales.

Como se ha sintetizado recientemente (M.R. ALARCÓN CARACUEL, «Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución Española», en el volumen *Veinte años de ordenamiento constitucional*. Aranzadi, 1999, págs. 20-73). La Constitución significó, en primer lugar, el reconocimiento al máximo nivel de los derechos colectivos como derechos fundamentales a través, sobre todo, de la libertad sindical y de los medios de acción consustanciales a la misma: la negociación colectiva, el derecho de huelga, el planteamiento de conflictos colectivos. De manera que esa dimensión, ausente salvo por rechazo en el discurso judicial preconstitucional acorde con la legislación ordinaria entonces en vigor, pasó a constituir el elemento vertebral de todo el sistema de relaciones laborales. Transformación condensada en el reconocimiento especial que el artículo 7 de la Constitución hace del asociacionismo de tipo profesional, fundamentalmente bajo la apariencia sindical y la exigencia de su tutela, fomento y garantía, tanto en sí mismo como en todas sus manifestaciones: ejercicio individual de la libertad sindical, derecho a la presencia del sindicato en la empresa, derecho a negociar las condiciones de trabajo, garantía de la vinculabilidad del convenio, supremacía de éste frente a la disciplina individual del contrato de trabajo, fomento de la acción sindical en la empresa,

garantía de la eficacia de los medios de acción y presión colectiva con la represión de las conductas antisindicales, etc.

A partir de ese momento no sólo esos derechos, tanto en su dimensión individual como colectiva y en todas sus diversas facetas o aplicaciones, se convierten en merecedores de la máxima garantía y tutela incluso, o casi sobre todo, en las relaciones entre particulares. También son, a su vez, el fundamento de desarrollos normativos que, garantizándolos, han conformado el bloque de la constitucionalidad (Ley Orgánica de libertad sindical, normas reguladoras de la negociación colectiva y de la huelga o disciplinadoras de la participación de trabajadores y funcionarios en la empresa o Administración), haciendo que se apliquen, no sólo como expresión de la exigencia constitucional, sino también como ley ordinaria de desarrollo de la norma fundamental. Por último, esos derechos se constituyen, simultáneamente, en la fuente creadora de nuevas normas laborales ya que su reconocimiento altera el propio sistema de producción normativa al incorporar al elenco de las constitucionalmente referenciadas la que tiene que ver con los derechos colectivos; esto es, la que es manifestación de la autonomía colectiva como expresión del poder normador conjunto de los grupos profesionales organizados. Cuya garantía de solvencia, realidad y eficacia pasa a ser también área de la jurisdicción ordinaria.

Pero el impacto de la Constitución en el sistema de relaciones laborales no se ha producido sólo en el terreno colectivo. La «constitucionalización» también ha provocado una intensa labor del legislador ordinario tendente a la determinación o precisión de los denominados como «derechos constitucionales de configuración legal» (derechos como la protección social, la seguridad y la salud en el trabajo, el derecho al trabajo, al descanso, o a un salario digno). Sin duda que este amplio desarrollo normativo ha debido tener en cuenta el reconocimiento constitucional inicial, partiendo de él para respetarlo en su esencia como ordena el artículo 15 del texto fundamental; evitando, por demás, so pena de ser sometido a un control negativo de constitucionalidad (lo que ha sucedido no infrecuentemente con derechos como los relacionados con el desarrollo del sistema de la Seguridad Social) una aplicación normativa disconforme o ajena a esos derechos y a los principios y valores que deben informarlos.

Por otra parte, también la Constitución ha supuesto cambios en la dimensión individual del trabajo, esto es, la que se resuelve en el seno de la relación bilateral de intercambio que asume la forma del contrato de trabajo. No sólo porque el reconocimiento de los derechos fundamentales (los generales como la libertad de expresión, la intimidad, la igualdad o la libertad de creencias que, en el ámbito laboral, suelen definirse como inespecíficos por oposición a los específicamente laborales) ha supuesto una alteración de las posiciones de las partes, una modulación, forzada por su respeto, de los poderes empresariales y una necesaria interpretación, en beneficio de los mismos, de los intereses y los conflictos que el contrato de trabajo expresa y

equilibra. Ésta ha sido evidentemente una de las consecuencias más notables de la constitucionalización de las relaciones individuales de trabajo.

