

Íñigo Gutiérrez Velasco

El desencanto: el pasado- futuro del Derecho del Trabajo

Director/es

Lopera Castillejo, María José

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

**EL DESENCANTO: EL PASADO-FUTURO DEL
DERECHO DEL TRABAJO**

Autor

Íñigo Gutiérrez Velasco

Director/es

Lopera Castillejo, María José

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

2020

**EL DESENCANTO:
EL PASADO-FUTURO DEL
DERECHO DEL TRABAJO**

**Un análisis desde los inicios del
Derecho Social de los Estados Unidos**

Autor: Íñigo Gutiérrez Velasco

Directora: María José Lopera Castillejo



1542

**Universidad
Zaragoza**

Índice

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	7
I. EL DESENCANTO	9
1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.....	9
2. UN UNIVERSO HECHO DE NÚMEROS.....	14
3. LAS HABITACIONES VACÍAS DEL PASADO (y el método para transitar por ellas).....	30
II. EL PASADO FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO	43
1. ENTRE LA LIBERTAD Y LA NECESIDAD	43
2. LA ECONOMÍA MODELIZADORA	55
3. ENTRE LA NORMA Y EL CONTRATO.....	74
A) <i>Code Civil</i>	77
B) <i>Código Civil</i>	78
C) <i>Corolarios</i>	81
4. LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	87
4.1 Una cuestión social.....	89
A) <i>Inglaterra</i>	90
B) <i>Francia</i>	93
C) <i>Alemania</i>	96
D) <i>Santa Sede</i>	98
4.2 El lento camino de las reformas	100
A) <i>Mujeres y niños primero</i>	108
B) <i>La mala salud de los trabajadores</i>	111
C) <i>La jornada y el salario</i>	115
III. ESPACIO DE EXPERIENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO	119
1. EL TIEMPO REVOLUCIONARIO	120
1.1 La revolución política.....	122

1.2 La revolución silenciosa	136
1.3 La revolución social	143
A) <i>La revolución inacabada y un Derecho naciente</i>	144
B) <i>El dilema de Debs y el camino del Derecho Social</i>	155
2. LA LIBERTAD Y EL DERECHO DEL TRABAJO ESTADOUNIDENSE.....	161
2.1 Evolución o revolución.....	161
A) <i>Pensamiento filosófico</i>	163
B) <i>Pensamiento jurídico</i>	166
C) <i>Aplicación práctica</i>	171
D) <i>Conclusiones recapitulativas</i>	178
2.2 Dueños de nuestro destino.....	181
2.3 La libertad perdida.....	186
3. EL VETO DE LOCHNER	196
3.1 ¿Cuándo un proceso legal es «debido»?.....	200
A) <i>Slaughterhouse y Munn</i>	204
B) <i>Las compañías ferroviarias</i>	210
C) <i>Allgeyer</i>	215
D) <i>Holden</i>	217
E) <i>Conclusiones</i>	219
3.2 El caso Lochner	222
4. LA ERA LOCHNER.....	231
4.1 La expansión de lo privado.....	232
A) <i>Adair</i>	233
B) <i>Muller</i>	238
C) <i>McGuire</i>	243
D) <i>Coppage</i>	245
E) <i>Bunting</i>	247
E) <i>Stettler</i>	250
F) <i>Truax</i>	252
G) <i>Adkins</i>	255
H) <i>Conclusiones</i>	259

4.2 La restricción de lo colectivo	261
A) <i>Adair</i>	261
B) <i>Loewe</i>	263
C) <i>Duplex Printing Company</i>	266
D) <i>Conclusiones</i>	268
5. O.W. HOLMES, LA FE DEL SOLDADO	271
A) <i>Vegeahn</i>	276
B) <i>Plant</i>	278
6. ROOSEVELT CONTRA EL TRIBUNAL SUPREMO	280
6.1 Un «Nuevo Acuerdo».....	280
6.2 No dimite nunca y raramente muere	286
6.3 El salario mínimo del Estado de Nueva York	292
6.4 Court Packing	295
7.PARRISH FRENTE AL WEST COAST HOTEL.....	302
IV. HORIZONTE DE EXPECTATIVA DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO.....	315
1. EL PASADO ALCANZA A EUROPA	315
2. EL JUEZ EUROPEO Y AMERICANO	321
3. LA INTEGRACIÓN.....	329
4. EL PATRIMONIO DE LA UNIÓN.....	342
5. INTERPRETAR LA INTEGRACIÓN	347
6. UNA JURISPRUDENCIA DESPROPORCIONADA	352
A) <i>Viking</i>	354
B) <i>Laval</i>	355
C) <i>Rüffert</i> (y <i>Bundesdruckerei</i>).....	357
D) <i>Fonship</i>	360
E) <i>Consideraciones críticas</i>	362
V. CONCLUSIONES FINALES: crítica del espacio de experiencia, tendente hacia un nuevo horizonte de expectativa	377

1. EN DEFENSA DE LOCHNER.....	377
2. LEONES BAJO EL TRONO	384
3. COMUNIDAD VS. INDIVIDUALISMO	388
4. PODER, COERCIÓN Y REEQUILIBRIO.....	393
5. JURISPRUDENCIA MECÁNICA	401
VI. EPÍLOGO.....	409
1. ELECCIÓN DE VALORES.....	409
2. EL TIEMPO HISTÓRICO DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	420
VII. BIBLIOGRAFÍA	427
VIII. ANEXOS.....	455
1. LEGISLACIÓN.....	455
1.1 Legislación española	455
1.2 Legislación americana	457
2. SENTENCIAS.....	458
2.1 Casos americanos	458
2.2 Casos europeos	460

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

- AAA: Agricultural Adjustment Act, May 12, 1933, 48 Stat. 31.
- AFL: American Federation of Labor
- Arbitration Act: Act of October 1, 1888, 25 Stat. 501.
- Art./arts.: artículo/artículos
- C. Civ: Code Civil
- CC: Código: Civil
- CE: Constitución Española
- CECA: Comunidad Europea del Carbón y del Acero
- Clayton Act: Clayton Antitrust Act, October 15 1914, 38 Stat. 730.
- CNT: Confederación Nacional del Trabajo
- Coord.: Coordinador
- Dir.: Director
- Ed.: Editor
- *e.g.*: *exempli gratia*, por ejemplo.
- EE. UU.: Estados Unidos
- Erdman Act: Act of Congress of June 1, 1898, 30 Stat. 424, c. 370
- EM: Estados Miembros
- ET Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).
- *ibid*: *ibidem*
- ITF: Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte
- Keating-Owen Act: The Keating-Owen Child Labor Act of 1916, 39 Stat. 675.
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).
- MAC: Método Abierto de Coordinación
- NIRA: The National Industrial Recovery Act, June 16, 1933, 48 Stat. 195.
- NLRB: The National Labor Relations Board
- Norris-LaGuardia Act: Act of March 23, 1932, 47 Stat. 70.
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- *Op. Cit.*: *opus citato*, obra citada.
- p.: página/s
- PIB: producto interior bruto

- prof.: profesor
- RD: Real Decreto
- RO: Real Orden
- RPDC: Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre).
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
- Sherman Act (1890): Sherman Antitrust Act, July 2, 1890, 26 Stat. 209
- ss.: siguientes
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- The Minimum Wage Act: Act of Sept.19, 1918, c. 174, 40 Stat. 960.
- TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hasta 2009)
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (desde 2009)
- TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (“TCE”), sucesor del TCEE desde la firma del TUE en 1992.
- Tratado CECA: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, 1951
- TCEE/Tratado de Roma: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, denominación del TCE desde el Tratado de Lisboa
- Tratado de Lisboa: Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 2007.
- TS: Tribunal Supremo Americano
- TUE/ Tratado de Maastricht: Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.
- UE: Unión Europea
- VV. AA.: varios autores
- v. y vs.: *versus*
- Wagner Act/NLRA: The National Labor Relations Act of 1935, 49 Stat. 449

I. EL DESENCANTO

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El presente trabajo es el resultado de una investigación de más de cinco años, realizada a tiempo parcial y combinada con el ejercicio de la profesión de abogado laboralista que he tenido la enorme suerte de ejercer durante los últimos trece años, así como con la docencia durante aquellos cursos en los que he impartido la asignatura de Derecho del Trabajo en la Universidad de Zaragoza.

Ciertamente, sin la experiencia práctica y, en menor medida también, sin la docencia, esta investigación hubiese seguido unos derroteros distintos. Posiblemente, coincidiría con lo que comenzó siendo en el año 2012, tras finalizar el Máster en Especialización e Investigación del Derecho, habiendo presentado y defendido un trabajo final de máster dedicado al papel del trabajador en el concurso de acreedores. Convencido, desde entonces, de querer continuar con la modesta investigación recién iniciada, el análisis del concurso laboral me llevó al estudio de su marco europeo.

Una vez aparecida la oportunidad, ya solo fue cuestión de tiempo que la temática sufriera un primer bandazo y lo accesorio se convirtiera en principal. De esta manera, el Derecho Social europeo pasó a ser objeto de estudio preferente en ese momento, cuando, además, había podido abordar distintas cuestiones como las relativas al centro de trabajo y la empresa, la figura del trabajador y, en definitiva, el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto en estudios individuales, como en obras colectivas¹.

Si bien, fueron los casos Viking y Laval los que suscitaron, inicialmente, un interés particular que terminó derivando en un creciente entusiasmo. Creí advertir, en esos momentos, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parecía erigirse en una suerte de contralegislador, al dar prevalencia a una interpretación forzada y novedosa del Derecho europeo, frente a un derecho nacional consolidado y pacífico hasta la fecha.

¹ Véase a este respecto:

Gutiérrez Velasco, I., «El despido colectivo en empresas en crisis: cierre de ¿empresa o centro de trabajo? en el ámbito europeo», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 13, 2016, pp. 126-135.

Gutiérrez Velasco, I., «El "trabajador europeo" se pone en forma», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 19-20, 2016, p. 68-74.

Gutiérrez Velasco, I., «Prólogo: un verdadero legislador», en *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social* (VV. AA., coord. Gutiérrez Velasco, I.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 9-12.

Se escribió mucho, y de calidad, entonces, y se ha continuado haciendo hasta la fecha, acerca de dichos casos y del rol del TJUE², por lo que entendí que el objeto de la investigación, aun partiendo de dichos supuestos, debía discurrir por un camino menos transitado, siendo, al mismo tiempo, consciente de que resultaría una práctica cautelada y salvaguardia conveniente para el autor.

Tampoco se pretende llevar a cabo un análisis detallado de la última jurisprudencia del TJUE o de las novedades del Derecho europeo, sino que, por el contrario, se ha optado por que la obra vaya remontando hacia el pasado, desde un presente europeo que, conscientemente, se describe de forma limitada y, por lo tanto, deliberadamente parcial.

En realidad, los casos Viking y Laval se presentan como el pretexto adecuado para profundizar, en este trabajo de tesis, en cuestiones muchas veces desplazadas, bien por falta de tiempo o de desinterés ante una dudosa aplicación práctica. En particular, el tratamiento de las libertades económicas y su confrontación con los derechos sociales recordaban al papel del Tribunal Supremo americano³ durante el primer tercio del siglo XX, con el caso *Lochner* como referente (*landmark case*), habiendo tenido ocasión de leer previamente esta sentencia, sus circunstancias y efectos me seguían impresionando.

Precisamente, el hecho de que distintos autores⁴ advirtiesen también esta reminiscencia histórica me animó a centrar la investigación en una semblanza que debía

² Entre otros:

Marzal, T., «La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé», en *Archives de philosophie du droit*, 2015, Tome 58, pp. 267-279.

También, Cabeza Pereira, J., «La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas», en *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 10, Wolters Kluwer, 2015, pp. 81-96.

Como igualmente, Cruz Villalón, J., *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Temas Laborales, n.º 131, 2015, pp. 13-53.

Y también de este autor, Cruz Villalón, J., «Los principios informadores del ordenamiento laboral» en *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens, 2016, pp. 185-211.

Asimismo, Esteve Segarra, A., «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y *dumping* social», en *Revista de Información Laboral*, n.º 6, Ed. Lex Nova, 2015, pp. 27-41.

Por último, Gómez Muñoz, J. M., «Principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *XXVII Jornades Catalanes de Dret Social*, 17 y 18 de marzo de 2016.

³ En este sentido y respecto a la traducción empleada para referirnos a la «Supreme Court of the United States», nótese el uso indiferenciado entre Tribunal y Corte, que varía en función de los distintos autores, decantándose este trabajo por el primero término.

Respecto al adjetivo «americano», el mismo se emplea de conformidad al uso admitido por la Real Academia Española cuyo diccionario, Edición del Tricentenario, actualización 2017, recoge en su cuarta acepción la definición de «estadounidense».

⁴Eliasoph, I. H., «A "switch in time" for the European community? *Lochner* discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe», en *Columbia Journal of European Law*, Vol. 14, n.º 3, 2008.

superar los propios casos (Viking/Laval y Lochner), para intentar encontrar los fundamentos e ideas existentes tras las sentencias. Aplicando, de esta manera, el apotegma de «la razón es siempre razón histórica»⁵.

Repárese, asimismo, en que las resoluciones del TJUE constituyen el punto de partida, y no el objeto final, de un examen crítico y una reflexión histórica concernientes al Derecho del Trabajo. Todo ello, a través de un camino de ida y vuelta entre Europa y Estados Unidos, donde se dedica una especial atención al Tribunal Supremo americano y, consiguientemente, profundizando la investigación en la vertiente histórica americana, por más que no se pretenda acometer un estricto trabajo de derecho comparado, en el que todo intento de lograr un equilibrio formal entre ambos sistemas hubiese convertido este estudio en un corpus inabarcable y excesivo. Aunque, en cualquier caso, sí cabe recomendar desde ahora, para quien esté interesado en un estudio comparativo completo de las estructuras federales europea y americana los *Florence Integration Project Series* y, particularmente, la obra en tres volúmenes *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*⁶.

Así las cosas, sentado el nexo Viking/Lochner, devenía obligado adentrarse en el Derecho americano de finales del siglo XIX y primer tercio del XX, momento a partir del cual la investigación se centró en desarrollar ese punto de conexión que demandaba un entendimiento esencial del Derecho Social europeo y del Derecho Constitucional americano.

Teniendo bien presente también la recomendación de Alonso Olea de completar estancias y lecturas para el conocimiento de un país⁷, durante el primer semestre del curso académico 2016/2017, tuve ocasión de acudir a la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, a fin de realizar una estancia de investigación durante la cual estuve vinculado al IRJS (Institut Juridique de la Sorbonne). Igualmente, durante el primer semestre del siguiente curso académico 2017/2018, me incorporé, sucesivamente, en calidad de investigador visitante (*visiting scholar*) a las universidades de Columbia (Nueva York) y Georgetown

Además, en España, Cabrera Rodríguez, J., «Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, 2013, pp. 371-428.

⁵ Peces-Barba, G., *Prólogo*, en *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. VII.

⁶ Cappelletti, M., Seccombe, M., Weiler, J. H., *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter and Co, 1987.

⁷ Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros*, Thomson Reuters, 2010, pp. 15-16.

(Washington D.C.), tras plantear un proyecto de investigación que, a la postre, terminaría perfilando el presente trabajo.

Por todo ello, este estudio no podría entenderse sin las estancias completadas y los cursos realizados⁸, donde, ya de entrada, por su enorme calidad e, incluso, por la repercusión intelectual que ha supuesto en este trabajo de tesis, considero necesario mencionar a Alain Supiot, a quien tuve el privilegio de escuchar de manera continuada, en el Collège de France, algunas de sus brillantes exposiciones⁹. También quisiera mentar a Étienne Balibar, del que recuerdo con especial cariño sus lecciones en una remota sala de la Universidad de Columbia¹⁰ y la admiración compartida que ambos sentimos por Reinhart Koselleck, la cual acabó tornándose en una aplicación metodológica de la filosofía histórica de Koselleck¹¹ a la investigación, todo ello convenientemente explicado en el apartado I.3 del trabajo, «Las habitaciones vacías del pasado (y el método para transitar por ellas)», al cual nos remitimos. Si bien, de modo sintético, cabe decir que se retoman las nociones de «espacio de experiencia» y «horizonte de expectativa», como las dos metáforas temporales que permiten entender el «tiempo histórico» para, seguidamente, aplicarlas al Derecho del Trabajo.

Por lo que, en definitiva y de este modo, el estudio comparativo se materializará en tres partes diferenciadas de acuerdo a los espacios temporales creados:

- El pasado futuro del Derecho del Trabajo (Parte II).
- Espacio de experiencia del Derecho del Trabajo (Parte III).
- Horizonte de expectativa del Derecho Social europeo (Parte IV).

En primer lugar, se propone una aproximación a los problemas laborales, a través de una serie de tensiones entre elementos aparentemente opuestos que, no obstante, permanecen inalterados, en su esencia, en distintas y sucesivas épocas: libertad-necesidad, economía-derecho, contrato-norma (Parte II). De manera que estos contrarios se remontan a una concepción originaria del trabajo y señalan una tensión histórica no resuelta; conformando, por todo ello, el pasado-futuro del Derecho del Trabajo.

⁸ Droit international et européen du travail (Sophie Robin-Olivier), Common Law I-Introduction to US Law (Toni Marzal), Constitutional Law (Jessica Bulman-Pozen), US Intellectual History, from 1865 to the present (Casey Blake), Uprising 13/13 (Jesús Rodríguez Velasco y Bernard Harcourt).

⁹ Supiot, A., «Figures juridiques de la démocratie économique», Collège de France, *État social et mondialisation: analyse juridique des solidarités*, 2016/17.

¹⁰ El curso de E. Balibar se denominaba *Revolution: a Future Past*, Columbia University, Fall, 2017.

¹¹ Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Paidós, 1993, pp. 333-357.

Una vez constada la tensión permanente entre los conceptos que integran la idea de trabajo, emprendemos un breve recorrido histórico por los inicios del Derecho del Trabajo que permite, en última instancia, hacer patente un desarrollo histórico paralelo entre las primeras leyes laborales europeas y estadounidenses, confirmando a su vez las tensiones ya referidas previamente (Parte II).

En la Parte III, el texto se retrotrae al nacimiento de la libertad de contratación y de producción con las revoluciones liberales francesa y americana, y sus distintas manifestaciones en el Derecho. Llegados a este momento, se sigue la evolución jurisprudencial americana de la libertad de contratación frente a los derechos sociales, antes y después del caso *Lochner*. Durante todo el análisis, se intenta referir y extrapolar brevemente las semejanzas y conclusiones del Derecho Social europeo. En concreto, se percibe la utilización común de ciertos mecanismos formales, y una similar lógica jurídica en las sentencias del Tribunal Supremo americano y del TJUE, así como la asunción de un papel cuasi-legislativo por ambos tribunales, de forma que este análisis histórico incide más en los fundamentos y efectos prácticos del Derecho que en leyes concretas, acciones o procedimientos. Aparece entonces todo el movimiento realista americano, con el Juez Holmes como referente y juristas tales como F. Cohen, J. Frank y R. Pound, principalmente, como crítica y solución a los problemas generados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano (Parte III). Una crítica que, revisada y actualizada, entiendo, puede continuar vigente y, con suerte, resultar extrapolable a la actual situación europea.

Finalmente, se enlaza este estudio histórico con un conciso recorrido por el Derecho Social europeo, partiendo de los casos *Viking* y *Laval* (Parte IV). Estas sentencias, que marcan la línea jurisprudencial posterior del TJUE, suscitan una problemática muy similar a la analizada en la doctrina *Lochner* (libertades económicas frente al Derecho Social, papel del Tribunal...), que permite valorar y replantear la idea de comunidad en la Unión y de integración a través del Derecho. Nótese también que, a este respecto, se recupera la figura, poco conocida en España y lamentablemente olvidada en el tiempo, de Pierre Pescatore, y sus valoraciones sobre estas cuestiones.

Tras todo lo cual, en suma, se afirma, como corolario axial de esta tesis, que el Derecho del Trabajo debe volver a mirar a sus orígenes para replantear sus fundamentos. Y es que, a mi juicio, esta tarea resulta más apremiante que cualquier aportación técnica en la materia, hasta el extremo de tornarse en compromiso de cualquier persona dedicada al Derecho Laboral, práctica o académica, joven o anciana. No quisiera terminar esta

breve introducción sin agradecer el generoso esfuerzo de mi directora, María José Lopera, pues sin su guía, correcciones y consejos a lo largo de estos años, el trabajo sencillamente no se habría podido culminar. Por último, las innumerables conversaciones con Toni Marzal, desde mucho antes incluso de comenzar la investigación, han resultado de indudable ayuda y merecen también una especial mención.

2. UN UNIVERSO HECHO DE NÚMEROS

La doctrina pitagórica, seguida por Novara, Copérnico y tantos otros después, de un mundo hecho de números se trasladó progresivamente de las ciencias naturales a las sociales, y finalmente al Derecho¹²: «Se había convencido de que todo el universo estaba hecho de números; de aquí que todo lo que fuera matemáticamente verdadero fuera real o astronómicamente verdadero»¹³. Sin embargo, lo que empezó siendo una racionalidad jurídica, un pensamiento propio y autónomo tendente a la sistematización, acabó mutando en una racionalidad económica del Derecho. Hoy en día, definitivamente, la época, según se expresaba Simone Weil, en la que «la geometría griega descendería sobre la tierra»¹⁴, parece haber llegado al Derecho del Trabajo.

Y así, en la actualidad, Barry Schwartz viene a definir con la expresión «tecnología de las ideas» ese trasvase metodológico de las ciencias puras a las ciencias sociales para crear un sistema de pensamiento¹⁵ que se calificará como natural, en el

¹² Jean Domat fue uno de los primeros y mayores exponentes de esta corriente de racionalización casi matemática del Derecho, como bien ha destacado Ojeda Avilés, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 2, n.º 1, 2014, p. 11:

Domat, el jurista más importante del Rey Sol, sobrio y preciso en su escritura, era partidario del movimiento racionalista, con cuyas herramientas aspiraba a unificar el Derecho francés huyendo del desorden de las leyes de la época. Se identificaba con las ideas a favor de la codificación de Dumoulin (1500-1566), y entendía que debería aplicarse la demostración geométrica al Derecho.

¹³ Burt, E.A., *Los fundamentos metafísicos de la ciencia moderna*, Editorial Sudamericana, 1960, p. 57.

¹⁴ Weil, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Éditions Gallimard, 1955, p. 120: «Toute la pensée moderne depuis la Renaissance est d'ailleurs imprégnée d'aspirations plus ou moins vagues vers cette civilisation utopique ; on a même pu croire quelque temps que c'était cette civilisation qui se formait, et qu'on entrait dans l'époque où la géométrie grecque descendrait sur la terre».

¹⁵ Schwartz, B., *The way we think about work is broken*, TED, 2014. *Online access*. Disponible en: https://www.ted.com/talks/barry_schwartz_the_way_we_think_about_work_is_broken. Consultado 20/11/2017.

Además de crear cosas, la ciencia crea ideas. La ciencia crea formas de comprensión, y en las ciencias sociales, las formas de comprensión que se van creando son las formas de entendernos a nosotros mismos. Y tienen una enorme influencia en cómo pensamos, a lo que aspiramos y cómo actuamos. Si creen que su pobreza es la voluntad de Dios, rezarán. Si creen que su pobreza es resultado de su propia incompetencia, caerán en desesperación. Si

sentido de exacto y simplemente constatado. El problema reside en que ese sistema social no se infiere de unas leyes preexistentes, pese a lo que se pudiera pretender, sino que se crea y, por lo tanto, se impone. De esta manera, cada nueva creación social modificará correlativamente una naturaleza humana tendente a la adaptación (por una simple cuestión de supervivencia evolutiva). La aplicación o no de estos sistemas debería entonces superar la teoría, para ser valorada principalmente en función de las consecuencias prácticas que produzcan:

La cuestión acerca de la ciencia, de las ciencias naturales, es que podemos volcarnos en teorías fantásticas sobre el cosmos con la plena confianza de que el cosmos es completamente indiferente a nuestras teorías. Funcionará de la misma maldita manera, no importa qué teorías tengamos del cosmos. Pero sí deben preocuparnos las teorías que tenemos sobre la naturaleza humana porque la naturaleza humana cambiará según las teorías que tengamos, que diseñemos para explicar y entender a los seres humanos¹⁶.

En este sentido, un Holmes especialmente certero explicaba que el Derecho no puede tratarse como si solo contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas, sino que consagra la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos¹⁷. Y, a este respecto, cabe considerar que esta crítica, con más de un siglo de vida, tiene plena validez y vigencia. Por su parte, Roscoe Pound completó la anterior reflexión requiriendo a las instituciones a demostrar, y descansar sobre una utilidad práctica, a consolidar su adaptación a las necesidades humanas, sin que pudiesen basarse una simple deducción de principios naturales¹⁸. Por lo que cabe concluir que en las ciencias sociales no es suficiente validar una teoría por su racionalidad científica, sino que deviene imprescindible valorarla desde las consecuencias que produce.

creen que su pobreza es resultado de la opresión y la dominación, se levantarán en revolución. Que su respuesta a la pobreza sea resignación o revolución depende de su entendimiento de las causas de su pobreza. Este es el rol que juegan las ideas en formarnos como seres humanos y por eso la tecnología de las ideas quizá sea la tecnología cabalmente más importante que la ciencia nos da.

¹⁶ Schwartz... *Op. Cit. Online access*. Disponible en:

https://www.ted.com/talks/barry_schwartz_the_way_we_think_about_work_is_broken. Consultado: 20/11/2017.

¹⁷ Holmes, O. W., *The Common Law*. John Harvard Library, 2009, p. 3: «The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it can not be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics».

También aparece la idea en *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914).

¹⁸ Pound, R., «Mechanical Jurisprudence», en *Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908, p. 609: «We do not base institutions upon deduction from assumed principles of human nature; we require them to exhibit practical utility, and we rest them upon, a foundation of policy and established adaptation to human needs».

Y es precisamente esta nueva aproximación a las Ciencias Sociales y al Derecho lo que provoca, en palabras de Alain Supiot, que «actualmente viv(a)mos el sueño despierto de una gobernanza por los números»¹⁹: la apropiación, en pensamiento y dialéctica, del Derecho por una racionalidad económica expansiva. Por más que esta nueva gobernanza no haya logrado alcanzar el único propósito para su adopción, consistente básicamente en evitar que la crisis económica se transforme en una crisis social. Un problema que crece tanto o más por la desatención que merece entre los dirigentes políticos. A no ser que se trate de un movimiento deliberado de los gobernantes, trasladando el problema desde su naturaleza humana a su consecuencia meramente económica; aislar y reducir todo debate o discusión a una cuestión numérica.

Sea como fuere, lo cierto es que, hoy por día, los macronúmeros se han convertido en principio y fin de toda acción. Aunque el modo en que afectan estos números a los ciudadanos sea una cuestión que ha quedado excluida, al igual que las ideas y principios existentes detrás de las políticas concretas. Por lo que la tiranía numérica ha transcendido al Derecho y, muy especialmente, al Derecho del Trabajo. Y así, completamente relegado, este ha quedado lamentablemente reducido a un mero instrumento de empleo y empleabilidad. A estos efectos, representaba Carnelutti el Derecho con «la misión de reducir la economía a la ética»²⁰, un pensamiento que, lamentablemente, ya no es válido para el Derecho del Trabajo. En algún momento el rumbo varió y aun las palabras de Barack Obama conminando a preguntarnos «no solo si es rentable, sino además si está bien»²¹ parecen ya lejanas.

De esta manera, se hace necesario, como punto de partida del estudio, recuperar una dialéctica propia del trabajo, diferenciada de la racionalidad económica. Razonar en términos de trabajo, y no de contabilidad o de beneficio, debe ser una prioridad del Derecho Social.

Llegados a este momento, nadie puede dudar de la existencia de una crisis jurídica profunda. Prueba de ello, y como premisa necesaria de este trabajo, se ha acudido a una serie de encuestas utilizadas por el Ministro griego Katrougalos²², que demuestran

¹⁹ Supiot, A., *La gouvernance par les nombres*; Cours ou Collège de France 2012-2014, Fayard. Poids et mesures du monde, 2015

²⁰ Carnelutti, F., «Teoría general del derecho», en *Revista de Derecho Privado*, 1941, p. 56.

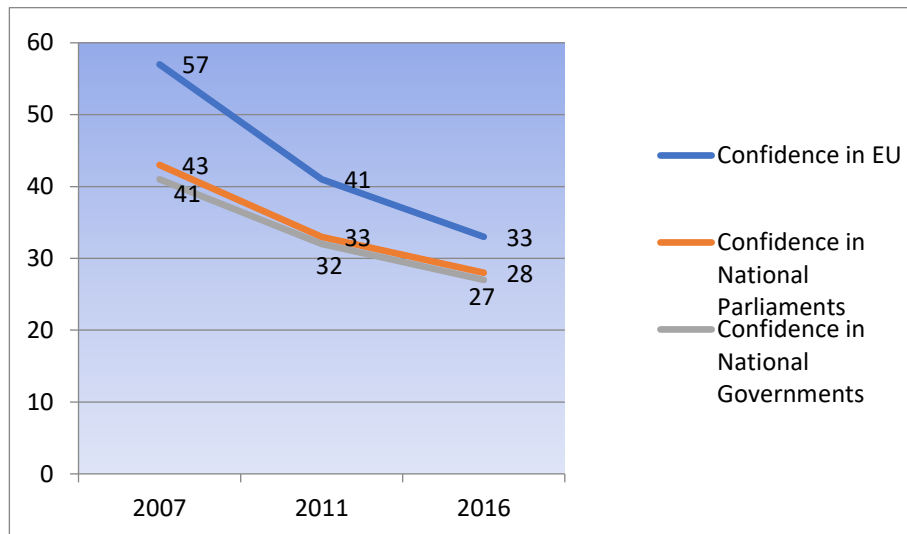
²¹ En Schwartz, B., *Our loss of wisdom*, TED, 2009. *Online access*. Disponible en: https://www.ted.com/talks/barry_schwartz_on_our_loss_of_wisdom/transcript. Consultado 25/11/2017. *Barack Obama said, before he was inaugurated, "We must ask not just 'Is it profitable?' but 'Is it right?'"*.

²² Katrougalos, G., *The new architecture of Eurozone & European Union, from a Greek Perspective*. Presentation at Columbia University, 2017, pp. 1-31.

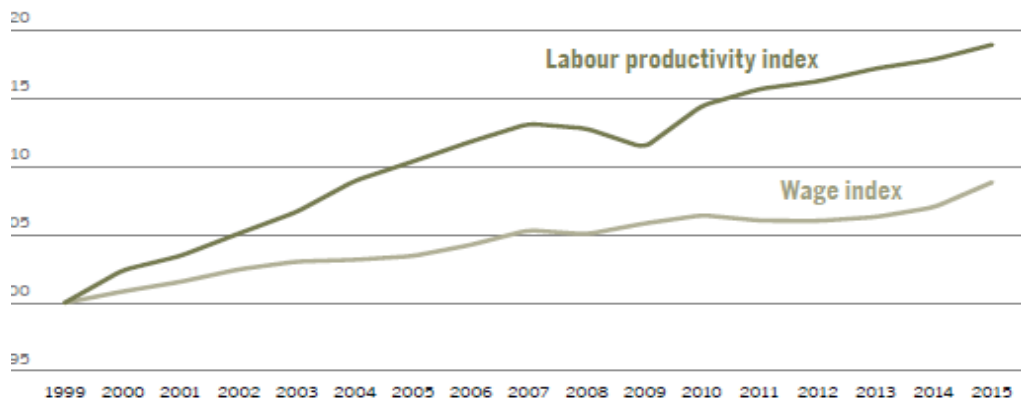
la realidad de una crisis social en Europa cada vez más patente. Se trata de una serie de preguntas esenciales que toda comunidad debe plantear a sus ciudadanos, de forma honesta y sencilla.

Obsérvese, al respecto, que las preguntas cohesionan una comunidad mediante la participación e implicación, mientras que las respuestas demuestran el grado de integridad que se ha alcanzado. En última instancia, el objetivo será retomar la finalidad que puede entenderse como auténtica de los macronúmeros: ilustrar las causas de un problema y los efectos de una determinada política.

Confianza de la ciudadanía en sus gobernantes: UE, Parlamento nacional, Gobierno nacional²³



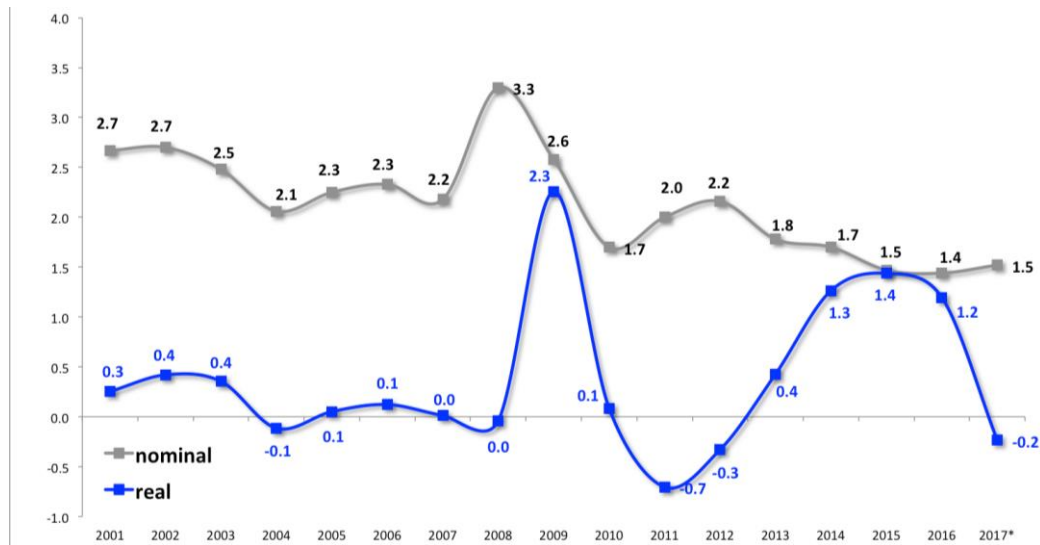
Tendencias de crecimiento entre salarios reales y productividad laboral en las economías desarrolladas²⁴



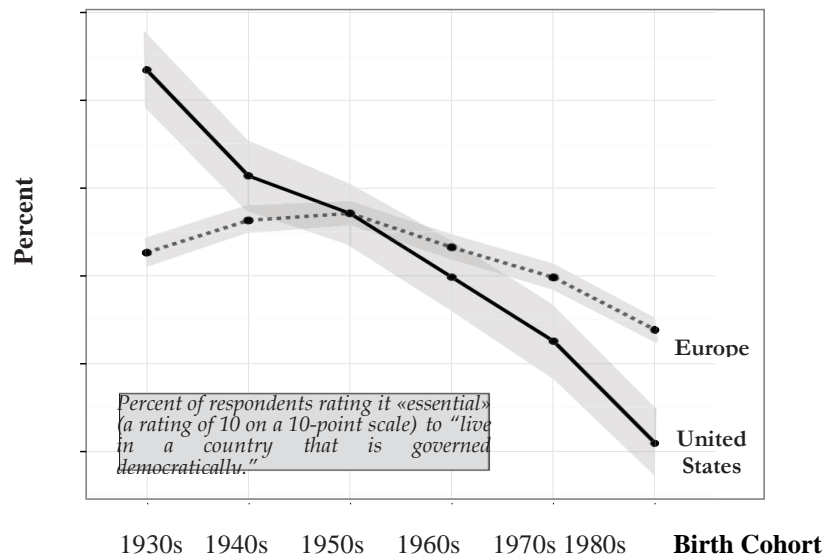
²³ *Confidence in EU and National Institutions*, Standard Eurobarometer 85, Public opinion in the European Union, 2016.

²⁴ *Confidence in EU and National Institutions... Ibid.*

Desarrollo de la negociación salarial en Europa 2001-2017²⁵



¿Es «esencial» vivir en una democracia? Por cohorte de edades (década de nacimiento) 1930-1980²⁶



²⁵ Confidence in EU and National... Ibid.

²⁶ Mounk, Y., Stefan Foa, R., «The Signs of Democratic Deconsolidation», en *Journal of Democracy*, Vol. 27, n.º 3, 2016, pp. 5-17.

A todos estos datos gráficamente expuestos, George Katrougalos ha venido a añadir dos encuestas significativas. La primera considera prioritariamente a la Unión Europea como una alianza económica, antes que democrática o cultural²⁷. En la segunda, los encuestados (a nivel mundial) manifiestan mayoritariamente que sienten la economía «“amañada” para favorecer al rico y al poderoso»²⁸. Estos dos elementos aproximan a la sociedad hacia una posible crisis de legitimidad en la Unión y a una peligrosa situación, en la que la idea de las dos naciones²⁹ bien pudieran cobrar una representación y fractura actualizada entre pueblo y Estado. Supiot vincula esa pérdida de legitimidad y de democracia al abandono de la promesa de una Europa social a través de la equiparación en el progreso, «en favor de la desregulación del trabajo asalariado, la privatización de los servicios públicos, la competencia de todos contra todos y el considerable aumento de las desigualdades»³⁰.

Por este motivo, y más allá del tipo de preguntas y del uso de unos datos que pudiera resultar, bien partidista (en sus dos acepciones, dada la militancia de Katrougalos), bien simplemente ventajista, lo cierto es que estos resultados muestran el desapego de la ciudadanía hacia sus gobernantes nacionales, y hacia un proyecto europeo que no sienten como propio. Una desafección dual que no puede dissociarse, desde el momento en que se ha mostrado la intervención directa de la Unión en la política interna de los países miembros. Y donde se actúa, preferentemente, en aras a preservar una economía que no está demostrando efectos positivos en la ciudadanía, bastando con reparar en los gráficos de la negociación salarial real y del crecimiento de salarios, que resultan ser dos variables inseparables.

Asimismo, otro factor, como el riesgo de pobreza, resulta todavía más preocupante. Y si es cierto que Europa presume de números, 7-25-50, con el 7% de la población global, el 25% de la riqueza y el 50% del gasto social mundial; los sociólogos, sin embargo, añaden precisamente el riesgo de pobreza a modo de cuarto guarismo. Hasta obtener así unas medidas no tan atractivas (7-25-50-25), resultando clave –este último

²⁷ *What young Europeans think about Europe*, YouGov en representación de TUI Foundation, TUI Stiftung, 2017.

²⁸ *Agreeing that traditional political parties don't care about people «like them». Power to the People?* IPSOS, Global @dvisor, 2017.

²⁹ Disraeli, B., «Sybil, or The Two Nations», en *Feedbooks*, 1845 (original publication date). *Online access*. Disponible en: <http://es.feedbooks.com/book/7067/sybil-or-the-two-nations> Consultado: 30/11/2017.

³⁰ Supiot, A., «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen», en *Semaine Sociale Lamy*, n.º 1746, 2016, p. 1.

porcentaje— para comprender el nuevo avance de los populismos. Es más, este fenómeno resurge sobre la idea de un creciente desinterés, fruto de la ausencia de expectativas, hasta el extremo de revertir directamente la asociación preconcebida entre populismo y masa, que parecía partir del movimiento (o movilización), para acercarlo a la inacción (o abstención)³¹. Representando todo ello, en definitiva, un peligro añadido, reflejado en estos datos, y que no debe ser obviado.

Más aún, cuando la falta de confianza en la política se traducirá, tarde o temprano, en una desconfianza hacia la comunidad que el propio sistema ha implementado. En ese momento, la sociedad se enfrentará a la segregación y ruptura, o ruptura por segregación, donde nadie puede pensar que el Derecho, como expresión de la acción política, y especialmente el Derecho del Trabajo, saldrán indemnes de este lance. Siendo así también que la aparición de unos individuos políticamente atomizados es ya una realidad, en la que un nuevo ciudadano emerge, moviéndose de forma estrictamente individual, en la medida en que sus propios intereses así lo requieran y su acción pudiera entrever o anticipar un resultado útil.