Pero también se ha producido otra más sutil, calificada como «democratización de las relaciones individuales de trabajo» (a ella se refería, ya en 1984, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La transformación democrática del ordenamiento jurídico-laboral y la relación individual de trabajo», en *Temas Laborales*, 1/1984, págs. 50 y siguientes; más tarde, A. SEMPERE NAVARRO, «El contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Temas laborales*, 19-20/1990, págs. 127 y siguientes; y, recientemente, ALARCÓN CARACUEL, cit., págs. 40 y siguientes), según la cual, y aquí sí que puede hablarse de aplicación difusa de la Constitución, ésta ha forzado un replanteamiento interpretativo de las posiciones de las partes en el contrato que abandonará de forma definitiva la teoría comunitaria de la empresa; ésa que desconocía la radical oposición de intereses entre las partes del contrato de trabajo para reconducirla a una especie de vínculo societario dotado, como tal, de intereses y objetivos comunes.

La aceptación incondicionada de que el contrato es un vínculo de intercambio de naturaleza básicamente económica aunque en él quede afectada la persona de una de las partes (el trabajador; pero, para prevenir consecuencias negativas de esta implicación personal debido a la inescindibilidad entre persona y actividad laboral, están las aportaciones derivadas de la garantía de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo), y el que eso aparezca en la Constitución, si bien de forma indirecta a través del reconocimiento de la propiedad y la iniciativa económica privada y de la economía de mercado y, en consecuencia, de los poderes empresariales de organización y dirección que expresan esos valores individualistas, ha forzado a un proceso interpretativo de contractualización de la relación laboral individual. Lo que algunos han calificado como «modernización del contrato de trabajo», mediante una interpretación más realista, adecuada, flexible y actual de la sustancial oposición de los intereses de las partes, de sus obligaciones y derechos.

Eso significa que desaparece, por obra de esa modernización que la Constitución impone, la configuración paternalista del poder empresarial como atributo de una responsabilidad personal frente a la comunidad; como se elimina la sobrevaloración de los deberes de lealtad y fidelidad del trabajador a la empresa como expresión de una subordinación personal a un modélico funcionamiento de la misma, más valor en sí mismo que instrumento de una mejora de la producción y del beneficio; o como se devalúa el reforzamiento de la autoridad y de la jerarquía en los centros de trabajo como instrumentos del cumplimiento de una función institucional teóricamente superior y distinta del interés patrimonial; o como, en fin, se discute la centralidad del poder disciplinario, dirigido más a establecer un clima laboral y un modelo de comportamiento que a garantizar el cumplimiento correcto de las obligaciones laborales por parte del trabajador.

Todos esos valores y principios son desplazados y sustituidos, por imperativo indirecto de la Constitución, por otros más exquisitamente contractuales que buscan el equilibrio de los intereses en conflicto partiendo de su contraposición, de la funcionalidad productiva de los poderes empresariales (algo similar, podría pensarse, a una función social de los mismos), de la jerarquización de los valores en juego, ocupando la finalidad productiva o del beneficio empresarial un lugar intermedio entre los derechos fundamentales de los trabajadores (a los que sin duda se subordina) y otros derechos o intereses económicos del trabajador (empleo, retribución, promoción, estabilidad), que sólo indirectamente están vinculados a derechos fundamentales. De la misma forma que se parte de la desigualdad sustancial de las partes (art. 9 de la Constitución) para permitir y fomentar acciones de equilibrio (de nuevo los derechos colectivos) o para propiciar la participación de los trabajadores en las decisiones productivas (art. 129 de la Constitución). Toda esta transformación, que se ha calificado como democratizadora, constituye un cambio de valores y de cultura jurídica, una transformación ideológica, constitucionalmente forzada y que debe llevar a soluciones interpretativas en las que ese impulso constitucional ha de quedar recogido y presente.