En última instancia, todo ello conduce a la apatía, a la dejación de lo colectivo y, finalmente, en una cruel cuadratura del círculo, a la pérdida de un elemento ontológico de la democracia y del Derecho, como es su reconocimiento y creencia común. Y dado que lo que no se cree tiende paulatinamente a desaparecer, bien pudiera suceder que el Derecho del Trabajo se fuese así, poco a poco, disolviendo, como si de una sustancia soluble se tratara, en otras ramas más predispuestas a abrazar el nuevo orden legal, véase la civil y mercantil, principalmente.

«Todo es política» vino a decir Lyotard, y Badiou le contestó, no sin cierta tristeza, que entonces, forzosamente, «la política no es nada, ya no es nada más»³². También hoy el Derecho sufre de ese mal que, al convertirlo en una manifestación del todo, le hace perder su sustancia propia. Y es que, por acción u omisión, por la voluntad de legislar o de no legislar, el Derecho se ha transformado en un medio, un mero instrumento para implementar una visión totalizadora de la Unión, cincelada desde la uniformidad económica.

³¹ Al respecto, Fassin, É., *Populisme: le grand ressentiment*, Textuel, 2017.

Fassin, É., *La gauche et la stratégie populiste*, *Après-demain*, n.º 43, 2017, pp. 12-13.

³² Lyotard, D., Milner, J.C., Sfez, G., *Jean-Francois Lyotard. El ejercicio de la diferencia*, Taurus, 2003.

Precisamente, la primera consecuencia de postergar el Derecho frente a la economía afecta, como se ha explicado anteriormente, a las raíces democráticas del sistema. En este sentido, las estadísticas muestran cómo muchos jóvenes se plantean la verdadera necesidad de «vivir en una democracia»³³. Mientras que la segunda consecuencia se obtiene como un acto reflejo de la aplicación de este primer fundamento: al mediatizar el Derecho, se condena a mediatizar también las relaciones que él mismo regula. De manera tal que abordar la cosificación de las relaciones laborales, o la justificación de los medios por el fin³⁴, se convierte una cuestión inaplazable, que precisa ser analizada en un intento por repensar el actual Derecho Social.

Cabe, sin duda, concebir el Derecho Social como un mero instrumento de regulación nacional de las relaciones de trabajo; abordándose, de hecho, así, su estudio y explicación en muchas de nuestras facultades. Lamentablemente entonces, su papel como fundamento de solidaridad e integración en la comunidad, verdadero pilar del Estado social, pasa desapercibido o directamente inexplicado, a la par que se desdibuja igualmente la dimensión europea del Derecho del Trabajo. Pareciera entonces que las dificultades principales del Derecho del Trabajo han quedado desatendidas en beneficio de problemas técnicos, complejos y siempre accesorios. Aquellos que solo los expertos pueden entender a través de una dialéctica y lenguaje excluyentes. Y es aquí cuando la célebre frase atribuida a Kant, pensada como una autocrítica, puede resultar de preocupante actualidad y trasladable a la profesión jurídica: «El parloteo metódico de las universidades no es a menudo más que un acuerdo para eludir mediante una semántica cambiante una cuestión difícil de resolver».

Por todo ello, se procurará recuperar en este trabajo de tesis, con una prudencia innegociable que no cabrá equivocarse con silencio o falta de compromiso, el papel del Derecho del Trabajo como vector de integración, desde una dimensión europea. Para ello, se abordará la idea de empresa como comunidad –un concepto que supera la actual–, y reducida, definición laboral de conjunto de medios organizados.

En especial, respecto al componente europeo (e internacional) del Derecho Social, en muchas ocasiones, se explica de forma secundaria, reduciéndose a una inclusión formal en el sistema de fuentes; de modo que solo llega a vislumbrarse un marco

³³ Mounk, Y., «The Signs of Democratic Deconsolidation»..., *Op. Cit.*, p. 6.

³⁴ Djilas, M., *La nueva clase*, EDHASA, 1957, p. 195:

Así, al justificar los medios con el fin, el fin mismo se hace cada vez más lejano e irreal, en tanto que la terrible realidad de los medios se hace cada vez más obvia e intolerable.

supranacional del Derecho Social, con un ámbito europeo aparentemente alejado, abstracto y de tenue aplicación. Nada más lejos. Cuando este aparece en nuestro Derecho nacional, lo hace con claridad y contundencia. Y, sorprendentemente, esas tormentas europeas no vienen en forma de legislación, sino de decisiones judiciales con vocación de generalidad y eficacia hacia el futuro.

A estos efectos, las últimas barreras de protección de los trabajadores, inherentes a la naturaleza del Derecho Social, han sido cuestionadas por el TJUE desde los casos Viking y Laval. Aquello que Jacques Delors sutilmente definió como «*le socle vitale d'une Europe unie*» está hoy en duda, descargada esta frase de todo significado. Basta reparar, a modo de ejemplo y a la vista de los datos manejados por la Unión Europea³⁵, en Alemania; este es el país en el que más ha aumentado la pobreza entre los trabajadores con empleo (2004-2008) y donde, en términos globales, se sitúa por encima de la media europea (2014), lo que cuestiona directamente un modelo de relaciones laborales que pretende ser exportado por su éxito. En realidad, estos números revelan que no basta solo con trabajar, sino que el trabajo debe ser digno y decente³⁶. Trasladada esta apreciación al Derecho del Trabajo, implica que no es suficiente con regular técnicamente las relaciones laborales, sino que se debe reconsiderar los contornos y el contenido del trabajo.

De tal forma que este proceso debe necesariamente contemplar las motivaciones éticas y trascendentales en el Derecho; fundamentalmente, porque toda acción jurídica parte, consciente o inconscientemente, expresa o veladamente, de estas. Siendo así que, en el Derecho del Trabajo, es posible reconducirlas a la necesidad de humanidad, que debe aparecer ya en la conformación del Derecho y también en su interpretación a la hora de dirimir el conflicto. Esta es una característica y finalidad consustancial al Derecho del Trabajo no conceptuada en una versión abstracta y universal, que la alejaría de la persona, sino concreta y posicionada en un contexto particular, muchas veces penoso. Aquella que se ocupa del trabajador, de lo real y no de lo teórico, y se orienta hacia una vertiente

³⁵ Seikel, D., *Activation into In-Work Poverty?* Social Europe, 1 de septiembre de 2017. *Online access*. Disponible en: <https://www.socialeurope.eu/activation-work-poverty>. Consultado: 12/12/2017

³⁶ Dignidad en el sentido jurídico introducido por la Declaración de Filadelfia (1944) y por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948).

A este respecto, nos remitimos a la obra colectiva «El trabajo decente», en Monereo Pérez, J.L.; Gorelli Hernández, J.; de Val Tena, A.L. (Dirs.): *El trabajo decente* (VV. AA.), Comares, 2018.

También al artículo anterior de Monereo y López Insua en Monereo Pérez, J.L.; López Insua, B.M., «La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 177.

combativa y, al mismo tiempo, eficaz. En suma, se trataría de retomar la declaración contenida en la Parte XIII del Tratado de Versalles para poner en práctica «un régimen de trabajo realmente humano»³⁷.

Quedando así claro, a este respecto, que el Derecho, y muy especialmente el Derecho del Trabajo, debe posicionar en el centro a los necesitados, a los debilitados, abordando «la desgracia inarticulada»: «Los desafortunados suplican silenciosamente que les proporcionemos palabras para expresarse»³⁸. Y, en este sentido, tal y como se desarrollará en el próximo apartado³⁹, la anterior reflexión de Weil concuerda con la idea de la historia de Benjamin que convierte en sujeto central a quien padece la experiencia del sufrimiento, lo que obliga a observar la historia desde una óptica redentora⁴⁰.

Precisamente, al erigirse como ese mecanismo de articulación, el Derecho se vincula indefectiblemente, y sin vergüenza alguna, a una idea o aspiración de justicia social, asociada ciertamente a esa noción de humanidad característica del Derecho Social. De manera particular, a través de la figura del trabajador, se dota de una voz a quienes, de otra forma, no dispondrían. Apareciendo de esta suerte, en el trabajo de tesis, a modo de contrapunto al estudio de la empresa como comunidad, el análisis de la posición jurídica del trabajador como referencia laboral, punto de partida y retorno de la legislación. Un acercamiento que necesariamente ha de iniciarse desde la perspectiva europea.

En otro orden de cosas, conviene recordar, en estos momentos previos al estudio, que la gran mayoría de sentencias del TJUE son resoluciones a cuestiones prejudiciales en las que, *a priori*, el juez remitente debe tener una última palabra a la hora de adecuar los hechos e interpretar la normativa nacional en dicho contexto. El TJUE reconoce solemnemente esta prerrogativa, pero no supera la mera declaración formal, revelando el

³⁷ Tratado de Paz firmado en Versalles el 28 de junio de 1919. Parte XIII «Trabajo», Sección Primera, «Organización del Trabajo».

España, mediante Ley de 14 de agosto de 1919, se adhirió al «pacto de Sociedad de las Naciones» del Tratado y aceptó expresamente el contenido de la Parte XIII.

³⁸ Weil, S., *Écrits de Londres*, Gallimard, 1957, p. 27:

Le malheur est par lui-même inarticulé. Les malheureux supplient silencieusement qu'on leur fournisse des mots pour s'exprimer. Il y a des époques où ils ne sont pas exaucés. Il y en a d'autres où on leur fournit des mots, mais mal choisis, car ceux qui les choisissent sont étrangers au malheur qu'ils interprètent.

³⁹ Véase, a este respecto, el apartado I.3, «Las habitaciones vacías del pasado (y el método para transitar por ellas)».

⁴⁰ Ruz, O. M., Rosolino, G., y Schickendantz, C., «La fuerza subversiva del sufrimiento evocado. Recepción de Walter Benjamin en la teología de Johann Baptist Metz», en *Revista Teología*, n.º 100, diciembre 2009, p. 405.

También, Mate, R., «Sobre la actualidad política de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2, p. 375-377.

análisis de las sentencias del Tribunal el escaso margen interpretativo del juez nacional remitente. Con lo cual, el TJUE se ha convertido, en la práctica, en un verdadero legislador o incluso, dadas las circunstancias y alcance de las sentencias, en un contralegislador.

Hasta el punto de que muchas voces críticas –también corrientes populistas– apuntan hacia la ruptura: la salida de la Unión como posible vía de solución. Si bien, la opinión que se va a defender en este trabajo pretende ofrecer una alternativa completamente distinta, basada en reexaminar y retomar el mecanismo de integración mediante la solidaridad; en crear una verdadera comunidad que pasa por superar los intereses e intercambios económicos. Así como en propiciar el desarrollo de una esfera pública y cultural europea común, partiendo de la premisa de que las identidades colectivas se hacen, no se buscan⁴¹. Por cual, en esta creación, el papel del Derecho en general, y del Derecho Social en particular, resulta del todo relevante.

Entre varias voces destacadas, contenidas en este trabajo, sobresale la de Weil⁴², de inestimable ayuda a la hora de afrontar este cometido. Solo a modo de mero ejemplo,

⁴¹ Habermas, J., *Postnational Constellation*, MIT Press Edition, 2001, pp. 17-19.

⁴² A modo de breve introducción a su vida, a fin de comprender y contextualizar mejor el pensamiento de Simone Weil, se remite al lector a:

Bea, E., «Simone Weil: una reflexión sobre Europa desde la resistencia», en *Anuario de Filosofía del Derecho VII*, 1990, p. 532:

La vida de S. Weil ayuda a entender su obra porque en ella se da una clara interdependencia entre pensamiento y acción, que queda plasmada en el sentido de su evolución, desde posiciones de signo pacifista y obrerista próximas al sindicalismo-revolucionario, hasta una concepción de la realidad en la que la mística juega un importante papel.

Entre las experiencias de Weil que más parecen repercutir en el contenido y evolución de sus escritos, comúnmente se coincide en señalar su paso por la clase de Alain, antes de su ingreso en la Ecole Normale Supérieure, su actividad en medios sindicalistas, su trabajo durante un año en la fábrica como obrera manual, su presencia en España en los inicios de la guerra civil donde colabora algunos meses con miembros de la CNT, su experiencia mística en 1938, su exilio de Francia por la persecución nazi tras la ocupación, y su participación en los proyectos del Gobierno provisional francés en Londres. Este último momento es el que nos interesa ahora de forma especial, pues las reflexiones weilianas sobre Europa proceden principalmente de la etapa londinense.

*A causa de su origen judío, Weil se ve obligada a trasladarse de París a Marsella en 1940, de Marsella a Nueva York a través de Casablanca en junio de 1942, y de Nueva York a Londres en noviembre del mismo año, ocho meses antes de su muerte. A su llegada a Londres, comienza a desarrollar su actividad bajo las órdenes de M. Closon en la Dirección del Interior de lo que luego será el Gobierno provisional de la República francesa. Las tareas que se le asignan consisten en examinar algunos de los informes enviados desde Francia por los comités de resistentes y en redactar un ensayo sobre el tipo de reformas que sería conveniente practicar tras la liberación. Lejos de cumplir el deseo expresado ante M. Schuman y A. Philip de realizar alguna misión de sabotaje o espionaje en la Francia ocupada, idea con la que había partido de Marsella y cuya frustración pesará increíblemente hasta su muerte, S. Weil asume estas tareas, cuyo resultado más directo será la obra *Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, titulada más tarde y conocida actualmente como *L'Enracinement*.*

se reproducen aquí las palabras de Albert Camus, editor de las obras de Simone Weil tras su muerte, para entender la urgente conveniencia de recuperar a una pensadora práctica, que concibió el trabajo como un «centro espiritual» para Europa⁴³, «el elemento real de las condiciones de existencia»⁴⁴:

Y quizá la derrota fuese necesaria, el entumecimiento que la siguió y la taciturna meditación que todo un pueblo prosiguió en los años oscuros para que ideas tan inoportunas, juicios que revierten ideas preconcebidas, que ignoran tantos prejuicios, puedan por fin encontrar en nosotros su justa repercusión. [...] Me parece imposible, en todo caso, imaginar un renacimiento para Europa que no tenga en cuenta las exigencias definidas por Simone Weil⁴⁵.

Y es que, con independencia de compartir o no la religiosidad weiliana y sus posibles manifestaciones, la idea de arraigar una comunidad a través del trabajo –como alternativa a la actual racionalidad económica– resulta ser, a mi juicio, un excelente punto de partida. A este respecto, obsérvese que la noción de comunidad planteada será estrictamente secular.

Todavía resta una última dificultad previa por afrontar en esta tarea. En estos momentos, el Derecho del Trabajo se ve atenazado por el mercado. Se trata de una fuerza abstracta, casi espiritual y completamente ajena a los factores materiales que han servido de motor y propósito para la conformación del Derecho Social desde sus inicios: la mejora de las condiciones de trabajo, de la seguridad y salud, la regulación del tiempo de trabajo, de los descansos y vacaciones... Una fuerza que, una vez puesta en marcha, desposee al Derecho de su *ethos*, y lo transforma, desde un sistema jurídico completo, en un mero objeto moldeable. Es decir, el mercado convierte el Derecho del Trabajo en un cuerpo

⁴³ Worms, F., *Simone Weil, Albert Camus, le siècle et nous*, Esprit, 2012, p. 9:

«C'est ce «et» qui redonne à l'Europe d'après guerre ce qu'elle réclamait au terme du livre que publiera Camus deux ans plus tard (l'Enracinement), en parlant du travail : un "centre spirituel"».

⁴⁴ Chenavier, R., «Simone Weil, ¿la última filósofa del trabajo?», en Bea, E., *Simone Weil. La conciencia del dolor y de la belleza*, Editorial Trotta, 2010, p. 191.

⁴⁵ Camus, A., «Préface à l'enracinement», en *Bulletin de la Nouvelle Revue Française*, 1949. [Citado en *Simone Weil, Œuvres*, Florence de Lussy, director, Gallimard, 1999, p. 1264]:

On lui demande en 1943 un rapport sur la situation morale de la France et elle écrit le livre publié aujourd'hui sous le titre l'Enracinement, véritable traité de civilisation. [...] Ce livre, un des plus importants, à mon sens, qui ait paru depuis la guerre, jette aussi une lumière puissante sur l'abandon où se débat l'Europe. Et il fallait peut-être la défaite, l'hébétéude qui l'a suivie et la méditation taciturne que tout un peuple a poursuivie dans les années obscures, pour que des idées aussi inopportunes, des jugements qui renversent tant d'idées reçues, qui ignorent tant de préjugés, puissent trouver enfin chez nous leur exact retentissement. [...] Il me paraît impossible en tout cas d'imaginer pour l'Europe une renaissance qui ne tienne pas compte des exigences que Simone Weil a définies dans l'Enracinement.

elástico⁴⁶, entendido en la primera acepción del término, como «un cuerpo que puede recobrar más o menos completamente su forma y extensión tan pronto como cesa la acción de la fuerza que las deformaba»⁴⁷.

Adviértase, asimismo, que resulta particularmente relevante el uso indistinto del singular o el plural en la expresión mercado. Hecho que indica la dificultad para identificar lo que hay realmente detrás de ese etéreo concepto. Tal y como se puede observar en la exposición de motivos de la Reforma Laboral española⁴⁸, donde destaca muy negativamente una particular mención, dual y reiterativa, en la que el legislador refería mercados que observaban mercados, convirtiendo en cierta la desoladora profecía de André Gorz cuando afirmaba que ya no queda nadie, solo números que persiguen números⁴⁹:

Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos.

Precisamente, se trata de una idea relativa al mercado que ha terminado calando en el imaginario colectivo, hasta el extremo de transmutar en una mera ilusión. Ahora bien, una ilusión que produce unas consecuencias prácticas manifiestas, hasta el punto de redefinir el tiempo. Puesto que, de hecho, como se mostrará más adelante, en la teoría de Koselleck aparece una representación hegeliana del tiempo histórico, en la que cada época se vincula a una idea o principio concreto. El mito del mercado se ha apoderado de la nuestra, y el Derecho del Trabajo no ha podido escapar a ese fenómeno. El mercado ha copado todo el espacio jurídico y se ha situado en un plano elevado e inatacable, como principio, fundamento y origen del Derecho Social.

El recurso a este fenómeno ofrece una peligrosa ventaja al legislador. Al aparecer esta figura interpuesta, el legislador renuncia a su autoridad formal. De acuerdo con la

⁴⁶ Ver a este respecto Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo», en *Balance crítico de la Reforma Laboral* (VV. AA, Coord. Gutiérrez Velasco), Tirant lo Blanch, 2018.

⁴⁷ Real Academia Española, Edición del Tricentenario, actualización 2017, *Online access. Disponible en:* <http://dle.rae.es/?id=ETAy5nW>. Consultado: 30/10/2017.

⁴⁸ Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁴⁹ Gorz, A., *Metamorfosis del trabajo, Búsqueda del sentido, Crítica de la razón económica*, Editorial Sistema, 1995, p. 116: «Ya no hay nadie; solamente unos números que sustituyen a otros números en silencio, indiscutibles por insensibles, mudos».

propia dialéctica del mercado, se ve compelido a hacerlo, ya que se trataría de una fuerza ineludible. En realidad, no supone más que una renuncia aparente, al no ir acompañada de una cesión de competencias legislativas. Así, la promoción de esta ficción puede resultar conveniente, o al menos útil, al desplazar también la responsabilidad legislativa hacia el mercado: la necesidad de justificación última de la norma y de su razonabilidad.

Sin embargo, la responsabilidad legislativa, entendida como la demostración de necesidad de la nueva norma, resulta indelegable, al manifestarse como un ejercicio de autoridad del legislador, separado y anticipado de la potestad que queda circunscrita a la facultad para dictar la norma en sí. Todo ello, de una manera similar a cómo, desde una perspectiva formal, la exposición de motivos se separa del cuerpo de la norma. Pues bien, esta justificación queda eliminada por la remisión al mercado. Así las cosas, la autoridad desaparece en la creación de Derecho, al sustituirse por un mercado que se autoexplica; manteniéndose, eso sí, la redacción en sede legislativa.

Desde el momento en que la norma laboral se reconduce y se ciñe a las simples exigencias del mercado, el legislador cede su autoridad y produce meramente un acto potestativo. Se trata, en cualquier caso, de una renuncia sobre unas facultades inalienables en democracia. Respecto a lo cual, señalaba Álvaro D'Ors la necesidad de separar autoridad y potestad, lo que, en esencia, precisa la efectiva realización de ambas facultades, para «garantizar la libertad social que requiere el bien común»⁵⁰. De forma que, al perder la autoridad en su conformación, la norma laboral dejará de ser «derecho como producto intelectual», para transformarse en «ley como imposición de quien tiene potestad»⁵¹. El legislador se convierte entonces, aparentemente, bajo una adaptación moderna y grotesca de la fórmula de Montesquieu, en la boca inanimada que pronuncia las palabras del mercado. En realidad, pronuncia sus propias palabras.

El problema definitivo se aviene al concebirse el mercado como una estructura cerrada, difusa pero completa (lo que no deja de resultar paradójicamente triste) y, por lo tanto, dotado de una terrible característica: «la armonía autoexplicatoria»⁵². Entender el mercado como «una realidad atemporal, permanente y trascendente» que se mueve por sus propias leyes, una fuerza impersonal que se explica a sí misma. Un mito moderno que

⁵⁰ D'Ors, Á., *Autoridad y potestad*, Lecturas Jurídicas 21, 1964, p. 23.

⁵¹ D'Ors, Á., *Autoridad y potestad... Ibid.*, p. 23.

⁵² Berlin, I., *Historical Inevitability*, Oxford Scholarship Online, 2003, p. 12: «But there is a second, no less time honoured view according to which it is not goals, less or more dimly discerned, which explain and justify whatever happens, but a timeless, permanent, transcendent reality, 'above', or 'outside', or 'beyond'; which is as it is for ever, in perfect, inevitable, self-explaining harmony».

no necesita de explicación o justificación. Y ni los Estados, ni por supuesto los individuos, podrán eludir lo que resulta inevitable, lo que no se rige por leyes humanas sino naturales. Berlin explicaba, con mucha precisión e igual pesadumbre, que estos mitos suelen cobrar vida «a lo largo de la historia, siempre en momentos de confusión y de debilidad interior»⁵³.

Esta nueva manera de entender las cosas aleja al individuo de cualquier decisión, de cualquier razonamiento, le aparta de pensar un Derecho que viene dado de forma natural e inevitable. Con lo que, en este sentido, el mercado se concibe como una suerte de fuerza mesiánica.

Aparece, entonces, un profundo desencanto ante la imposibilidad de cambiar las cosas. Se abandona cualquier intento de transformación social por vano, dejando de sentir el derecho como propio, ya que difícilmente se podrá tener apego a aquello que es inmutable e ineludible, completamente ajeno a la condición humana. Así, se manifiesta el desencanto como una decepción por el estado de las cosas, que aleja de las mismas y conduce a la inacción. Pese a lo cual, las generaciones jóvenes todavía «sueñan con un futuro diferente e intentan activamente “hacerlo” (o hacerlo posible)»⁵⁴.

Por último, ya para terminar este epígrafe, querría dejar establecido que el título escogido para el trabajo de tesis, por más que en principio parezca sinónimo de renuncia intelectual, no comporta, sin embargo, una conclusión pesimista y definitiva sobre el estado del Derecho del Trabajo. En cierta manera, se pretende inferir todo lo contrario. Se propone un ensayo –en su acepción de intento– de cómo poder vencer el desencanto. Siendo consciente de que, para poder superar cualquier problema, resulta innegable que primeramente deba reconocerse su contenido, causas, alcance y efectos. Un problema que se identifica, limitando de esta manera el propio ámbito del estudio, con una concreta jurisprudencia del TJUE; si bien su origen se sabe considerablemente más antiguo, y a él debemos remontarnos. De manera que sean esas propias raíces históricas, que se nutren de los estratos pasados, las que acerquen también la solución del problema, buscando allí el «arraigo»⁵⁵ que permita el anclaje y conexiones entre pasado y presente.

⁵³ Berlin, I., *Historical Inevitability... Ibid.*, p. 59: «In a world where such monsters clash, individual human beings can have but little responsibility for what they do; the discovery of the new, terrifying, impersonal forces may render life infinitely more dangerous, yet if they serve no other purpose, they do, at any rate, divest their victims of all responsibility [...]».

⁵⁴ Balibar, É., *October 1917 After One Century*, Crisis and Critique, Bolshevik Revolution: One Hundred Years After, Vol. 4, Issue 2, Special issue on The Bolshevik Revolution?, Fall 7 Nov. 2017, p. 25.: «[...] a polymorphic demand for revolution can be heard in our societies, especially among the young generations who dream of a different future and want to actively “make” it (or make it possible)».

⁵⁵ De acuerdo al pensamiento de Weil en Weil, S., *L' enracinement*, Gallimard, 1990.

3. LAS HABITACIONES VACÍAS DEL PASADO (y el método para transitar por ellas)

The empty rooms...

Where the angels' voices whisper to the souls of previous time.

Bob Dylan

La jurisprudencia reciente del TJUE, iniciada tras los casos Viking y Laval, su deriva, recuerda inquietantemente los acontecimientos que rodearon el americano caso Lochner, el antes y el después de la polémica decisión del Tribunal Supremo. Más de 100 años y un océano de Derecho les separan y, sin embargo, las similitudes son tan evidentes que no pueden desconocerse por más tiempo. Los peligros también.

Y es que una amplia concepción de la libertad individual, con un prevalente carácter económico, unido al poder del Tribunal surgido de estas facultades interpretativas, amenazan con devorar el Derecho del Trabajo tal y como se conoce en la actualidad. Aunque a este respecto, ya se haya advertido largamente sobre el riesgo de deshumanización del Derecho, a través de la influencia de una particular filosofía americana que «oscurezca nuestro pasado y nuestras raíces culturales»⁵⁶.

También, en su momento, Holmes, Brandeis, Pound, Frankfurter, Frank, Cohen, etc., señalaron valientemente el problema, anticiparon una certera crítica y pergeñaron, a modo de solución, unos principios prácticos que, lamentablemente, han quedado desatendidos. Muertos todos ellos, se les dio sepultura con honores y, en la confusión del momento, se enterró también su pensamiento. Las tumbas se transformaron en ruinas y nada esperaba a los jueces en ese lugar, ya solo frecuentado, muy de tarde en tarde, por académicos con alma de arqueólogos. De esta manera, la historia quedó convertida en una habitación vacía.

Ahora bien, en su interior murmuran todavía las voces de ese tiempo pasado. Este trabajo investigador pretende reproducir, con la máxima fidelidad y lealtad posible, esas voces. Las de unos juristas que cambiaron el Derecho, lo sacaron de las cavernas del

⁵⁶ Bea, E., *Simone Weil: una reflexión...* Op. Cit., p. 537.

esoterismo, y le insuflaron un procedimiento y unas técnicas de prueba nunca antes vistas, obligando a unos renuentes jueces a adaptarse a los tiempos.

Con todo, adviértase que se ha tratado de evitar un ejercicio de mitificación de esos juristas, o de veneración del pasado. Por más que resulte obligado reconocer que el tiempo transcurrido invita a cierta idealización, que no se supone negativa. Asimismo, tampoco se emprende una investigación desde una perspectiva estrictamente histórica, sino que se realiza una revisión de la historia, de un modo parecido a como Jerome Frank decía que le interesaba al juez Holmes «para aportar luz sobre el presente»⁵⁷ y, en concreto, para lograr un acercamiento, desde otro ángulo, a un Derecho del Trabajo que debe volver a mirar a sus orígenes para replantear sus fundamentos. Según se defenderá a lo largo de estas páginas, un quehacer mucho más urgente y necesitado que cualquier otra aportación técnica al Derecho. Teniendo, para ello, bien presente que «el Derecho del Trabajo es, con todo, una categoría de difícil aprehensión sin el cabal conocimiento de su pasado»⁵⁸.

Con este propósito, se analizará el Derecho americano de finales del siglo XIX y primer tercio del XX, para, subsiguientemente, confrontarlo con el Derecho Social europeo. Advirtiéndose que el final del siglo XIX y principios del XX en Estados Unidos puede tener ciertos elementos comunes con la Europa actual. Así, la expansión territorial de Estados Unidos (hacia el oeste principalmente) bien puede recordar las distintas ampliaciones europeas (desde los 12 a los 28 países actuales), como también existen similitudes entre la conformación de dos uniones de acogida e inmigración (a pesar de la presente situación europea y americana), o la constante tensión entre un federalismo aglutinador y la independencia de los estados miembros.

En cualquier caso, repárese en que el encaje jurídico para fijar un marco de comparación no resulta evidente y, aun sin desconocer las acciones, procesos, normas sustantivas... de los distintos sistemas, los mismos no constituyen el objeto de comparación. Por lo que, principalmente, se acudirá a los fundamentos e ideas tras los distintos ordenamientos. Dado que, como ya apuntaba De la Villa, «la única manera de adquirir criterio propio [...] es salirse del área de especialización que inquieta normalmente a los laboristas [...]»⁵⁹. Y también, de acuerdo con esto, realizaba dos

⁵⁷ Frank, J., *Law and the modern mind*, Stevens & Sons Limited, 1949, p. 254.

⁵⁸ Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Akal, 1984, pp. 18-19.

⁵⁹ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003, p. XXI.

consideraciones adicionales que se defenderán en este trabajo. En primer lugar, que este tipo de estudios requieren de «la colaboración de un investigador de la historia contemporánea y de un laboralista»⁶⁰, lo que obligará al investigador a duplicar esfuerzos y reconocer sus limitaciones fuera de su campo de experiencia. En segundo lugar, hacía hincapié en el método y aproximación histórica que debe partir de un análisis global: «Peor es, desde luego, la preocupación por los hechos y las normas laborales desconectados de los aspectos históricos globales, pues ese método limita el significado del análisis y le confiere un valor forzosamente descriptivo de una porción de la realidad social»⁶¹. Habiéndose este aspecto reinterpretado en el presente trabajo como una globalidad, no solo espacial, sino también temporal. De tal manera, que se propone, a continuación, una aproximación a los problemas laborales a través de una serie de tensiones, entre elementos aparentemente opuestos, que permanecen inalteradas, en su esencia, en distintas y sucesivas épocas, conformando, precisamente, esas tensiones nuestros «campos inteligibles de estudio»⁶².

Con el objetivo de abordar el estudio comparativo, la Constitución americana, ese *momentous work*⁶³, y los Tratados Constitutivos de la Unión (con sus modificaciones) nos servirán de canon en dicha tarea. En cuanto a la Constitución americana, su originalidad, como señalaba André Tunc, radica en la «superposición de unos mismos órganos de gobierno a nivel federal y estatal»: legislatura (Congreso y Senado), ejecutivo (gobernador/presidente) y judicial con sendos Tribunales Supremos⁶⁴. Respecto al Tribunal Supremo, a nivel federal, las palabras de Tocqueville dan buena cuenta de su importancia para la vida de la nación, al ejercer un poder omnímodo, en calidad de último interprete de una Constitución, que se atenúa solo por autolimitación o costumbre, en una práctica tan razonable como restrictiva de interpretación y equilibrio:

En manos de los siete jueces federales descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión. Sin ellos, la constitución es letra muerta; a ellos es a quienes apena el poder ejecutivo para resistir las usurpaciones del poder legislativo; la legislatura, para defenderse de las obras del poder ejecutivo; la Unión, para hacerse

⁶⁰ De la Villa Gil, E., *La formación... Op. Cit.*, p. XVII.

⁶¹ De la Villa Gil, E., *La formación... Op. Cit.*, p. XVIII.

⁶² Concepto desarrollado en Toynbee, A.J., *A Study of History*, Oxford University Press, 1934.

⁶³ Washington, G., *The George Washington Papers*, The Library of Congress. *Online access*. Disponible en: <https://www.loc.gov/collections/george-washington-papers/about-this-collection/> Consultado: 24/11/2017: «The business being thus closed, [...] I retired to meditate on the momentous work. Which had been executed».

⁶⁴ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos*, Oikos-tau, 1971, p. 12.

obedecer de los Estados; los Estados, para rechazar las pretensiones exageradas de la Unión; el interés público contra el interés privado; el espíritu de conservación contra la inestabilidad democrática. Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consiente en obedecer a la ley, no pueden nada, cuando él la desprecia. Ahora bien, el poder de opinión es aquel del que es más difícil hacer uso, porque es imposible decir exactamente dónde se hallan sus límites. Es a menudo tan peligroso permanecer más acá de este extremo como sobrepasarlo⁶⁵.

No se debe desdeñar tampoco la normativa laboral histórica de Estados Unidos, previamente contrapuesta a la española a modo de paradigma europeo, elegido por la evidente cercanía en la investigación. Pero, conviene advertir, en cualquier caso, que no se pretende abordar una aproximación histórica desde el enfoque exclusivo de los antecedentes normativos, sino que se busca, siguiendo las palabras de Martín Valverde, en el ordenamiento laboral de épocas pasadas, las huellas de las ideologías o corrientes de pensamiento social que inspiran, a través de uno u otros eslabones intermedios, a las instituciones jurídicas⁶⁶. Con lo cual, el presente texto puede perfilarse a partir de una serie de preguntas: ¿existe un pensamiento identificable tras esas normas?, ¿por qué se materializó de esa manera en el Derecho del Trabajo?, y, posiblemente la cuestión más relevante, ¿qué incidencia tiene ese «entonces» en nuestro «ahora»?

De manera que, para responder a esta última pregunta, uno debe volverse hacia sí mismo y preguntarse, a su vez y con honestidad, qué espera de la historia. Al retomar por un momento la etimología latina del término esperar, *sp̄rare*, que, a su vez, lleva a *sp̄s*, se puede entrever una posible respuesta: esperanza. Por esta razón, entrelazando ambas nociones, expresaba Simone Weil que siempre «podemos hallar socorro en islotes de pasado que han permanecido vivos en la superficie de la tierra»⁶⁷. Y, precisamente, en ellos se basa este ensayo, en la creencia que siempre existirá una última, pero renovada, esperanza de redención con cada nueva generación⁶⁸. Se deberá entonces reconocer que

⁶⁵ De Tocqueville, A., *La democracia en América*, Biblioteca Virtual Antorcha, 2007. *Online access*. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/tocqueville/indice.html. Consultado: 22/01/2017.

⁶⁶ Martín Valverde, A., *La formación del Derecho del Trabajo en España en La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. XV.

⁶⁷ Weil, S., *L'encracinement...*, *Op. Cit.*, p. 70.

Véase también: Weil, S., *A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français en Ecrits historiques et Politiques*, Gallimard, 1960, p. 368: «Si al mirar hacia el futuro tratamos de entrar en comunicación con nuestro propio pasado milenario; ... podremos quizá evitar una desaparición casi total del pasado, y al mismo tiempo, de la vocación espiritual del género humano». [traducción en Bea, E., *Simone Weil: una reflexión...* *Op. Cit.*, p. 534].

⁶⁸ Benjamin, W., *Illuminations*, Schocken Books, 1968, pp. 253-264.

el fin de la historia no ha llegado todavía, retomando enseñanzas pasadas en el actual Derecho del Trabajo, como en anteriores ocasiones se había hecho ya.

Asimismo, y no por casualidad, esta particular visión histórica puede asociarse con el pensamiento calificado como «solidaridad anamnética»⁶⁹, siendo Weil y Benjamin⁷⁰ figuras vinculadas con dicha idea, resultando su punto de partida de muy oportuna extrapolación al Derecho del Trabajo:

[...] la destrucción del recuerdo es una típica medida de todo gobierno totalitario. A esclavizar a los hombres se comienza despojándolos de sus recuerdos. Toda colonización tiene ahí su principio. Y todo levantamiento contra la opresión se nutre de la fuerza subversiva del sufrimiento evocado⁷¹.

Sentadas así las premisas y ejes del trabajo, se debe explicar, sin más demora, la metodología seguida, que ha configurado la estructura de la tesis. De este modo, al decidir partir de la idea de unión entre actuaciones temporalmente muy separadas del TJUE y el Tribunal Supremo americano, devenía necesario acudir a categorías metahistóricas que permitieran, simultáneamente, eliminar las diferencias accesorias y acercar la esencia detrás de los pronunciamientos. Pues, ¿cómo si no se iban a valorar las acciones de personas nacidas, en su mayor parte, en el siglo XVIII con la de aquellos que deben tomar decisiones dos siglos más tarde y en un continente distinto? El espacio-tiempo que ha caracterizado la explicación lineal o cronológica de la historia podía resultar, en este caso, más un obstáculo que una ventaja. Por lo que parecía prudente precaverse, desde el principio, contra la antigua falacia *post hoc ergo propter hoc*. Máxime cuando, sea la causalidad lo que sea, es, desde luego, más que una pura sucesión temporal⁷².

Por consiguiente, uno de los objetivos que se intentará demostrar es que, en determinadas ocasiones, el espacio-tiempo no puede contener el «tiempo histórico», que debe ser definido y ampara dos concepciones diferenciadas: *krónos* y *kairós*. Se trata, a

⁶⁹ Bea, E., *Simone Weil: una reflexión...* Op. Cit., p. 540:

«En oposición radical a la noción desarraigante de progreso, para S. Weil la necesidad de recuperar el pasado se funda en los mismos presupuestos de lo que, partiendo del pensamiento de W. Benjamin o J. B. Metz, ha sido definido como «solidaridad anamnética», es decir se basa en una solidaridad universal que recuerda y hace suya la causa de los vencidos y olvidados de la historia».

⁷⁰ Amengual i Coll, G., «Actualidad de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2, pp. 356-366.

También, Zamora, J.A., «Solidaridad anamnética versus evolución social», en *Con-Ciencia Social*, n.º 18 (2014), pp. 15-29.

⁷¹ Metz, J. B., *La fe, en la historia y la sociedad*, Cristiandad, 1979, pp. 120-121.

⁷² Cohen, M. R., *La causación y su aplicación a la historia* en Teggart-Cohen-Mandelbaum: *La causalidad en la historia*, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 38.

su vez, del tiempo lineal y continuado, que se rige por reglas de movimiento, antes-después, el esquema de irreversibilidad causa-consecuencia⁷³, y también del tiempo significativo, el tiempo reapropiado por la cultura, el tiempo que permitirá arraigarse⁷⁴, rememorando con esta última descripción a Simone Weil.

Para la definición del «tiempo histórico», los marcadores aceptados y reconocidos como válidos —el espacio caracterizado generalmente por la idea de pueblo, estado y, sobre todo, frontera y el tiempo como un medidor natural calculado físicamente— aportan una datación concreta, de indudable utilidad. Y así, la magnitud física del tiempo permite saber que «le Serment du Jeu de paume» tuvo lugar el 20 de junio de 1789 en Versailles, que el 5 de diciembre de 1883 se aprobó mediante Real Decreto la Comisión de Reformas Sociales en España o que la Huelga Pullman comenzó el 11 de mayo de 1894 en Chicago. Ello, no obstante, ocurre también que esa misma cronología nos aproxima a una ilusión, a la apariencia de una unidad lineal en la historia, en la que se puede lograr entrever una sucesión a perpetuidad de causa-consecuencia, siempre que se tenga una cercanía espacio-tiempo suficiente entre los acontecimientos. Sucesión lineal que complicaría ver una relación entre los tres acontecimientos referidos anteriormente; cuando, en realidad, si se abandonara la ortodoxia histórica, se podría entrever una tensión dialéctica entre conceptos como la libertad, el individualismo, la solidaridad..., y se superarían el tiempo y el espacio.

En realidad, puede suceder que lo aparentemente continuo resulte contiguo, y que solo una categorización previa ayude a ver los límites e intersecciones entre los conceptos que componen, a su vez, dichas categorías. Como, por ejemplo, vislumbrar que «revolución» y «pueblo» fueron de la mano en el inicio del movimiento revolucionario (siglo XVIII), para irse paulatinamente separando durante el siglo siguiente. O que se intentó equiparar, desde mediados del siglo XIX, «evolución» y «progreso», para terminar conviniendo que se trataba de nociones autónomas.

De manera que, a este respecto, se detecta ya la existencia de una constante remisión entre pasado y futuro, que puede conformar el «tiempo histórico» y que alcanza,

⁷³ Zamora, J.A., «Solidaridad anamnética ... Op. Cit., p. 17.

Citando también, a su vez, los conceptos de Castoriadis «tiempo identitario» y «tiempo imaginario», en Castoriadis, C. *La institución imaginaria de la sociedad. Vol. II: El imaginario social y la institución*, 1989, Tusquets.

⁷⁴ Ost, F., *Mondialiser nos responsabilités: transmettre un milieu habitable*, Colloque, Collège de France, 12 de junio de 2017. *Online access*. Disponible en: <https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/symposium-2017-06-12-10h00.htm>. Consultado: 17/09/2017.

sin duda, al Derecho. Motivo por el cual, a fin de conocer lo que es, debemos conocer lo que fue y lo que tiende a ser⁷⁵. Del mismo modo, Palomeque también explicaba, en su obra *Derecho del Trabajo e Ideología*, que su estudio «se proponía alcanzar no una etapa histórica particular, sino al propio tiempo y por ello mismo, [...] a proporcionar las claves para comprender su presente y perspectivas de futuro»⁷⁶.

Con lo que, en definitiva, de todo lo expuesto cabe colegir hasta aquí que el tiempo histórico existe en el Derecho y se manifiesta a través de distintos periodos alejados de una sucesión lineal de acontecimientos, causa-consecuencia, temporalmente sucesivos. En este sentido, la historia es más que un *continuum*. Debiendo buscar, precisamente, la causalidad en la historia del Derecho del Trabajo más allá de la linealidad, y tratando de evitar la referida falacia «que supone que todos los elementos sociales o instituciones forman una serie lineal, de modo que siempre se puede decir cuál de los dos hechos es el anterior»⁷⁷. Todo ello, además desde el convencimiento de que, de otra manera, ese pensamiento acabaría por conducirnos, tarde o temprano, a descubrir unas consecuencias desacertadas en el razonamiento; una realidad que no cumplió con la previsión. En cuyo caso, podría aparecer «un agudo sentido del desencanto», cobrando así el título de la tesis una interpretación alternativa:

El sentimiento de que la historia –tal como la escriben los historiadores– hace promesas imposibles de cumplir porque, igual que la filosofía metafísica, pretende ser lo que no es, es decir, una ciencia capaz de llegar a conclusiones acertadas⁷⁸.

Al mismo tiempo, sucede que la historia lineal prioriza una perspectiva objetiva y aséptica, que corre el riesgo de olvidar el papel del hombre, a excepción de los vencedores que sí son tenidos en cuenta. Máxime, cuando una voluntad en ruinas, pero resistente, puede imponerse en determinados momentos a las circunstancias y resultar decisiva en el devenir histórico⁷⁹. Desde una perspectiva jurídica, los votos particulares del Juez Holmes, y por ende su persona, resultan un fiel reflejo de este fenómeno.

Una vez definida la estructura histórica del trabajo a través de la búsqueda de un «tiempo histórico», se debe intentar completar esta con dos categorías metahistóricas, que marcan el ritmo de ese «tiempo»: el pasado y el futuro. Se excluye el presente, teniendo en cuenta que su realización puede resultar una aporía al convertirlo automáticamente en

⁷⁵ Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. 3: «In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tend to become».

⁷⁶ Palomeque, *Op. Cit.*, pp. 19-20.

⁷⁷ Cohen, M. R., *Op. Cit.*, p. 69.

⁷⁸ Berlin, I., *El erizo y la zorra*, Muchnik Editores, 1988, pp. 54-55.

⁷⁹ Véase, en este sentido, el apartado III.1.3 B) «El dilema de Debs y el camino del Derecho Social».

pasado, mientras que su espera lo sitúa en el futuro. Nos interesa el presente, en realidad, como lugar en el que se entrecruzan pasado y futuro; como un punto referencial, de partida y de retorno, que nos permita movernos libre e indefinidamente hacia adelante y hacia atrás. En definitiva, para revisar la historia en una suerte de camino bidireccional que, sin embargo, no se podría vincular directamente a dos nociones como pasado y futuro por su propia inconmensurabilidad. Por todo ello, en un esfuerzo de concreción, las mismas se deberían reducir a dos categorías esenciales y aptas para este trabajo.

A tal fin, la selección retoma el admirable esfuerzo intelectual de Koselleck cuando acuñó el «espacio de experiencia» y el «horizonte de expectativa» como las dos metáforas temporales que iban a permitir entender el «tiempo histórico»⁸⁰. Bien es cierto que el mismo autor reconocía precedentes en dicha concepción, como esta sugerente idea de Novalis: «se observa la concatenación secreta entre lo antiguo y lo futuro y se aprende a componer la historia a partir de la esperanza y el recuerdo»⁸¹.

Se intentará pues acomodar ambas nociones al Derecho del Trabajo y, para ello, se retomará su definición original de la forma más clara posible. Por un lado, «la experiencia es un pasado presente, cuyos acontecimientos han sido incorporados y pueden ser recordados»; se adscribe a un espacio «porque está reunida formando una totalidad en la que están simultáneamente presentes muchos estratos de tiempos anteriores»⁸². Por otro, «la expectativa se efectúa en el hoy, es futuro hecho presente, apunta al todavía-no, a lo no experimentado, a lo que solo se puede descubrir»; se vincula por su parte a un horizonte entendido como «aquella línea tras de la cual se abre en el futuro un nuevo espacio de experiencia, aunque aún no se puede contemplar»⁸³.

Así las cosas, la teoría koselleckiana adoptada y la metodología aplicada en esta investigación van a generar una estructura que, a su vez, conforma directamente la materia del trabajo. En este sentido, la concordancia entre forma y sustancia se refleja perfectamente en dos objetivos del estudio. De una parte, «deducir de la tensión entre dos modos de ser desiguales»⁸⁴ –pasado y presente– el «tiempo histórico» del Derecho del Trabajo. De otra, intentar extraer de esa tensión entre experiencia y expectativa,

⁸⁰ Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos...* Op. Cit., pp. 333-357.

⁸¹ Koselleck, R., *Futuro Pasado...* Ibid., p. 336.

⁸² Koselleck, R., *Futuro Pasado...* Ibid., p. 339.

⁸³ Koselleck, R., *Futuro Pasado...* Ibid., p. 340.

⁸⁴ Koselleck, R., *Futuro Pasado...* Ibid., p. 340.

«diferentes nuevas soluciones» que pudieran resultar de aplicación a nuestra situación actual; «empujando de ese modo y desde sí mismo al tiempo histórico»⁸⁵.

Con carácter previo a la materialización jurídico-laboral de ambas categorías, la primera tarea debe ser aproximar el tiempo pasado al presente, que al reinterpretarse adquiere una nueva dimensión de futuro. Koselleck denominó a esta categorización hermenéutica como «futuro pasado». Por más que no se trate únicamente de trasladar la experiencia pasada al presente, en forma de repetición; de poner sobre la mesa el riesgo de un ayer que hubiese agotado toda experiencia, dejando sin expectativas al futuro; sino que, bien al contrario, se desea crear canales en los que nuestro presente sirva para reinterpretar el pasado de forma que, a su vez, se abra una puerta alternativa al «pasado futuro»⁸⁶. Tratándose de una creación conceptual que presenta semejanzas con la idea benjamiana de *construcción y ahora*, que convierte al historiador en un trapero de la memoria⁸⁷:

La construcción implica para el historiador, la presencia del pasado en el presente, pero no de cualquier pasado, sino de aquél que no pudo llegar a hacerse presente. El ahora (Jetztzeit) (...) está compuesto con los materiales del desecho, los que quedaron abandonados al paso de la historia. Aquí está implícita la imagen del trapero, que rescata ese ahora del pasado, para hacer una hermenéutica del presente y, como afirma R. Mate, porque “todo el pasado frustrado es un clamor de esperanza”⁸⁸.

A este respecto, las dos categorías de «espacio de experiencia» y «horizonte de expectativa» no cesan de distanciarse hoy en día, «dejando nuestro presente cada vez más y más vacío, cada vez menos y menos capaz de articular pasado y porvenir con el fin de trazar líneas de acción movilizadoras»⁸⁹. Para evitar la ruptura, siguiendo las ideas de Benjamín, se invertirá el signo de la orientación hacia el futuro, característico de la modernidad, por una orientación hacia el pasado: «La esperanza del nuevo futuro solo se cumple mediante la memoria del pasado oprimido»⁹⁰.

⁸⁵ Koselleck, R., *Futuro Pasado... Ibid.*, p. 342.

⁸⁶ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow*, Uprising 13/13, Columbia Law Blogs. *Online access*. Disponible en: <http://blogs.law.columbia.edu/uprising1313/etienne-balibar-the-idea-of-revolution-yesterday-today-and-tomorrow/>. Consultado: 15/9/2017: «[...] the “becoming past” of the representation of the future also clearly opens possibilities of “using the past”, or various moments and elements of the past, in order to imagine the future in a renewed manner».

⁸⁷ Mate, R., «Sobre la fuerza subversiva del trapero», en *Revista anthropos: Huellas del conocimiento*, 2009, 225, pp. 52-57

⁸⁸ Ruz, O. M., Rosolino, G., y Schickendantz, C., «La fuerza subversiva del sufrimiento evocado. Recepción de Walter Benjamin en la teología de Johann Baptist Metz», en *Revista Teología*, n° 100, diciembre 2009, p. 409.

⁸⁹ Ost, F., *Mondialise, Op. Cit.*

⁹⁰ Tal y como recoge Habermas en su «Excurso sobre las tesis de Filosofía de la Historia de Benjamín»; en Habermas, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus 1989, p. 23.

Así pues, la elección de la temática de esta primera parte de la tesis refiere a la problemática actual del Derecho del Trabajo, que se corresponde a su vez con una tensión histórica, manifestada en los siguientes contrarios: libertad-necesidad, economía-derecho, contrato-norma. Todo ello desde el convencimiento de que estas cuestiones, que se remontan a una concepción originaria del trabajo, merecen consideración y su calificación bajo la denominación del «pasado futuro del Derecho del Trabajo». Siendo la referida tensión histórica la que, finalmente, nos conducirá hasta una suerte de implosión, concretada en una jurisprudencia del TJUE (Viking, Laval...) digna de atención.

Debe advertirse también, por otro lado, que la época de partida escogida para la comparación –el inicio de la Edad Moderna– es deliberada al presentar una indudable ventaja: coincidir con el nacimiento y conformación del Derecho del Trabajo. Nótese, de igual manera, que, precisamente, el periodo de partida coincide con la consagración de la idea de progreso que, a su vez, se sustenta sobre una linealidad histórica, sobre un esquema y lógica temporal evolutiva, en la que el pasado queda enclaustrado y gobernado convenientemente desde el presente: «Lo posterior es visto como superior, lo anterior se convierte en fase previa de lo que ha devenido y alcanzado realización, el pasado es percibido como medio para un fin que lo supera, lo que fue es instrumentalizado al servicio de lo que está por venir»⁹¹. Por lo que parece así adecuado acudir, en suma, a los comienzos del progreso para, seguidamente, emprender, a través de la estructura y forma del trabajo, la búsqueda del «tiempo revolucionario». Y, de esta manera, regresar a un progreso que, de la mano de una industrialización salvaje, trajo consigo la miseria de la clase trabajadora⁹² y obligó a reformular el dogma revolucionario de la libertad individual. En definitiva, retornar a las fuentes, «a las reales e históricas fuentes de la catástrofe», en idea de Benjamin, como crítica al progreso, origen del viento que nos ha impulsado tan lejos y de forma tan errática⁹³.

⁹¹ Zamora, J.A., «Solidaridad anamnética ... Op. Cit., p. 17.

⁹² Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Editorial Civitas, 1992, pp. 30-31: «La situación de los trabajadores industriales [...] era tan ostensiblemente penosa y deprimida, y al tiempo tan cargada de amenazadores presagios, que el propio legislador liberal, contrariando sus más íntimas convicciones, se vio obligado a intervenir normativamente para remediarla».

⁹³ Nairn, T., «The Modern Janus», en *New Left Review*, n.º 94, 1975, p. 27:

In seeking a stronger and worldwide basis (as distinct from claiming it in the abstract, as Marxism always did) it would seem to follow from the argument advanced above that an essential step must be a return to sources. That is, to the real historical sources of Benjamin's single catastrophe, the home of the wind that has propelled us so far and so erratically. This means the history of western-founded 'progress'.

Porque, solo de esta manera, se podrá ver con claridad los fundamentos históricos y filosóficos de dos concepciones enfrentadas, tanto en la creación de la nueva legislación laboral como en su interpretación: el individualismo y la protección e intervención de un nuevo Derecho Social sobre la base de un reconocimiento de elementos colectivos dignos de protección. Para completar esta difícil tarea, se ha tenido muy presente la advertencia de Condorcet cuando decía que «la perversión del sentido de las palabras sugiere la perversión misma de las cosas»⁹⁴.

En este punto, será interesante ver lo que dice el Derecho americano sobre América, como también, en un juego de espejos, qué dice sobre nuestro Derecho y, en última instancia, sobre nosotros mismos como sociedad. La comparación debe conducir, en definitiva, a un honesto ejercicio de psicoanálisis.

Ya en otro orden de cosas, existe una exigencia adicional para la realización de este trabajo, que resumió perfectamente Paul A. Freund, cuando, en abril de 1949, invitado a dar una serie de conferencias acerca del Tribunal Supremo por la Northwestern University School of Law, afirmó que «entender el Tribunal Supremo de los Estados Unidos obliga a los abogados a convertirse en filósofos»⁹⁵. Con el tiempo, he podido descubrir lo acertado de esta frase y su válido traslado al TJUE. Y es que, en efecto, esta tesis aborda también una tarea, de aproximación filosófica, no exenta de complicación, en especial para una persona como este autor, cuyo principal contacto con el Derecho ha sido profesional y práctico.

Por último, aún queda la duda de si esas características son las que han hecho derivar el trabajo hacia los juristas realistas o próximos a estos⁹⁶, quienes enfocaron sus esfuerzos

⁹⁴ Lukes, S., Urbinati, N., *Condorcet. Political Writings*, Cambridge University Press, 2012, p. 195: «The corruption of the meaning of words hints at the corruption of things in themselves».

⁹⁵ Freund, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Little, Brown and Comany, 1950, p. 7.

⁹⁶ El inicio de esta teoría se puede encontrar en este célebre pasaje del juez Holmes en *The Path of the Law* (1897):

[...] The primary rights and duties with which jurisprudence busies it self again are nothing but prophecies...as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right. [...]

The first thing for a businesslike understanding of the matter is to understand its limits, and therefore I think it desirable at once to point out and dispel a confusion between morality and law, which sometimes rises to the height of conscious theory, and more often and indeed constantly is making trouble in detail without reaching the point of consciousness. You can see very plainly that a bad man has as much reason as a good one for wishing to avoid an encounter with the public force, and therefore you can see the practical importance of the distinction between morality and law.

en entender y revisar la función de los Tribunales. Holmes primero y Pound después, de manera libre, fueron los catalizadores de las ideas realistas, que terminan por desarrollarse durante dos breves décadas (1910-1930). El movimiento se manifiesta como tal, formal y públicamente, a través de un famoso artículo de Llewellyn y Frank –escrito por el primero, con el consenso del segundo–, quienes, respondiendo precisamente a Roscoe Pound, afirman que no hay ninguna escuela realista y no hay ninguna probabilidad de que dicha escuela vaya a existir⁹⁷. Por el contrario, sí que reconocen la existencia de un grupo de juristas libres y heterogéneos a quienes les unen sus negaciones, sus escepticismos y su curiosidad. Así, nos encontramos, más lejos de un movimiento organizado, o de una escuela propia de pensamiento, que de una colección libre de compañeros de viaje, que compartían una sensibilidad común, y ofrecieron, en un breve espacio, al mundo del pensamiento legal, descubrimientos teóricos revolucionarios, deslumbrantes percepciones analíticas y cambios paradigmáticos sin precedentes⁹⁸. Partiendo de la construcción de Holmes en el voto particular de Lochner, y como contraposición a dicha doctrina, surge una corriente de pensamiento participada en distintos grados y con diferencias conceptuales por los más brillantes juristas americanos. De tal manera que, en paralelo a las sentencias del Tribunal Supremo, la idea de *judicial restraint* como imperativo de interpretación judicial va calando y, en torno a ella, emerge el realismo como movimiento alternativo a la línea jurisprudencial del citado Tribunal. Finalmente,

[Holmes, O. W., Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, Jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Little, Brown, and Company, 1946, p. 72].

Asimismo, y para una explicación del movimiento realista, nos remitimos al capítulo VI, «Holmes' "Bad Man" Starts Something», en *If men were angels* de Jerome Frank:

The label «legal realism» was brought into currency by Llewellyn and the present writer in 1930. The writer, however, soon came to believe that that label was unfortunate; accordingly, in 1931 and 1933, he suggested, as a substitute label, "legal modesty" or "constructive skepticism" or "legal observationism", or [...] The purpose was to designate the attitudes of certain persons who had been inspired by the wisest American legal thinker, Mr. Justice Holmes, to attempt a revision, in one way or another, of the conventional descriptions of the workings of the courts. [...]

*The several observations of the "observationists" led them to feel, and to express, dissatisfaction with many aspects of the way in which courts function. They came to believe that courthouse government yields less of certainty and justice to citizen than it should and could. They desire to improve the judicial process, to bring about a kind of judicial process which does not exist today, but which, they think, can be made to exist [...] But always their primary aim was in the realm of the practicable "ought to be" –attainable ideals. [Frank, J., *If men were angels*, Harper & Brothers Publishers, 1942, pp. 54-60].*

⁹⁷ Llewellyn, K. N., «Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound», en *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, p. 1233.

⁹⁸ Rasulov, A., *The empty circularity of the indirect expropriation doctrine: what international investment law can learn from american legal realism* en *Research Handbook on Political Economy and Law* (Eds. Ugo Mattei and John Haskell), Edward Elgar Publishing, 2015, p. 26.

el realismo impondrá su visión jurídica con los nombramientos del presidente Roosevelt, que permitieron la renovación de magistrados y el cambio de doctrina en el Tribunal Supremo, a partir de una nueva mayoría partidaria de esta teoría que se extenderá hasta la Warren Court.

En nuestro país, ha sido Arjona quien ha caracterizado al movimiento realista mediante cinco rasgos esenciales que, por su concisión y claridad, reproducimos de manera introductoria: la separación, a efectos de análisis, entre Derecho y moral (entre el ser y el deber ser del Derecho); la consideración primordial del Derecho como un instrumento para la consecución de fines sociales; la necesidad de trasladar el foco de atención a los efectos reales que produce el Derecho sobre la sociedad; la consecuente apertura de estudios jurídicos a los estudios sociales empíricos; y la desconfianza en la capacidad de las reglas para determinar por sí solas los resultados de los procesos jurídicos⁹⁹.

Aunque, desde ahora, conviene advertir que, en cualquier caso, este texto no pretende ser un estudio, mucho menos uno sistemático, sobre dicho movimiento, ni sus integrantes. A este respecto, deseo que las ausencias que pueda encontrar el lector se expliquen por la delimitación temática escogida. Respondiendo, además, el hecho de que aparezcan más citas de unos autores que de otros, únicamente a las filias y fobias de quien escribe. Baste quizá con aclarar que, en este trabajo, los juristas aparecen, y brillan puntualmente, para dejar entrever que forman parte de un cosmos mayor, y seguidamente volver a desaparecer en él.

Por último, al abordar de lleno la tarea que comienza considero que resulta indispensable recordar a Frank cuando escribía «*If men were angels*»¹⁰⁰ y matizó que la propia naturaleza de un ensayo era precisamente la de probar o intentar algo. El desarrollo de las ideas de este trabajo parte de dicha premisa, en el que el resultado, lamentablemente, no está garantizado. Si bien, cabe esperar que pueda constituir un sólido punto de partida para posteriores investigaciones o críticas.

⁹⁹ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, Iustel, 2006, pp. 17-18.

¹⁰⁰ Frank, J., *If men were angels... Op. Cit.*, p. ix.

II. EL PASADO FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

En un discurso titulado *El problema social y las leyes de trabajo*, pronunciado en el Ateneo de Madrid en 1893, Gumersindo de Azcárate, jurista y pensador español, resumió los que eran, los que son y probablemente los que serán los problemas y tensiones del Derecho del Trabajo:

Las leyes llamadas obreras o sociales son expresión, más o menos afortunada, de la aspiración, del deseo de resolver la antítesis existente entre el derecho privado y el público; de concertar las manifestaciones de estos dos elementos esenciales de nuestra naturaleza: el individual o autónomo, y el social o de subordinación; de restablecer la armonía entre el derecho sustantivo y las condiciones de la vida económica moderna¹⁰¹.

1. ENTRE LA LIBERTAD Y LA NECESIDAD

La concepción de la libertad alcanza, desde antiguo, las esferas tanto externa como interna del hombre, su dimensión política y ética, siendo ciertamente la primera una manifestación de la segunda. La conformación clásica del trabajo reproducirá un mismo patrón, que responderá, de esta manera, a una visión moral que se plasmará en la comunidad política: «La libertad es obediencia, pero “obediencia a una ley que nos damos a nosotros mismos” y ningún hombre puede esclavizarse a sí mismo»¹⁰².

Ya en el pensamiento griego, el trabajo –concebido como «un vínculo personal de dependencia– se entendía «incompatible con el ideal de libertad: el hombre libre es aquel que actúa por cuenta propia y no para satisfacer las necesidades de otro»¹⁰³. Necesidad y libertad se separan y el trabajo solo puede dar respuesta a la primera. El ciudadano griego requería de tiempo y descanso físico para atender convenientemente los deberes políticos, diferenciados del trabajo contemplado como «un asunto privado»¹⁰⁴. Estos eran

¹⁰¹ De Azcárate, G., «El problema social y las leyes del trabajo», en *Estudios sociales*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, p. 282.

¹⁰² Berlin, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, 1988, p. 206.

¹⁰³ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 21.

¹⁰⁴ Arendt, H., «La tradición y la época moderna», en *Entre el pasado y el futuro*, Ediciones Península, 2016, pp. 35, 41.

considerados como una ocupación digna, y exigente, cuyo desempeño liberaba al ciudadano de la carga del trabajo:

Ni la labor ni el trabajo se consideraba que poseyera suficiente dignidad para constituir un «*bios*», una autónoma y auténticamente humana forma de vida; puesto que servían y producían lo necesario y útil, no podían ser libres e independientes de las necesidades y exigencias humanas¹⁰⁵.

Quienes acometían el trabajo «estaban sometidos a la necesidad»¹⁰⁶. Precisamente, la esclavitud aparece para suplir esas posibles necesidades entre iguales, aunque tampoco evitaban la indigna condición trabajadora el artesano, el mercader o los trabajadores agrícolas¹⁰⁷. Ni siquiera el artista escapa, ni «el más diestro del Peloponeso», como contaba Kavafis sobre Damon¹⁰⁸:

*Esto está haciendo Damon. Y junto a ello
su pensamiento de cuando en cuando considera
la recompensa del rey de Siracusa,
tres talentos, mucha cantidad.
Con sus otros dineros y con este
cuando ingresen, como persona acomodada ricamente va a vivir
y podrá entrar a la política –¡qué alegría!–,
también él en la asamblea, también él en el ágora.*

Resulta siempre interesante recuperar el breve análisis de la esclavitud desde nuestra moderna visión del Derecho del Trabajo, realizado por De la Villa, donde concluye que debe excluirse jurídicamente dicha institución de las relaciones de trabajo. Y es que, más allá de no manifestarse la evidente falta de libertad que constituye su

¹⁰⁵ Arendt, H., «What is authority?», en *Between Past and Future*, The Viking Press, 1961, p. 140.

¹⁰⁶ Gorz, A., *Metamorfosis del trabajo, Búsqueda del sentido, Crítica de la razón económica... Op. Cit.*, p. 26:

En efecto, este trabajo necesario para la subsistencia no pudo jamás convertirse en un factor de integración social. Era más bien un principio de exclusión: quienes lo realizaban eran tenidos como inferiores en todas las sociedades premodernas; pertenecían al reino natural, no al reino humano. Estaban sometidos a la necesidad, eran, pues, incapaces de la elevación de espíritu, del desinterés que capacitaban para ocuparse de los asuntos de la ciudad.

¹⁰⁷ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 10: «[...] el trabajo libre se desarrolla abiertamente en el mundo griego y hasta se habla de la configuración de un proletariado agrícola allá por el siglo IV antes de Cristo, pues la escasa feracidad del suelo ático convertía, paulatinamente, en trabajadores por cuenta ajena a pequeños propietarios».

¹⁰⁸ Kavafis, K., *El cortejo de Dionisio*. Ciudad Seva, *Online access*. Disponible en: <https://ciudadseva.com/texto/el-cortejo-de-dionisio/>. Consultado: 15/1/2018.

terrible fundamento, al menos directamente, «ni el esclavo cede a otro el fruto de su trabajo, para que este lo incorpore a su patrimonio, pues, como sintetizó con acierto Alonso Olea, la administración de los frutos por el dueño no tanto era una traslación de dominio como una adquisición originaria de la propiedad, ni cabe pensar en la exención de riesgos para el esclavo, al no pasar de ser este una cosa»¹⁰⁹. Sin embargo, la esclavitud y el trabajo libre en la antigüedad muestran un claro punto de unión en la idea de necesidad que reaparecerá, con otra vestimenta, en el trabajo moderno.

En palabras de Simone Weil, la noción de trabajo es «la única laguna al ideal de vida humano desarrollado por Grecia»¹¹⁰. Anteponer la necesidad, la utilidad, a la propia finalidad como elemento configurador del trabajo¹¹¹ puede y debe ser objeto de crítica, sin resultar oportuna una convalidación desde el presente. Esta concepción, unida a la visión algebraica del universo griego retomada en el Renacimiento, será fundamental para comprender la futura racionalidad económica de la que el hombre quedará fuera.

Seguidamente, Roma aceptó la misma consideración negativa del trabajo¹¹². En este sentido, la *locatio hominis* romana, como modalidad del arrendamiento de cosas, permitía la cesión temporal de un esclavo a cambio de una retribución. No obstante, y dada la necesidad de acudir al trabajo de hombres libres, apareció la *locatio conductio operarum* como una disposición temporal de hombres libres, con un estatus reconocido, en beneficio de otros¹¹³. En todo caso, esta operación se consideraba que envilecía a la

¹⁰⁹ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 8.

¹¹⁰ Weil, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale... Op. Cit.*, p. 151: «Au reste la notion du travail considéré comme une valeur humaine est sans doute l'unique conquête spirituelle qu'ait faite la pensée humaine depuis le miracle grec ; c'était peut-être là la seule lacune à l'idéal de vie humaine que la Grèce a élaboré et qu'elle a laissé après elle comme un héritage impérissable».

¹¹¹ Weil, S., «The First Condition for the Work of a Free Person» en Weil, Simone: *Late Philosophical Writings*, University of Notre Dame Press, 2015, p. 131: «There is in the work of human hands and, in general, in the skilled performance of a task, which is work properly understood, an irreducible element of servitude that even a perfectly just society cannot remove. This is because it is governed by necessity, not by finality».

¹¹² Álvarez, J. M., *Derecho Obrero*, Editorial Reus, 1933, p. 88: «El desprecio de los romanos por el trabajo, que consideran servil, hace que no presten la atención debida a su organización».

¹¹³ Sanguineti, W., *El Derecho del Trabajo como categoría histórica*, en *Mercados y organización del trabajo en España (siglos XIX y XX)* (Ed. Arenas Posadas, C., Florencio Puntas, A., Martínez Ruiz, J.I.), Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998, p. 459.

Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo*, La Coruña, Netbiblo, 2006, pp. 58-59:

[...] entremezclando aquí el Digesto la regulación de lo que hoy llamaríamos arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios. En efecto, las propias fuentes romanas incluyen referencias al «trabajo propio de hombres libres, es decir [...] [con] descanso al mediodía y tiempo para cuidar de su propia salud y decoro» 11, admitiendo incluso la libre concurrencia del liberto con su patrono en «el mismo negocio, en la misma ciudad y sitio ..., si es que el patrono no sufre por ello perjuicio» ; a cambio, «el que dio en arriendo sus servicios debe recibir el salario [mercedem]». Por otra parte, al tiempo que se habla del abogado o del

persona¹¹⁴. La regulación romana de este trabajo libre se concibió con un carácter excepcional y sobre la base del pacto *inter partes*, autonomía individual o *lex contractus*. Sin embargo, la concentración y crecimiento de la población romana requirió de una indispensable mano de obra lo que, a su vez, genera el aumento de los trabajadores libres y, como consecuencia natural, la creación de las primeras asociaciones profesionales, los *Collegia Opificum*. Estas asociaciones encontraron una regulación restrictiva y severa, acorde con el pensamiento de la época, mientras que la libertad del trabajador se veía aherrrojada, en afortunada expresión de Álvarez, «hasta el extremo de prohibir el abandono del trabajo en las obras y manufacturas públicas, castigándose por una ley de Diocleciano con pena de muerte a los que sobrepasaran el “máximo” de salario que se fijaba»¹¹⁵.

La sociedad feudal modernizó y sustituyó (mayoritariamente) la esclavitud por un trabajo en régimen de servidumbre de los siervos de la gleba¹¹⁶. Se trataba de un auténtico estatus, hereditario y de casi imposible remisión, «basado en un vínculo de dominación personal, aunque de una intensidad menor al de la esclavitud», cuyo «rasgo fundamental de la servidumbre estaba constituido por la existencia de un complejo nudo de relaciones entre siervo y señor, en virtud del cual el primero debía al segundo fidelidad y trabajo, a cambio de protección y el usufructo de la tierra». La servidumbre se erigía como una forma de trabajo forzoso¹¹⁷.

El crecimiento demográfico y productivo, las mayores interconexiones entre pueblos y la sofisticación del modo de vida fueron modulando de forma pragmática el ideal grecorromano de libertad, mientras se conformaba el naciente Derecho del Trabajo moderno como «punto de encuentro de la servidumbre y de la libertad, pues incluso entre hombres libres e iguales, el trabajo implica la organización de una jerarquía, el sometimiento de unos al poder de otros»¹¹⁸. La denominación anglosajona de las primeras

escribano que arrienda sus servicios (operas suas), se habla también —siempre de manera entremezclada— de «arriendo de obra» (operis locandi) o de «una obra» (operis locatione).

¹¹⁴ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 30.

¹¹⁵ Álvarez, J. M., *Derecho Obrero*, Editorial Reus... *Op. Cit.*, p. 88: «La política romana, en el aspecto de regulación de las Asociaciones profesionales, obedece a una finalidad bien determinada: aherrrojar la libertad del trabajador, explotándole en beneficio de las otras clases [...]».

¹¹⁶ Sanguinetti, W., *El Derecho del Trabajo como categoría histórica*, en *Mercados y organización del trabajo en España (siglos XIX y XX)* (Ed. Arenas Posadas, C., Florencio Puntas, A., Martínez Ruiz, J.I.), Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998, pp. 461-462.

¹¹⁷ Sanguinetti, W., *El Derecho del Trabajo como categoría histórica*, en *Mercados y organización del trabajo en España (siglos XIX y XX)* (Ed. Arenas Posadas, C., Florencio Puntas, A., Martínez Ruiz, J.I.), Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998, pp. 461-462.

¹¹⁸ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 25.

normas laborales como de Master & Servant, terminología aceptada y reconocida tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, da buena cuenta de la pervivencia de la noción clásica de servidumbre y de sus efectos prácticos sobre el sirviente, confirmando que «la regulación de trabajo del esclavo o del siervo no es una regulación independiente, sino que queda englobada en el título general de propiedad o de señorío»¹¹⁹. A este respecto, recordaba Holmes cómo el estatus del sirviente mantenía muchas características del tiempo en el que fue esclavo, como por ejemplo la responsabilidad del *master* por los daños y perjuicios causados por el sirviente y señalaba la extensión de esta concepción a las nuevas relaciones de trabajo por cuenta ajena por parte de los tribunales decimonónicos¹²⁰.

En este sentido, acaecen dos episodios que muestran cómo la filosofía clásica del trabajo permanece como sólido fundamento de esas primeras normas laborales y, de acuerdo con el movimiento del trabajo, nos trasladan de Europa a América. El primero aparece en la Constitución de Cádiz¹²¹, al atribuir a la condición de ciudadano el ejercicio de una serie de derechos políticos. El artículo 25 de dicha norma recogía la suspensión de dichos derechos «por el estado de sirviente doméstico y por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido». Por su parte, el posterior Proyecto de Código Civil de 1821¹²² iba a definir, tanto positiva como negativamente, este concepto en su artículo 79¹²³. De esta manera, quien prestase «servicios puramente mecánicos» no podía considerarse un ciudadano y se equiparaba en sus efectos al trabajador doméstico con quien no pudiera

¹¹⁹ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. XVIII:

Estas instituciones de la esclavitud y de la servidumbre presentan muchos puntos de disparidad en los que no es necesario profundizar ahora, pero tienen también algunos caracteres comunes. El rasgo común más destacado es, a lo que aquí interesa, el de establecer una vinculación general entre individuos, que comprende muy diversos aspectos de la vida y no solo la producción de bienes y servicios, mediante la cual uno de ellos -el dueño o señor- adquiere una posición de supremacía y control personal sobre el otro -el esclavo o siervo. En virtud de esta relación general de sujeción o sometimiento, el esclavo o siervo pierde, entre otras cosas, la libre disposición de su actividad, quedando obligado de manera forzosa a la prestación de servicios o a la entrega de bienes en favor del dueño o señor.

¹²⁰ Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, pp. 205-207.

¹²¹ Ley de 18 de marzo de 1812: Constitución Política de la Monarquía Española.

¹²² Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820, Imprenta Nacional, 1821.

¹²³ Artículo 79 del Proyecto de Código Civil de 1821:

Se reputa sirviente doméstico para los efectos del artículo 25 de la Constitución, el que presta servicios puramente mecánicos en favor de otras personas, como objeto principal de su ocupación. La ley no considera por servicios mecánicos las labores del campo, el ejercicio de las artes, oficios, comercio y otro cualquier género de industria o granjería, la enseñanza y educación de la juventud, el empleo en oficinas de administración, contabilidad u otros semejantes.

acreditar un medio de vida suficiente. Recuérdese, a este respecto, que «hasta 1783 el “trabajo manual” fue sistemáticamente considerado en España como una actividad vil y despreciable»¹²⁴.

También, en esta misma línea, el pensamiento de Bodino, seguido por Hobbes, al diferenciar las situaciones de servidumbre de los arrendamientos de servicio¹²⁵, que incluyen en dicho concepto el resto de relaciones de trabajo, se retoma en la Constitución de Cádiz. En el ámbito privado y familiar, se produce una relación de sujeción y de sometimiento mucho más intensa que en una relación de trabajo «libre» en el ámbito público. De tal forma, la condición de ciudadano, al incluir a los trabajadores libres, se ve indudablemente transformada respecto a la concepción grecorromana.

Sin embargo, la idea de la servidumbre, la distinción entre los espacios públicos y privados, y la necesidad de independencia económica para atender los asuntos de la *polis*, reaparecen como límites a esta moderna condición de ciudadano. Y no se trata de un problema exclusivamente español. E. P. Thompson recuperaba la definición, sin concesiones, del trabajador inglés en las palabras de A. Toynbee para, a su vez, reflexionar sobre su falta de libertad real que le situaba en una posición política precaria y debilitada: «Las relaciones entre empleador y trabajador se estaban convirtiendo en más duras y menos personales; y si es cierto que se había aumentado la libertad potencial del trabajador, desde el momento en que el jornalero contratado o el oficial en la industria doméstica estaba “detenido a mitad de camino entre la posición de siervo y la de ciudadano”, esa “libertad” significaba que era más consciente de la falta de la misma»¹²⁶.

El segundo episodio de tensión entre servidumbre y libertad se manifestaba en Estados Unidos en un momento parecido. La esclavitud, legalizada, pero con un muy difícil encaje constitucional, se justifica entonces por su propia utilidad como un medio indisociable al del sistema de producción (esencialmente agrícola) de los estados del sur.

¹²⁴ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 11.

¹²⁵ Ojeda Avilés, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo»... *Op. Cit.*, pp. 18-19:

Debemos a Bodino la separación nítida de los arrendamientos de servicios, incluidos los domésticos, de las situaciones de servidumbre, aun cuando sus indicaciones preceden en un siglo a la madurez del debate, que acaece con Domat. Ya en Bodino comienzan las matizaciones sobre las diferentes formas de prestar trabajo libremente, pues distingue a los jornaleros o ganapanes, contratados por días, de los servidores domésticos, ya que frente a estos tiene el amo de casa un mayor poder de corrección que enlaza con el derecho de familia, además de un mayor poder de dirección que no se sujeta a las habilidades de un oficio concreto. Una distinción que llega hasta Hobbes cuando distingue entre el servidor doméstico, obligado “por su condición” a hacer lo que se le mande, y otros trabajadores, obligados solo “por su contrato” y que no deben más servicios que a los que se han obligado.

¹²⁶ Thompson, E.P., *The Making of the English Working Class*, Vintage Books, 1963, pp. 198-199.

No sería hasta 1857 cuando el Tribunal Supremo examinó finalmente la situación de los esclavos en el infame *Dred Scott case*¹²⁷. Dred Scott, esclavo afroamericano, residía en el estado de Missouri como propiedad del Dr. John Emerson, cirujano militar, y quedó a la muerte de este a cargo de su viuda. Reclamó entonces ante los tribunales de Missouri, y finalmente ante el Tribunal Supremo, su libertad al haber residido (mientras servía al Dr. Emerson) durante varios años ininterrumpidos en el estado no esclavista de Illinois, y en el territorio de lo que en 1848 se convertiría en el estado (no esclavista) de Wisconsin.

En esencia, Dred Scott solicitaba la aplicación del bello principio *once free, always free*¹²⁸. Sobre esta base, los abogados de Dred Scott plantearon la cuestión de la ciudadanía de los esclavos afroamericanos: ¿podían ser considerados como ciudadanos con plenos derechos? Sin embargo, en un argumento que rememora la lógica liberal sobre el trabajo asalariado, el Tribunal Supremo rechazó los argumentos y calificó a los esclavos como un artículo de propiedad privada, digno de la misma protección jurídica que otras mercancías¹²⁹. Con lo cual, el Tribunal valoraba la esclavitud, en una escala económica y de producción, al equiparar la maquinaria del norte a los esclavos del sur¹³⁰. La preocupante semejanza entre los esclavos y los trabajadores libres de la época lleva a recordar el canon clásico del trabajo, su desarrollo sobre la idea de necesidad y la ausencia de una «verdadera libertad de trabajo», lamentablemente perpetuada en la Edad Moderna. Prueba de ello es la carta de felicitación enviada por Karl Marx, quien ya había calificado el trabajo moderno como una «esclavitud emancipada»¹³¹, al presidente Lincoln con motivo de su reelección en 1864:

Mientras los trabajadores, la auténtica fuerza política del norte, permitían a la esclavitud denigrar su propia república, mientras ante el negro, al que compraban y vendían, sin preguntar su ascenso, se pavoneaban del alto privilegio que tenía el obrero blanco de

¹²⁷ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

¹²⁸ Una vez libre, siempre libre.

¹²⁹ Carbonell, M., «La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, 2007, p. 148.

¹³⁰ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856):

Just as well might Congress have said to those of the North, you shall not introduce into the territory south of said line your cattle or horses, as the country is already overstocked, nor can you introduce your tools of trade, or machines, as the policy of Congress is to encourage the culture of sugar and cotton south of the line, and so to provide that the Northern people shall manufacture for those of the South, and barter for the staple articles slave labor produces.

¹³¹ Sinzheimer, H., «El hombre en el Derecho del Trabajo (1930)», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, IELSS, 1984, p. 81.

poder venderse a sí mismo y de elegirse el amo, no estaban en condiciones de lograr la verdadera libertad del trabajo¹³².