La novedosa configuración por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (hecha en 1987) del alcance y los límites del deber de obediencia del trabajador frente a las órdenes empresariales, constituye un ejemplo de esa recepción implícita o difusa de los valores constitucionales por la jurisdicción ordinaria: a) al rechazar el fundamento constitucional de lo absoluto del deber de obediencia del trabajador, basándolo en cambio en las determinaciones contractuales, relativizándolo en consecuencia y haciéndolo funcional al cumplimiento del diseño constitucional; b) al negar igualmente la configuración del poder empresarial como expresión de autoridad y garantía exclusiva de la normalidad productiva y del buen funcionamiento de la empresa, para resaltar la necesidad de su adecuación al programa contractual; c) al afirmar que la medida de la legitimidad del comportamiento del trabajador no es el hecho en sí del respeto de la autoridad del empresario, sino la adecuación de la orden a lo pactado en el contrato y a lo permitido en la norma legal o convencional; d) finalmente, al negar validez al principio, profundamente autoritario y desigual, del *solve et repete* en el ámbito de un contrato privado de intercambio patrimonial suscrito entre sujetos iguales y libres de asumir las consecuencias negativas que puedan derivarse de sus comportamientos, siempre que éstos sean disconformes con lo pactado.

Dicho sintéticamente y respecto de lo que aquí interesa, el Tribunal Supremo, al negar que la desobediencia sea en sí misma un incumplimiento laboral al margen de las razones, la motivación y la legitimidad de fondo de ese comportamiento, ha provocado un cambio en la forma de desempeñarse el poder de dirección empresarial, ha redefinido la posición de las partes en la relación

privada y ha generado una nueva manera de entender la inserción del trabajador en la organización empresarial cuyo último impulso tiene que ver, sin duda, con el reconocimiento constitucional de la igualdad, con el respeto a la dignidad del trabajador y a sus derechos fundamentales, con la prohibición del abuso y la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes, aun privados, y con la funcionalidad estricta que debe atribuirse al poder de dirección y organización. Un ejemplo, ya se ha dicho, de aplicación difusa de la Constitución, por influjo indirecto de sus valores y principios en la interpretación y en la aplicación de la legislación ordinaria y de las instituciones contractuales.

Junto a esta «constitucionalización» y «democratización» del Derecho del Trabajo, como razón general, cabe citar otras que se han añadido a ella para propiciar esa conversión del juez laboral en juez constitucional de vanguardia. Sin duda alguna, el planteamiento de importantísimos recursos de inconstitucionalidad en materia laboral, que han afectado a derechos laborales individuales o colectivos o de Seguridad Social, ha provocado la frecuente y pronta intervención del Tribunal Constitucional definiendo y tutelando derechos constitucionales laborales: interpretación que ha influido muy poderosamente en la actividad judicial ordinaria. No puede dejar de subrayarse que, entre las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional, se encuentra la muy amplia y primera de las llamadas, precisamente, interpretativas acerca del derecho de huelga (1981). La extensa reelaboración que el Tribunal Constitucional hizo de los derechos colectivos (directamente del de huelga, pero indirectamente de otros como la libertad sindical o el derecho a negociar convenios) puede detectarse, como no podía ser de otra forma, en posteriores resoluciones de los jueces y tribunales sociales al enjuiciar desde modalidades de huelga a comportamientos individuales dentro de ella, desde exigencias formales en su convocatoria al establecimiento de responsabilidades por su abuso.