Estos dos episodios muestran la forma en que la idea de trabajo moderno, que aparece en el siglo XVIII y se perpetúa en el XIX, sigue manifestando claras reminiscencias con el Derecho Romano. Desde el momento en que «el pensamiento económico trata el trabajo como una mercancía»¹³³, las similitudes con la condición personal del esclavo en el pensamiento clásico, y más tarde el siervo, no pueden sino acabar reapareciendo:

[...] al descender al terreno de la realidad jurídica, la libertad de ser propietario se convierte, en manos del más fuerte económicamente, en una libertad para disponer de las cosas, en una libertad para disponer de los hombres, ya que quien manda sobre los medios de producción, es decir, sobre las posibilidades del trabajo tiene también en sus manos la palanca del mando sobre los trabajadores¹³⁴.

A este respecto, retornando a la España (pre)liberal, el diputado José Navarrete, en una interpelación pronunciada el 2 de julio de 1873, calificaba en dos ocasiones a los obreros como «esclavos blancos»¹³⁵. Y no se trataba de una referencia meramente alegórica. Unos años más tarde, en su informe ante la Comisión de Reformas Sociales, de 1 de diciembre de 1884, el Dr. Jaime Vera, habiendo dado cuenta de la situación de la clase obrera, terminaba expresándose de una manera similar al recordar a esclavos y siervos como antecesores del trabajador moderno:

Supeditado económica y políticamente se hallaba el esclavo; supeditado económica y políticamente se hallaba el siervo; supeditado económica y políticamente se halla el trabajador. Los obreros de hoy –y ellos lo saben, y los que no lo saben lo sienten– son esclavos, son siervos [...]¹³⁶.

¹³² Marx, K., *A Abraham Lincoln, presidente de los Estados Unidos de América*, Marxists Internet Archive, 2001. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/1864lincoln.htm>. Consultado: 9/12/2017

¹³³ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 22.

¹³⁴ Radbruch, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 160.

¹³⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, n.º 29, 1873, pp. 483, 490.

Los obreros, los esclavos blancos, pensaron que la República federal les traía, no la igualdad absurda de fortunas, no el reparto de los bienes en la plaza pública, no las demás groseras calumnias que en sus lenguas ponen sus explotadores; pero si la alegría de sus pobres viviendas, alfombradas eternamente de lágrimas; pero si la justicia en el trabajo; pero si la evidencia de que ninguna tarde verían ya hundirse el sol por el Occidente sin tener para sus hijos el pan que tantas veces le pidieran en balde, con la voz apagada y los labios marchitos per la miseria [...] entendiéndose por deberes militares dar cargas a la bayoneta y disparar piezas de artillería cuando a sus colegas parecía oportuno, contra los esclavos blancos, contra las clases explotadas, contra los desheredados de la tierra.

¹³⁶ Vera, J., *El Partido Socialista Obrero ante la Comisión de Reformas Sociales. Informe escrito por el Doctor Jaime Vera López por encargo de la Agrupación de Madrid*, Gráfica Socialista, 1928, p. 73.

Canalejas, de forma más moderada, apuntó perfectamente cómo la necesidad generaba una nueva condición social heredera de la tradicional servidumbre, ahora sofisticada mediante una libertad que se manifestaba solo formal o aparentemente: «si el que trabaja ha dejado de ser esclavo o siervo, transformándose en persona libre, lo cual implica un progreso innegable, todavía sigue siendo proletario, asalariado; es decir, vive en condiciones de inferioridad más acusadas que nunca por el contraste de los enormes bienes acumulados por unos cuantos hombres o entes colectivos, privilegiados de la “fortuna”»¹³⁷.

La libertad alcanzaba un reconocimiento y dimensión política general, pero solo unos pocos podían realmente disfrutarla y ejercerla como un derecho subjetivo. La falta de libertad política real golpeaba a la clase obrera con la prohibición primero y una restrictiva regulación después del fenómeno asociativo y sus manifestaciones. Así pues, «en efecto, la clase obrera, a pesar del triunfo de las revoluciones liberales burguesas había quedado fuera del nuevo orden político tras ellas instaurado»¹³⁸.

Esa limitación de la condición política, a través de la constricción de la unión de intereses, generó una esfera de libertad alternativa y viciada, un ámbito aparente en el que el trabajador podría llegar a negociar, y pactar sus condiciones de trabajo a través del contrato:

No ha existido libertad en las relaciones de obreros y patronos, porque si bien se ha dejado a cada obrero que individualmente pacte con su patrón –concesión sarcástica, en cuanto el obrero aislado tiene que sucumbir–, se le ha negado la libertad de asociarse con sus compañeros para pactar como clase con la clase capitalista las condiciones del trabajo; y frente a los poderes públicos, para defender en el terreno político sus intereses y el estado de relaciones económicas conforme con ellos¹³⁹.

Para continuar con el presente análisis histórico, cabría establecer que, desde una perspectiva formal, se puede considerar el contrato civil de arrendamiento de servicios de las legislaciones liberales como sucesor directo de la *locatio conductio* romana¹⁴⁰.

¹³⁷ Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología...* Op. Cit., p. 30.

¹³⁸ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Cuadernos Civitas, 1996, pp. 22-23:

...negación de los derechos políticos y alguna de las libertades públicas fundamentales: de voto y asociación, no reconocimiento de la ciudadanía en la empresa a través de la huelga y la negociación colectiva, etc.

¹³⁹ Vera, J., *El Partido Socialista Obrero ante la Comisión...* Op. Cit., p. 65.

¹⁴⁰ Rodríguez Ennes, L., «El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la “locatio conductio operarum et operis” como consecuencia de la presente depresión económica», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII, 1.º Semestre de 2009, pp. 183-208.

Adviértase en este sentido que Bayón¹⁴¹ y De la Villa apuntaron a la *locatio conductio* como «el elemento central del sistema jurídico liberal que consagra, en materia de trabajo, el reinado del principio de autonomía de la voluntad»¹⁴². Si bien, presenta más dudas para Ojeda Avilés¹⁴³, aunque reconozca, sin ambages, la relación entre el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo como la del todo con la parte.

Fue en la Época Moderna cuando se convierte un fenómeno nuevo, y por ello excepcional en ese momento, en norma general. De manera que la revolución más silenciosa y profunda se dio con el paso de un trabajo artesano, manual e independiente, regulado y defendido por instituciones gremiales, a un trabajo a gran escala, mecanizado y dependiente, en el que el fenómeno asociativo desaparece. Una diferencia provocada por «el condicionante del ritmo de las máquinas»¹⁴⁴, que, en un sentido figurado, vendría a producir una inquietante armonía tendente a la pérdida de individualidad y creatividad. De tal suerte que los obreros se reducirán a «soldados» en el nuevo ejército industrial:

[...] la fábrica se caracteriza por lo mismo que el ejército, por una gran masa de personas actuando coordinadamente bajo el régimen de la división del trabajo y con el condicionante del ritmo de las máquinas. El trabajo colectivo, la labor simultánea e imbricada de unos con otros, falta en la manufactura, donde una cierta cantidad de personas trabaja al mismo tiempo en régimen artesanal, cada una elaborando una unidad completa de mercancía¹⁴⁵.

Hasta entonces, como recuerda André Gorz, «se reservaba el término “trabajo” a la pena de siervos y jornaleros que producían bienes de consumo o servicios necesarios para vivir», mientras que los artesanos «obraban» al fabricar objetos durables¹⁴⁶. El nuevo

¹⁴¹ Bayón Chacón, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos, 1955.

¹⁴² De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 11.

¹⁴³ Ojeda Avilés, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo»... *Op. Cit.*, p. 17: *Tanto el Code Napoleon como el Código Civil español contemplan al contrato de trabajo en los artículos dedicados al “arrendamiento de obras y servicios” [...], pues, con independencia de que la locatio operarum constituyera una categoría propia en el Derecho Romano o hubiera surgido después del Code, podemos decir que prácticamente desde la Edad Media se conocía en toda Europa el arrendamiento de servicios, además de que la estructura que deparan los códigos al contrato de arrendamiento es tan simple como para que cualquier cesión de uso por precio pudiera caber en ella, y por ende el contrato de trabajo.*

¹⁴⁴ Ojeda Avilés, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo... *Ibid*, p. 24.

¹⁴⁵ Ojeda Avilés, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo... *Ibid*, p. 24.

¹⁴⁶ Gorz, A., *Metamorfosis del trabajo, Búsqueda del sentido, Crítica de la razón económica... Op. Cit.*, p. 29:

La idea contemporánea del trabajo no aparecería realmente hasta la llegada del capitalismo fabril. Hasta entonces, es decir, hasta el siglo XVIII, el término «trabajo» (labour, Arbeit, lavoro, travail) designaba el esfuerzo de los siervos y los jornaleros que producían los bienes

sistema de trabajo iba a dotar de una estricta uniformidad a ambos conceptos: «El trabajo individual pierde totalmente su unidad y pasa a constituir una operación aislada, en sí misma carente de valor, que el capitalista explota combinándola con otras muchas operaciones más, consiguiendo así un “bien” comercializable en el proceso productivo que organiza y dirige»¹⁴⁷. De tal manera que este fenómeno de transformación del trabajo, provocado por la revolución industrial, se aceleró mediante legislaciones liberales que visaban terminar anticipadamente con el antiguo sistema de gremios. Muestra de lo cual fue la aprobación, en España, mediante Decreto de 8 de junio de 1813¹⁴⁸, de la libertad de establecimiento y de trabajo derogando las ordenanzas gremiales:

I. Todos los españoles [...] podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso, ni licencia alguna [...] II. También podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil, sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte.

Se trataba del «Decreto del Conde de Toreno», fuertemente inspirado en el edicto real de Turgot de 1776¹⁴⁹, que se derogaría durante el absolutismo de Fernando VII, pero quedaría definitivamente restablecido tras su muerte¹⁵⁰, mediante Decretos de 20 de enero de 1834¹⁵¹.

de consumo o los servicios necesarios para la vida que exigían ser renovados, día tras día, sin dejar nunca de obtenerlos. Los artesanos, en cambio, que fabricaban objetos duraderos, acumulables, que, con la mayor frecuencia, sus compradores legaban a su posteridad, no «trabajaban», «obraban» y en su «obra» podían utilizar el «trabajo» de azacanes destinados a desempeñar las tareas rudimentarias, poco cualificadas.

¹⁴⁷ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho...* Op. Cit., pp. 52-53.

¹⁴⁸ Decreto CCLXII de 8 de junio de 1813: Sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil.

¹⁴⁹ Turgot, A. R. J., *Édit du Roi, Portant suppression des Jurandes et des communautés de Commerce, Arts et métiers*, 1776.

¹⁵⁰ Ramos Vázquez, I., *El contrato de arrendamiento de obras y servicios en La codificación civil francesa y española en Derecho y Trabajo en el siglo XIX* (coord. Ramos Vázquez, I.), Dykinson, 2017, p. 21.

¹⁵¹ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España...» Op. Cit., p. XXXII.

Malilla, M. J.; Frax, E., *Libertad de industria y comercio. El derecho de propiedad en Derechos y Constitución* (Ed. R. Flaquer Montequi), Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 29-31:

[...] dos Reales Decretos de 20 de enero de 1834. Como ha puesto de manifiesto Pérez Ledesma, en el debate sobre el establecimiento de las bases económicas de la nueva sociedad se produjeron enfrentamientos que se habían dado en los que condujeron a la supresión de «privilegios feudales», puesto que planteó la difícil conjugación entre libertad e igualdad, dentro, daro está, de la más unánime defensa del sagrado derecho de propiedad. Mientras unos defendían la más plena libertad individual y la ausencia de la intervención estatal en la vida económica, otros pretendían que la nueva legislación sirviera para reducir –al menos– las desigualdades que inevitablemente produciría el mercado libre. Los primeros, la mayoría, sostuvieron que precisamente el mercado y su regulación automática producirían la distribución de rentas más justa (que no quiere decir más equitativa); la minoría (por ejemplo, Garda Herreros) defendió en que era necesario un reparto para acabar con la pobreza.

Se confirma entonces el trabajo como una «invención de la modernidad»¹⁵². De esta manera aparece la nueva figura del empleador –más tarde de la empresa–, y de un nuevo trabajo caracterizado por la dependencia y sujeción estructural o permanente: «Cierto que también el oficial había sido, en la época anterior a la manufactura, un trabajador dependiente que vendía su energía laboral a su maestro de taller. Pero tenía aún la oportunidad real de independizarse al cabo de algunos años»¹⁵³. La consiguiente necesidad de ordenar las nuevas relaciones laborales, unidas a las demandas de una clase trabajadora mayoritaria y desatendida, hizo necesaria la intervención estatal. En cualquier caso, merece la pena precisar que, en esos primeros momentos, las nuevas leyes en nada traicionaron el reconocimiento de la libertad como principio esencial del sistema, siendo únicamente limitadas excepciones a este. A ello se referirán brevemente dos bandos de la ciudad de Barcelona. El primero, de 18 de septiembre de 1835, reconocía una libertad bilateral de contratación y de trabajo en los talleres textiles:

Que siendo el trabajo del obrero un ajustamiento o convenio con el amo, puedan ambos ponerse mutuamente las condiciones que prefieran, las cuales, si no gustan a alguna de las partes, no puede obligarse a ninguna de ellas a realizar el contrato, quedando de esta forma libre el fabricante para dar el trabajo de la misma manera que el operario para aceptarlo¹⁵⁴.

El segundo Bando, de 9 de junio de 1854¹⁵⁵, resulta sumamente ilustrativo al calificar dicha libertad de trabajo como «omnímoda», y protegerla celosamente: «Toda coacción o violencia, tanto por fabricantes como por los operarios, que se dirija a contrariar la omnímoda libertad que para unos y otros se establece [...] será castigada severamente».

Con todo lo cual, se percibe, en definitiva, que la libertad de contratación se había extendido por el mundo y alcanzó, a través de una modalidad contractual distinta, a Estados Unidos. La contratación «a voluntad» o *hiring at will* permitía la libre finalización del contrato por voluntad de cualquiera de las partes; correspondiéndose, en esencia, «con nuestro antiguo arrendamiento de servicios»¹⁵⁶.

¹⁵² Gorz, A., *Metamorfosis del trabajo, Búsqueda del sentido, Crítica de la razón económica... Op. Cit.*, p. 25: «Lo que nosotros llamamos “trabajo” es una invención de la modernidad.»

¹⁵³ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero europeo*, Editorial Estela, 1970, p. 11.

¹⁵⁴ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 67.

¹⁵⁵ Bando del Capitán General de Barcelona de 9 de junio de 1854: Bases para la regulación del trabajo en el interior de las fábricas, Diario de Barcelona de 12 de junio.

¹⁵⁶ Diéguez, G., *Prólogo* en Martínez Girón, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Cuadernos Civitas, 1988, p. 12.

Sin embargo, la nueva legislación laboral fluctuará entre una muy restrictiva heteronomía –siendo la misma parte ontológica a la norma debiera haber sido su línea maestra– y una libertad individual que actuará como principio fundamental negador o limitador. Y es que, el esquema clásico del derecho positivo, regla general o excepción, se invierte para abocar en unas primeras normas laborales que vendrán a regular supuestos excepcionales. Resultando ser desviaciones de un Derecho común, entendido como el Derecho Civil regulado por el Código¹⁵⁷. Esta concepción de las leyes laborales primigenias se aprecia al retomar la encíclica *Rerum Novarum*, que reconoce la inversión del esquema al entender la libertad individual como regla general del ordenamiento, que debe exceptuarse en la cuestión social a fin de proteger al trabajador¹⁵⁸.

2. LA ECONOMÍA MODELIZADORA

Desde una perspectiva clásica, resulta paradójico comprobar, a la vista del actual liberalismo, cómo la economía siempre ha estado alejada de la libertad. La economía, del griego *oikonomia*, refería la administración de la casa (*oikos*-casa y *némein*-administrar) y, por lo tanto, quedaba constreñida a una actividad estrictamente privada y familiar, frente a la esfera pública representada en la *polis*. «La *polis* se diferenciaba de la familia en que aquella solo conocía “iguales”, mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad»¹⁵⁹. La libertad, que exige unas posibilidades de actuación efectiva, era la manifestación política de la condición de ciudadano, bien diferenciada de los asuntos económicos, o domésticos. En el ámbito familiar, el trabajo era el medio adecuado para atender la necesidad económica.

El liberalismo crea un nuevo concepto de libertad económica, noción imposible en el mundo antiguo al resultar en una contradicción en términos. Esta libertad económica reduce el trabajo a una concepción mercantilista, a un número, un mero intercambio de

¹⁵⁷ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo... Op. Cit.*, p. 35.

¹⁵⁸ León XIII, *Carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros*, 15 de mayo de 1891, Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consultado: 8/10/2017: «No es justo [...] que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible» En relación a la cosificación, la encíclica añade: «Por lo que respecta a la tutela de los bienes del cuerpo y externos, lo primero que se ha de hacer es librar a los pobres obreros de la crueldad de los ambiciosos, que abusan de las personas sin moderación, como si fueran cosas para su medro personal».

¹⁵⁹ Arendt, H., *La condición humana*, Paidós, 2009, p. 44.

trabajo por salario en el que la persona queda completamente relegada. Todo parte de una concepción «autoritaria» de la ideología del libre mercado que exige la adaptación de la naturaleza humana, y de sus leyes, «a los supuestos de los que ha partido»¹⁶⁰.

Adam Smith fue el primero en aproximar la economía a la ciencia, para lo que requería un método específico que le permitiera constatar la existencia de una ley natural (de oferta y demanda)¹⁶¹. De esta manera, agrupó a los individuos según su estatus laboral, entre trabajador, empresario y terrateniente, para seguidamente vincularlos a la renta percibida (salario, beneficio o renta en sentido estricto)¹⁶², por lo que la ficción del *homo oeconomicus* se acabará filtrando en el Derecho, a través de la abstracción civilista de la persona, un hombre «a quien se supone, en abstracto, igual a los demás y viviendo al margen de todo vínculo social»¹⁶³.

Este método se extiende, con la escalada industrial, durante la segunda mitad del siglo XIX, a las Ciencias Sociales. Con lo cual, en esencia, se pretende analizar a las personas tal y como estudiamos a los objetos:

Ciencias físicas y biológicas, técnicas industriales, las ciencias sociales y la organización científica del trabajo: todo está ligado y todo lleva a considerar que los hombres mismos pueden ser tratados como cosas, cuyo uso queda al margen de toda consideración del bien o de la justicia¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Bilbao, A., *La racionalidad económica y la secularización*, REIS, 74/96, 1996, p. 228:

La economía como ciencia ha desarrollado construcciones teóricas y técnicas instrumentales, que permiten un conocimiento de las relaciones de intercambio, de naturaleza plausible. [...] Lo que transforma esos saberes en ideología es la creencia de estar produciendo un saber exacto. Y esta ideología se revela como autoritaria, en cuanto que explica la distancia entre sus predicciones y lo que realmente sucede como la no adaptación de la naturaleza humana a los supuestos de los que se ha partido.

¹⁶¹ Smith, A., *La riqueza de las naciones*, Titivillus, 2015, pp. 17-18; 59, *Online access*. Disponible en: <http://ceiphistorica.com/wp-content/uploads/2016/04/Smith-Adam-La-Riqueza-de-las-Naciones.pdf>. Consultado: 20/3/2018:

Las causas de este progreso en la capacidad productiva del trabajo y la forma en que su producto se distribuye naturalmente entre las distintas clases y condiciones del hombre en la sociedad, son el objeto del Libro Primero de esta investigación.

[...]

La cantidad de toda mercancía llevada al mercado se ajusta naturalmente a la demanda efectiva. Está en el interés de todos los que emplean su tierra, trabajo y capital en traer al mercado cualquier mercancía el que la cantidad nunca supere a la demanda efectiva; y está en el interés de todas las demás personas el que nunca sea menor que dicha demanda.

¹⁶² Bilbao, A., «La economía como norma social», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, n.º 16, 2000, p. 54.

¹⁶³ Radbruch, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho...* *Op. Cit.*, p. 158.

¹⁶⁴ Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 11.

Ciertamente, el problema de la teoría científica reside justamente en su traslado literal y crudo al Derecho del Trabajo¹⁶⁵, por tratarse de una extrapolación que despersonaliza a las partes de la relación laboral. Excluido el trabajador de cualquier característica individual y humana, quedará reducido a esas mismas variables económicas que lo representan y, por lo tanto, cosificado. Al mismo tiempo, como admirablemente señala Supiot, se forja, en nombre del progreso de la ciencia, un consenso sobre cómo trabajar eficientemente, limitando la discusión del trabajo a sus condiciones más básicas (duración y salario, principalmente), sin que quepa cuestionarse su contenido «porque se supone obedece a imperativos científicos y técnicas»¹⁶⁶.

Sirva el caso español como ejemplo, para representar el triunfo definitivo de esta corriente económica sobre el Derecho, con dos hechos que merecen ser destacados. En la Exposición del Real Decreto de 1 de agosto de 1900, se realizaba la siguiente reflexión a la sazón del cambio de denominación de la Facultad de Derecho a «Derecho y Ciencias Sociales» y la inclusión de una serie de asignaturas entre las que destacaba *Historia de las doctrinas económicas*:

La historia de las doctrinas económicas, ya se tome desde los tiempos más antiguos, ya desde que a mitad del siglo pasado se fijaron las bases de la Economía como verdadera ciencia, es de una importancia indiscutible [...], como precedente de los últimos cambios o mudanzas operados en el orden económico y en su relación con el político, constitutivos del estado social de nuestros días»¹⁶⁷.

Por su parte, uno de los primeros manuales de Derecho del Trabajo, de título *Derecho obrero*, recogía en su primera página estas consideraciones sobre la economía como base filosófica del Derecho: «Para formar un concepto aproximado del Derecho obrero es necesario recordar conceptos elementales de Economía, ya que esta ciencia es

¹⁶⁵ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 52: *Puntos básicos de la aportación del padre de la economía son la doctrina del libre cambio y la defensa de la técnica de la división del trabajo en la producción industrial; ambos incompatibles con el régimen comercial y laboral de los talleres artesanos sometidos a la disciplina del gremio. No importa el precio natural sino el precio del mercado y este resulta del valor de cambio y, en definitiva, de las leyes de oferta y demanda. [...] Marx ya observó que en el periodo de la manufactura, el obrero era tanto más perfecto cuanto más limitada e incompleta fuese la función que debía realizar.*

¹⁶⁶ Supiot, A., «La pensée juridique de Simone Weil», en *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 11.

¹⁶⁷ Exposición del Real Decreto de 1 de agosto de 1900: Reforma de la Facultad de Derecho. Ministro García Alix.

el aspecto filosófico del mismo, que en definitiva no es otra cosa que la realización práctica de principios y sistemas económicos»¹⁶⁸.

La industrialización y mecanización promovieron la uniformidad en el trabajo, que acabó con toda posibilidad de individualidad y creación. Al mismo tiempo, se ponía a disposición del capital una nueva e ingente mano de obra (obreros no cualificados, mujeres y niños). Multiplicada una oferta previamente igualada por lo bajo, la ley natural de Smith trasladó a la demanda todo el peso negociador en la relación laboral, con la consecuente bajada del salario y el empeoramiento de las condiciones de trabajo:

Surgirán entonces las estampas de los salarios de hambre, las jornadas agotadoras, la indecente e insalubre promiscuidad, el abusivo tráfico mercantil que supone la venta de artículos de consumo a los obreros o el pago en vales para su adquisición en establecimientos de la propia empresa (*truck system*), las condiciones miserables en que se desarrolla la vida privada, el buhardillismo, la desnutrición, el analfabetismo, el vicio social, relatadas en todo género de detalle en innumerables escritos. Y estas condiciones del trabajo en el medio industrial no eran muy distintas a las de los medios rurales¹⁶⁹.

Siendo así como, el maquinismo, así pues, generó un doble efecto: económico-práctico e intelectual. El primero no dejó de ser la confirmación de las advertencias de David Ricardo contenidas en sus *Principios de Política Económica*. Señalaba entonces una progresiva sustitución del trabajador por la maquinaria, además de afirmar su convicción de los efectos perjudiciales de este fenómeno para toda la clase trabajadora, y, finalmente (ante una pérdida de salarios y poder adquisitivo), para la nación. En particular, declaraba que la misma causa que puede elevar los ingresos del país puede al mismo tiempo originar un aumento excesivo de la población y hacer empeorar la situación del trabajador¹⁷⁰.

Por otro lado, la normalización y uso habitual de medios técnicos en la industria favorecieron la rápida equiparación del trabajador con el resto de maquinaria que

¹⁶⁸ Álvarez, J. M., *Derecho Obrero... Op. Cit.*, p. 3.

¹⁶⁹ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del... Op. Cit.*, p. 75.

¹⁷⁰ Ricardo, D., *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Batoche Books, 2001, pp. 283-284: *[...] but I am convinced, that the substitution of machinery for human labour, is often very injurious to the interests of the class of labourers. My mistake arose from the supposition, that whenever the net income of a society increased, its gross income would also increase; I now, however, see reason to be satisfied that the one fund, from which landlords and capitalists derive their revenue, may increase, while the other, that upon which the labouring class mainly depend, may diminish, and therefore it follows, if I am right, that the same cause which may increase the net revenue of the country, may at the same time render the population redundant, and deteriorate the condition of the labourer.*

integraba el proceso productivo. Desde entonces, mientras el trabajador se deshumaniza, las máquinas van adquiriendo cada vez mayor autonomía y complejidad, características más propias de la persona. De ahí, una angustiosa paradoja, que invierte la dinámica racional, será la cosa quien piense y el hombre quien se vea reducido al estado de la cosa¹⁷¹. Da buena cuenta de este hecho el nuevo lenguaje descriptivo empleado, con oxímoros plenamente aceptados como «recursos humanos» o «costes de personal». Resumía, a este respecto, E. P. Thompson perfectamente la cuestión, al analizar la formación de la clase obrera inglesa, el trabajador se ha convertido en un “instrumento”, un simple apunte más entre otros gastos¹⁷².

Por todo ello, conviene detenerse en esta visión mercantilista del Derecho del Trabajo que acabaría imponiéndose, con matices, en la conformación final de este. La primera crítica radica en que la cosa y la persona cesan de ser categorías excluyentes, para convertirse en conceptos sustitutivos¹⁷³, y esta contradicción lógica lacera el alma¹⁷⁴. Así, una verdadera ética mercantilista implanta su visión del mundo y genera una locura de un nuevo tipo tecnocientífico que niega la existencia de realidades propiamente humanas y las suple mediante un universo *ad hoc*, en el que el hombre es llamado a fundirse sin concesiones con los objetos¹⁷⁵. El Derecho consolida la ficción del trabajo-mercancía y la tecnociencia la del hombre-máquina¹⁷⁶. Weil, previamente, había concluido con tristeza que los tres monstruos de la sociedad actual cobran forma en el dinero, el maquinismo y el álgebra.¹⁷⁷ Una desoladora expresión que ha sido brillantemente explicada y actualizada, para aplicarla a nuestra crisis, al afirmarse que la transformación de la ciencia llevada a cabo por los signos del trabajo por la maquinaria, y del ámbito social por el dinero, son los tres aspectos de un problema que supone la desposesión del individuo pensante por un *processus*¹⁷⁸.

¹⁷¹ Weil, S., *La pesanteur et la grâce*, Librairie Plon, 1947 y 1988, p. 210: «D'où ce paradoxe : c'est la chose qui pense et l'homme qui est réduit à l'état de chose».

¹⁷² Thompson, E. P., *The Making of the English Working Class*, Vintage Books, 1963, p. 203.

¹⁷³ Balibar, É., *Violence and Civility. On the limits of political philosophy*, Columbia University Press, 2016, p. 84.

¹⁷⁴ Weil, S., *The Iliad, or the Poem of Force: A critical edition*, New York, Peter Lang, 2003, pp. 48-49.

¹⁷⁵ Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 4.

¹⁷⁶ Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute...* Ibid.

¹⁷⁷ Weil, S., *La pesanteur et la grâce... Op. Cit.*, p. 210: «Argent, machinisme, algèbre. Les trois monstres de la civilisation actuelle. Analogie complète».

¹⁷⁸ Chenavier, R., *De Simone Weil à André Gorz: travail ou non-travail ?*, Colloque, Collège de France, 2017. *Online access*. Disponible en: <https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/symposium-2017-06-13-09h00.htm>. Consultado: 08/02/2018.

De este modo, se deben buscar los orígenes de este fenómeno en el mundo clásico, donde el esclavo era considerado esencialmente como un «instrumento de producción»¹⁷⁹. Es decir, la nueva dialéctica que abre la puerta a un pensamiento económico coherente y permite, a su vez, la implementación del modelo de producción moderno, encuentra un sencillo acomodo mientras acude a los precedentes antiguos. Basta sustituir al esclavo por el trabajador. Así pues, se trata de una concepción muy crítica que tuvo una clara aceptación por los juristas alemanes. Gierke, por otra parte, fue el primero en atribuir a la empresa capitalista su condición de organización de dominación (*Herrschaftsverband*), donde se da una situación de ilimitada subyugación de la voluntad de los trabajadores, quienes son considerados objetos y herramientas de su actividad, en vez de portadores activos del cuerpo empresarial¹⁸⁰. Por su parte, Hugo Sinzheimer retomaba esta caracterización al definir el primigenio *Derecho obrero* como una creación por la voluntad dominadora de uno solo, sobre la idea de subordinación, para terminar calificándolo como un derecho de dominación¹⁸¹.

Frente a esta concepción mercantilista, se alzaría un movimiento obrero que, magnificando el valor humano del trabajo, consideraría al trabajador el demiurgo de un mundo nuevo¹⁸². No se trata, sin embargo, de un fenómeno endógeno, sino que trae origen en la Revolución Industrial. La calificada como «revolución silenciosa» fue causa y efecto de la conformación del movimiento obrero, y le dotó de una suerte de autoconsciencia. Causa, al reducir «enteramente a los obreros al papel de simples máquinas, arrebatándoles los últimos vestigios de actividad independiente», y efecto, al incitarles, «precisamente por esta razón, a pensar y a exigir el desempeño de su papel de hombres»¹⁸³.

¹⁷⁹ Djilas, M., *La nueva clase... Op. Cit.*, p. 131:

Hasta el hombre más inteligente de la antigüedad, Aristóteles, creía que las personas nacen libres o esclavas. Aunque opinaba que se debía tratar con humanidad a los esclavos y abogaba en favor de la reforma del sistema de esclavitud, no obstante, consideraba a los esclavos como instrumentos de la producción.

¹⁸⁰ Gil Alburquerque, R., *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla la Mancha (UCML), noviembre 2015., *Online access*. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10073/TESIS%20Gil%20Alburquerque.pdf?sequence=1>. Consultado: 12/06/2017. p. 92.

¹⁸¹ Sinzheimer, H., *Le problème des sources du Droit Positif*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 74:

«[...] l'entreprise nourrisait un droit non-étatique, fondé sur l'idée de subordination, crée par la volonté dominatrice d'un seul [...]. Ce droit non-étatique de domination constitue le véritable droit ouvrier des premiers temps du capitalisme».

¹⁸² Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 22.

¹⁸³ Engels, F., *The Condition of the Working Class in England*, Penguin Books, 1987, p. 52: «The industrial revolution has simply carried this out to its logical end by making the workers machines pure and simple, taking from them the last trace of independent activity, and so forcing them to think and demand a position worthy of men».

Los trabajadores encontrarán, entonces, un primer apoyo en diversos intelectuales¹⁸⁴, y más tarde –aunque sin ambages– en la propia Iglesia Católica¹⁸⁵. En última instancia, estos respaldos dotarán de autoridad suficiente para convertirse en leyes sociales a unas demandas, sin duda legítimas. Unas leyes sociales que abocarán, finalmente, en un conjunto jurídico organizado bajo unos principios comunes. El Derecho del Trabajo, con esas primeras leyes sociales como manifestación primigenia del mismo, puede entenderse como un derecho reactivo, pragmático y finalista, al modificar las condiciones laborales sin alterar las propias relaciones económicas, ni incidir en su dinámica. Cambiar todo para que nada cambie. Criticaba Jaime Vera este extremo, el fundamento de la acción estatal respecto al trabajador que deja de ser una persona con derechos garantizados, para convertirse, meramente, en algo susceptible de protección¹⁸⁶.

A este respecto, la primera crítica referida a esta mercantilización del trabajo fue, precisamente, olvidar la posición del hombre en el Derecho, lo que lo deshumanizó. Asimismo, alejarse del trabajador conllevaba el distanciamiento del fin esencial de esas primeras demandas laborales, su carácter tuitivo. De acuerdo con esta idea, Marx declaró que el hombre fue creado por el trabajo¹⁸⁷, axioma que, en la interpretación de Hannah Arendt, más allá del sentido laicista y ciertamente provocativo de la expresión, cobra significado en reconocer la humanidad como el resultado de la propia actividad del

¹⁸⁴ Ver a este respecto los trabajos de Villermé (*Tableau de l'état physique et moral des ouvriers*) y la fundamental obra de Engels ya referida (*Condition of the working class in England*).

¹⁸⁵ León XIII, *Carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros*. 15 de mayo de 1891. Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consultado: 8/10/2017:

No se ha de pensar, sin embargo, que todos los desvelos de la Iglesia estén tan fijos en el cuidado de las almas, que se olvide de lo que atañe a la vida mortal y terrena. En relación con los proletarios concretamente, quiere y se esfuerza en que salgan de su misérrimo estado y logren una mejor situación.

Los obreros, los esclavos blancos, pensaron que la Republica federal les traía, no la igualdad absurda de fortunas, no el reparto de los bienes en la plaza pública, no las demás groseras calumnias que en sus lenguas ponen sus explotadores ; pero si la alegría de sus pobres viviendas, alfombradas eternamente de lágrimas ; pero si la justicia en el trabajo; pero si la evidencia de que ninguna tarde verían ya hundirse el sol por el Occidente sin tener para sus hijos el pan que tantas veces le pidieran en balde, con la voz apagada y los labios marchitos per la miseria [...]

[...] entendiéndose por deberes militares dar cargas a la bayoneta y disparar piezas de artillería cuando a sus colegas parezca oportuno, contra los esclavos blancos, contra las clases explotadas, contra los desheredados de la tierra.

¹⁸⁶ Vera, J., *El Partido Socialista Obrero ante la Comisión...* *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁸⁷ Engels, F., *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre* (1876), Marxists Internet Archive, 2000. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/1876trab.htm>. Consultado: 3/11/2017.

hombre¹⁸⁸. Recuerda también al texto *Trabajo asalariado y capital*. Fruto de unas conferencias previas en la Asociación Obrera Alemana de Bruselas en 1847, reflexionaba Karl Marx sobre el salario, precisando que se trataba del nombre especial, de, a su vez, una peculiar mercancía que solo toma cuerpo en la carne y la sangre del hombre¹⁸⁹. Obsérvese que se trata de una crítica humanista compartida en España por el liberalismo colectivo de Pi y Margall, el krausismo¹⁹⁰ y el socialismo. A este último respecto, Jaime Vera, con su habitual estilo duro e incitante, ofrecía un texto ciertamente perturbador:

Si el esclavo era una propiedad, si el siervo era un usufructo, el obrero actual no tiene más representación social que la de una mercancía que solo puede subsistir vendiéndose a diario hasta la muerte. Y no solo es el obrero una mercancía: es una mercancía en depreciación constante, porque el actual estado económico crea necesariamente un sobrante de ella; y a la par de lo que con las demás mercancías ocurre, que a falta a veces de compradores, se averían y se pudren en los depósitos y son destruidas si estorban, así los obreros que no encuentran compradores de su fuerza de trabajo son arrojados con la mayor indiferencia al hambre, a la corrupción y a la muerte¹⁹¹.

En definitiva, debe recordarse que la mercancía nunca perderá su condición humana.

La consecuencia de este proceso de mercantilización no es otra que la deshumanización del trabajador. Precisamente, la encíclica *Rerum Novarum* contiene una resuelta crítica a este pensamiento, en la que recalca que el deber de los ricos y patronos empieza por no considerar a los obreros como esclavos; respetar su dignidad, especialmente, ennoblecida por el denominado carácter cristiano; ya que los trabajos remunerados, naturalmente, no solo no son vergonzosos para el hombre, sino que proporcionen una posibilidad honesta de ganarse la vida, mientras que lo realmente vergonzoso e inhumano es explotar a hombres como si fuesen objetos y no estimarlos más allá de la capacidad de sus nervios y músculos¹⁹².

¹⁸⁸ Arendt, H., «La tradición y la época moderna en Entre el pasado y el futuro»... *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁸⁹ Marx, K., *Trabajo asalariado y capital*, Neue Rheinische Zeitung Organ der Demokratie, 1849. (Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo... *Op. Cit.* p. 13)

¹⁹⁰ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», ... *Op. Cit.*, p. CVII: *La base ideológica de la legislación tuitiva, tanto en el krausismo como en Pi y Margall, era la doctrina humanista del individuo como ser de fines, que deber ser dueño de sí mismo y no instrumento de otros y que, en consecuencia, debe ser defendido por la ley frente a los abusos del poder económico.*

¹⁹¹ Vera, J., *El Partido Socialista Obrero ante la Comisión de...* *Op. Cit.*, pp. 8-9.

¹⁹² León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum...* *Op. Cit.*

En relación con la cosificación, la encíclica también añadía: «Por lo que respecta a la tutela de los bienes del cuerpo y externos, lo primero que se ha de hacer es librar a los pobres obreros de la crueldad de los ambiciosos, que abusan de las personas sin moderación, como si fueran cosas para su medro personal».

Por su parte, en los Estados Unidos, unos años después, en 1914, el gobierno del presidente Wilson aprobaba la Clayton Act¹⁹³ que, en su Sección 6, afirmaba que el trabajo de un ser humano no es una mercancía ni un artículo de comercio. Siendo esta, una preocupación que le acompañó durante todo su mandato y se acrecentó tras el final de la Primera Guerra Mundial, a fin de garantizar una justicia social que se entendía necesaria para la paz universal, Wilson abogó por incorporar al Tratado de Versalles la parte dedicada al trabajo, en la que se reconocía como primer principio que el trabajo no debe considerarse simple mercancía o artículo de comercio¹⁹⁴.

Finalmente, en 1927, Hugo Sinzheimer sintetizaba la cuestión en lo que calificó como «la esencia del Derecho del Trabajo»: evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas¹⁹⁵. De igual manera, las lecciones que Simone Weil extrajo durante su experiencia obrera en los años treinta es la de un trabajo deshumanizado que necesitaba desesperadamente un nuevo enfoque, que consistía en que todos los problemas, tanto técnicos como económicos, debieran formularse sobre la concepción de las mejores condiciones de trabajo posibles. Esta es la primera norma, pues toda la sociedad debería constituirse de tal forma que el trabajo no destruya a los que lo llevan a cabo¹⁹⁶. Un pensamiento que, sin embargo, no encontraría una respuesta práctica adecuada.

Lamentablemente, olvidadas estas voces, el pasado ha terminado por alcanzarnos. Así, Weil afirmaba: «el material, la herramienta, el cuerpo del trabajador, su propia alma son medios de fabricación»¹⁹⁷. De manera simultánea e inversa a la cosificación del trabajo, e irremediamente del trabajador, se ha personificado al mercado como un sujeto autónomo con interés propio y digno de protección. La reforma laboral española

En relación con los fines tuitivos del Derecho para extrapolarlos a continuación a la nueva legislación laboral:

[...] en la protección de los derechos individuales se habrá de mirar principalmente por los débiles y los pobres. La gente rica, protegida por sus propios recursos, necesita menos de la tutela pública; la clase humilde, por el contrario, carente de todo recurso, se confía principalmente al patrocinio del Estado. Este deberá, por consiguiente, rodear de singulares cuidados y providencia a los asalariados, que se cuentan entre la muchedumbre desvalida.

¹⁹³ Clayton Antitrust Act, October 15 1914, 38 Stat. 730.

¹⁹⁴ Tratado de Paz firmado en Versalles el 28 de junio de 1919. Parte XIII «Trabajo», Sección Segunda, «Principios Generales».

¹⁹⁵ Sinzheimer, H., «La esencia del Derecho del Trabajo», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, IELSS, 1984, p. 71.

¹⁹⁶ Weil, S., «Condition première d'un travail non servile» (1941), en *La condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 1951, p. 371.

¹⁹⁷ Weil, S., «The First Condition for the Work of a Free Person», en Weil, S., *Late Philosophical Writings*, University of Notre Dame Press, 2015, p. 133: «The material, the tool, the body of the worker, his soul itself are means for fabrication».

de 2012¹⁹⁸ podría considerarse un buen ejemplo de lo explicado, al tomar cuerpo «sobre la base de las exigencias de un sujeto normativo despersonalizado “los mercados”»¹⁹⁹; detectándose un movimiento deliberado: el traslado del núcleo de intereses clásico del Derecho del Trabajo –empresa-trabajador–, a un lugar etéreo, utópico en su sentido literal de ausencia de topes y, por ello, de muy difícil identificación como son los mercados²⁰⁰. Al mismo tiempo, y no por casualidad, «la empresa cada vez más se desvanece y se vuelve gaseosa»²⁰¹ y adquiere las características del mercado.

El trabajador, y en última instancia, el hombre moderno, también se desvanece. En este punto, se puede observar una de las contradicciones internas más lacerantes del capitalismo, al separarse del ideal de individualidad defendido por el liberalismo. Y ello, por cuanto el trabajador pierde toda autonomía en el sistema de producción capitalista hasta el punto de confundirse con la «fuerza de trabajo», con la «oferta de empleo». Un proceso en el que el capitalismo y el comunismo se han encontrado, hasta el extremo de hacerse prácticamente indistinguibles:

Hablando abstractamente, la fuerza de trabajo, tomada en conjunto, es un factor en la producción social total. La nueva clase gobernante, con su monopolio material y político, utiliza ese factor casi en la misma medida en que lo hace con otros bienes y elementos de producción nacionales y lo trata de la misma manera, sin tener en cuenta el factor humano²⁰².

Junto a la pérdida por el trabajador de su humanidad, se produce también la desaparición de su propia individualidad, al convertirse en un bien fácilmente sustituible. Si como trabajador y persona no pueden disgregarse, el individuo moderno se desvanece a través de un desarraigo muchas veces forzoso, siempre preocupante. Como recordaba François Ost²⁰³, citando a su vez a Wellmer: «El “yo” liberal está desarraigado, su lugar no es una comunidad limitada por un territorio [...] su lugar es más bien los puntos nodales migrando en el tiempo y espacio [...]»²⁰⁴. Ambos autores, Ost de manera expresa

¹⁹⁸ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁹⁹ *Balance de la Reforma Laboral: 2010-2016* (EDITORIAL), Revista de Derecho Social, n.º 57, 2012, p. 9.

(Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo... *Op. Cit.*, p. 11)

²⁰⁰ Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo», ... *Ibid.*, p. 11

²⁰¹ Urrutikoetxea Barrutia, M., *El preámbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación*. Revista de Derecho Social, n.º 57, 2012, p. 29.

(Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo», ... *Op. Cit.*, p. 11)

²⁰² Djilas, M., *La nueva clase...* *Op. Cit.*, p. 132.

²⁰³ Ost, F., Van de Kerchove, M., *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Publications Fac St Louis, 2002, p. 489.

²⁰⁴ Wellmer, A., «Conditions d'une culture démocratique. À propos du débat entre libéraux et communautariens en Libéraux et communautariens» (coord. Berten, A., Da Silveira, P., Pourtois, H.), P.U.F, 1997, p. 391:

y Wellmer indirectamente, retoman un concepto ya desarrollado por Simone Weil. En ella, interesará volver a detenerse brevemente para reconocer, por un momento, tanto la fuerza como la actual conveniencia de su pensamiento: «[...] se trata en estos momentos en la lucha por el poder económico mucho menos de construir que de conquistar y como la conquista es destructora, el sistema capitalista [...] se orienta plenamente a la destrucción»²⁰⁵.

La confrontación de intereses privados, definitoria del Derecho del Trabajo, se pretende superada por el gobierno de los mercados. Ahora bien, mientras unos interlocutores sociales perfectamente definidos –patronal y sindicatos– daban voz a esos intereses opuestos y, finalmente, convergentes en la norma laboral, los mercados no han demostrado la misma claridad en la identificación de su interlocutor, ni en la definición de sus objetivos. Queda, pues, en manos del legislador interpretar los designios de un inescrutable mercado y darle el correspondiente encaje normativo. La legislación laboral permanecerá, por tanto, a la deriva, desplazándose en una dirección u otra, siempre mutable, según la fuerza de las olas legislativas.

Llegados a este punto, conviene recuperar brevemente tres ejemplos representativos, durante las tres primeras décadas de sistema democrático, de toda una corriente crítica relevante frente a este fenómeno, por parte de la doctrina laboral española. Ya en 1984, De la Villa reprobaba el Derecho del Trabajo de la emergencia, que aparece, en momentos de crisis, para solventar problemas económicos, mediante el deterioro notable de los estándares de protección laboral²⁰⁶. Por su parte, en 1994, Monereo calificó el resultado de este proceso como la obtención de «un ordenamiento disperso del trabajo», consecuencia de *plegarse* recurrentemente a las imposiciones de la

Le moi libéral est déraciné. Son lieu n'est pas une communauté limitée par un territoire, qui pourrait prétendre être l'objet d'une loyauté totale. Son lieu est plutôt les points nodaux, migrant dans l'espace et le temps, d'un réseau variable d'associations et de loyautés volontaires qui ne sont pas conditionnés sur une base territoriale, mais sur une base thématique, professionnelle ou personnelle.

²⁰⁵ Weil, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale...* Op. Cit., p. 151:

En un mot, pour caractériser d'une manière d'ailleurs vague et sommaire cette transformation d'une obscurité presque impénétrable, il s'agit à présent dans la lutte pour la puissance économique bien moins de construire que de conquérir ; et comme la conquête est destructrice, le système capitaliste, demeuré pourtant en apparence à peu près le même qu'il y a cinquante ans, s'oriente tout entier vers la destruction.

²⁰⁶ De la Villa Gil, E., «La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea» en *Revista de Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, N° 76, octubre-diciembre 1984, p. 16.

economía y del mercado²⁰⁷. Por último, expresaba Antonio Marzal, en *Empresa y Derecho Social* (2001), su preocupación por unas reglas laborales «permanentemente cambiantes y que, en este sentido, son maleables política y económicamente, e inciertas jurídicamente»²⁰⁸.

En esa misma última obra, Lyon-Caen hablaba de la empresa como «una realidad solo virtual»²⁰⁹, cuando ya, diez años antes, había denunciado la disociación en el seno de las empresas multinacionales entre el poder real centralizado y el poder jurídico descentralizado²¹⁰. En particular, señalaba entonces como estas empresas se favorecen de la diversidad de legislaciones laborales (y convencionales), ocultan su derecho aplicable y escapan, en general, a los conflictos laborales ante la amenaza permanente de movilidad industrial²¹¹. En suma, se trata de una transformación en la que la empresa tiende a confundirse con el mercado, «a convertirse en un espacio vacío de control resistente a la intervención del Estado y a la considerada “injerencia” de los sindicatos»²¹². Los peores augurios han tomado forma y se hace también obligado repensar la empresa. Recuperar la empresa como anclaje del Derecho del Trabajo y nudo de conflictos frente a los mercados parece una necesidad urgente. Como doloroso corolario, parece claro que la irrupción de los mercados como estímulo legislativo no solo ha desplazado al trabajador del núcleo del Derecho del Trabajo, sino también a la empresa.²¹³

Hoy en día, un número de gobernanza, la tasa de desempleo –ciertamente muy elevada– ayudó en este proceso normativo y contribuyó a la confusión entre empleo y trabajo con la fagocitación del primero por el segundo²¹⁴. El Derecho del Trabajo se concibe como un medio para asegurar un fin: mejorar la empleabilidad. Huelga constatar el sometimiento del medio al fin y, por tanto, la mutabilidad que puede sufrir el primero siempre que el cambio adivine la consecución de objetivos de empleo.

²⁰⁷ Monereo Pérez, J. L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Cuadernos Civitas, 1994, p. 23.

²⁰⁸ Marzal, A., «Prólogo», en *Empresa y Derecho Social* (VV. AA., Coord. Marzal, A.), J. M. Bosch editor, 2001, pp. 11-12.

(Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo... Op. Cit., p. 12)

²⁰⁹ Lyon-Caen, G., «Informe de síntesis», en *Empresa y Derecho Social* (VV. AA., Coord. Marzal, A.), J. M. Bosch editor, 2001, pp. 201-214.

²¹⁰ Lyon-Caen, G., *Les relations de travail internationale*, Editions Liaisons, 1991, p. 160.

²¹¹ Lyon-Caen, G., *Les relations ... Ibid.*, p. 160.

²¹² Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo... Op. Cit.*, p. 76.

²¹³ Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo», ... Op. Cit., pp. 12-13.

²¹⁴ Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo... Op. Cit., p. 13.

La empleabilidad, como finalidad del Derecho, choca frontalmente contra la Declaración de Filadelfia de 1944: «la meta que deben perseguir los Estados y las organizaciones internacionales no consiste en volver a los trabajadores “empleables”, sino procurarles “la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común”» (artículo III b Declaración de Filadelfia)²¹⁵.

Este proceso de mercantilización conduce al abandono de la concepción del Derecho Social como un sistema completo, con unos principios y finalidades propios. La célebre reflexión de Kant, «En el reino de los fines todo tiene o bien precio, o bien dignidad, lo que tiene precio puede ser reemplazado por alguna otra cosa equivalente; por el contrario, lo que se eleva sobre todo precio y no admite ningún equivalente tiene una dignidad»²¹⁶, sirve a Sinzheimer para concluir que «el hombre tiene dignidad»²¹⁷.

Desgraciadamente, la progresiva evaporación de los fines tuitivos del Derecho del Trabajo, frente a una racionalidad económica cada vez más agresiva, corre el riesgo de anular la finalidad propia del Derecho Social, hasta el punto de hacer cierta la profecía de S. Weil, el universo donde los trabajadores viven no tiene finalidad²¹⁸. Todo ello produce el correlativo distanciamiento, cuando no dejación, de la dignidad en el Derecho, siendo que la única razón de ser del Derecho del Trabajo es su contribución al crecimiento económico y a la productividad empresarial²¹⁹. En este sentido, la regulación y ordenación de la empresa a través del Derecho del Trabajo, con los fines económicos legítimamente aducidos en las últimas reformas, responden más bien a una necesidad (del propio capitalismo) que a una finalidad que deba considerarse como una estructura intelectual autónoma. La pérdida de los fines supone la disgregación de un sistema que,

²¹⁵ Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público*, Editorial Comares, 2017, p. 86.

Para un detallado análisis ver Supiot, A., *El Espíritu de Filadelfia*, Península, 2011.

²¹⁶ Kant, I, *Fondements de la métaphysique des moeurs*, Paris, Éditions Les Échos du Maquis, 2013, p. 47, *Online access. Disponible en:* <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Fondements-de-la-M%C3%A9taphysique-des-moeurs.pdf>. Consultado: 22/07/2018

²¹⁷ Gil Alburquerque, R., *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar... Op. Cit.*, p. 244.

²¹⁸ Weil, S., «The First Condition for the Work of a Free Person», en Weil, S., *Late Philosophical Writings*, University of Notre Dame Press, 2015, p. 134: «The universe where the workers live has no finality. It is impossible for ends to enter there, except for brief periods that correspond to exceptional situations».

²¹⁹ Baylos Grau, A., «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», en *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012, p. 9.

a cada nueva reforma laboral, se fragmenta y relega al trabajador a una situación más próxima a la condición de fuerza de trabajo-mercancía²²⁰.

De esta manera, la «empleabilidad», la «eficiencia»²²¹ y la «productividad» pasaron, con la Reforma Laboral española²²², a ser los mantras del Derecho del Trabajo²²³. Fin y justificación al mismo tiempo, se ha invocado sin cesar que no es valorado como instrumento central de la tutela del trabajo dependiente, sino desde la perspectiva de la «empleabilidad» de este²²⁴.

Se trata de críticas ya expresadas, después de la aprobación de la norma por académicos y magistrados. Los primeros, integrantes buena parte de ellos de la doctrina científica, firmaron un documento en el que denunciaban el desplazamiento «del centro de gravedad normativo de las relaciones laborales desde el trabajo a la producción y al empleo, desde el trabajador y sus condiciones de trabajo a su “empleabilidad”, mercantilizando sin miramiento alguno el trabajo»²²⁵. En un mismo sentido, la asociación Jueces para la Democracia expresaba también que la tutela legal del trabajador se mercantiliza desde el acceso al empleo²²⁶. Como último ejemplo y en una línea muy crítica, la *Revista de Derecho Social* dedicó su número 57 a la Reforma Laboral. En dicha edición especial, varios autores hablaban de un nuevo relato de las relaciones laborales caracterizado por su mercantilización, en el que el sujeto positivo es el emprendedor/empresario, mientras que el trabajador solo figura como mero objeto de su

²²⁰ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo... Op. Cit.*, p. 90.

²²¹ Concepción que Estados Unidos, al hilo de la presente comparación, había ya superado con el respeto y equilibrio de *dos objetivos igualmente importantes: la equidad y la eficiencia*. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 19.

²²² Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²²³ Molina Navarrete, C., *Ideología y “neo-lenguaje” en el nuevo estatuto productivista del trabajo: “orden público económico” legal versus “orden público social” constitucional en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico* (coord., Garrido Pérez, E.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, p. 89:

[...] palabras cuento o fábula como la que intercambia el término “empleabilidad”, referente a la cualidad de los materiales que permiten mayor uso útil por plegarse con facilidad a las tensiones que ejerce sobre ellos una fuerza, por el de “capacitación profesional”,

²²⁴ Baylos Grau, A., «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario»... *Op. Cit.*

²²⁵ Manifiesto de 55 catedráticos de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 3 de abril de 2012. *Online access*. Disponible en:

https://politica.elpais.com/politica/2012/03/23/actualidad/1332530182_382930.html. Consultado: 17/01/2018.

(Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo... *Op. Cit.*, p. 14)

²²⁶ *Comunicado de JpD ante la Reforma Laboral*. 16 de febrero 2012. *Online access*. Disponible en: . Consultado: 16/02/2018.

(Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo»... *Op. Cit.*, p. 14)

uso, empleabilidad, aspecto que se encuentra remarcado por la connotación de mercancía²²⁷. Desgraciadamente, esta grave problemática ha sido desatendida por el legislador.

Se observa, así, la forma en que las reminiscencias de ese pensamiento mercantilista han consagrado, actualmente, al mercado como un espacio, etéreo y difuso, de intercambio laboral. Un Mercado con mayúscula, si se tiene en cuenta que algunos nombres abstractos merecen la letra capital²²⁸, con autonomía, sentido y completo en sí mismo. Una institución que se considera colectiva sin tener, no obstante, claro su origen y composición. Ese es el éxito que debe reconocerse a sus defensores: crear una mística, repetirla hasta convertir lo abstracto en inatacable para, finalmente, incorporarla al imaginario colectivo. *Carthago delenda est*.

Un nuevo animismo²²⁹, secularizado, en el que lo económico sustituye a lo religioso, así se origina. Algo que ya había apuntado Benjamin cuando describió al capitalismo como religión²³⁰. En última instancia, la representación de Dios como relojero del mundo²³¹ resultaba muy fácilmente trasladable al mercado y sus leyes (no

²²⁷ Urrutikoetxea Barrutia, M., «El preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación», en *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012, p. 30.

(Aparece en Gutiérrez Velasco, I., «Un elástico Derecho del Trabajo... *Op. Cit.*, p. 14)

²²⁸ Carlyle, cita según aparece en Berlin, I., *Historical Inevitability...Op. Cit.*, p. 7:

And the same note, sometimes mild and civilised, sometimes harshly aggressive, is heard in the voices of all those upholders of collectivist mystiques who appeal from individual to tradition, or to the collective consciousness (or 'Unconscious') of a race or a nation or a culture, or, like Carlyle, feel that abstract nouns deserve capital letters, and tell us that Tradition or History (or 'the past', or the species, or 'the masses') is wiser than we, or that the great society of the quick and the dead, of our ancestors and of generations yet unborn, has larger purposes than any single creature [...].

²²⁹ Berlin, I., *Historical Inevitability...Op. Cit.*, p. 58: «There has grown up in our modern time a pseudo-sociological mythology which, in the guise of scientific concepts, has developed into a new animism—certainly a more primitive and naïve religion than the traditional European faiths which it seeks to replace».

²³⁰ Benjamin, W., *El Capitalismo como religión seguido de Fragmento teológico-político*, La Llama, 2014, p. 8: «Hay que ver en el capitalismo una religión, es decir, el capitalismo sirve esencialmente a la satisfacción de las mismas preocupaciones, penas e inquietudes a las que daban antiguamente respuesta las denominadas religiones».

²³¹ Paley, W., *Natural Theology Or, Evidences of the Existence and Attributes of the Deity, Collected from the Appearances of Nature*, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-4:

In crossing a heath, suppose I pitched my foot against a stone, and were asked how the stone came to be there: I might possibly answer, that, for any thing I knew to the contrary, it had lain there for ever; nor would it perhaps be very easy to show the absurdity of this answer. But suppose I had found a watch upon the ground, and it should be inquired how the watch happened to be in that place; I should hardly think of the answer which I had before given,—that, for any thing I knew, the watch might have always been there. Yet why should not this answer serve for the watch as well as for the stone? Why is it not as admissible in the second case, as in the first? For this reason, and for no other, viz. that, when we come to inspect the watch, we perceive (what we could not discover in the stone) that its several parts are framed and put together for a purpose, e. g. that they are so formed and adjusted as to produce motion, and that motion so regulated as to point out the hour of the day [...].

solo económicas, sino también laborales) e, igualmente, asimilable por una ciudadanía acomodada a una lógica religiosa. Como si detrás de unas exactas y precisas leyes técnicas (el mecanismo del reloj) se escondiera, en realidad, la voluntad del mercado (el relojero). Esta analogía, desde «una creencia en lo sobrenatural»²³², permite, además, dar respuesta a las disfunciones sociales producidas por un mercado, que, con su inescrutable voluntad, da forma a un plan natural que, quizá, ante lo inexplicable, termina por ser aceptado.

Como esa nueva racionalidad económica²³³ puede no resultar por sí sola suficientemente atractiva para algunos o directamente despiadada para otros, se vincula también el mercado al deseo y consecución de libertad individual. Este último elemento aparece desde su concepción primigenia, con Quesnay y Turgot, a la cabeza de los fisiócratas²³⁴, seguidos por Adam Smith²³⁵, hasta las manifestaciones actuales más radicales como las del Tea Party.²³⁶ Se trata, en definitiva, de un ente autónomo que, como tal, fijará sus propias reglas y objetivos, sellando de esta manera el destino de los

This mechanism being observed (it requires indeed an examination of the instrument, and perhaps some previous knowledge of the subject, to perceive and understand it; but being once, as we have said, observed and understood), the inference we think is inevitable, that the watch must have had a maker: that there must have existed, at some time, and at some place or other, an artificer or artificers who formed it for the purpose which we find it actually to answer: who comprehended its construction, and de- signed its use.

²³² Bilbao, A., *La racionalidad económica y la secularización...* Op. Cit., p. 241.

²³³ Bilbao, A., *La racionalidad económica...* Ibid, pp. 225-243.

²³⁴ Turgot, A. R. J., *Édit du Roi...* Op. Cit., Article Premier:

Il sera libre à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, même à tous étrangers, encore qu'ils n'eussent point obtenu de nous des lettres de naturalité, d'embrasser et d'exercer dans tout notre royaume, et nommément dans notre bonne ville de Paris, telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers que bon leur semblera, même d'en réunir plusieurs [...].

²³⁵ Bilbao, A., «La economía como norma social», en... Op. Cit., p. 57:

Las distorsiones entre el modelo económico y la realidad social cambian profundamente de significado. El modelo económico no expresa la realidad social, sino que es un modelo de disciplinamiento social. La promesa de construir un mundo ocupado por individuos libres empezaba a ser una gigantesca maquinaria de dominación. La Ilustración representada por Smith creía haber sobrepasado la superstición del viejo mundo, pero solamente para dar nacimiento a una nueva superstición: el mercado como principio de organización social.

²³⁶ Harcourt, B. E., «Fantasies and Illusions: on liberty, order and free markets», en *Cardozo Law Review*, vol. 33:6, 2012, pp. 2424-2425:

The Tea Party Patriots, an umbrella organization of more than two thousand local Tea Party groups that best reflect the grassroots origins of the movement, has taken as its motto: "Limited government, fiscal responsibility, and free markets". This is a constant refrain throughout the larger social movement. Dick Armey states in Give Us Liberty, for instance, that "[t]he most powerful, proven instrument of material and social progress is the free market. The market economy, driven by the accumulated expressions of individual economic choices, is the only economic system that preserves and enhances individual liberty." Sarah Palin echoes these sentiments in her book Coing Rogue: "No one person is smart enough to control and predict markets. The free market is just that: free to rise or fall, shrink or expand, based on conditions that are often outside human control".

individuos afectados por este a esos fines, con una tendencia clara hacia una libertad individual, más aparente que real, más declarativa que eficaz:

Nuestras fantasías del “libre mercado” se unen con el imaginario de un mercado vivo con el deseo de libertad, alumbrando a ese organismo del mercado que puede existir libremente, que puede gestionarse él mismo y florecer y prosperar, que puede regularse él mismo y hacer llover beneficios a todos nosotros (aunque, por supuesto, si es en realidad un ente vivo, entonces de igual manera podría ser satánico, un pequeño demonio, un monstruo)²³⁷.

Otra dificultad añadida viene representada por la falta de constricción del mercado a espacio o tiempo alguno. Esta omnímoda permanencia ha permitido, a lo largo del tiempo, a los defensores del mercado, confirmar la existencia de una suerte de ley natural –la autorregulación–, que lo dota de una autoridad suficiente para continuar con su funcionamiento. No obstante, tras la pretendida autorregulación, se esconde, en muchos casos, el simple transcurso del tiempo y, en otros, una irreductible voluntad humana que acaba corrigiendo los excesos del mercado. Un mercado que, en todo caso, exige una previa construcción y una institucionalización normativa: «todos los mercados, todas las formas y espacios de intercambio económico son artificiales, contruidos, regulados y administrados frecuentemente por mecanismos complejos...»²³⁸. El espacio económico del libre mercado no es una creación endógena sino un esquema impuesto a través, precisamente, de una legislación precisa y paradójicamente contraria al principio de no intervención. Un esquema necesitado además de «formas institucionales, procedimientos, costumbres (que) actúen como fuerzas coercitivas o incitadoras y conduzcan a los agentes privados a conformarse a esos esquemas»²³⁹, siendo un buen ejemplo de este fenómeno la doctrina Lochner, al igual que las sentencias Viking y Laval.

²³⁷ Harcourt, B. E., «Fantasies and Illusions: on liberty, order and free markets»... *Op. Cit.*, p. 2416: *Our fantasies of the "free market" join together the imaginary of a living market with the desire for freedom, giving birth to this organism of the market that can exist freely, that can manage itself and flourish and prosper, that can regulate itself, and that can shower benefits on us all. (Though, of course, if it is in fact a living thing, then it could equally well be satanic, a little devil, a monster).*

²³⁸ Harcourt, B. E., *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, 2011, p. 328.

Harcourt, B. E., «Fantasies and Illusions: on liberty, order and free markets...»... *Op. Cit.*, p. 2422: «As I argue in *The Illusion of Free Markets*, there is no such thing as a free market: all markets, all forms and venues of economic exchange are man-made, constructed, regulated, and administered by often complex mechanisms that necessarily distribute wealth in large and small ways».

²³⁹ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones...* *Op. Cit.*, pp. 16-17.

Asimismo, también conviene reparar en que la aplicación del orden natural al libre mercado provoca una serie de fallos en la vida económica, solo corregibles mediante la intervención. Situaciones que ya Keynes había puesto de relieve, entre las cuales destaca, por sus consecuencias en el ámbito laboral, el punto 6, que aboca en una concentración de poder, y la consiguiente asimetría en la negociación:

1. Cuando las unidades eficientes de producción son grandes en relación con las unidades de consumo; 2. Cuando los gastos generales o costes comunes están presentes; 3. Cuando las economías internas tienden a la agregación de la producción; 4. Cuando el tiempo necesario para el ajuste es largo; 5. Cuando la ignorancia prevalece sobre el conocimiento; 6. Cuando los monopolios y las concentraciones interfieren en la igualdad en la negociación²⁴⁰.

Adviértase, en definitiva, que, a pesar de todas estas consideraciones, y advertencias, la autoridad del mercado se ha consolidado y sirve, hoy en día, de fuerza motora a la legislación laboral. De esta manera, se desplaza la justificación de la norma del terreno jurídico a la mera «necesidad del mercado» o «de los mercados», según el caso. Barros provenientes de unos primeros lodos liberales que confirieron la competencia que mueve al mercado como un bien a defender. Por más que, ya en 1884, A. Toynbee afirmara que no era ni un bien ni un mal, sino una fuerza que debía ser estudiada y controlada²⁴¹.

Una fuerza convertida hoy en un Moloch inescrutable para la mayoría y que, sin embargo (o por esa misma naturaleza), sigue pidiendo cada día sacrificios más costosos. Una alienación del Derecho por el mercado, por la cual este se apropia de instituciones laborales clásicas como el despido, la negociación colectiva o la modificación de condiciones de trabajo, bajo el dictado de unos datos macroeconómicos –los números–, con el crecimiento del PIB (producto interno bruto), y el porcentaje de desempleo a la cabeza. El nuevo orden, como en la distopía más feliz, «nos dispensaría de la comprensión y de la confrontación de las experiencias, y nos ahorraría así el esfuerzo de juzgar y, por tanto, también de pensar»²⁴².

Un nuevo mito, con una dialéctica propia, ha triunfado por su consideración en nuestro imaginario como «inevitable», y también por los efectos que esta representación

²⁴⁰ Keynes, J. M., «El fin del "laissez-faire" (1926)», en *Ensayos de persuasión*, Editorial Síntesis, 2009, p. 277.

²⁴¹ Toynbee, A., *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*, Longmans, Green and Co., 1908, p. 66.

²⁴² Supiot, A., *El Espíritu de Filadelfia*, Península, 2011, p. 116.

genera en nosotros: una tendencia hacia una segura y cómoda apatía. En definitiva, y siguiendo a Berlin, el dilema entre preferir la paz del encarcelamiento, una conformada seguridad, la sensación de haber encontrado al fin su posición en el cosmos, a los dolorosos conflictos y perplejidad de una libertad desordenada del mundo extramuros²⁴³. Con lo cual, se cambiaría responsabilidad por seguridad, reemplazando, de este modo, la soberanía política por la “del mercado”, como si esta tuviese una mentalidad y moralidad propia; para reordenar la relación de la producción al consumo, para reconstruir la esencia del trabajo, identidad y subjetividad²⁴⁴.

Dicho lo cual, repárese en el principal el efecto de este fenómeno en el Derecho del Trabajo resulta muy preocupante: la incapacidad de pensar (o repensar), cuestionar y plantear (o replantear) los fines del Derecho. En este caso, el dogma de la racionalidad económica no ha podido dar respuesta a los espacios de incertidumbre (y miseria), que se constatan en una realidad social cada vez más separada del mercado, y de su lógica implacable.

En última instancia, corresponde a la sociedad aceptar esta suerte de «inevitabilidad jurídica» (prestado de la terminología de Berenson y Berlin²⁴⁵) y dejarse devorar por el mercado o, por el contrario, controlar esa fuerza. Entonces, si se reconoce al mercado como fuente y causa de legislación, toda doctrina se convierte en mera explicación o justificación de este. Y dado que «explicar es justificar, uno no puede quejarse sobre aquello que no puede ser de otra manera»²⁴⁶. Solo superando la inevitabilidad del mercado tiene cabida la crítica en el Derecho, la creación y la mejora de este. Siguiendo la anterior premisa, la consecuencia derivada resulta esencial e innegociable.

Cabría, a fin de cuentas, concluir, cerrando el círculo temporal abierto con un retorno al inicio, que la mercantilización del trabajo y la cosificación resultante del

²⁴³ Berlin, I., *Historical Inevitability... Op. Cit.*, p. 60: «Some human beings have always preferred the peace of imprisonment, a contented security, a sense of having at last found one's proper place in the cosmos, to the painful conflicts and perplexities of the disordered freedom of the world beyond the walls».

²⁴⁴ Comaroff, J.; Comaroff, J. L., «Millennial Capitalism: First Thoughts on a Second Coming», *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*, Public Culture Book, 2001, p. 43.

²⁴⁵ Berlin, I., *Historical Inevitability... Op. Cit.*, p. 2:

Writing some ten years ago in his place of refuge during the German occupation of northern Italy, Bernard Berenson set down his thoughts on what he called the 'Accidental View of History': they 'led me', he declared, 'far from the doctrine, lapped up in my youth, about the inevitability of events and the Moloch still devouring us today, "historical inevitability"».

²⁴⁶ Berlin, I., *Historical Inevitability... Ibid.*, p. 2: «To explain is to justify; one cannot complain of what cannot be otherwise».

hombre son consecuencias de una larga historia de esclavitud y servidumbre, cuyos efectos se extienden hasta nuestros días, dejando tras de sí un siglo devastado:

Pero la experiencia fundacional de la destrucción industrial del "material humano" es sin duda la primera guerra mundial. Verdun prepara y anuncia tanto Auschwitz como Hiroshima. El uso de los hombres, así experimentado en tiempos de guerra, se prolongó a los tiempos de paz. Los métodos organizativos adoptados en la industria conformaron un modelo de gestión que pretende convertir cualquier tipo de ser o cosa en energía disponible.²⁴⁷

3. ENTRE LA NORMA Y EL CONTRATO

El complicado equilibrio entre autonomía y heteronomía a la hora de regular las relaciones de trabajo se concreta, ya desde los inicios desde la conformación del Derecho Social, en la tensión constante entre el contrato y la norma. Momento en el que las condiciones de trabajo se fijaban, según el dogma liberal, por el puro consentimiento entre patronos y obreros. No obstante, y ante la inhibición del Estado, resultaron realmente impuestas por los fabricantes de manera unilateral²⁴⁸. Así, el contrato se convertiría en el medio jurídico adecuado para reafirmar el dogma liberal —una «operación de poder»²⁴⁹—, al que se le aplican los principios generales de cualquier compraventa; es decir, la igualdad estricta de los contratantes, abstencionismo normativo del Estado en las relaciones entre particulares, entendimiento directo de los individuos en el mercado sin mediaciones o interferencias colectivas²⁵⁰.

El nuevo espacio ofrecido a la autonomía privada es ocupado por quien «está en condiciones de hacer valer su supremacía contractual»²⁵¹. Consecuentemente, la fuente real tras el contrato no sería el libre consentimiento de las partes, sino la exclusiva

²⁴⁷ Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 8.

²⁴⁸ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XIX. Asimismo, Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España...* *Op. Cit.*, p. 26. Por último, ver también Alonso Olea, M., «La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno», en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón* (VV. AA.), Tecnos, 1980, pp. 13-38.

²⁴⁹ En expresión de Laval y Dardot, según aparece en Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público*, . *Op. Cit.*, p. 82:

Y piensan Laval y Dardot que la valorización de la forma del contrato heredada del derecho romano es una «operación de poder» que tiende a hacer prevalecer la contractualización de las relaciones sociales a expensas de la «rigidez de la ley».

²⁵⁰ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XX.

²⁵¹ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo...* *Op. Cit.*, p. 75.

voluntad del empresario²⁵². Ya Adam Smith incidió sobre este extremo, al señalar una desigualdad de base entre las partes (necesidad de los obreros), sostenida por una legislación que prohibía el asociacionismo y colectivismo; desplazando, de esta manera, el acuerdo desde la libertad a la imposición:

Los salarios corrientes dependen en todos los lugares del contrato que se establece normalmente entre dos partes, cuyos intereses en modo alguno son coincidentes. Los trabajadores desean conseguir tanto, y los patronos entregar tan poco, como sea posible.

Los primeros están dispuestos a asociarse para elevar los salarios, y los segundos para disminuirlos. No resulta, empero, difícil prever cuál de las dos partes se impondrá habitualmente en la puja, y forzará a la otra a aceptar sus condiciones. Los patronos, al ser menos, pueden asociarse con más facilidad; y la ley, además, autoriza o al menos no prohíbe sus asociaciones, pero sí prohíbe las de los trabajadores. No tenemos leyes del Parlamento contra las uniones que pretendan rebajar el precio del trabajo; pero hay muchas contra las uniones que aspiran a subirlo. Además, en todos estos conflictos los patronos pueden resistir durante mucho más tiempo [...] ²⁵³.

Con anterioridad, se ha tratado la función del arrendamiento de servicios como instrumento concreto para integrar «la aséptica fórmula jurídica según la cual trabajador y patrono eran partes iguales» de dicho contrato²⁵⁴. Así pues, el contrato de arrendamiento encauza la libertad de producción, y sirve para trasladar la misma a la práctica, pero no da respuesta a la problemática de la nueva libertad de trabajo, de tal manera que, la inextricable desigualdad política y económica vicia el libre consentimiento de un contrato que solo producirá una ilusión de libertad. De hecho, una de las críticas marxistas al modelo de producción reside en la visión social pensada en términos de relaciones contractuales, «donde la propiedad hace posible la explotación»²⁵⁵. Fallido el contrato, al menos para una de las partes, la norma laboral iba a acabar apareciendo, más temprano que tarde, como una necesidad social.

De este modo, resulta necesario analizar, desde una perspectiva formalista, la delicada situación del Derecho del Trabajo, ubicado entre dos instituciones jurídicas ontológicamente opuestas: el contrato y la norma. En esencia y tras estas instituciones, se asoman la libertad y la solidaridad, o la individualidad y lo colectivo.

²⁵² Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología...* Op. Cit., p. 17.

²⁵³ Smith, A., *La riqueza de las naciones...* Op. Cit., p. 65.

²⁵⁴ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España...* Op. Cit., pp. 31-32.

²⁵⁵ Marzal, A., *Empresa y democracia económica*, Argot, 1991. p. 39.

El primer marco jurídico en el que estos principios se movieron fueron los distintos códigos civiles, que sirvieron «para entronizar al empresario, dueño, por su poder económico, de la regulación contractual»²⁵⁶. El Derecho Civil, a través de los primeros códigos, retoma la racionalidad económica previamente referida, para considerar el trabajo como una mercancía libremente intercambiable en el mercado, a través en una operación de compraventa que, al mismo tiempo y por igual, reconoce la libertad individual y el derecho de propiedad²⁵⁷. Se trata de una adquisición de trabajo, equiparado a cualquier otra mercancía, que confiere al adquirente un dominio sobre la persona del trabajador y crea un espacio de poder en la nueva organización y estructura empresarial²⁵⁸. Los contornos del problema han quedado brillantemente definidos, calificando como esquizofrenia del contrato los efectos que este genera sobre el trabajador, a la vez sujeto libre para contratar y objeto subordinado:

(...) el Código Civil instauró la ficción de un trabajo desprendible de la persona del trabajador, cuyo precio puede dejarse a la ley de la oferta y la demanda. El asalariado es, por tanto, un ser dual: al mismo tiempo, sujeto libre para contratar y objeto subordinado. Esta separación del trabajo y del trabajador es, por supuesto, una ficción legal, pero una ficción necesaria al capitalismo, cuyo objetivo es extender la economía de mercado fuera del ámbito de los productos para aplicarla también a los hombres y a la naturaleza. Esta metamorfosis del trabajo en mercancía presupone ser capaz de emplear a los trabajadores como se utilizan las máquinas o las materias primas. En el plano jurídico, se traduce en la subordinación del trabajador a la voluntad de quien lo emplea²⁵⁹.

Tal y como se señala, el Derecho Civil recoge una concepción liberal o «burguesa» del trabajo, en la cual solo se reconocen individuos abstractos, desasidos de toda organización social, o colectiva, y que, como tales, son iguales, libres e independientes unos de otros²⁶⁰. Esa abstracción del «hombre verdadero» provoca que los efectos de la realidad social sobre el individuo simplemente no sean tenidos en cuenta, propiciando la acertada crítica marxista de no reconocer al hombre verdadero «más que en la construcción abstracta del ciudadano»²⁶¹.

²⁵⁶ Marzal, A., «Prólogo», en *Empresa y Derecho Social ... Op. Cit.*, p. 8

²⁵⁷ Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público, ... Op. Cit.*, p. 87.

²⁵⁸ Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público, ... Ibid.*, p. 87.

²⁵⁹ Supiot, A., «La pensée juridique de Simone Weil», en *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 4.

²⁶⁰ Sinzheimer, H., «El hombre en el Derecho del Trabajo (1930)», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 81.

²⁶¹ Marzal, A., *Empresa y democracia económica... Op. Cit.* p. 46.

A) *Code Civil*

Un buen ejemplo de codificación liberal es el Código Civil Francés de 1804, *Code Napoleon*, con la regulación del contrato (y no tanto del contrato de trabajo, escasamente regulado²⁶²) desde una concepción individualista, que consagra al contrato como medio de intercambio en el mercado. Un instrumento jurídico que, como muestra su artículo 1781 Code civil (derogado en 1868), no aseguraba totalmente la igualdad civil²⁶³. Este artículo decretaba que, en caso de controversia sobre el pago y cuantía del salario, bastaba con atender a la sola palabra del patrono²⁶⁴. Por su parte, el artículo 1.382 del C. Civ.²⁶⁵, que establecía la responsabilidad por daño, fue interpretado en relación al despido por el Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*), en Sentencia de 5 de febrero de 1872. Dicha resolución unificaba doctrina, y acabó con la interpretación dada por varios tribunales de apelación que habían concedido al trabajador despedido, sin motivo justo, una reparación en forma de indemnización económica²⁶⁶. El Tribunal Supremo estimó que no existía culpa, ni daño reparable por quien solo ejercitaba su derecho y declaró la irresponsabilidad de la empresa en caso de despido. Adviértase que se trata de una consecuencia jurídica que forzosamente recuerda al despido libre americano, el derecho de despedir o *right to discharge*²⁶⁷.

A estos efectos, M. Mekki caricaturizaba el conflicto de la época con una expresión que resume, sin paliativos, este pensamiento: «La solidaridad es un sentimiento, que la razón contractual hace bien en ignorar»²⁶⁸.

²⁶² Ojeda Avilés, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo»... *Op Cit.*, 2014, p. 3: [...] en el texto originario de 1804, el cual dedicaba solo tres artículos al *louage d'ouvrage et d'industrie*: el de presentación, 1779, que distinguía tres clases de arrendamientos (de trabajadores, de transportistas y de contratistas de obras, siendo el primero definido como *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un*), y otros dos artículos que incardina en una sección titulada *De louage de Domestiques et Ouvriers*: el 1780, a cuyo tenor no se puede contratar sino a término o para obra determinada, y el 1781, según el cual el amo (*mâitre*) será creído sobre la cuantía y el pago de los salarios del año anterior y sobre el estado de cuentas del año en curso. Más bien la terminología usada por el Code, "*mâitre*", remite a las corporaciones de oficios y los gremios del Antiguo Régimen.

²⁶³ Péliissier J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 11.

²⁶⁴ Article 1781 Code Civil: «Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les à comptes donnés pour l'année courante».

²⁶⁵ Article 1382 Code Civil: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

²⁶⁶ Péliissier J., Lyon-Caen, A., Dockès, E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, p. 373.

²⁶⁷ Véase, a este respecto, Martínez Girón, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos...* *Op. Cit.*

²⁶⁸ Mekki, M., *Le contrat: entre liberté et solidarité*. Séminaire au Collège de France, 2016. *Online access*. Disponible en: <https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2016-03-08-11h00.htm>. Consultado: 17/01/2018.