Y no ha sido la única sentencia. En años posteriores (1983, 1985, 1986), el Tribunal Constitucional abordó otros recursos de inconstitucionalidad respecto del Estatuto de los Trabajadores o de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en los que los derechos constitucionales sometidos a tutela fueron los de libertad sindical y de negociación colectiva. También aquí la interpretación del Tribunal Constitucional del contenido y alcance de estos derechos se ha incorporado con naturalidad al patrimonio jurídico y cultural de los jueces laborales a la hora de enjuiciar los conflictos relativos al ejercicio de los mismos. Esta incisiva y frecuente intervención del Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de los derechos laborales constitucionales ha tenido lugar asimismo respecto de derechos individuales como los recogidos en el artículo 35 (derecho al trabajo, a la libertad de elección profesional, o a la promoción), en el artículo 40 (derecho al descanso, a la seguridad y salud laboral, o a las vacaciones), o en los artículos dedicados a la protección social (39, protección a la familia, o 41, seguridad social). Y esto tanto a través de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad como de los

numerosísimos recursos de amparo reclamando la tutela de derechos laborales fundamentales ya colectivos (libertad sindical y huelga) como individuales (sobre todo, mediante la alegación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación).

La amplitud y variedad de la jurisprudencia constitucional laboral ha sido, y es, sin duda, un factor clave para la incorporación de la argumentación constitucional al discurso judicial ordinario en el que las referencias constitucionales son reiteradas, la reproducción de los argumentos del Tribunal Constitucional frecuentes, la determinación en el caso concreto del alcance de cada derecho constitucional invocado numerosas y necesarias, y el fundamento del fallo en la garantía de alguno de esos derechos también innumerables. Lo fuerza, además, el que se haya hecho habitual en la práctica forense laboral la invocación, junto a normas de Derecho ordinario, de normas constitucionales como fundamento jurídico de la demanda o del recurso, de forma que, al final, casi puede decirse que se produce un fenómeno de ósmosis recíproca: el juez ordinario actúa como juez de la constitucionalidad dando un gran protagonismo a la justicia constitucional en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria.

La «presencia constitucional» en la jurisdicción social es debida también al hecho del «cambio normativo de adaptación». Pocos sectores del ordenamiento han sufrido una transformación, por exigencias de adecuación constitucional, tan profunda como el laboral (para un balance de la misma a 1999, M.R. ALARCÓN, op. cit.); transformación que ha afectado, bien es cierto que con intensidad diversa, a todas sus instituciones: desde el contrato de trabajo a la negociación colectiva, desde la ley procesal laboral a la prevención de riesgos laborales, desde la seguridad social a la inspección de trabajo. En todas ellas (y en algunas, como es el caso de la Ley de Procedimiento Laboral, de forma expresa) se menciona, en sus preámbulos o exposiciones de motivos, que el propósito reformador obedece, entre otras razones de tipo técnico, a la adecuación de las instituciones reguladas a las exigencias, derechos y principios constitucionales y que tiene la finalidad de llevar a la norma los criterios mantenidos por el Tribunal Constitucional.

Siendo esto así, es claro que el nuevo texto legal, ya de legislación ordinaria, ha recibido, tanto en el proceso de creación como en su formulación final, la inspiración constitucional, bien directa bien a través del filtro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De manera que las normas concretas responden, por así decir, a estímulos y exigencias constitucionales, incorporan valoraciones y criterios de este tipo, reflejan interpretaciones que los tienen en cuenta de forma directa. La norma laboral ordinaria, transformada en su mayor parte tras la Constitución, es así la más constitucional y el juez encargado de aplicarla un juez ordinario que desempeña su tarea de aplicador de esa legalidad ordinaria que ya es, igualmente, constitucional; y para lo cual debe, necesariamente, tener en cuenta esos valores que la inspiran directamente. Es lo que sucede, por citar algunos ejemplos,

al decidir, conforme al Estatuto de los Trabajadores, el derecho de un sindicato a negociar convenios colectivos; o al interpretar, aplicando la ley procesal laboral, el principio de igualdad de las partes en el proceso; o al determinar, juzgando en el marco de las normas de seguridad social, si el principio de igualdad se respeta en la medida en que ciertas prestaciones se niegan a determinados ciudadanos por razón de edad, parentesco o sexo. Como se ha dicho (M. RODRÍGUEZ PIÑERO, op. cit., pág. 433): «no es posible separar la interpretación de la Constitución de la interpretación de las normas legales que afectan o desarrollan derechos fundamentales ya que en ellas, precisamente, se dilucida su alcance real».