B) *Código Civil*

En España, se produjo un valiente primer intento de codificación con el proyecto de Código Civil de 1821²⁶⁹, elocuentemente definido como «un texto moderno que no repugnaba al sentido tradicional español y que con originalidad y amplia visión jurídica y social se adelanta a regular las relaciones de trabajo»²⁷⁰. Con anterioridad, la Novísima Recopilación (1805) contenía unas exiguas normas laborales que «se engarzaban, al menos a partir de los decretos de desvinculación y liberalización de la mano de obra, en un derecho común presidido por el principio de la autonomía de la voluntad, del que se desprendía necesariamente el abstencionismo de los poderes públicos en la ordenación de las relaciones entre particulares»²⁷¹. La Novísima Recopilación recuperaba, en su regulación laboral, el Código de las Siete Partidas de Alfonso X "El Sabio"²⁷², continuando con una estructura prácticamente feudal en un sistema productivo que debía tender a la industrialización. La Novísima Recopilación regulaba la situación «de los menestrales y jornaleros», «de los criados» y «de los oficios, sus maestros y oficiales» (gremios). Estas normas, a excepción del sistema gremial, continuaron vigentes en España durante buena parte del siglo XIX²⁷³.

Por su parte, el proyecto de 1821 se detiene, con detalle, en las relaciones entre «superior y dependiente», y acepta como propiedad el trabajo prestado por cuenta ajena. Si bien la idea de propiedad inspira el texto, el proyecto no olvidaba el aspecto personal que preside las relaciones de trabajo y, en su artículo 467, establecía que «el superior debe humanidad y buen trato al dependiente». Más aún, si se compara la regulación del salario en el proyecto frente a la del C. Civ. francés²⁷⁴, se puede observar que el proyecto rechaza la primacía del criterio empresarial, y opta por dirimir las controversias a través de lo que seguramente hubiese sido el primer organismo de conciliación y arbitraje español. «Dos hombres buenos», designados por las partes, y un «tercero en discordia, que nombra el alcalde» iban a acabar fijando el precio «del jornal o del salario»²⁷⁵. El fracaso de este proyecto, y del posterior de 1851, supuso la ausencia de un esquema contractual en

²⁶⁹ *Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820*, Imprenta Nacional, 1821.

²⁷⁰ De Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España, Parte General*, Instituto de Estudios Políticos, 1955, Tomo I, p. 209.

²⁷¹ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», ... *Op. Cit.*, p. XXXII.

²⁷² Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 60-63.

²⁷³ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo... Ibid.*, p. 63.

²⁷⁴ Artículo 1781... *Op. Cit.*

²⁷⁵ Artículo 464 del Proyecto de Código Civil de 1821.

España y, por lo tanto, del reconocimiento de la libertad formal a los contratantes²⁷⁶. Evidenciando, con ello, que la autonomía de la voluntad individual iba a reinar en España, sin un control legislativo adecuado al nuevo tiempo, hasta la aprobación del Código Civil²⁷⁷.

Lamentablemente, el Código Civil de 1889, muy distinto y considerablemente menos innovador que el Proyecto de 1821, se consideró un paradigma de desatención y reduccionismo. El artículo 1542 parte de la construcción francesa del arrendamiento, mediante la separación entre cosas y obras, para comprender dentro de esta última categoría «el goce, uso o disfrute de una actividad (obra o servicio)» por cuenta ajena²⁷⁸. Respecto a las obras y servicios, el Código Civil diferenciaba, de acuerdo con el modelo francés, tres tipos de arrendamiento: el de «criados y trabajadores asalariados» (artículos 1583-1587 CC); el de «obras por ajuste o precio alzado» (artículos 1588-1600 CC); y el de «transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas» (artículos 1601-1603 CC)²⁷⁹.

El Código incorporaba a los trabajadores asalariados junto a los servidores domésticos, lo que refleja, con claridad, la referida progresión conceptual entre esclavitud-servidumbre-trabajo asalariado, sobre una misma idea atenuada y modernizada de la necesidad. Particularmente, el Código atendía la regulación de los «servidores domésticos», dando lugar a una «exigua normativa laboral y una estructura contractual huera» que iba a resultar en un contrato de trabajo «sustancialmente atípico»²⁸⁰. En cualquier caso, la libertad de trabajo aparece expresamente en la normativa a través de tres manifestaciones distintas: el origen contractual del deber de trabajar (1542 y 1583 CC); el posible desistimiento o desvinculación por parte del trabajador del contrato en contratos indefinidos o por justa causa en contratos de duración determinada (1586 CC); y la prohibición de pactar un vínculo contractual perpetuo (1583 CC)²⁸¹. En esencia, el Código Civil remitía a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que en la práctica suponía reconocer el dictado del contratante fuerte, la regulación básica de la relación de trabajo: el salario o «precio» de los servicios, el tiempo y forma de prestación de trabajo,

²⁷⁶ Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, 1975, pp. 249-250.

²⁷⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia «BOE» n.º 206, de 25 de julio de 1889.

²⁷⁸ Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 97.

²⁷⁹ Ramos Vázquez, I., *El contrato de arrendamiento de obras y servicios en la codificación civil francesa y española en Derecho y Trabajo en el siglo XIX... Op. Cit.*, p. 41.

²⁸⁰ Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 251-252.

²⁸¹ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España»,... *Op. Cit.*, p. XXXIII.

las condiciones para la ejecución del trabajo, etc.²⁸². Repárese, como curiosidad, el segundo inciso del artículo 1584 CC²⁸³, relativo a reclamaciones salariales del criado frente al amo, es una reproducción prácticamente exacta del referido artículo 1781 del C. Civ. francés que García Goyena justificaba por la necesidad de deferir «juramento a alguno», ante la ausencia de recibos salariales. Por más que, una vez derogado dicho artículo en Francia, «en España, la injusticia continúa(ba) en pie»²⁸⁴. Las certeras palabras de Canalejas resumen bien todos los olvidos de este Código:

El número de las horas del servicio, la exigencia de que el pacto sea formalizado por escrito, la forma del pago del salario, la prohibición a renunciar a determinadas acciones por parte del obrero en caso de accidente y el procedimiento libre de trabas costosas y emplazamientos dilatorios que impidan hacer efectivas las responsabilidades del patrono; tantas disposiciones, en fin, como la equidad aconseja, fueron olvidadas en nuestro Código²⁸⁵.

A la anterior normativa, se añadió la interpretación de los tribunales, desde una visión estrictamente civilista y contractual de las relaciones laborales, con una jurisprudencia del Tribunal Supremo español muy poco favorable para los intereses de la nueva clase obrera. En particular, señala nuestra doctrina científica laboral tres ejemplos paradigmáticos: la sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 1.^a, de 9 junio de 1890, «declarando –por aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil– que los salarios percibidos por el obrero, a pesar de constituir su sustento, eran embargables en su totalidad a instancia del empresario»; el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo (TS), Sala 1.^a, de 2 marzo de 1897, de 10 marzo de 1897, de 18 marzo de 1898 y de 30 abril de 1898, «declarando –por aplicación del Código Civil– que el empresario no respondía de los accidentes de trabajo ocurridos a sus trabajadores, salvo cuando estos últimos probasen la culpa o negligencia del mismo»; y, por último, la posterior STS, Sala

²⁸² Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ...*Ibid.*, p. XXXIII.

²⁸³ Artículo 1584 Código Civil:

El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de este, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más.

El amo será creído, salvo prueba en contrario:

1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico.

2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.

²⁸⁴ Palabras de José María Manresa en 1908, según aparecen en Ramos Vázquez, I., «El contrato de arrendamiento de obras y servicios en la codificación civil francesa y española», en *Derecho y Trabajo en el siglo XIX... Op. Cit.*, p. 42.

²⁸⁵ Según aparece en Montoya Melgar, A., «El Reformismo Social en los orígenes del Derecho del Trabajo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º extra 1, 2003 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), p. 85.

1.^a, de 30 de enero de 1913, «declarando –por aplicación ahora del Código de Comercio de 1885, a propósito de los casos, con frecuencia, en que la duración del contrato «no tuviere tiempo señalado»– que los empresarios, avisando con un mes de anticipación o pagando esta «mesada» de salario, podían despedir libremente a los trabajadores a su servicio»²⁸⁶.

C) *Corolarios*

De conformidad a lo referido hasta el momento, se advierte, con mayor claridad, que la codificación no dejó de ser un instrumento jurídico liberal, que consagró la propiedad privada, y subsumió en esta las relaciones de producción. Quizá porque la libertad y la igualdad en la sociedad parecían aseguradas al máximo, desde el momento que a muchos productores se les garantizaba su propiedad, su cooperación y su particular lucha competitiva²⁸⁷. Se trata de un pensamiento sustentado en una libertad pragmática, una perspectiva kantiana del hombre autónomo e independiente; «esto es, ... el hombre que “tiene una propiedad que le sustente”»²⁸⁸. La libertad económica y la libertad de contratación, como una manifestación derivada de la primera, no eran más que principios axiológicos instrumentales para la consecución de la propiedad privada.

Finalmente, la supremacía del Derecho privado coincide con una idea de «privatización» intelectual, consistente en reinterpretar los valores y principios preexistentes desde una perspectiva privada. Así, la propiedad se convierte en «un derecho eterno e inviolable»; de tal forma que el capital absoluto sustituye en el trono del sistema al monarca absoluto²⁸⁹. Todo ello, teniendo precisamente en cuenta que, una gran parte de problemática del contrato de trabajo, presenta un claro componente metodológico.

Dada su aparición tardía, fruto de las necesidades del nuevo modelo industrial, y la coincidencia de este hecho con un fenómeno generalizado de codificación, se asiste a su inclusión casi automática en una categoría previa: el contrato de arrendamiento. En esos primeros momentos de contratación laboral masiva, las cuestiones de fondo, como la libertad y la autonomía individual, el distinto poder de negociación de las partes, quizá

²⁸⁶ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 65-66.

²⁸⁷ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Op. Cit.*, p. 15.

²⁸⁸ Sinzheimer, H., «El hombre en el Derecho del Trabajo» (1930), en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 81.

²⁸⁹ Radbruch, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho... Op. Cit.*, p. 92.

no fueran valoradas conscientemente en el sentido de instrumentalizar el contrato en beneficio de los patronos. En realidad, los nuevos trabajadores abrazaron, en esos primeros momentos, su nueva condición. La configuración jurídica de esos contratos de trabajo bien pudiera responder entonces a cuestiones prácticas y de tradición, siguiendo el camino marcado por la *locatio conductio operarum* y del contrato de servicios, tanto como a los ya referidos valores del liberalismo. Tal y como recordaba Alonso Olea sobre la modalización y especialidad del Derecho, estas cuestiones dependen de circunstancias históricas variables y de las concepciones jurídicas generales de cada país²⁹⁰; lo que en este caso cabría concretarse en un «hilo de tradición» que se ve completado por una sistematización jurídica en boga.

Resulta por ello, llegados a este punto, de vital importancia, intentar situar al contrato en un lugar no conflictivo dentro del Derecho del Trabajo. Para ello y, en primer lugar, se debe reconocer la propia función retórica del contrato, con una politización del término y una polisemia extrema, que conduce al abandono de su definición jurídica y a la desvirtualización del concepto. Al mismo tiempo, el propio abuso y vulgarización del término revelan la fuerza y los principios que esconde este concepto.

A este respecto, nótese que, con carácter previo a la conclusión del contrato, se aprecia el diálogo, la confianza, la escucha y la proximidad de las partes. Asimismo, al momento de la firma, la libertad y el compromiso, se revelan como dos condiciones indispensables. Por último, una vez ratificado el contrato, se produce la curiosa coincidencia entre derecho y música, más allá del simple lenguaje, en el que un concierto de voluntades puede conducir a la armonía para confirmar que, durante el cumplimiento, solo el respeto a la palabra dada garantizará su eficacia²⁹¹.

Sin embargo, no cabe desconocer ciertas patologías en la contratación laboral que, por el contrario, no aparecen en los instrumentos colectivos. La propia simultaneidad e instantaneidad del contrato lo sitúa en el presente, a través de una comunicación entre coetáneos. La lógica contractual imposibilita entonces cualquier transmisión con el pasado, al ser una creación *ex novo* y limitar sus efectos a las partes firmantes. Cada nuevo contrato es *tabula rasa* respecto de los anteriores²⁹². De esta manera, el contrato

²⁹⁰ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, 1994, p. 16.

Véase también a este respecto, Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre...* *Op. Cit.*, p. 45.

²⁹¹ Mekki, M., *Le contrat: entre liberté et solidarité*, Séminaire au Collège de France, 8 de marzo de 2016. *Online access.*

²⁹² Ost, F., *Mondialiser nos responsabilités...*, *Op. Cit. Online access.*

permanece separado e independiente al espacio de experiencia, lo que impide también generar una perspectiva de futuro. A este respecto, precisamente la característica retórica del contrato, ya enunciada, «coloca la capacidad de reconocimiento bajo la reserva de la contemporaneidad, de modo que la acción comunicativa adolece de resultar ser, en último término, una concepción contractual, de intercambio mercantil, en la que es impensable la solidaridad»²⁹³.

Por contra, los instrumentos jurídicos colectivos operan de manera inversa. De una parte, la solidaridad va implícita al regular condiciones de afección general. De otra, se suceden desde el pasado, conteniendo todos los principios, razonamientos, y conclusiones anteriores; debiendo, además, justificar siempre, ya su continuidad, ya su ruptura con las regulaciones previas. Ambas cualidades permiten la aparición de una «solidaridad intergeneracional», que «implica que el pasado queda abierto»²⁹⁴. Esta dinámica, y su repercusión en el devenir del trabajo (como un cuerpo en constante evolución), no deben pasar desapercibidas a la hora de regular las relaciones laborales, debiendo beneficiarse de una aplicación preferente y habitual.

Así las cosas, si se reconoce en todo caso la bondad y posibilidades del contrato, no se puede pretender ni su translación pura al Derecho Social ni su prevalencia como fuente de derecho en la regulación de las relaciones de trabajo. Convendría acudir a los postulados de Sinzheimer, quien bajo el axioma innegociable de «el ser humano se da a sí mismo», propugnó la emancipación del trabajo y del contrato de trabajo, por ende, «como concepto legal del nexo que le venía vinculando con el derecho referente a la propiedad»²⁹⁵. Por todo ello, solo al reconocer plenamente la especialidad de la relación laboral, con el consiguiente tratamiento autónomo de las figuras empresario-trabajador, se podría trasladar el contrato al Derecho del Trabajo.

En este supuesto, el contrato de trabajo se convertirá, no en nudo de conflictos, sino en solución de controversias. Actuando, entonces, el contrato de trabajo como una suerte de bisagra jurídica, entre la libertad y la heteronomía, entre el contrato (como

²⁹³ Amengual i Coll, G., «Actualidad de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2, p. 362.

Véase, para un desarrollo profundo de la crítica de la razón comunicativa (defendida por Habermas), Metz, J. B., *La fe, en la historia y la sociedad*, Cristiandad, 1979.

²⁹⁴ Amengual i Coll, G., «Actualidad de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2, p. 363.

Véase, para un desarrollo profundo de la crítica de la razón comunicativa (defendida por Habermas), Metz, J. B., *La fe, en la historia y la sociedad*, Cristiandad, 1979.

²⁹⁵ Según aparece en Gil Albuquerque, R., *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar... Op. Cit.*, p. 92.

categoría general) y la norma. De tal manera que el legislador, en su conformación, y los tribunales, en su interpretación, distribuirán la carga de cada principio y resolverán la tensión permanente entre ambas nociones hacia ese concepto común. Esta característica se calificará como la función pacificadora del contrato que, en el orden social, se convierte en su finalidad principal. A ella precisamente hacía ya referencia la *Rerum Novarum*, cuando trataba el problema de compatibilidad, conflicto e, incluso, supervivencia entre el capital y el trabajo. Y acudía, con cierto lirismo, al contrato («acuerdo») como instrumento formal de solución de controversias:

Ambas se necesitan en absoluto: ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital. El acuerdo engendra la belleza y el orden de las cosas; por el contrario, de la persistencia de la lucha tiene que derivarse necesariamente la confusión juntamente con un bárbaro salvajismo²⁹⁶.

De esta forma, el contrato de trabajo, dada su particular finalidad, debe adquirir una autonomía conceptual y una independencia formal frente al contrato civil (ejemplificado en el arrendamiento de servicios), para convertirse en el instrumento jurídico que permita aunar la libertad individual con el elemento colectivo tan cercano al Derecho del Trabajo. En cualquier caso, no debe confundirse la naturaleza del contrato de trabajo con los requisitos legales, que solo serán manifestación de aquella. O como, acertadamente, se ha señalado, «lo que decide la existencia del contrato de trabajo no es la presencia de todos los rasgos que lo individualizan en la formulación legal general, sino la aproximación a la imagen total, constatada a partir de la correspondencia de otras prestaciones contractuales de trabajo por cuenta ajena a los límites fluctuantes del tipo general y a la función económico-social que él mismo desempeña»²⁹⁷. Por lo tanto, cabe concluir que la naturaleza del contrato de trabajo deberá definirse en función de su finalidad. De acuerdo con un razonamiento que bien podría emular a los realistas americanos, se propone una teorización desde su resultado.

Para concretar la finalidad o función del contrato de trabajo, se podría apelar a la solidaridad²⁹⁸ como una tercera vía entre el liberalismo y el colectivismo, un sentimiento

²⁹⁶ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros*. 15 de mayo de 1891. Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consultado: 8/10/2017.

²⁹⁷ Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público*, . *Op. Cit.*, pp. 67-68.

²⁹⁸ Álvarez, J. M., *Derecho Obrero*, Editorial Reus... *Op. Cit.*, p. 11: «La esencia de la solidaridad es la conversión en deberes jurídicos cuasi-contractuales de los que con carácter moral impone el cristianismo».

convertido en pensamiento jurídico que permite unir la organización social y el derecho de contratos. En idea de Mekki²⁹⁹, el contrato será un microcosmos de la sociedad, un espejo de esta. Consecuentemente, el contrato de trabajo se revelará como un contrato organizacional. En este sentido, la doctrina advierte que la organización productiva «no es ya solo el sustrato material necesario para la ejecución del contrato, sino también, en cierto sentido, la base en la que se asienta el negocio jurídico laboral»³⁰⁰.

Una vez perfilada la función organizacional del contrato de trabajo, aún, vagamente, se podrá abordar la función normativa de este, instrumental a la primera y concretada en su papel como fuente de Derecho. La solidaridad actuará como un primer contrapeso al mercado, y así debiera plasmarlo la legislación. Se trataría de una norma correctora de los efectos propios de una sociedad líquida, donde se observa un individualismo destructor. Una tarea urgente desde el momento en que la justicia se entiende también en unos términos contractuales, de simetría y reciprocidad, según el eje horizontal de la simultaneidad³⁰¹.

Anteriormente, ya hemos hecho referencia a cómo el desarrollo de unos primeros contratos de trabajo sobre un mercado desregulado generó un suelo de desigualdad, en el que solo la necesidad de una parte llevaba a su firma. En dichos supuestos, una confrontación latente existirá desde el origen, pudiendo abocar en la manifestación de un conflicto, incluso violento, durante su cumplimiento. Sin embargo, la verdadera cooperación exige una igualdad de condiciones, un reequilibrio legislativo previo; elemento reconocido, afortunadamente, en nuestra legislación. La cooperación, comprendida en la noción de solidaridad, debe reequilibrar la libre competencia como motor del mercado, y el medio adecuado será el contrato de trabajo. Un contrato convertido en instrumento integrador de intereses contrapuestos (empresario-trabajador). Un cruce de voluntades con vocación indefinida que dará fe de un proyecto en común, la empresa, y de una necesidad de cooperación permanente para llevarlo a cabo (organización y dirección/lealtad y buena fe recíprocas).

Nótese que deliberadamente se abandona la noción definitoria de salario, que se mantendrá de cualquier manera en la realidad. Sin embargo, esta se debe excluir de la naturaleza del contrato laboral, dadas las consecuencias de la mercantilización del trabajo,

²⁹⁹ Mekki, M., *Le contrat...* Op. Cit. Online access.

³⁰⁰ Treviño recupera aquí a Rodríguez Piñero, en Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público...* Op. Cit., p. 69.

³⁰¹ Ost, F., *Mondialiser nos responsabilités...*, Op. Cit. Online access.

fruto precisamente de una primera reducción de este a un mero intercambio por salario y, finalmente, a su plena identificación con lo que no era sino una variable económica. En realidad, esta reducción confirma la concepción del trabajo como necesidad y no finalidad, dando inicio a un proceso deshumanizador que, en última instancia, tal y como apuntó S. Weil, puede poner en riesgo todo el sistema capitalista: «un trabajador no puede desear dinero sin desear abandonar la condición de trabajador»³⁰². Revelando la autora la importancia de este aspecto al advertir que, jurídicamente, el salario es la única causa del trabajo asalariado, por lo que el dinero se convierte automáticamente en la única razón para trabajar³⁰³. Cabe inferir, consecuentemente, que el salario no es la solución a la desafección del trabajo, aun cuando la fórmula funciona perfectamente de manera inversa: un salario indigno genera una automática desafección en el trabajo.

Por otra parte, el salario será la consecuencia de la cooperación, un efecto del contrato, la contraprestación al trabajo efectivo prestado, pero no su naturaleza misma. Se preguntaba Barry Schwartz «¿por qué trabajamos?» y contestaba que efectivamente «no trabajaríamos si no nos pagaran, pero ese no es el porqué de lo que hacemos»³⁰⁴. El salario debe abandonar la naturaleza del contrato como si fuera un elemento ontológico a esta.

Se debería repensar el trabajo a través del contrato e incorporar esa noción de solidaridad que destierre la idea de empresa mercantilista. Un razonamiento apriorístico que tal vez equivocó la esencia de la empresa al partir de una visión unidireccional, empresario-trabajador, y no contemplar la posibilidad de comunidad que únicamente podrá concebirse desde un canal de cooperación bidireccional, empresario-trabajador, a través del contrato de trabajo.

³⁰² Weil, S., «The First Condition for the Work of a Free Person», en Weil, S., *Late Philosophical Writings*, University of Notre Dame Press, 2015, p. 134:

The bourgeoisie have been very naive in believing that a good recipe consisted in transferring to the people the end that governs their own life, that is to say, the acquisition of money. They have reached the farthest limit possible by piecework and the extension of exchange between the cities and the countryside. But they have done nothing but push dissatisfaction to a dangerous degree of exasperation. The cause of this is simple. Money, once it becomes the goal of desire and efforts, cannot tolerate in its domain internal conditions in which it is impossible to be enriched. A little industrialist, a little business man can become rich and become a big industrialist or a big business man. A teacher, a writer, a minister are rich or poor in any circumstance. But a worker who becomes very rich ceases being a worker, and it is almost always the same for a peasant. A worker cannot be bitten by the desire for money without desiring to leave, alone or with his comrades, the workers' condition.

³⁰³ Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 6.

³⁰⁴ Schwartz, B., *The way we... Op. Cit.*

Así pues, resulta sugerente la idea de un cambio en la funcionalidad del contrato organizacional: «de la solidaridad en el contrato (pasamos) a una solidaridad que florece a través del contrato»³⁰⁵. Aparece entonces el contrato como una técnica jurídica, por delegación legislativa, muy apreciada por la Unión Europea, dada la finalidad armonizadora del Derecho Social europeo, para garantizar una uniformidad mínima, «una solidaridad por lo bajo»³⁰⁶. El contrato pasaría a ser un lugar de convergencia entre intereses públicos y privados, en un espacio de cohesión social, una bisagra entre lo público y lo privado. Un instrumento de cooperación que se convierte en fuente de solidaridad desde el momento en que se reconoce como fuente del Derecho del Trabajo. Asimismo, y más importante aún, ante la desterritorialización del Derecho, se genera un nuevo espacio jurídico de solidaridad, de cooperación, de arraigo.

4. LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Al inicio de este apartado, desearía aclarar uno de los puntos de mayor interés y conflicto de este trabajo, que consiste en valorar si existía un desarrollo histórico paralelo entre las primeras leyes laborales europeas y estadounidenses, durante la segunda mitad del siglo XIX. Para ello, se parte de la idea que «el Derecho del Trabajo ha sido en todas partes un producto de la Edad Contemporánea»³⁰⁷. A este respecto, adviértase que el estudio se limitará, temporalmente, hasta el final de la primera década del siglo XX, que se sobrepasará, de modo excepcional, para contextualizar mejor la normativa o exponer su progresión. Asimismo, y en relación a los ámbitos materiales analizados, quedan fuera del estudio, dada su profusión y complejidad, tanto las disposiciones que traten el elemento asociativo obrero (prohibiendo o regulándolo), como las de solución de controversias laborales.

A este respecto, considero que quizá sirva la emotiva declaración de Marx, en una carta dirigida al presidente Lincoln tras su reelección, para entender unos lazos permanentes y antiguos entre ambas uniones³⁰⁸.

³⁰⁵ Mekki, M., *Le contrat: entre liberté et solidarité... Op. Cit.*

³⁰⁶ Mekki, M., *Le contrat: entre liberté et solidarité... Ibid.*

³⁰⁷ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», ... *Op. Cit.*, p. CXII.

³⁰⁸ Marx, K., *A Abraham Lincoln, presidente de los Estados Unidos... Op. Cit.*

Desde el comienzo de la titánica batalla en América, los obreros de Europa han sentido instintivamente que los destinos de su clase estaban ligados a la bandera estrellada. ¿Acaso la lucha por los territorios que dio comienzo a esta dura epopeya no debía decidir si el suelo

El planteamiento comparado no parece entonces desdeñable, ya que permite desentrañar y entender las semejanzas entre los sistemas, así como las diferencias en la conformación de los fundamentos del Derecho del Trabajo. En definitiva, marca los límites de la comparación futura.

Más aún, de ser así y confirmarse el paralelismo, la plasmación y concreción en el ámbito laboral de unas similitudes entre Europa y Estados Unidos, que Rasmussen³⁰⁹ a mediados los años ochenta ya había observado en un plano constitucional más amplio, resultarían de indiscutible pertinencia. Supone reconocer la semejanza entre legislaciones aparentemente alejadas, sobre la base de unos fenómenos históricos con una esencia y progresión común: creación del movimiento e ideario obrero, internacionalización de este, actuación en pos de los nuevos derechos, manifestación del conflicto y, en determinados casos, de la violencia.

Si se lleva esta reflexión más lejos, se acabará aceptando un desarrollo jurídico paralelo, en lugar de asumir la internacionalización como un fenómeno de «contagio» sucesivo entre estados, lo que conduciría a tener que identificar el punto de partida, tanto territorial como temporal, de lo que más tarde acabaría siendo el Derecho del Trabajo. En todo caso, se admite la existencia de un distinto desarrollo temporal, más avanzado en países como Inglaterra y Francia, y tardío en otros como España, Portugal o Italia³¹⁰.

De esta manera, se abandonará una estricta cronología histórica para buscar la razón común, el porqué de su creación, al mismo tiempo que se caracteriza al Derecho positivo como un *posterius*³¹¹. En este sentido, se expresaba A. Marzal afirmando que era

virgen de los infinitos espacios sería ofrecido al trabajo del colono o deshonrado por el paso del capataz de esclavos?

³⁰⁹ Según aparece en Eliasoph, I. H., «A "switch in time" for the European community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe»... *Op. Cit.*, p. 470:

Indeed, as early as the mid-1980s, Hjalte Rasmussen found «striking» the extent to which: «the constitutional debate which is presently mounting in the European Community has parallels in US judicial history: federal supremacy expansion of central powers at the expense of the range and effectiveness of local legislative competences ...the enforcement of an essentially economic supreme law as against inter alia non-economic local public policies (the States' usage of their so-called 'police powers'); and more».

³¹⁰ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. CXII.

³¹¹ Fernández García, S., *Análisis filosófico de la "Scienza Nuova" de Giambattista Vico (1668-1744)*, Pentalfa Ediciones, 2013, p. 159.

Estas dos partes del Derecho natural (necesario, voluntario), coordinadas con la distinción materia/forma, son las que los antiguos intérpretes denominaban Ius naturalis prius e Ius naturalis posterius, o en términos estoicos, la distinción entre prima naturae y naturae consequentia, distinción utilizada por Grocio y retomada por Vic [...].

de los que pensaba que, de igual manera que en la relación bíblica del hombre y el sábado, la sociedad no está hecha para el derecho, sino el derecho para la sociedad³¹².

Tal y como se verá en, prácticamente, todos los países referidos, aparecen una serie de ideas, pensamientos y corrientes que moldean y conforman el Derecho del Trabajo, extendiendo o contrayendo su ámbito y alcance:

En un principio, el liberalismo de la primera época, que incorpora la libertad de trabajo y la libertad de iniciativa económica. En un segundo momento, el choque entre el darwinismo social, contrario a cualquier tipo de tutela pública de los económicamente débiles, y los intervencionismos de distinta inspiración, coincidentes en la necesidad de la protección de los más necesitados. Casi al mismo tiempo, la sustitución del liberalismo individualista de la fase inicial por un liberalismo de grupos que supone el reconocimiento de las asociaciones de defensa profesional. Y, más adelante, la combinación entre estas corrientes, que produce los híbridos del *laissez-faire* colectivo, de la ideología de la «reforma social» y finalmente del corporativismo.³¹³

Ante este enfoque, emerge la concepción del Derecho del Trabajo como respuesta a la cuestión social, una reacción de los trabajadores, individual o colectivamente, ante los problemas sociales, la respuesta de los patronos y empleadores, y finalmente el posicionamiento del Estado mediante el Derecho, como instrumento y forma de institucionalización del conflicto industrial, de modo que se haga posible su integración, y respuesta, a través del sistema social establecido³¹⁴.

4.1 Una cuestión social

A continuación, se analizará brevemente la situación inglesa, francesa y alemana, así como en el posicionamiento expreso de la Santa Sede, frente a un problema social que no entendía de espacio ni fronteras, y parecía cronificarse³¹⁵.

En todo caso, y con carácter previo, cabría sintetizar los inicios del «Derecho obrero de todos los países civilizados», desde finales del siglo XIX como «el esfuerzo incesante para disminuir los peligros que el poder dictatorial de los patronos hace correr a la vida, la salud y la moralidad de los obreros»³¹⁶. No obstante, tras esa lucha por la

³¹² Marzal, A., «Prólogo», en *Empresa y Derecho ... Op. Cit.*, p. 13.

³¹³ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XV.

³¹⁴ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre...Op. Cit.*, p. 20.

³¹⁵ Adviértase que no se pretende abordar un análisis pormenorizado de los países referidos (tarea que daría lugar a trabajos de investigación independientes), sino contextualizar mínimamente el estado de la cuestión en Europa; lo que permitirá, a su vez, entender, con mayor propiedad, la situación americana, objeto de esta tesis.

³¹⁶ Sinzheimer, H., *Le problème des sources du Droit Positif*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 75.

transformación del trabajo, por la mejora básica de las condiciones laborales, subyacía ya un planteamiento económico y, en última instancia, de «poder». De tal forma que la cuestión social latía tras cada reforma, tras cada paso del Derecho hacia un sistema completo.

En un primer momento, todo parecía quedar reducido al aspecto económico de la cuestión social, es decir, «¿cómo han de ser distribuidas las riquezas?»³¹⁷. Obsérvese como el Estado, a través de los distintos y sucesivos gobiernos, pretende ofrecer un medio de solución pacífico a la cuestión social. Finalmente, la conformación, cierto que paulatina, de un verdadero Derecho del Trabajo, que asumirá, frente a los dogmas liberales, unos principios jurídicos propios y autónomos, proporcionará un marco justo, y pacificado, de resolución de conflictos:

Frente al dogma liberal de la igualdad de los contratantes, la legislación y el Derecho del Trabajo se apoyan en la idea de la asimetría del contrato de servicios a causa de la desigualdad de poder económico de patronos y obreros. Frente al dogma liberal del abstencionismo normativo del Estado, la legislación y el Derecho del Trabajo significan la intervención de este para la protección del contratante débil en la relación individual de trabajo. Frente al dogma liberal del entendimiento directo entre individuos en el mercado de empleo, la legislación y, sobre todo, más adelante, el Derecho del Trabajo aceptan la dimensión colectiva de las relaciones laborales, admitiendo con más o menos amplitud la participación de las asociaciones y coaliciones profesionales en la fijación de las condiciones de trabajo³¹⁸.

A) *Inglaterra*

Respecto a Inglaterra, y aunque se desarrollará su situación con más detenimiento en el apartado dedicado a la Revolución Industrial, es necesario mencionar ciertas consideraciones, a partir de la relevante característica de resultar el país a la cabeza de la industrialización y, consecuentemente, de tener que lidiar con sus efectos sociales. El primero de ellos surge en forma de reacción, primaria y violenta, con la destrucción de las primeras tupidoras en 1758 y la promulgación, en 1769, de una ley que, santificando la propiedad, castigaba la destrucción de fábricas y máquinas con la pena capital³¹⁹. La segunda reacción pasa por buscar la asociación frente al capital en un intento de

³¹⁷ Álvarez, J. M., *Derecho Obrero... Op. Cit.*, p. 4.

³¹⁸ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XXI.

³¹⁹ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Op. Cit.*, p. 13.

reequilibrar la fijación de condiciones de trabajo. Sin embargo, las Combinations Acts de 1799 y 1800 prohíben la creación de asociaciones sindicales³²⁰.

A estos efectos, ya explicaba Alonso Olea que el delito de «maquinación criminal», pensado para perseguir el aumento consensuado de los precios de mercado, fue analógicamente trasladado a los «incipientes sindicatos» cuando ejercían su función consustancial de promover mejoras salariales³²¹. Se presumía *iuris et de iure* la ilicitud de los fines de las coligaciones obreras, al entender que ejercían una antinatural coerción económica sobre el empresario; el *unlawful act*, que convertía la asociación, figura lícita, en *conspiracy*, figura ilícita, se daba por evidente y notorio³²². Ocurrendo que, si bien esta legislación alcanzaba también a los empresarios, la realidad se mostraba mucho más tolerante con estas asociaciones. Se creó entonces, perpetuó y acabó por aplicarse, como un principio de Derecho a ambos lados del Atlántico, the *Double Standard*, una práctica jurídicamente aceptada sobre la base de una desigualdad de trato subjetiva por la diferente condición empresario-trabajador. Consiguientemente, la prohibición de coligación de trabajadores se mantendría hasta 1875, con la aprobación primero Trade Union Act (1871) y, finalmente, del Conspiracy and Protection of Property Act (1875)³²³.

Paralelamente, surgen sucesivas leyes de fábricas (Factory Act), que reconocen la necesaria, pero mínima, intervención estatal sobre la industrial. Así, se dictan la Health and Morals of Apprentices Act (1802), en pos de la preservación de la salud y moralidad de los aprendices que trabajan en las fábricas de lana y algodón³²⁴, y, sucesivamente, una serie de leyes para regular las relaciones laborales en las fábricas textiles (Cotton Mills

³²⁰ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Ibid.*, p. 11.

³²¹ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos», en *Revista de estudios políticos*, n.º 70, 1953, p. 111.

³²² Alonso Olea, M., *La configuración de los... Ibid.*, p. 114.

³²³ Alonso Olea, M., *La configuración de los Sindicatos... Ibid.*, p. 114.

A este respecto ver el voto particular de Louis Brandeis en *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921):

In England, a workman struggling to improve his condition, even when acting singly, was confronted until 1813 with laws limiting the amount of wages which he might demand. Until 1824, he was punishable as a criminal if he combined with his fellow workmen to raise wages or shorten hours or to affect the business in any way, even if there was no resort to a strike. Until 1871, members of a union who joined in persuading employees to leave work were liable criminally although the employees were not under contract and the persuasion was both peaceful and unattended by picketing. Until 1871, threatening a strike, whatever the cause, was also a criminal act. Not until 1875 was the right of workers to combine in order to attain their ends conceded fully. In that year, Parliament declared that workmen combining in furtherance of a trade dispute should not be indictable for criminal conspiracy unless the act, if done by one person, would be indictable as a crime. After that statute, a combination of workmen to effect the ordinary objects of a strike was no longer a criminal offense. But picketing, though peaceful, in aid of a strike, remained illegal, and likewise the boycott.

³²⁴ Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 17.

and Factories Act de 1819, Cotton Mills Regulation Act de 1825), que inciden tímidamente sobre el trabajo infantil y el tiempo de trabajo.

Aunque, precisamente, fueron los graves problemas de cumplimiento de estas normas los que motivaron la aprobación de la Althorp Act (1833), que, si bien abordaba el trabajo infantil con unos límites de edad y tiempo de trabajo muy laxos, dotaba de unas primeras competencias de inspección y control al Estado. Por su parte, la Factory Act de 1844, Graham Factory Act, extendió su aplicación a las mujeres, fijando una jornada máxima para mujeres y jóvenes de 12 horas diarias. Finalmente, la importante Factory Act de 1847, Ley 8 de junio de 1847, terminó decretando una jornada máxima de 10 horas para mujeres y menores de 18 años, en las fábricas y talleres textiles, que se hizo extensible a todos los obreros a partir de 1850, con el Factory Act de 1850, the «Compromise» Act. Justamente, en relación con la importante Factory Act de 1847, Marx comprendió que su relevancia se extendía más allá de las particulares condiciones de trabajo; se trataba en realidad de un límite a la autonomía individual, y de un triunfo de lo colectivo, que podría transformar la dinámica de las relaciones laborales: «los obreros han forzado una ley estatal que les impide venderse a sí mismos y a sus familias a la muerte y a la esclavitud mediante un contrato voluntario»³²⁵. Finalmente, la Master and Servant Act (1867), la Employers and Workmen Act (1875) y la Factory and Workshorp Act (1878), como primer intento codificador y sistemático de la normativa social previa³²⁶, propiciaron la descriminalización del movimiento obrero y la intervención en materias de seguridad y salud.

Por lo tanto, el *iter legis* británico es largo y lento, cada paso es una conquista de derechos laborales frente a un sistema de producción que entendía debía preservarse desde un plano político. Sirva a este respecto esta contundente reflexión de E. P. Thompson para enmarcar los hechos y confirmar al Derecho del Trabajo como una «solución defensiva» del Estado, una corrección progresiva del estatuto político del trabajador: «el pueblo estaba sometido simultáneamente a una intensificación de dos formas de relaciones intolerables: las de explotación económica y de la opresión política»³²⁷.

³²⁵ Tal y como aparece en Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Op. Cit.*, p. 22.

³²⁶ Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología... Op. Cit.*, p. 17.

³²⁷ Thompson, E. P., *The Making of the English Working Class... Op. Cit.*, pp. 198-199.

B) Francia

Nos referimos ahora a Francia para mostrar cómo su situación es sustancialmente parecida a la de Inglaterra, salvo por un cierto desfase, dada una industrialización más tardía. De hecho, Inglaterra sirve como patrón de base avanzado respecto a los demás países industrializados³²⁸. Si bien, en Francia, resulta más descorazonador comprobar la falta de igualdad social una vez proclamada la igualdad política tras la Revolución.

A este respecto, la Ley de 2 y 17 de marzo de 1791, Décret d'Allarde, y la Ley de 14 de junio de 1791, Loi Le Chapelier, siguen la línea de Turgot, declarando la libertad de empresa y prohibiendo las corporaciones de oficios y trabajadores (también campesinos), respectivamente. Se trata de disposiciones dictadas, paradójicamente, bajo el Comité de Salut Public, cuando «los oficiales artesanos y obreros manufactureros pasaban, desde luego, por ser los grupos más activos en las luchas revolucionarias»³²⁹. Sin embargo, el espíritu individualista prevalecía y tomaba cuerpo en las palabras de Le Chapelier³³⁰: «ya no quedan corporaciones en el Estado, ya solo está el interés particular de cada individuo y el interés general del Estado»³³¹. El Código Penal de 1810 completará este «resuelto individualismo», con la sanción de toda coalición, y asociación no autorizada de más de 20 personas³³². Este modelo institucional, sobre la base de una lógica liberal individualista y la correlativa negación, y represión, del fenómeno asociativo, sería exportado a España a través de la Novísima Recopilación y del Código Penal de 1848³³³.