La frecuencia, indiscutida, del debate judicial ordinario en torno a la tutela de derechos constitucionales laborales, en este caso fundamentales o susceptibles de amparo, se debe también a dos circunstancias; una de tipo técnico, otra contextual. Empezando por esta segunda, es algo obvio que la relación laboral individual, caracterizada por la manera subordinada y dependiente como el trabajador se inserta en la organización productiva y por la atribución al empresario de poderes muy relevantes, extravagantes respecto de una relación jurídica entre iguales pero no en relación con el funcionamiento de una organización basada en la jerarquía, es un espacio sensible en el que los derechos fundamentales pueden quedar sometidos a lesión, atentado o restricción en beneficio de los intereses económicos del detentador de los poderes de organización y disciplina. Y no sólo los estrictamente laborales, ya que ese condicionamiento tanto puede afectar a los derechos individuales de libertad sindical o de huelga como a los no específicamente laborales tales como los de intimidad, igualdad, libertad de opción religiosa o política, libertad de expresión, etc. Esta especial «sensibilidad de la relación jurídica de subordinación» para implicar derechos fundamentales hace que la garantía y protección de esos derechos sea una necesidad imperiosa y se haya convertido en una tarea habitual del juez laboral, obligado con frecuencia a enfrentarse a alegaciones de lesión de tales derechos en el seno de una relación jurídica entre privados. Sin duda, la determinación del Tribunal Constitucional (recursos técnico-jurídicos aparte) para aceptar la eficacia plena de tales derechos en las relaciones interprivadas ha empujado al juez laboral ordinario a aceptar esa aplicación y a tutelarlos frente a las posibles agresiones derivadas del medio laboral.

Por otra parte, no es en ningún caso ajeno a este fenómeno de cotidianidad de lo constitucional en el discurso judicial laboral ordinario el que la Ley de Procedimiento Laboral incluya, desde 1990, una modalidad procesal o proceso especial, precisamente creado para la tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio (artículos 175 a 182 de la Ley). Modalidad procesal que, limitando el conocimiento del juez al hecho de la posible lesión del derecho fundamental (esto es, un proceso exclusivamente «constitucional»), atribuye esta competencia al juez de lo social.

En realidad, esta modalidad procesal viene a completar la carencia de un proceso especial, exclusivamente laboral, en la norma de 1978 acerca de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que sólo preveía, como se sabe, el cauce ordinario o civil, el penal y el contencioso-administrativo. Su articulación normativa ha hecho crecer no sólo las alegaciones del derecho fundamental ante el juez ordinario laboral sino que las ha convertido en el objeto único de esta modalidad procesal que ha de prescindir de los conflictos, aun suscitados por los mismos comportamientos, que se planteen en torno a normas laborales ordinarias y que deben quedar desgajados y confiados a otra modalidad procesal o al proceso ordinario. La solución al caso es la respuesta a una demanda de tutela de un derecho fundamental y debe darse o negarse con argumentos sólo constitucionales.

Por último, tampoco pueden olvidarse otros factores que también contribuyen a esa constante presencia de la Constitución en el plano de la jurisdicción social, convirtiéndola en instrumento del mejor cumplimiento de la norma fundamental. Sólo se mencionarán aquí: la tarea de los jueces de lo social confrontando, a raíz de la aprobación de la Constitución, la adecuación de la norma preconstitucional a los nuevos valores y principios, la frecuencia relativa del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, la depuración de la actividad normativa, tanto estatal como convencional, por ajuste de la misma al respeto del sistema de fuentes diseñado por la Constitución y en el que el reconocimiento de la autonomía colectiva como poder normativo plantea frecuentes conflictos entre ley, o poder derivado de la soberanía, y convenio colectivo, fuente con conexión directa con la negociación e indirecta con la libertad sindical, ambos derechos fundamentales.

III. LA CALIDAD Y LOS DÉFICIT DE ESA PRESENCIA

Todas las razones anteriores hacen realidad la afirmación de que los jueces laborales nunca han dudado (o sólo muy débilmente y sólo al inicio de la aplicación de la Constitución) de la eficacia normativa real de la norma fundamental y de su aplicabilidad, en algunos casos directa sin necesidad de intermediación legal como cuando se trata de derechos fundamentales. Y tampoco dudan de que el desarrollo normativo debe producirse respetando los derechos constitucionales y que su interpretación no puede dejar al margen el contenido constitucional y la elaboración del Tribunal Constitucional al respecto. Pero una cosa es aceptar el principio y otra es la calidad de esa aceptación.

Con carácter general, puede decirse al respecto que, en primer lugar, llama la atención el tipo de argumentación jurídica utilizada, frecuentemente muy apegada, incluso literalmente, a la que se encuentra en las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto, que parece una cuestión exclusivamente técnica y sin relevancia, refleja, sin embargo, el grado de ini-

ciativa y creatividad de los jueces laborales ordinarios a la hora de interpretar y aplicar los mandatos constitucionales. Es evidente que lo establecido por el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, no puede ser desoído. Pero entre la ignorancia o la falta de mención y la mecánica reproducción literal de sus fundamentos existe la distancia que va desde una recepción formalista de las tesis constitucionales hasta la creación interpretativa, inevitable en los juicios de ponderación que los jueces se ven obligados a realizar. En las sentencias laborales es muy frecuente encontrar referencias indirectas y genéricas a los principios, derechos y valores constitucionales, pero más como envoltorio del argumento central que como núcleo de la resolución; también es frecuente ver citados artículos de la Constitución que el juez dice manejar para basar el fallo pero que muchas veces no pasan de ser meras citas formales sin contenido real; otras veces, como ya se ha dicho, el juez laboral no realiza aportación personal alguna al análisis interpretativo, ni utiliza argumentos propios, limitándose a copiar o reproducir las afirmaciones del Tribunal Constitucional, sólo genéricamente utilizables en el caso concreto.

Otro rasgo destacable es un cierto continuismo de la justicia laboral en relación con la jurisprudencia constitucional a la que la primera cede siempre la iniciativa. Convertidos en interlocutores del Tribunal Constitucional, los jueces laborales suelen ser cautelosos, van a remolque de la interpretación del Tribunal que aceptan de forma acrítica y disciplinada, no con demasiada frecuencia elevan cuestiones de inconstitucionalidad y, en menor número aún, asumen el riesgo de una interpretación novedosa de la legalidad ordinaria que estimen más acorde con el mandato constitucional. Puede que esto sea por las razones que ya indicaba, en 1993, F. TOMÁS Y VALIENTE («Poder judicial y Tribunal Constitucional» en el volumen *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, págs. 61 y siguientes): poca conciencia constitucional, escasa tradición de control difuso de la Constitución y valoración negativa de su competencia técnica para ejercer ese control.

Sea como fuere, en todo caso, lo cierto es que las innovaciones en la tutela ordinaria de los derechos fundamentales proceden casi siempre de la creación del Tribunal Constitucional cuya actuación viene provocada por recursos de amparo, resultado precisamente de una ausencia de tutela del derecho en el plano de la jurisdicción ordinaria. Como es igualmente cierto que, una vez emanada la sentencia constitucional, es inmediata la adecuación del juez laboral a sus tesis, sin que tampoco suela existir una labor interpretativa de desarrollo o avance por su parte sobre esos materiales iniciales. Incluso los cambios en las líneas interpretativas (insistencia en el criterio de la mayor representatividad sindical sustituida luego por el fomento de la proporcionalidad como criterio de atribución de facultades y privilegios al sindicato; la consideración o no como actividad sindical incluida en el derecho fundamental de la actuación de los representantes uni-

tarios de los trabajadores; el mayor o menor rigor en la exigencia de justificación de la desigualdad de trato) proceden siempre del propio Tribunal Constitucional sin que, normalmente, sea la jurisdicción laboral ordinaria la que los haya propiciado.