Tras la primera *Révolution des Canuts* de noviembre de 1831, a causa de la caída en el precio de la seda que repercutió directamente en el salario de los obreros textiles,

³²⁸ Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 17.

³²⁹ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Op. Cit.*, p. 11.

³³⁰ En este sentido, para más información, véase Alonso Olea, M., «La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno», *Op. Cit.*, pp. 13-38

³³¹ Según aparecen en Rosanvallon, P., *Les corps intermédiaires et la question du jacobinisme*, Constructif, Sommaire, n.º 30, 2011: «Il n'y a plus de corporations dans l'État; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation».

³³² Péliissier J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail... Op. Cit.*, p. 10.

³³³ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XXXVIII.

Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 83: *[...] con la promulgación del Código Penal de 1848, cuyo artículo 450 consideraba delito contra la propiedad —y más en concreto, delito de maquinación para alterar el precio de las cosas— la conducta de «los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones», que castigaba con pena de arresto mayor y multa. El tenor de este precepto fue luego reproducido por el artículo 461 del Código Penal de 1850; y también, por el artículo 556 del Código Penal de 1870, que mantuvo la pena de arresto mayor, aunque eliminó la de multa.*

llegó el fracaso de la Revolución de 1848, que se pensó obrera cuando, en realidad, era burguesa y campesina. Si bien, ambos alzamientos fueron reprimidos. La *Révolte des Canuts*, en su momento, por el Mariscal Soult, quien reconquistó Lyon sin sangre a la cabeza de 20.000 hombres, y el levantamiento de junio de 1848 violentamente, durante aquellos nefastos días en París, por el General Cavaignac, que saldó su mando con 3.000 obreros muertos. Antes, Louis Blanc, desde el gobierno provisional, intentó crear un cuerpo completo de trabajo. Para ello, propuso un derecho constitucional al trabajo (finalmente rechazado), lo que propició la creación de los talleres nacionales que darían empleo a los parados, y de la *Commission du Luxembourg (Commission du Gouvernement pour les travailleurs)*, primer paso hacia un verdadero Ministerio del Trabajo, la cual limitó la jornada de trabajo a 10 horas para adultos, prohibió la cesión de mano de obra...³³⁴. Sin embargo, tras las elecciones del 23 de abril y la victoria de los conservadores, Blanc perdió su sitio en el nuevo gobierno, y, paulatinamente, claudicó ante la presión de la Asamblea (con mayoría conservadora del Parti de l'Ordre). Finalmente, «el Decreto del 21 de junio de 1848, que excluía a los obreros solteros de los talleres nacionales, fue la señal para un levantamiento espontáneo de los obreros de París»³³⁵. Reformas, todas las referidas, que serían derogadas a partir de 1849³³⁶.

La Revolución de 1848 trajo, con ella, el corto advenimiento de una Segunda República que dio paso, a su vez, a un Segundo Imperio. El proclamado emperador, Napoleón III, recelaba del fenómeno obrero, aunque mantuvo una actitud de tolerancia hacia el sindicalismo, con un giro liberal, desde 1860. A este respecto, la Loi Ollivier, de 25 de mayo de 1864, eliminó el delito de asociación obrera³³⁷.

Realmente, mucho se ha escrito sobre la llegada al poder de Napoleón III, pero quien, en su momento, y a nuestro juicio, mejor analizó la situación, con la dificultad añadida de la cercanía con los hechos, fue Marx en el 18 Brumario³³⁸:

³³⁴ Péliissier J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail... Op. Cit.*, p. 12.

³³⁵ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Op. Cit.*, p. 11.

³³⁶ Péliissier J., Supiot A., Jeammaud, A., *Droit du travail... Op. Cit.*, p. 12.

³³⁷ El «délit de coalition» había sido establecido en tiempo revolucionario por la «Loi Le Chapelier» de 14 de junio de 1791.

³³⁸ Marx, K., *The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte*, Marxist archives, p. 5. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/download/pdf/18th-Brumaire.pdf>. Consultado: 2/10/2017:

Hegel remarks somewhere that all great world-historic facts and personages appear, so to speak, twice. He forgot to add: the first time as tragedy, the second time as farce. Caussidière for Danton, Louis Blanc for Robespierre, the Montagne of 1848 to 1851 for the Montagne of 1793 to 1795, the nephew for the uncle. And the same caricature occurs in the circumstances of the second edition of the Eighteenth Brumaire.

Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa. Caussidière por Dantón, Luis Blanc por Robespierre, la Montaña de 1848 a 1851 por la Montaña de 1793 a 1795, el sobrino por el tío. ¡Y la misma caricatura en las circunstancias que acompañan a la segunda edición del 18 Brumario!

Si bien las demandas obreras solo encontraban la represión como respuesta, las derrotas fueron formando un imaginario colectivo al que la cultura otorgó una forma y representación determinada. El 18 Brumario resulta el ejemplo más claro en su doble carácter de obra histórica y literaria –está definitivamente a caballo entre ambas materias– y donde Marx, con argumentos escatológicos, empieza a pergeñar una fuerza mesiánica detrás del movimiento obrero. Con lo cual, se detecta cómo la historia y sus fracasos se revisitan para propiciar una alternativa plausible.

También en la pintura³³⁹, en momentos similares, cabe encontrar una misma aproximación. Así, en una obra como el *Entierro en Ornans*³⁴⁰, Courbet, amigo de Proudhon, recrea un funeral cotidiano (posiblemente el de su abuelo) en el pequeño pueblo de Ornans, pero le da la misma forma de representación, tamaño (dimensiones enormes) y técnica, que a las pinturas históricas de la época. Por primera vez, el «pueblo» en un sentido tanto literal –pues posa toda la comunidad contándose hasta 46 figuras–, como metafórico –todos los estratos sociales tienen cabida en un plano compartido–, recibe un mismo tratamiento artístico que los grandes momentos y hombres de la historia. Una igualdad provocadora, al traer causa en la muerte, y que el Estado no parecía estar dispuesto a garantizar en ese momento.

Asimismo, unos años más tarde, otro pintor realista como Millet recrea en *Las espigadoras*³⁴¹ una aparente escena de trabajo cotidiano en el campo. Nótese que, entre las representaciones de Courbet y Millet, Francia había aprobado una ley de jornada máxima de 12 horas. A todas luces insuficiente, la representación de las recolectoras, a modo de contestación, vuelve a resultar revolucionaria en forma y fondo. Así lo acreditan el tamaño del cuadro, reservado en el canon tradicional a arte mitológico o religioso, y la representación de la pobreza en el campo, que ya no aboca a la piedad, sino a la dignidad y denuncia social. Se aprecia a las mujeres más pobres que recuperan después de la siega

³³⁹ Véase a este respecto, en este trabajo, «El Dilema de Debs...».

³⁴⁰ Courbet, G., *Un enterrement à Ornans*, Musée d'Orsay, 1842.

³⁴¹ Millet, J. F., *Des glaneuses*, Musée d'Orsay, 1857.

los granos sobrantes para dar de comer a los suyos. Asimismo, si se observa con detalle, aparece a caballo, al fondo y controlando la escena, el «señorito».

Al legislador francés, bajo la Tercera República, no le pasó desapercibido ese estado de ánimo respecto a la cuestión social, promulgando una serie de normas básicas, pero insuficientes y dispersas, para dar solución al problema³⁴². En particular, la Ley Waldeck-Rousseau, de 21 de marzo de 1884, permitió el paso del asociacionismo desde «la tolerancia al reconocimiento»³⁴³. Dicha disposición autorizaba la creación de asociaciones profesionales y sindicatos.

En sentido negativo, cabría destacar la sentencia del Tribunal Supremo («Cour de Cassation»), de 5 de febrero de 1872, que casa y anula la decisión de apelación del «Tribunal de Commerce de Chambéry», y declara que un despido sin causa no debe ser indemnizado, con la excepción del abuso de derecho por parte del empresario³⁴⁴.

Finalmente, la creación del Ministerio de Trabajo en 1906 y la primera recopilación de leyes bajo el Code du Travail (1910), permitirían una sistematización y un control más exhaustivo en la aplicación de las normas laborales.

C) Alemania

En cuanto al nuevo Imperio alemán (Deutsches Reich, 1871), es preciso referir la tardía industrialización de la sociedad alemana, para entender el desarrollo jurídico de las relaciones laborales. En 1848, solo un 5,5% de la población trabajaba en fábricas o

³⁴² Pélissier, J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail... Op. Cit.*, pp. 12-13:

1. *La loi de 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures institue un corps d'inspection du travail, renforcé par une loi de 1892 qui crée aussi l'Office du travail.*

2. *Des lois successives édifient une réglementation de la durée du travail: institution du repos hebdomadaire en 1906 (relayant le repos dominical en ce temps de séparation de l'Eglise et de l'État); journée de 8 heures (semaine de 48 heures) avec une loi de 1919 cédant a une revendication ancienne dans un après-guerre dominé par la crainte de propagation de la révolution russe.*

3. *L'importante loi du 9 avril 1898 oblige l'employeur a indemniser forfaitairement l'ouvrier ou l'employé victime d'un accident du travail. [...]*

4. *Le congédiement, c'est-a-dire la rupture par l'employeur du louage de services a durée indéterminée, cesse d'être un acte discrétionnaire: des lois de 1890 et de 1928 introduisent le délai de préavis et la faculté pour les juges d'accorder des dommages-intérêts au salarié abusivement congédié.*

5. *Une loi de 1892 institue une procédure de conciliation pour prévenir ou régler les conflits collectifs.*

6. *La loi du 21 mars 1884 accorde la liberté aux syndicats professionnels, attestant ainsi la formation d'un droit républicain.*

³⁴³ Pélissier, J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail... Ibid.*, p. 14.

Ver también para un breve desarrollo comparado de esta norma: Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XLII.

³⁴⁴ Pélissier, J.; Lyon-Caen, A.; Dockès, E., *Les grands arrêts du droit du travail... Op. Cit.*, p. 373.

industria minera, mientras que el resto de trabajadores se dedicaba a la artesanía o la agricultura³⁴⁵. Así las cosas, la cuestión social no resultó problemática, sino con el crecimiento y extensión de las industrias. A este respecto, el problema se aborda en dos mensajes imperiales de Bismark, transmitidos ante el Reichstag por boca de Guillermo I, de 17 de noviembre de 1881 y 10 de marzo de 1884, respectivamente. En el primero, manifestó que «la curación de los males sociales no debe ser tratado únicamente a través de la represión de los excesos sociales democráticos, sino solo de manera positiva para avanzar en el bienestar de los trabajadores»³⁴⁶. De esta manera, a través de un primer reconocimiento estatal, las leyes laborales se abrían paso.

Sin embargo, repárese en que, en el segundo discurso, y tras haber aprobado en 1883 la ley protectora de enfermedad, Bismarck matizaba, de forma clara, la intervención del Estado en cuestiones de condiciones de trabajo: «La cuestión de la jornada de trabajo y del incremento de los salarios es extraordinariamente difícil de resolver a través de la intervención del Estado»³⁴⁷. Si bien es cierto que ese discurso propició la aprobación de la ley del seguro contra accidentes de trabajo (1884), no es menos clara su preferencia por la voluntad de las partes expresada en el contrato a la hora de regular las condiciones de trabajo. La visión del trabajador reducida a una perspectiva individualista, como parte de un contrato³⁴⁸, era una perspectiva asumida en Alemania desde la decisión del 13 de julio de 1854 del Parlamento Federal alemán (Bundestag), que prohibía todas las asociaciones obreras³⁴⁹, si bien el Trade Act de 1869 (Gewerbeordnung-Gewo) había liberalizado hasta cierto punto dicha prohibición³⁵⁰. Nótese que los tribunales sentaron una jurisprudencia sumamente restrictiva sobre esta última norma y que el legislador vino finalmente a limitar el fenómeno asociativo obrero mediante la Sozialistengesetz de 1879³⁵¹.

En cualquier caso, el carácter precursor de las normas laborales bismarckianas es indudable, hasta el punto de terminar organizando un sistema completo de seguros

³⁴⁵ Weiss, M., Schmidt, M., *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 28.

³⁴⁶ Voltès, P., *Bismarck*, Ediciones Palabra, 2004, pp. 249-250.

³⁴⁷ Voltès, P., *Bismarck*, ... *Op. Cit.*, pp. 249-250.

³⁴⁸ Gil Albuquerque, R., *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar...* *Op. Cit.*, p. 170.

³⁴⁹ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero...* *Op. Cit.*, p. 30.

³⁵⁰ Weiss, M.; Schmidt, M., *Labour Law and Industrial Relations in Germany...* *Op. Cit.*, p. 28.

³⁵¹ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. XLIII.

sociales estatales con la aprobación del de invalidez y vejez, en 1889³⁵². La legislación bismarckiana fluctúa entre dos ideas contrarias, por un lado, la igualdad formal del contrato, trasladada al ámbito del trabajo, y, por otro, el vínculo histórico de fidelidad – obediencia o protección– entre amo y siervo; creando un sistema laboral que, en cualquier caso, estuvo vigente hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial³⁵³.

D) Santa Sede

Cronológicamente, en último lugar, conviene detenerse en la primera encíclica social de la Iglesia Católica, hábilmente titulada *Rerum Novarum*³⁵⁴, que data de 1891. Con anterioridad, la posición de la Iglesia Católica frente a la cuestión social, tanto la línea oficial marcada por el Vaticano como su concreción en España, bien puede calificarse como francamente conservadora e inmovilista³⁵⁵.

³⁵² Rodríguez Ennes, L., «El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la “locatio conductio operarum et operis” como consecuencia de la presente depresión económica», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009, p. 188.

³⁵³ Gil Albuquerque, R., *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar... Op. Cit.*, p. 44:

Durante el segundo periodo (1890-1914), los sucesivos gobiernos continuaron con el desarrollo del contenido del Código Industrial, imponiendo un mínimo de derechos laborales individuales (jornada máxima, trabajo dominical, seguros sociales), y promulgándose, a su vez, normas procesales para la resolución de conflictos laborales individuales.

³⁵⁴ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros*, 15 de mayo de 1891. Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consultado: 8/10/2017.

³⁵⁵ A estos efectos, recuperaba Montalvo Correa una carta pastoral, escrita por el Dr. Antoni Palau, Obispo de Vich, el 4 julio de 1855, al inicio de la huelga general y posteriores altercados de Barcelona, en la que preguntaba a los obreros:

¿Qué os proponéis con vuestra actitud imponente? ¿Adónde os encamináis con vuestras exigencias? ¿Qué pretendéis con retraeros del trabajo y obligar a los fabricantes a que cierren sus talleres? [...].

Pero, y si con vuestras exigencias amedrentáis a los fabricantes; si les obligáis a que retiren sus capitales; si se cierran los talleres y quedan paralizados los trabajos y perece nuestra industria que iba floreciendo de día en día en nuestra Cataluña, ¿qué habréis conseguido al fin de todo?

Ahora vivís ganando alguna cosa, si bien no tanto como creéis tener derecho; pero entonces no ganaréis nada, y después de haber vendido la última camisa y el último mueble de vuestro modesto ajuar, tendréis que mendigar el sustento que ahora os ganáis muy honradamente [...]. Esta es la terrible verdad.

[...] os conjuramos por las entrañas de Nuestro Señor Jesucristo que abandonéis esta actitud que volvéis al trabajo, que volvéis a vuestros talleres, en donde con el honrado trabajo de vuestras manos podáis ganar el sustento de vuestras familias. Si a pesar de todo no podéis satisfacer todas vuestras necesidades; si en vuestra vida laboriosa tenéis que sujetaros a algunas privaciones, la religión nos enseña la resignación y el sufrimiento; la religión nos consuela prometiéndonos más abundantes felicidades para una vida venidera, cuanto mayores hayan sido las privaciones en la presente; la religión nos manda [...] una profunda sumisión a las leyes y a las autoridades constituidas (El Occidente, Diario Político, miércoles 11 de julio de 1855, Año I, n.º 155).

Según aparece en Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 97.

La encíclica *Rerum Novarum* suponía un cambio de pensamiento político del Estado Vaticano, que rompía con la línea anterior más centrada en la defensa de la propiedad privada y el ataque al socialismo que en cuestiones sociales, marcada por la encíclica del propio León XIII *Quod Apostolici muneris*³⁵⁶, e iniciada por las combativas encíclicas de Pío IX *Qui Pluribus*³⁵⁷ y *Nostis et Nobiscum*³⁵⁸. En esta última, se afirmaba como «hecho cierto» que:

Estos maestros del socialismo y comunismo [...] abrigan el propósito común de mantener en constante agitación a los obreros y demás hombres de condición más humilde, engañándolos con discursos seductores y con falaces promesas de un porvenir más feliz y habituándolos poco a poco a los más graves crímenes: confían con esto poder utilizar sus fuerzas para atacar cualquier régimen de autoridad superior, para robar, dilapidar e invadir las propiedades, primero, de la Iglesia, después de todos los particulares, para violar en fin todos los derechos divinos y humanos, destruir el culto de Dios y abolir todo orden en la sociedad civil.

La encíclica *Rerum Novarum* partía de un fino análisis histórico en el que recuperaba la legitimidad de una solidaridad colectiva que remontaba a los primeros cristianos, de un colectivismo obrero articulado y reconocido a través de los antiguos gremios. Precisamente, es la disolución de esa fuerza asociativa gremial el origen de un problema social que se describe crudamente y en unos términos, sorprendentemente, claros, además de críticos para una encíclica:

[...] vemos claramente, cosa en que todos convienen, que es urgente proveer de la manera oportuna al bien de las gentes de condición humilde, pues es mayoría la que se debate indecorosamente en una situación miserable y calamitosa, ya que, disueltos en el pasado siglo los antiguos gremios de artesanos, sin ningún apoyo que viniera a llenar su vacío, desentendiéndose las instituciones públicas y las leyes de la religión de nuestros antepasados,

³⁵⁶ León XIII: *carta encíclica Quod Apostolici muneris del Sumo Pontífice León XIII, sobre los errores modernos*, 28 de diciembre de 1878, Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/en/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_28121878_quod-apostolici-muneris.html. Consultado: 4/12/2017: «Nuestro glorioso predecesor Pío IX, de f. m., ha combatido, ya en diversas alocuciones tenidas, ya en encíclicas dadas a los Obispos de todo el orbe, contra los inicuos intentos de las sectas, y señaladamente contra la peste del socialismo, que ya estaba naciendo de ellas».

³⁵⁷ Pío IX: *carta encíclica Qui Pluribus del Sumo Pontífice Pío IX*, 9 de noviembre de 1846. Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: <https://w2.vatican.va/content/pius-ix/it/documents/enciclica-qui-pluribus-9-novembre-1846.html>. Consultado: 4/12/2017: «[...] la nefanda doctrina del comunismo, contraria al derecho natural, que, una vez admitida, echa por tierra los derechos de todos, la propiedad, la misma sociedad humana».

³⁵⁸ Pío IX: *carta encíclica Nostis et Nobiscum del Sumo Pontífice Pío IX, sobre los errores modernos*. 8 de diciembre de 1849, Página oficial de La Santa Sede. *Online access*. Disponible en: <https://w2.vatican.va/content/pius-ix/it/documents/enciclica-nostis-et-nobiscum-8-dicembre-1849.html>. Consultado: 4/12/2017.

el tiempo fue insensiblemente entregando a los obreros, aislados e indefensos, a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfadada codicia de los competidores.

Ante la gravedad de la situación y por primera vez, León XIII plantea superar la caridad privada (aunque la sigue defendiendo como mecanismo de solidaridad civil), y acudir a la intervención pública³⁵⁹. Por lo tanto, y al amparo de un argumento de justicia retributiva, la Iglesia insta al Estado a intervenir en la elaboración de las leyes laborales. «El Estado debe ser la “Providencia” de los trabajadores»³⁶⁰. Sin embargo, se trata de una intervención excepcional y, por tanto, limitada. La libertad individual sigue siendo dogma, y la encíclica abre la puerta a una intervención legislativa en ámbitos laborales muy concretos y reducidos, tiempo máximo de trabajo y protección de grupos vulnerables³⁶¹.

Y resulta relevante comprobar cómo, a la larga, el canon de constitucionalidad de la legislación laboral americana acabará por identificarse con estos dos criterios (duración máxima y trabajo de mujeres o niños).

4.2 El lento camino de las reformas³⁶²

Al igual que en el resto de Europa y en los Estados Unidos, durante la segunda mitad del siglo XIX, unas primeras leyes laborales dispersas irán aumentando en número y frecuencia, para conformar, finalmente, una legislación que se halle dotada de un sistema y principios propios, que abocará, a su vez, en un Derecho obrero³⁶³. Se trata de un fenómeno general y utópico, en su sentido etimológico de falta de lugar concreto, vinculado a una industrialización abrupta «basada en el ideario individualista, en la libertad de producción, comercio y trabajo»³⁶⁴. En términos jurídicos, el Derecho del

³⁵⁹ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros...* *Op. Cit.*:

...los desvelos públicos han de prestar los debidos cuidados a la salvación y al bienestar de la clase proletaria; y si tal no hace, violará la justicia, que ordena dar a cada uno lo que es suyo

³⁶⁰ Álvarez, J. M. *Derecho Obrero...* *Op. Cit.*, p. 10.

³⁶¹ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros...* *Op. Cit.*:

...si la clase patronal oprime a los obreros con cargas injustas o los veja imponiéndoles condiciones ofensivas para la persona y dignidad humanas; si daña la salud con trabajo excesivo, impropio del sexo o de la edad, en todos estos casos deberá intervenir de lleno, dentro de ciertos límites, el vigor y la autoridad de las leyes

³⁶² En expresión de De Azcárate, G., «El problema social ... *Op. Cit.*, p. 282.

³⁶³ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España...* *Op. Cit.*, p. 25.

³⁶⁴ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las...* *Ibid.*, p. 25.

Trabajo se aparece como transfiguración del Derecho Civil, un derecho civil reconvertido por la heteronomía³⁶⁵.

Ante la pluralidad de ordenamientos jurídicos en la Europa continental, así como la dificultad y densidad de una comparativa de este tipo, se hace necesario, más allá de los casos anteriormente expuestos a modo de breves ejemplos, concretar y delimitar esta a una legislación conocida: la española. Estableciendo para ello, y con carácter previo, una sucinta contextualización histórica del fenómeno industrial en España. Así, se han destacado tres principales etapas durante el siglo XIX español: el inicio de la nueva industria (1830-1854), con la implementación de una industria textil algodonera, principalmente en Cataluña, a través de la instalación de maquinaria moderna como la máquina de vapor (1832), «pudiéndose observar ya la presencia de una auténtica “mentalidad industrial”»; una segunda etapa de industrialización (1855-1881), favorecida por una política liberal desde 1868 y la coyuntura económica internacional; una última etapa coincidente con la creación de la gran industria periférica (1881-1914), a través de inversiones extranjeras dirigidas a la banca y sociedades financieras, empresas de servicios públicos o de energía eléctrica, anticipando, de esta manera, la formación de la industria pesada vasca y de la modernización industrial de Cataluña³⁶⁶.

También, desde un análisis histórico subjetivo, igualmente introductorio, referir que fue, posiblemente, el Ministro de la Gobernación durante la presidencia de Posada Herrera, Segismundo Moret, el primer político en España en alertar y plantear una solución científica y sistemática a aquello calificado como cuestión social, que «preocupaba a todos los países y que conmueven ya no poco a nuestra patria»³⁶⁷. Catorce años más tarde, el Ministro de Fomento en el conservador gobierno de Cánovas, Aureliano Linares Rivas, reconocía en la exposición del Real Decreto de 15 de julio de 1897³⁶⁸ como función consustancial «de todos los Gobiernos y de todos los Parlamentos [...] el mejoramiento de la condición de la clase obrera». Asesinado Cánovas y con la sucesión de Silvela en el liderazgo del partido conservador, sería García Alix, Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes en dicho gobierno, quien definiría la «cuestión

³⁶⁵ Marzal, A., «Prólogo», en *Empresa y Derecho Social ... Op. Cit.*, p. 9

³⁶⁶ Gómez Rivero, R.; Palomeque López, M.C., «Los inicios de la revolución industrial en España: la fábrica de algodón de Sevilla (1833-1836)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, 46, p. 188.

³⁶⁷ Real Decreto de 5 de diciembre de 1883: Creación de la comisión de reformas sociales, Gaceta de 10 de diciembre.

³⁶⁸ Real Decreto de 15 de julio de 1897: Reglamento de policía minera, Gaceta de 18 de julio.

social» como «la profunda división de las distintas clases sociales, verdadero problema [...] que se plantea en nuestros días»³⁶⁹.

Una vez bosquejado el contexto histórico, a continuación, se trazará un breve recorrido por la evolución laboral española y, ante todo, se procurará extraer los principios y fundamentos de esa primera legislación social (en relación con los estudios de dichos autores para un mejor conocimiento de las normas concretas). Se partirá, pues, de la premisa, reconocida por nuestra mejor doctrina, de la relación entre derecho y política (en sentido amplio): «si la legislación en general responde a unas bases ideológicas, el componente ideológico es particularmente intenso y perceptible en el caso de las leyes laborales»³⁷⁰. Un componente que, como se ha visto, fluctúa entre el individualismo liberal y el colectivismo. La lucha de clases se torna entonces en una confrontación de ideas desde el momento en que el capital y los propietarios representarán ese individualismo individual, mientras que los obreros propugnarán un colectivismo rechazado por un estado árbitro, pero receloso.

A la vista de las sucesivas leyes analizadas, surge la idea de que el Estado se ve obligado a intervenir legislativamente, en contra de sus convicciones más íntimas³⁷¹, y de la ideología liberal con la que se identifica plenamente. Se trata de una cesión forzosa de espacios jurídicos al nuevo Derecho Social, a costa de una correlativa pérdida de los ámbitos de validez y eficacia del contrato de trabajo. Debido a esto, el Estado se convierte en un funambulista. Con tendencia a la inmovilidad, a la aceptación natural de la condición obrera dentro del orden de las cosas, se ve obligado a caminar por la cuerda de las reformas, so pena que, de no hacerlo, el conflicto social estallase en violencia o acabara mutando en revolución. Por lo que la desconfianza, e incluso el miedo, se manifiestan expresamente en las sucesivas normas que demuestran, simultáneamente, un reconocimiento y mejora paulatinos de las condiciones de trabajo y el temor hacia el elemento colectivo obrero. El *Dictamen* de 29 de febrero de 1872 del Partido Republicano Federal refleja claramente esta posición que, si bien distingue entre colectivismo y

³⁶⁹ Exposición del Real Decreto de 1 de agosto de 1900: Reforma de la Facultad de Derecho.

³⁷⁰ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en...* *Ibid.*, p. 21.

³⁷¹ Palacio Lis, I., Ruíz Rodrigo, C., *Asistencia social y educación. Documentos y textos comentados para una Historia de la educación social en España*, Universitat de Valencia, 1996, pp. 217-219.

asociación, juzga a aquel como «una teoría impracticable» contraria al «espíritu individualista de la época»³⁷².

Más tarde, en el Decreto de 10 de enero de 1874³⁷³, se calificó a la Internacional como una sociedad que «atenta contra la propiedad, contra la familia y demás bases sociales», «perturbadores de la tranquilidad pública», quedando disuelta toda sociedad o reunión política con este carácter. Si bien el artículo 13 de la Constitución de 1876³⁷⁴ reconoció el derecho de reunión y asociación, no desarrollado hasta la Ley de 15 de junio de 1880³⁷⁵ y Ley de 30 de junio de 1887³⁷⁶; estos derechos fueron limitados por la interpretación del Tribunal Supremo y se prohibieron las asociaciones que pudieran ser consideradas anarquistas. En este sentido, en la sentencia de 28 de enero de 1884 del Tribunal Supremo, se precisaba y prohibía su objeto en ocasión al recurso de casación interpuesto por la asociación Federación de trabajadores: «la lucha del trabajo contra el capital y de los trabajadores contra la burguesía [...] es contraria a la moral pública». El Tribunal añadía que esta actividad «contradice el principio más fundamental del orden social, cual es el de la autoridad y la propiedad industrial»³⁷⁷. Declaración que podría evocar el pensamiento del tradicionalista Antonio Aparisi y Guijarro: «Dios y la propiedad son las dos grandes bases sobre las que descansa el mundo»³⁷⁸. La propia Fiscalía iba a recuperar esta sentencia del Tribunal Supremo en su Circular de 31 de marzo de 1892³⁷⁹, donde la mera asociación con fines socialistas o de defensa de clase se trataba junto a delitos como «el disparo de petardos, bombas o máquinas explosivas». Finalmente, la Real Orden de 6 de abril de 1892 ponía el foco en la vigilancia de las asociaciones obreras para «conservar la tranquilidad y la confianza de todos los ciudadanos honrados»³⁸⁰.

³⁷² *Dictamen que presenta a la Asamblea Republicana Federal la Comisión encargada de proponer las reformas para mejorar las condiciones de las clases jornaleras* (29 de febrero de 1872). *El Combate*, n.º 43, 14 de marzo de 1872. También publicado en *El Eco del Progreso*, n.º 700, 14 de marzo de 1872.

³⁷³ Decreto de 10 de enero de 1874: Disolución de las sociedades o reuniones políticas en las que se conspire, *Gaceta* de 11 de enero.

³⁷⁴ Ley de 30 de junio de 1876: Constitución de la Monarquía Española, *Gaceta* de 2 de julio.

³⁷⁵ Ley de 15 de junio de 1880: Reuniones públicas, *Gaceta* de 16 de junio.

³⁷⁶ Ley de 30 de junio de 1887: Asociaciones, *Gaceta* de 12 de julio.

³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de enero de 1884.

³⁷⁸ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España... Op. Cit.*, p. 56.

³⁷⁹ Circular de 31 de marzo de 1892 de la Fiscalía del Tribunal Supremo: Sobre la actividad de las asociaciones anarquistas, *Gaceta* de 3 de abril.

³⁸⁰ RO de 6 de abril 1892: Cumplimiento de la Ley de Asociaciones, especialmente referida a las asociaciones obreras, *Gaceta* de 25 de abril.

Por otra parte, en el preámbulo del Real Decreto de 5 de diciembre de 1883³⁸¹, el Ministro Moret advertía de la posibilidad real de violencia y el fin de la paz social, en caso de desatención de las demandas sociales para, seguidamente y de forma mucho más conciliadora, reconocer el pacifismo del movimiento obrero (y el espíritu de *concordia* del Congreso de Valencia, con 70.000 obreros representados). Asimismo, el lento camino de las reformas iba a quedar perfectamente descrito en la Exposición del Real Decreto de 1 de agosto de 1900³⁸², que detallaba la forzada vía reformista adoptada hasta el momento:

[...] los gobernantes, que en vano intentan, no ya conjurar el peligro en sus raíces, sino abrir algunos cauces por los que pueda desaguar la inmensa ola, que anegándolo todo, amenaza destruir los fundamentos débiles ya de la sociedad contemporánea.

Con lo cual, en definitiva, como primer corolario, se puede afirmar que los pasos del Estado fueron lentos y forzados, expresados a través de una progresiva legislación laboral que ayudó a mantener un muy inestable equilibrio social. Del mismo modo, se confirma la referida caracterización del Derecho como un *posterius*, una consecuencia del cambio manifestado en la sociedad. En palabras de Azcárate, «el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones»³⁸³.

Queda patente también que detrás de las normas aprobadas no late una idea de justicia social o distributiva (recordando las palabras de la *Rerum Novarum*), sino una concepción paternalista. El Estado deberá tutelar al trabajador, interviniendo en espacios de libertad que, de otra manera, personas no necesitadas las hubiesen cubierto ellas mismas. La salud y la moral de los trabajadores obligan al Estado a intervenir. Su condición personal, mujeres y niños, también. Mezcla de ambas motivaciones es una Circular de 22 de febrero de 1893 de la Fiscalía del Tribunal Supremo³⁸⁴, que insta a perseguir los delitos de trabajo infantil, ya tipificados en la Ley de 24 de julio de 1873. Acción justificada por «la suprema tutela que el Estado se atribuye en favor de los desvalidos». Igualmente, siendo un empeño loable, sorprende cómo estos delitos solo alcanzan a una clase empresarial de muy baja condición y francamente reducida: dueños de teatros o circos ambulantes, feriantes..., unos «patronos, dicho sea de paso, de condición social bien alejada al digno empresario capitalista»³⁸⁵. Además, la problemática real y acuciante del trabajo infantil estaba en los servicios a prestar en grandes ciudades,

³⁸¹ RD de 5 de diciembre de 1883: Creación de la comisión de reformas sociales, Gaceta de 10 de diciembre.

³⁸² Exposición del Real Decreto de 1 de agosto de 1900: Reforma de la Facultad de Derecho.

³⁸³ De Azcárate, G., «El problema social y las leyes del trabajo»... *Op. Cit.*, p. 282.

³⁸⁴ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España...* *Op. Cit.*, p. 21.

³⁸⁵ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España...* *Ibid.*, p. 38.

en los nuevos lugares fabriles, en el campo... Ámbitos convenientemente excluidos de la normativa, pues, en esos primeros momentos, las reformas alcanzan hasta donde el *statu quo* permite.

Es cierto que, llegado el siglo XX, tanto el enfoque como la técnica legislativa se modificaron fruto de la creación por el entonces Ministro de Gobernación, Segismundo Moret, de la Comisión de Reformas Sociales en 1883³⁸⁶, y se consolidó el denominado «intervencionismo científico»³⁸⁷. Se trató de abordar la regulación laboral por expertos en la materia dotados, «quizá por primera vez en España, de cuantos elementos y medios» necesiten. La Comisión recababa toda la experiencia científica, «datos, noticias y opiniones ya formuladas sobre la materia», para después informar al Gobierno. En la exposición de motivos, dicho ministro se mostraba entusiasta acerca del nuevo «sistema» –«los que mañana van a ser preceptos de una ley irán de antemano aceptados por los mismos que han de obedecerlos»– y de una Comisión con una vocación de estabilidad desconocida para los sucesivos ejecutivos de la época –«se habrá constituido algo más duradero, más permanente que el Gobierno»–. A este impulsor, valedor político y presidente de la Comisión desde 1884, se debe añadir la figura de Gumersindo de Azcarate, secretario de esta, y ambos afines al pensamiento krausista; si bien es cierto que las ideas previas de Pi y Margall (reforma e intervención a través de una entente y pacificación social, asociacionismo, representación patronal y obrera, jurados mixtos...) también están muy presentes³⁸⁸. Así las cosas, el Real Decreto para la creación de la Comisión se presenta como un texto legal con una clara influencia y aspiración krausista que, por otra parte, tal y como muestra su preámbulo, no oculta. Se pretende, y así se

³⁸⁶ Real Decreto de 5 de diciembre de 1883: Creación de la Comisión de Reformas Sociales, Gaceta de 10 de diciembre.

³⁸⁷ Garrido Martín, A., *Parlamento y «cuestión social» en la restauración*, Historia Contemporánea 29, 2005, pp. 719-734.

Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. CIV:

En la estrategia de la reforma social diseñada en el preámbulo del Decreto de creación de la Comisión de Reformas Sociales destacan dos requisitos o exigencias a los que ya hemos tenido ocasión de referirnos más de una vez. Uno de ellos es que la legislación reformista debe ser el fruto de estudios científicos rigurosos, apoyados en una información lo más amplia posible sobre la realidad de las condiciones de vida y trabajo de la clase obrera. De ahí la crítica a la precipitación legislativa y el fracaso de leyes que no han sido «cuidadosamente meditadas».

³⁸⁸ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. CIV.

expone con claridad, alcanzar una armonía social que exige compromiso e intervención³⁸⁹.

En 1903³⁹⁰, la Comisión de Reformas Sociales se sustituye por un Instituto de Reformas Sociales respondiendo a «la exigencia de institucionalizar la función interventora del Estado, siguiendo ejemplos de otros muchos países»³⁹¹. Se advirtió, con ello, la mayor importancia de estos instrumentos públicos de proyección legislativa, frente al «variado cuerpo de normas sobre aspectos plurales de las relaciones de trabajo»³⁹². Desde luego, el Derecho iba a cambiar, modificando, primero y para ello, la forma de hacer derecho.

La creación de la Comisión supone así el paso de unas normas atomizadas y excepcionales –más cercanas a la caridad que al Derecho tanto en su técnica como en su finalidad– al intento de creación de una legislación laboral completa, un sistema jurídico autónomo y propio. Empieza a conformarse un primigenio Derecho del Trabajo³⁹³ que, sin embargo, seguirá encontrándose con el límite de un incuestionable principio de libertad individual (todas las reformas laborales sientan sus bases en la condición del individuo³⁹⁴), y su manifestación jurídica en el contrato:

Sin atacar a la libertad de contratación, base fundamental del derecho civil, debe llegar la acción del Estado no solo a los débiles, no solo a los menores, sino también a los mayores de edad³⁹⁵.

Así pues, se muestran tres tipos de leyes distintas, clasificadas según su finalidad: protección de mujeres y niños, de salud de los trabajadores y de condiciones de trabajo. De manera que esta tipología concuerda plenamente con las reformas sociales iniciadas en el resto de Europa, tal y como hemos apuntado sucintamente con anterioridad, y con las primeras normas laborales aprobadas en Estados Unidos. Y es que, en un primer

³⁸⁹ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Ibid.*, p. CV.

³⁹⁰ Real Decreto de 23 de abril de 1903: Creación del Instituto de Reformas Sociales, Gaceta de 30 de abril.

³⁹¹ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*... *Op. Cit.*, p. 83.

³⁹² Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*... *Op. Cit.*, pp. 61-62.

³⁹³ Garrido Martín, A., *Parlamento y «cuestión social» en la restauración*... *Op. Cit.*, pp. 719-734: *De la excepcional progresión histórica de la legislación obrera durante las primeras décadas del siglo XX da cuenta el dato de que tan solo a lo largo del periodo comprendido entre 1900 y 1910 se promulgan en España nada menos que 531 disposiciones de carácter social y laboral (un total de 30 leyes, 101 reales decretos y 356 reales órdenes, 37 circulares y 7 disposiciones varias).*

³⁹⁴ Dato, E., *Intervención parlamentaria*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 23 de febrero de 1900, n.º 187. *Online access*. Disponible en: http://www.congreso.es/est_sesiones/. Consultado: 10/02/2018.

³⁹⁵ Dato, E., *Intervención parlamentaria*... *Ibid.*

momento, se trata de un complemento oficial a la filantropía privada³⁹⁶, retomando las expresiones de la época, «de caridad legal» en palabras de Ruiz de Grijalba³⁹⁷, o de «limosnas regias», tal y como calificaba Jaime Vera a las medidas de la Restauración³⁹⁸. Si bien, poco a poco, las normas laborales se irán ampliando en número, intensidad y materias, hasta finalmente crear un sistema completo y asumir unos principios inherentes.

Finalmente, y con carácter previo a abordar el breve análisis legislativo, se recuperará el referido *Dictamen* de 29 de febrero de 1872 del Partido Republicano Federal. A nuestro juicio, dicho documento abre la senda de las reformas y señala con increíble precisión los ámbitos concretos en los que, más temprano que tarde, se acabaría legislando. No por casualidad es preludeo de la que se considera la primera norma laboral española, la Ley Benot. De modo que dicho dictamen sistematiza las materias en las que la comisión encargada de su elaboración (Pi y Margall en calidad de presidente, Castelar, Salmerón, Chao, etc.) sopesó que se debía intervenir sin demorar, y que consideramos conviene reproducir íntegramente a continuación, dado su interés:

Sin pretender, por lo tanto, dar la solución del problema social, la Comisión cree que la República federal debe emprender con ánimo resuelto las siguientes reformas:

Debe, ante todo, dar condiciones al obrero para que se desarrolle en la plenitud de su ser; y al efecto ha de

Reducir las horas de trabajo;

Prohibir la entrada en los talleres de los niños menores de nueve años;

Alejar de la fábrica a la mujer, sobre todo desde el momento en que entra a ejercer las augustas funciones de madre de familia;

Establecer escuelas gratuitas para la primera y segunda enseñanza, y además escuelas profesionales para contrarrestar los efectos subversivos de la extremada división de funciones;

Fomentar las cajas de socorros mutuos y amparar a los inválidos del trabajo.