En tercer lugar, los jueces laborales suelen operar, en lo que se refiere a la tutela de los derechos laborales en el seno del contrato de trabajo (sobre todo de los llamados inespecíficos como las libertades de expresión o pensamiento, la intimidad, el derecho a la propia imagen, la dignidad, etc.) de una forma poco firme con criterios de búsqueda de un equilibrio de intereses desde la perspectiva del contrato de trabajo y no del derecho fundamental, sin duda merecedor de una tutela más cerrada. Es verdad que el origen de esta discutible posición metodológica se encuentra en las numerosas sentencias del Tribunal Constitucional que, a la hora de establecer el alcance de la tutela de un derecho fundamental en el contexto de una relación laboral, casi siempre (salvo cuando se trata de la libertad de expresión, sin duda por influjo de la protección especial dispensada a la libertad de información) se ha decantado por preservar el núcleo del interés empresarial frente al derecho fundamental del trabajador, sumergiendo a éste en la lógica del contrato. Basta recordar a este efecto las sentencias que justificaban el despido de un trabajador del sector de hostelería que se había negado a afeitarse la barba; o de la trabajadora cuya religión le impedía trabajar los viernes; o la del trabajador que hacía campaña, considerada excesiva y dañina para el interés empresarial, a favor de la huelga en un supuesto de probada lesión empresarial del mismo derecho colectivo.

En todas estas sentencias, el Tribunal Constitucional ha argumentado, con carácter general y con un cierto grado de contradicción interna, que el funcionamiento de la organización productiva no puede dejarse a la libre decisión del trabajador subordinándola de forma absoluta al resultado impuesto por el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador; pero que tampoco el trabajador pierde, al ingresar en la empresa, la titularidad de sus derechos fundamentales ni debe ser constreñido en demasía en el ejercicio de los mismos ya que la empresa no es un ámbito exento donde la Constitución no deba igualmente imperar.

Pues bien, con este tipo de argumento, muy flexible, claramente susceptible de adaptación a las circunstancias del caso y que permite poner el acento tanto en la tutela del derecho como en la defensa del interés empresarial, pocas veces los jueces de lo social se han decantado por una defensa más intensa de los derechos fundamentales, limitándose a seguir las orientaciones del Tribunal Constitucional. Incluso cuando, a partir del caso de un trabajador que se negaba a desempeñar una tarea para la que había sido contratado pero en la que era filmado para la difusión publicitaria de esa imagen, el Tribunal consideró adecuada esa negativa en defensa del derecho fundamental a la propia imagen y, sobre todo, a la falta de justificación empresarial razonable para imponer esa difusión. Un tipo de argumento que

supone un leve pero significativo cambio en la orientación del Tribunal, una vez más originado en la propia jurisprudencia del Tribunal y no en una actuación judicial laboral ordinaria innovadora que hubiera intentado llevar la tutela del derecho fundamental al máximo de lo que el mínimo respecto del interés empresarial hubiera exigido.

En cuarto lugar, es posible detectar una línea interpretativa en la jurisprudencia laboral ordinaria resistente a la más amplia y eficaz aplicación de ciertos derechos fundamentales; en concreto, se aprecia respecto de los derechos colectivos, libertad sindical y huelga, y en relación con el principio de igualdad.

En el primer caso, aunque existe una fuerte, continuada e indiscutida línea de defensa de los derechos colectivos, sin embargo, la misma deja traslucir un concepto del derecho fundamental en el que, paradójicamente, prima la dimensión individual sobre la colectiva; ignorando que los derechos colectivos son derechos de acción, basados en la agrupación de intereses y funcionalizados a una defensa igualmente colectiva de los mismos. Por eso resultan especialmente llamativas las resoluciones en las que se acentúa la defensa del derecho individual a la libertad sindical frente a los derechos colectivos de la organización: titularidad preferentemente individual del derecho, dejando lo colectivo sólo para su dimensión fáctica de ejercicio, protección extensa e intensa de todas las manifestaciones de la llamada libertad negativa de sindicación (derecho de separación, negativa a establecer sistemas de colaboración más o menos forzados, oposición a fórmulas de incentivar a la afiliación, rechazo de la reserva de condiciones a los afiliados del sindicato negociador, imposición al sindicato de la naturaleza de sociedad abierta, hacer al convenio colectivo susceptible de adhesión incluso individual por parte de los no representados, etc.). Frente a todas estas manifestaciones aparecen prejuicios muy arraigados frente al fenómeno sindical en su dimensión colectiva a que lleva desautorizarlo (en ausencia de una opción normativa clara) como gestor prioritario del conflicto (vinculación de la legalidad con la convocatoria por parte de un sindicato legitimado, atribución de la capacidad exclusiva al convocante de gestionar el inicio y el fin del mismo, poder del sindicato de imponer soluciones negociadas con eficacia general, etc.).

En el segundo caso, la muy flexible posición del Tribunal Constitucional en el terreno del principio de igualdad y no discriminación (en relación con los más variados temas laborales, tales como retribución, ventajas asociadas al tiempo o al tipo de contrato, condiciones de empleo vinculadas a la edad, prestaciones sociales, etc.) respecto de las que (salvo en el caso del sexo) suele encontrar fácilmente los factores que justifican (que hacen razonable, proporcionado y adecuado) el trato diferenciado, ha encontrado una acogida indiscutida en el nivel de la jurisdicción ordinaria. La cual, también aquí, viene practicando una política de seguidismo (sobre todo en los niveles más altos de esa jurisdicción) que encuentra justificación a la desigual-

dad en cualquiera de los factores que suelen acompañar a los hechos analizados, a poco que los mismos sean mínimamente significativos. Sólo, como se ha dicho, los casos de trato discriminatorio por razón de sexo y, si acaso, por razones sindicales, encuentran una acogida más favorable y tienen más posibilidades de obtener una respuesta tuteladora por parte de los jueces laborales. Haciendo realidad algo que ya se insinúa en muchas sentencias constitucionales: que es la injustificación de la desigualdad lo que debe probarse así como la trascendencia de la misma en relación con el artículo 14 de la Constitución, sin que quepa invertir los términos del problema exigiendo más bien la prueba de la razonabilidad del trato diferenciado que, en principio, siempre se presume.

En conclusión, como puede apreciarse por todo lo dicho, el orden jurisdiccional social es un escenario privilegiado para constatar la presencia de la Constitución en el discurso judicial. Una presencia tanto difusa como directa, ya sea por interiorización de valores constitucionales como por alegación y aplicación directa de los mismos al caso concreto. Una jurisdicción en la que el debate no se centra ya, como puede apreciarse por lo último que se expone (lo que es mucho), en el sí sino sobre todo en el cómo de esa presencia.

La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en el Derecho comparado

Roberto Romboli: *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia*
Albrecht Weber: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania*

Thierry S. Renoux: *La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?*

Michel Rosenfeld: *Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en los Estados Unidos*

La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en el Derecho español

1. La aplicación judicial «inmediata»

Carles Viver Pi-Sunyer: *El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*

Enrique Cacer Lalanne: *La Constitución como motivo del recurso de casación*

Pablo Pérez Tremps: *La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución*

Marc Carrillo López: *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

2. La aplicación judicial «difusa»

Roberto García-Calvo y Montiel: *La aplicación judicial «difusa» de la Constitución en el orden jurisdiccional penal*

Luciano Parejo Alfonso: *La Constitución en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Algunos pronunciamientos ilustrativos*

Santiago González Ortega: *La aplicación judicial «difusa» de la Constitución en el orden jurisdiccional social*



Cuadernos de
**DERECHO
PUBLICO**

ISSN 1138-2848



9 771138 284808