Debe también suavizar la guerra entre el trabajo y el capital, ya que no puede acabarla; y al efecto ha de organizar donde quiera que sea posibles jurados mixtos de

³⁹⁶ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en...* Op. Cit., p. 39.

³⁹⁷ Ruiz De Grijalba, A., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, Imprenta del Hospital de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1902, p. 23.

³⁹⁸ Vera, J., *El Partido Socialista Obrero ante la Comisión de Reformas Sociales. Informe escrito por el Doctor Jaime Vera López por encargo de la Agrupación de Madrid...* Op. Cit., p. 73.

jornaleros y capitalistas, elegidos por todos los individuos de sus respectivas clases, que diriman todas las cuestiones sobre salarios;

Dejar libres las huelgas donde no sea posible el establecimiento de los jurados, y donde, no se los haya aún establecido.

Debe, además, procurar por cuantos medios estén a su alcance, que los jornaleros vayan siendo los empresarios de su propio trabajo y facilitar por este camino la emancipación a que aspiran.³⁹⁹

Por último, cabría situar cronológicamente, en los años previos al *Dictamen*, y centrado en el pensamiento de Pi y Margall, expresado durante sus años como director de «La Discusión», la primera inspiración del ordenamiento laboral español que califica como «liberalismo o *laissez-faire* colectivo». Pensamiento que se asienta sobre las libertades de asociación y coalición que, no obstante, «han de estar limitadas por el arbitraje de equidad (*ex equi et bono*) de un colegio paritario, al que Pi designa con la expresión ya acuñada en la época de “jurado mixto”»⁴⁰⁰.

A) *Mujeres y niños primero*

La excepción al mantra del libre consentimiento se justificó, en un primer momento, por razones naturales, con el fin de proteger a las denominadas «fuerzas medias». La situación de especial vulnerabilidad que representaban niños y mujeres, por su propia naturaleza, necesitaba de una tutela pública que completara su libertad de contratación. A este respecto, especial consideración merece, en un país católico como España (así reconocido en la Constitución de 1876), la encíclica *Rerum Novarum* que justificaba un singular trato laboral a mujeres y niños: «Finalmente, lo que puede hacer y soportar un hombre adulto y robusto no se le puede exigir a una mujer o a un niño»⁴⁰¹. Sirva esta como botón de muestra de la consideración y del lugar reservado a la mujer en la sociedad de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, tanto en Europa como en América. Si bien es cierto que los movimientos sufragistas empezaban a reclamar unos derechos políticos plenos y un trato de igualdad⁴⁰².

³⁹⁹ *Dictamen que presenta a la Asamblea Republicana Federal la Comisión encargada de proponer las reformas para mejorar las condiciones de las clases jornaleras* (29 de febrero de 1872). *El Combate*, n.º 43, 14 de marzo de 1872. También publicado en *El Eco del Progreso*, n.º 700, 14 de marzo de 1872.

⁴⁰⁰ Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. CIII.

⁴⁰¹ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los...* *Op. Cit.*

⁴⁰² Casas Baamonde, M.E., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, 1998, 11, p. 2:

En España, la primera norma laboral que reguló esta cuestión con una vocación general, de hecho, se la considera como la primera intervención estatal estrictamente laboral, fue la Ley de 24 de julio de 1873⁴⁰³, al incidir sobre fábricas, fundiciones, talleres y minas. De manera que esta norma denominada Ley Benot prohibía con carácter absoluto el trabajo de los menores de 10 años, considerando «niños» a los menores entre 10 y 13 años (14 años en el caso de las niñas), al mismo tiempo que permitía su acceso al trabajo, y se fijaba, eso sí, una jornada máxima de cinco horas cada día, para los ya mencionados «niños». A partir de estas edades, los menores pasaban a ser considerados «jóvenes», pudiendo trabajar hasta ocho horas al día (13 a 15 años los niños, 14 a 17 años las niñas). No obstante, la Ley Benot tuvo un pobre reconocimiento que se tradujo en una escasa incidencia práctica⁴⁰⁴, por más que resulte innegable su importancia trascendental «como primera huella a partir de la cual hay que trastrear el camino seguido por el ordenamiento jurídico-laboral»⁴⁰⁵. A estos efectos, de la Ley Benot también se ha dicho que fue «la llave maestra de la historia española de la legislación obrera»⁴⁰⁶.

Le siguió la Ley de 26 de julio de 1878⁴⁰⁷, cuya regulación atendía a los trabajos peligrosos para los niños, ampliando la edad hasta los 16 años. Sin embargo, la ley calificaba con dicha consideración únicamente a los trabajos de carácter físico desarrollados principalmente por feriantes, lo que dejaba fuera toda actividad industrial, textil o de servicios.

El Derecho del Trabajo tuvo, desde sus inicios, un claro sesgo de género (masculino) y desarrolló buena parte de su cuerpo doctrinal teniendo como figura central de la relación contractual de trabajo subordinado –el contrato de trabajo– a un trabajador masculino, del sector industrial, a tiempo pleno y, progresivamente, a tiempo indeterminado, responsable del mantenimiento económico de una familia. No obstante, sus diversidades nacionales, la construcción jurídica común europea del Derecho del Trabajo ha girado sobre el modelo de empleo masculino.

A este respecto, véase también Montoya Melgar, A., «El derecho del trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres» en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española* (Coords. Casas Baamonde, M.E.-Durán López, F.-Cruz Villalón, J.), La Ley, 2006, pp. 411-432. Y, en particular, el epígrafe titulado «Aparición y evolución del principio de igualdad en materia laboral: de la II República al Estatuto de los Trabajadores».

⁴⁰³ Ley de 24 de julio de 1873: Regularizando el trabajo en los talleres y la institución en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos (Ley Benot), Gaceta de 28 de julio.

⁴⁰⁴ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 79: *Es muy curioso recordar que el presidente de la sociedad protectora de niños solicitó a la Dirección General de Beneficencia y Sanidad que la Ley de 24 de julio, inoperante en la práctica, se publicara de nuevo en la Gaceta, lo que no tuvo lugar, si bien se promulgó la Real Orden de 8 de noviembre de 1884 para recordar a los gobernadores que vigilasen «con el más exquisito celo el cumplimiento de aquella».*

⁴⁰⁵ Palomeque López M.C., *Derecho del trabajo e ideología*, 3.ª ed. rev., Madrid, Tecnos, 1987, p. 58.

⁴⁰⁶ Palomeque, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología... Op. Cit.*, p. 29.

⁴⁰⁷ Ley de 26 de julio de 1878: Trabajos peligrosos para los niños, Gaceta de 28 de julio.

La importante Ley de 13 de marzo de 1900⁴⁰⁸, desarrollada a su vez por los Reales Decretos de 13 de noviembre de 1900⁴⁰⁹, 26 de junio de 1902⁴¹⁰ y de 25 de enero de 1908⁴¹¹, agrupa como colectivo merecedor de protección a «mujeres y niños». En particular, el Real Decreto de 26 de junio de 1902, obra del Ministro Moret bajo la presidencia de Sagasta, establece una jornada máxima de 11 horas/día para dicho colectivo; si bien reconoce la posibilidad de fijar la jornada máxima en cómputo semanal 66 horas, de acuerdo con la costumbre de fábricas y talleres. Respecto al trabajo de las mujeres, destaca el innovador artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 al prohibir el trabajo «durante las tres semanas posteriores al alumbramiento», decretar una reserva de puesto de trabajo obligatoria en el caso de cese voluntario por embarazo desde la solicitud hasta la finalización de las tres semanas de puerperio y el reconocimiento de tiempo de lactancia durante una hora al día.

En 1904, la Ley de 12 de agosto⁴¹² de protección a la infancia, con un carácter general, implementa una serie de órganos y medidas de vigilancia para controlar la situación de todo niño menor de 10 años que se encuentre en un taller. Por su parte, el Real Decreto de 25 de enero de 1908 fija el decálogo de actividades en las que quedaba prohibido, de forma absoluta, el trabajo de mujeres menores de edad y niños menores de 16 años. A este respecto, el entonces Ministro de Gobernación, Juan de la Cierva y Peñafiel, afirmó que se trataba de una clasificación básica para que «la legislación industrial en nuestro país, desde el punto de vista de la sociología y de la higiene de trabajo, se coloque a la altura a que ha llegado en países en los que estos problemas se han tratado con más tiempo y, sobre todo, con más antelación»⁴¹³.

⁴⁰⁸ Ley de 13 de marzo de 1900: Condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, Gaceta de 14 de marzo.

Junto con la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, Martín Valverde entiende que es el momento en el que aparece una verdadera legislación de trabajo en España, recordando a este respecto que la Ley Benot de 1873 nunca llegó a aplicarse en la práctica y que la Ley de sobre trabajos peligrosos de los niños de 1878 era un híbrido a caballo entre el civil (abuso de patria potestad) y el laboral.

Martín Valverde, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España» ... *Op. Cit.*, p. CXII.

⁴⁰⁹ Real Decreto de 13 de noviembre de 1900: Reglamento para la aplicación de la Ley de 13 de marzo, Gaceta de 15 y 16 de noviembre.

⁴¹⁰ Real Decreto de 26 de junio de 1902: Jornada de trabajo de las mujeres y los niños menores de dieciséis años, y a las mujeres menores de edad, Gaceta de 27 de junio.

⁴¹¹ Real Decreto de 25 de enero de 1908: Clasificando las industrias y trabajos que se prohíben total o parcialmente a los niños y las mujeres menores de edad, Gaceta de 26 de enero.

⁴¹² Ley de 12 de agosto de 1904: Protección a la infancia, Gaceta de 17 de agosto.

⁴¹³ Real Decreto de 25 de enero de 1908: Clasificando las industrias y trabajos que se prohíben total o parcialmente a los niños y las mujeres menores de edad, Gaceta de 26 de enero.

En 1912, las Leyes de 27 de febrero⁴¹⁴ y 11 de julio⁴¹⁵ abordan el trabajo de las mujeres. La primera, denominada Ley de la Silla, regula un aspecto práctico del trabajo estableciendo la obligación de tener a disposición un asiento en el puesto de trabajo, que, aunque pueda parecer anecdótico, refleja con claridad el estado de situación de las condiciones laborales de las mujeres. Por su parte, la Ley de 11 de julio prohíbe, como regla general y con carácter absoluto, el trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas. Si bien la norma exceptúa las industrias textiles, donde se aplicó una moratoria que finalizaría en 1920, y se limitó dicha práctica hasta entonces.

Finalmente, adviértase que la legislación laboral americana sigue un recorrido paralelo al explicado, regulando también este ámbito de protección subjetivo. En este sentido, el Tribunal Supremo americano se mostró predispuesto a la convalidación de este tipo de normas, al distinguir jurídicamente entre personas *sui iuris*, el varón adulto, y dependientes, mujeres y menores⁴¹⁶. A modo de ejemplo, referimos la interpretación constitucional que el Tribunal ofreció en el caso Muller, reconociendo la constitucionalidad de una ley del estado de Oregón en la necesidad de proteger a la mujer por entender su situación natural más vulnerable: «el bienestar físico de la mujer se convierte en objeto de interés público y protección de cara a preservar la fuerza y vigor de la raza. [...] es cierto todavía que, en la lucha por la supervivencia, (la mujer) no es un competidor igual a su hermano»⁴¹⁷.

B) *La mala salud de los trabajadores*

La protección de la seguridad y salud en el trabajo, a causa de una alta tasa de accidentes y fallecimientos, empezó a considerarse una preocupación pública, lo que propició un nuevo ámbito material de intervención legislativa. En este sentido y con un carácter general, de nuevo se recurre a la Ley de 24 de julio de 1873⁴¹⁸, que contenía una referencia expresa a la denominada «higiene y seguridad» en el trabajo. En articular, el

⁴¹⁴ Ley de 27 de febrero de 1912: Obligación de tener dispuesto un asiento en almacenes, tiendas y, en general, en cualquier establecimiento no fabril, para cada una de las mujeres empleadas, Gaceta de 28 de febrero.

⁴¹⁵ Ley de 11 de julio de 1912: Prohibición del trabajo nocturno industrial de las mujeres en talleres y fábricas, Gaceta de 12 de julio.

⁴¹⁶ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 22.

⁴¹⁷ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908).

⁴¹⁸ Ley de 24 de julio de 1873: Regularizando el trabajo en los talleres y la institución en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos (Ley Benot), Gaceta de 28 de julio.

artículo 9 de dicha ley requería la preceptiva aprobación de la autoridad para la construcción de nuevos establecimientos mercantiles.

Como paradigma de los trabajos penosos y peligrosos, cabía considerar, en primer lugar, la minería. Esto se debió a que el carbón, combustible de las máquinas de vapor y de los hornos de fundición industriales, se convirtió en materia prima indispensable en las naciones modernas, por lo que se generó un trabajo masivo y desregulado.

A este respecto, merece la pena referir dos normas laborales de minería. Por una parte, el Decreto de 29 de diciembre de 1868⁴¹⁹, que recogía las bases generales para una nueva Ley de Minas. Dicho decreto encargaba a su vez al Gobierno la aprobación de un Reglamento de Policía Minera, pero no vio la luz hasta casi 30 años después, mediante Real Decreto de 15 de julio de 1897⁴²⁰ que, en su artículo 2, recogía «la conservación de la vida y seguridad de los obreros» como uno de sus principales objetivos. Expresaba el Ministro de Fomento, Linares Rivas, su consternación por la tardía regulación en la Exposición del Real Decreto: «La minería española hállase indudablemente necesitada de una legislación nueva y homogénea que acabe de una vez con la prolongada interinidad que comenzó en 1868 al dictarse el Decreto-Ley de 29 de diciembre». Continuaba diciendo que, llegados a este punto, no cabía «demorar ni un momento más el cumplimiento de un deber social y legal». Con lo que, de nuevo, como con las leyes de protección de mujeres y niños, el legislador español se reconoce en un espejo extranjero, que ofrece una respuesta prácticamente uniforme a una problemática universal:

[...] materia que de antiguo miran con especial esmero todas las Naciones civilizadas [...] si se examinan las leyes extranjeras, se observa que, no obstante, la diversidad de principios en que ellas se informan, hay grandes analogías y hasta casi identidad en los reglamentos respectivos del servicio de inspección.

En particular y para completar la regulación preventiva, aparecen dos categorías normativas que visan reducir los efectos y consecuencias en el supuesto de un daño a la salud de los trabajadores: las normas de previsión social y las de accidentes. Respecto a las primeras, la regulación de la materia se inicia a través del importantísimo Real Decreto de 5 de diciembre de 1883⁴²¹, que preveía en su artículo 2, apartado Segundo, «la creación

⁴¹⁹ Decreto Ley de 29 de diciembre de 1868: Bases Generales para la nueva legislación de minas, Gaceta de 1 de enero de 1869.

⁴²⁰ Real Decreto de 15 de julio de 1897: Reglamento de policía minera, Gaceta de 18 de julio.

⁴²¹ Real Decreto de 5 de diciembre de 1883: Creación de la comisión de reformas sociales, Gaceta de 10 de diciembre.

de Cajas de retiros y de socorros para enfermos e inválidos del trabajo». Así las cosas, el primer avance legislativo palpable no llegaría hasta el Real Decreto de 11 de junio de 1886⁴²², que contemplaba, en su artículo 16, el seguro de vida obligatorio en favor de los obreros, para el supuesto de accidentes de trabajo. Unos meses después, el Ministro de Gobernación, Fernando León Castillo, decretaba la creación del primer asilo para trabajadores incapacitados destinando a tal fin «el palacio nuevo de Vista Alegre y parte de sus jardines»⁴²³. En la exposición del decreto, el Ministro amparaba la intervención en un espíritu cristiano («cristianas iniciativas, soldados de la industria [...] objeto de piadosa solicitud»), que debía ser completado con la filantropía privada: «La caridad particular, a la que nunca se apela en vano, permitirá que tenga mayor desarrollo un pensamiento a cuyo feliz término habrá contribuido la Nación y el Gobierno».

En el año 1908, el Estado creó, y organizó, un Instituto Nacional de Previsión para «estimular y favorecer (la) práctica de pensiones de retiro»⁴²⁴. Dicho organismo se constituiría sobre un capital fundacional público previo, que contaba también con unas subvenciones anuales mínimas y las propias cuotas de los asociados.

En relación a los accidentes, el artículo 6 de la Ley de 24 de julio de 1873⁴²⁵ mostraba claramente la primera aproximación del legislador español a los accidentes de trabajo en la que ni la noción de culpa, ni la consiguiente responsabilidad, pueden conformar la intervención del estado en unos hechos simplemente «desgraciados». De esta manera, el artículo 6 de la norma se limitaba a prescribir una obligación de asistencia sanitaria inmediata: «[...] tener un botiquín y celebrar contratos de asistencia con un médico-cirujano, cuyo punto de residencia no exceda de 10 kilómetros». La visión cambió en la referida Exposición del Real Decreto de 15 de julio de 1897⁴²⁶, al recoger como fundamento del intervencionismo «evitar al menos aquellos accidentes que pudieran ser ocasionados por la codicia, la temeridad o por la ignorancia». Además, en su Capítulo III, Sección Primera, Título Primero, la norma incluía una serie de obligaciones, tanto preventivas como posteriores al acaecimiento del accidente: formación de personal «adiestrado en salvamento», dotarse de «medicamentos y medios»,

⁴²² Real Decreto de 11 de junio de 1886: Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, Gaceta de 14 de junio.

⁴²³ Real Decreto de 11 de enero de 1887: Creación de un asilo para inválidos del trabajo, Gaceta de 13 de enero.

⁴²⁴ Ley de 27 de febrero de 1908: Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión, Gaceta de 29 de febrero.

⁴²⁵ Ley de 24 de julio de 1873: Regularizando el trabajo en los talleres y la institución en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos (Ley Benot), Gaceta de 28 de julio.

⁴²⁶ Real Decreto de 15 de julio de 1897: Reglamento de policía minera, Gaceta de 18 de julio.

contar con un médico en las inmediaciones de la explotación, avisar al ingeniero jefe quien comunicará los hechos a la Autoridad y, en el caso de existir un peligro inminente, asumiría el mando y daría las órdenes que fueran necesarias para la salvación de los obreros como la conservación de la mina.

Si bien es cierto que el Real Decreto de 15 de julio de 1897 recogía una serie de sanciones –imposición de multas–, y una genérica remisión al Código Penal, no sería hasta la ley sobre accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900⁴²⁷, «posterior a todas las demás leyes semejantes de las naciones europeas más desarrolladas»⁴²⁸, cuando se acabaría estableciendo, en su artículo 2, que la responsabilidad recaía en el patrono en el caso de accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen. Esta responsabilidad general del empresario, solo exceptuada por fuerza mayor y que alcanzaba un amplio ámbito de actividades desde industriales, construcción, agrícolas, limpieza pública..., posibilitaba el percibo de una indemnización en caso de incapacidad o muerte del trabajador. Tres años después, en 1903, se publicaba el Reglamento de incapacidades⁴²⁹, que completaría la legislación sobre accidentes en España (hasta 1922). El entonces Ministro de Gobernación en el Gobierno Silvela, Antonio Maura, recordaba en la Exposición que se trata de «principios admitidos en las legislaciones extranjeras, que por su realidad universal no era posible desatender en la nuestra»⁴³⁰. A efectos de simple curiosidad histórica, convendría referir la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1908, en la que el fallecimiento de un trabajador por abordaje durante la travesía de traslado, previa al buque en el cual iba a prestar sus servicios, fue declarado como accidente de trabajo; este sería el primer paso hacia el accidente *in itinere*⁴³¹.

Precisamente, la extensión del ámbito objetivo de protección del accidente a la enfermedad profesional fue también una creación jurisprudencial. Destacar las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903 y de 5 de marzo de 1905. Respecto a la primera, cabe recordar el supuesto de hecho de «una reclamación fundada en enfermedad

⁴²⁷ Ley de 30 de enero de 1900: Accidentes de trabajo, Gaceta de 31 de enero.

Dicha Ley fue desarrollada mediante Real Decreto de 28 de julio de 1900, Reglamento para la aplicación de la Ley de Accidentes del trabajo (Gaceta de 30 y 31 de julio).

⁴²⁸ Garrido Martín, A., *Parlamento y «cuestión social» en la restauración... Op. Cit.*, p. 721.

⁴²⁹ Real Decreto de 8 de julio de 1903: Reglamento para la declaración de incapacidades derivadas de accidentes de trabajo, Gaceta de 10 de julio.

⁴³⁰ Real Decreto de 8 de julio de 1903: Reglamento para la declaración de incapacidades derivadas de accidentes de trabajo, Gaceta de 10 de julio.

⁴³¹ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 113.

saturnina, que había originado la ceguera completa del obrero demandante», recupera el razonamiento del Tribunal que incluye la enfermedad profesional dentro del concepto de «accidentes» recogido en la Ley de 30 de enero de 1900: «siempre que la lesión [...] sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha ley»⁴³².

En otro orden de cosas, el concepto de salud, se extendió a lo que se calificó como la «salud moral» del obrero, dando como resultado legal, la Ley de 13 de marzo de 1900, un buen ejemplo de «puritanismo legislativo»⁴³³. A este respecto, la norma pretendía evitar «heridas a la moralidad» de los colectivos más vulnerables, niños y mujeres, bajo una serie de preceptos que alcanzan la separación por sexos en caso de alojamiento del trabajador, la prohibición de ocupación en talleres de imprenta o publicación «obscenos», el fomento de la «instrucción primaria y religiosa». En un mismo sentido la referida Ley de 12 de agosto⁴³⁴ recoge también, expresamente, como ámbito objetivo de protección, «la salud física y moral del niño».

C) *La jornada y el salario*

La problemática del excesivo tiempo de trabajo y sus efectos sobre la salud, física y «moral» de los obreros fue uno de los primeros asuntos legislativos a tratar. Sin ir más lejos, Pi y Margall clamaba por una regulación urgente, y anticipaba una reforma inminente al considerar los precedentes europeos:

En la individualista Inglaterra empezó por limitar el trabajo de los niños y las mujeres y acabó por limitar el de los adultos. Dio primero la ley de las 10 horas, más tarde la de las nueve. No a tontas ni a locas, sino después de largos y borrascosos debates en la prensa y el Parlamento. Siguió en Francia el ejemplo apenas estalló la revolución de 1848⁴³⁵.

En España, el primer intento reformista para regular la jornada de trabajo se limita a los obreros en establecimientos públicos («propiedades, minas, fábricas, así como demás establecimientos del Estado») se fija una jornada ordinaria de ocho horas y el pago

⁴³² De la Villa Gil, E., *La formación histórica del...* *Ibid.*, p. 113.

⁴³³ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en...* *Op. Cit.*, pp. 47-49.

⁴³⁴ Ley de 12 de agosto de 1904: Protección a la infancia, Gaceta de 17 de agosto.

⁴³⁵ Pi y Margall, F., *Comunicado sobre la reducción de las horas de trabajo* (1873), Página oficial de la Generalitat de Cataluña. *Online access*. Disponible en: <http://www.xtec.cat/~jrovira6/restau11/pihoras.htm>. Consultado: 18/1/2018

de las horas extraordinarias incrementadas en una octava parte⁴³⁶. Siendo, en última instancia, la Ley de 27 de diciembre de 1910⁴³⁷ la que afronta el problema de la jornada máxima al establecer el tiempo de trabajo máximo en minas, que obedece formalmente a un «supremo móvil humanitario» y no escondía, como señala Montoya Melgar, el contexto de presión obrera ni la voluntad de defender también el «interés económico de la industria», buscando así una mayor eficiencia en el trabajo⁴³⁸. Esta norma desarrollada por Reglamento⁴³⁹ sirvió de base legislativa para la extensión progresiva de límites de jornadas en los demás sectores: industria textil⁴⁴⁰, comercios y establecimientos mercantiles⁴⁴¹, construcción⁴⁴², etc. Finalmente, fue el Ministro Álvaro Figueroa, artífice también del límite de horas en construcción, quien decretó la jornada máxima legal en todos los trabajos⁴⁴³.

Respecto al salario, la normativa se caracteriza por introducir la garantía de indemnidad salarial, «ante el Estado, ante el patrono o ante los acreedores del obrero»⁴⁴⁴. A su vez, la Ley de 12 de julio de 1906⁴⁴⁵ reforma los artículos 1449, 1451 y 1452 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual extendió la inembargabilidad ya reconocida a «sueldos y pensiones» de funcionarios públicos al salario, a través del establecimiento de cuantías máximas de ejecución y mínimas como remanente salarial del trabajador.

Así las cosas, y si bien este ámbito ha sido objeto de múltiples intervenciones estatales, tanto en Europa como en Estados Unidos, se puede significar un momento particular como un hito en la materia: el Informe Brandeis⁴⁴⁶ de 1907. Dicho documento logra sistematizar, de forma precisa y científica, todas las experiencias comparadas en distintos países europeos y estados americanos (EE. UU.) sobre las jornadas de trabajo

⁴³⁶ Real Orden de 11 de marzo de 1902: Jornada de trabajo en los establecimientos de la Hacienda Pública, Gaceta de 17 de marzo.

⁴³⁷ Ley de 27 de diciembre de 1910: Jornada máxima de trabajo en las minas, Gaceta de 31 de diciembre.

⁴³⁸ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en...* Op. Cit., p. 45.

⁴³⁹ Real Decreto de 29 de febrero de 1912: Reglamento Provisional de la Ley de 27 de diciembre de 1910 sobre jornada máxima en las minas, Gaceta de 3 de marzo.

⁴⁴⁰ Real Decreto de 24 de agosto de 1913: Jornada máxima de trabajo y remuneración a destajo en la industria textil, Gaceta de 25 de agosto.

⁴⁴¹ Ley de 4 de julio de 1918: Jornada mercantil, Gaceta de 5 de julio.

⁴⁴² Real Decreto de 15 de marzo de 1919: Jornada máxima de ocho horas para los oficios del ramo de construcción, Gaceta de 16 de marzo.

⁴⁴³ Real Decreto de 3 de abril de 1919: Jornada máxima legal de ocho horas al día en todos los trabajos, Gaceta de 4 de abril.

⁴⁴⁴ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo...* Op. Cit., p. 94.

⁴⁴⁵ Ley de 12 de julio de 1906: Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre inembargabilidad del salario, Gaceta de 16 de julio.

⁴⁴⁶ Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error», en *Counsel for State of Oregon*, October Term 1907, n.º 107, Brandeis School of Law. *Online access*. Disponible en: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety>. Consultado: 4/5/2017.

libremente implementadas. El informe revela cómo un trabajo extenuante, ya sea por jornadas excesivas o irregulares, podía derivar en malos hábitos de vida, habiéndose recopilado toda clase de testimonios, americanos y europeos, que unidos mostraban una conclusión común: cuanto más larga y continuada es una jornada de trabajo, más embotado queda el cuerpo y más estímulos necesita entonces el trabajador. Todo ello aboca en una serie de consecuencias reales y preocupantes. Dentro de estas, podemos citar, por ejemplo, un excesivo consumo de alcohol, que podría acabar en patología, y la imposibilidad de llevar una vida personal y familiar normalizada, dados los horarios y turnos que dificultaban sobremanera atender las obligaciones privadas y, por supuesto, ocupar mínimamente el tiempo libre.

III. ESPACIO DE EXPERIENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Explicaba Hannah Arendt que la tradición era, al mismo tiempo, un hilo que nos había guiado de forma segura a través de los vastos dominios del pasado y unas cadenas que sujetaban cada nueva generación a un aspecto predeterminado del pasado. Sin arraigo en la tradición –continuaba diciendo–, corremos el peligro de olvidar, y este abandono del pasado nos privaría de profundidad en la existencia humana⁴⁴⁷.

De ahí la importancia de no descuidar el espacio de experiencia a la hora de examinar el Derecho del Trabajo, tanto por la posible continuidad de la tradición, como por su ruptura con el pasado. Debiéndose además tener en cuenta que la revolución suele ser un estadio intermedio entre ambos extremos, que afecta inexorablemente a la conformación del trabajo.

De modo similar, se preguntaba Simone Weil, en 1934, por la deriva de la idea de revolución en «una época privada de futuro, en la cual la espera de lo que vendrá ya no será esperanza sino angustia»⁴⁴⁸. La filósofa reconocía un tiempo moderno revolucionario, pero también reclamaba el valor intelectual para preguntarnos si el término revolución es algo más que una palabra, si tiene un contenido preciso⁴⁴⁹. Unas

⁴⁴⁷ Arendt, H., «What is authority?», en *Between Past and Future... Op. Cit.*, p. 94:

With the loss of tradition we have lost the thread which safely guided us through the vast realms of the past, but this thread was also the chain fettering each successive generation to a predetermined aspect of the past. It could be that only now will the past open up to us with unexpected freshness and tell us things no one has yet had ears to hear. But it cannot be denied that without a securely anchored tradition and the loss of this security occurred several hundred years ago the whole dimension of the past has also been endangered. We are in danger of forgetting, and such an oblivion quite apart from the contents themselves that could be lost would mean that, humanly speaking, we would deprive ourselves of one dimension, the dimension of depth in human existence. For memory and depth are the same, or rather, depth cannot be reached by man except through remembrance.

Arendt, H., *La tradición y la época moderna en Entre el pasado y el futuro... Op. Cit.*, p. 45:

«[...] el concepto de tradición se convirtió [...] en el hilo conductor a través del pasado y en la cadena a la que cada generación, a sabiendas o no, tuvo que ligarse para comprender el mundo y su propia experiencia y, después, perduró como tal».

⁴⁴⁸ Weil, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale... Op. Cit.*, p. 151: «Nous vivons une époque privée d'avenir. L'attente de ce qui viendra n'est plus espérance, mais angoisse».

⁴⁴⁹ Weil, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale... Ibid.*, p. 151:

Il est cependant, depuis 1789, un mot magique qui contient en lui tous les avènements imaginables, et n'est jamais si riche d'espoir que dans les situations désespérées ; c'est le mot de révolution. [...]

C'est pourquoi le premier devoir que nous impose la période présente est d'avoir assez de courage intellectuel pour nous demander si le terme de révolution est autre chose qu'un mot, s'il a un contenu précis, s'il n'est pas simplement un des nombreux mensonges qu'a suscités le régime capitaliste dans son essor et que la crise actuelle nous rend le service de dissiper.

preguntas pertinentes que entendemos que deben ser recuperadas, no solo para entender los orígenes del Derecho del Trabajo, sino por su incontestable actualidad.

En última instancia, proponemos una visión del concepto revolución que «lejos de exigir una ruptura con el pasado, exige que el pasado continúe abierto, que la “memoria dolorosa” [S. Weil] ilustre aquello con lo que el hombre nunca podrá conformarse»⁴⁵⁰. Para ello, transitaremos por el tiempo desde el concepto político revolucionario ligado a la libertad y a la igualdad, hasta su transmutación global en una revolución económica, sobre la base de una libertad dual de producción y contratación preponderante, que, finalmente, abocó en el nacimiento, y contraposición, de una revolución de naturaleza social.

1. EL TIEMPO REVOLUCIONARIO

The American constitutions were to liberty what a grammar is to language: they define its parts of speech, and practically construct them into syntax.

Thomas Paine

Si, como ya se ha explicado, cada época histórica se vincula a una idea concreta; la Época Moderna debería, pues, vincularse a la revolución⁴⁵¹. No solo las manifestaciones americanas y francesas dan nacimiento a la modernidad mediante una ruptura drástica y violenta con el pasado, sino que la idea central del periodo, en el que la economía se caracteriza, por primera vez, como una ciencia autónoma, es un constante desafío a la tradición. Así, la nueva ciencia encontrará también un nuevo pensamiento, ambos caracterizados por tener una concéntrica a la par que poderosa libertad de producir y comerciar.

Cette question semble impie, à cause de tous les êtres nobles et purs qui ont tout sacrifié, y compris leur vie, à ce mot. Mais seuls des prêtres peuvent prétendre mesurer la valeur d'une idée à la quantité de sang qu'elle a fait répandre. Qui sait si les révolutionnaires n'ont pas versé leur sang aussi vainement que ces Grecs et ces Troyens du poète qui, dupés par une fausse apparence, se battirent dix ans autour de l'ombre d'Hélène?

⁴⁵⁰ Tal y como aparece en Bea, E., *Simone Weil: una reflexión sobre Europa desde la resistencia...* Op. Cit., p. 540.

⁴⁵¹ Arendt, H., *La tradición y la época moderna...* Op. Cit. p. 47: «[...] la época moderna –que surge con las ciencias naturales en el siglo XVII, llega a su clímax político en las revoluciones del XIII y despliega sus repercusiones generales después de la Revolución Industrial del XIX–».

De la misma manera que un tiempo se compone de momentos, una sucesión de momentos revolucionarios –no tanto por su cantidad, sino por cómo transforman la historia, cómo la aceleran y provocan– puede llevarnos a entender que ha existido un verdadero «tiempo revolucionario». Con la indudable incidencia que toda revolución supone en el Derecho.

Esos momentos, aunque puedan parecer alejados en tiempo y espacio, responderían a unas mismas causas y motivación, que buscarían provocar un efecto único que trascendiera precisamente esas barreras espaciales y temporales. Una suerte de espíritu universal que permita entender que ese tiempo revolucionario responde, en realidad, «a una gran revolución»⁴⁵².

Si se unen ambas ideas, se obtiene como característica propia de ese «tiempo revolucionario» la aceleración de la historia. Se trata de una sensación compartida y generalizada, tanto por personajes contemporáneos a los hechos, como por quienes se sintieron continuadores de estos, y que tuvieron una indudable incidencia histórica. Lamartine recordaba los constantes cambios políticos, desde la Revolución Francesa, con el anuncio del fin de la historia contemporánea: «los días de ayer parecen ya hundidos muy lejos en la sombra del pasado»⁴⁵³. Marx, por su parte, expresaba un mismo sentimiento desde una perspectiva subjetiva: «los hombres y las cosas parecen iluminados por fuegos de artificio, el éxtasis es el espíritu de cada día»⁴⁵⁴.

En este punto, conviene consensuar mínimamente qué se entiende por revolución. Con ese fin, nos remitiremos a las conclusiones de Étienne Balibar, para quien el escenario revolucionario se caracteriza por tres tipos de fenómenos: un cambio de la distribución del poder dentro de la sociedad; una transición de un estado, o régimen social, a otro que alcanza a toda la sociedad; y un momento de excepción respecto a la «gobernabilidad» (en términos prestados de Foucault) legal e institucional, en el que las decisiones y formas de representación se suspenden⁴⁵⁵.

⁴⁵² Benjamin, W., *Illuminations... Op. Cit.*, pp. 253-264: «The great revolution introduced a new calendar».

⁴⁵³ De Lamartine, A., *Histoire de la Restauration*, Hachette, 1851, Volume 1, p. 1: «Les jours d'hier semblent déjà enfoncés bien loin dans l'ombre du passé».

⁴⁵⁴ Marx, K., *The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte*, Marxist archives, p. 6. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/download/pdf/18th-Brumaire.pdf>.

Consultado: 13/10/2017, 2/10/2017: «Bourgeois revolutions, like those of the eighteenth century, storm more swiftly from success to success, their dramatic effects outdo each other, men and things seem set in sparkling diamonds, ecstasy is the order of the day».

⁴⁵⁵ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow... Op. Cit.*:

A political scenario of revolutionary moments in history essentially combines three types of phenomena: a change in the distribution of power within society, which transfers it from

Para terminar de entender todo lo anteriormente dicho, hasta lograr despejar también lo abstracto de la teoría, bien vale la pena referir el notable hecho histórico ocurrido al inicio de la Revolución Francesa, que recordaba Benjamin. Considérese, al respecto, este ejemplo, donde literalidad y metáfora se mezclaron plenamente:

Todavía en la Revolución de julio se registró un incidente en el que dicha consciencia consiguió su derecho. Cuando llegó el anochecer del primer día de lucha, ocurrió que, en varios sitios de París, independiente y simultáneamente, se disparó sobre los relojes de las torres. Un testigo ocular, que quizás deba su adivinación a la rima, escribió entonces:

«¡Quién lo iba a creer! Dicen que, irritados con el tiempo,
unos Nuevos Josués, al pie de cada torre,
disparaban contra los relojes para detener el día»⁴⁵⁶.

Pocas veces se habrá expresado, de manera más gráfica, más física también, el intento de reapropiación del tiempo significativo, frente al mensurable, como condición necesaria, y previa, de la verdadera revolución.

1.1 La revolución política

Las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, la americana y la francesa, cambiaron el sistema político y la fisionomía del Derecho. Al situar al hombre en el centro del Derecho, reconocer todas sus facultades y posibilidades, se hizo necesario un mecanismo que garantizase esa libertad consagrada: «No basta con querer ser libre, es necesario además saber ser libre»⁴⁵⁷. Un nuevo Derecho floreció entonces en los ámbitos revolucionarios,

those from above who «normally» monopolize it (the aristocracy or oligarchy defined by wealth, status, or both) to those from below who «normally» are excluded or marginalized (the mass, the poor, the ordinary citizens); a transition from one state or social regime to another, which concerns the whole of society (or its basic institutions), therefore separates «long» periods of time or what the philosophy of history calls epochs (Zeitalter); a moment of exception with respect to the legal and institutional «governmentality» (to borrow from Foucault's terminology), where the rules of decision-making and the forms of representation are suspended, either in the direction of more democracy or dictatorial authority or both, in a typical (and highly problematic) unity of opposites.

⁴⁵⁶ Benjamin, W., *Illuminations...* Op. Cit., pp. 261-262.

In the July revolution an incident occurred which showed this consciousness still alive. On the first evening of fighting it turned out that the clocks in towers were being fired on simultaneously and independently from several places in Paris. An eye-witness, who may have owed his insight to the rhyme, wrote as follows:

*Qui le croirait! on dit, qu'irrites contre l'heure
De nouveaux Josues au pied de chaque tour,
Tiraient sur les cadrans pour arreter le jour.*

⁴⁵⁷ Hicks, F., *Famous American Jury Speeches*, West Publishing Company, 1925, p. 938.

fuertemente inspirado tanto en el pensamiento kantiano como en su construcción práctica de la libertad⁴⁵⁸ y la igualdad (preocupación más francesa que americana). Si bien dichas revoluciones se encaminaron hacia un nuevo orden global de las cosas, no dejaban, por ello, de beber de la experiencia pasada, de renovar el hilo roto de la tradición⁴⁵⁹. Se trata, en realidad, de un movimiento único del pasado hacia el futuro, bajo distintas manifestaciones.

En esencia, cabe consecuentemente hablar de una única revolución universal y utópica, aunque, paradójicamente, el posterior reconocimiento histórico y la denominación de estos movimientos se adscribiesen, precisamente, a los lugares de origen que se querían superar. Así, la Revolución fue tan solo americana o francesa en sus inicios. Este hecho se vislumbraba perfectamente en las manifestaciones de la época, llegándose a afirmar que «la mitad de la revolución del mundo estaba ya hecha, la otra

⁴⁵⁸ Kant, I., *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p. 68: *[...] desde el punto de vista práctico es el sendero de la libertad el único por el cual es posible hacer uso de la razón en nuestras acciones y omisiones; por lo cual ni la filosofía más sutil ni la razón común del hombre pueden nunca excluir la libertad. Hay, pues, que suponer que entre la libertad y necesidad natural de unas y las mismas acciones humanas no existe verdadera contradicción; porque no cabe suprimir ni el concepto de naturaleza ni el concepto de libertad.*

Berlin, I., *Dos conceptos de libertad...* Op. Cit., p. 188:

Hace más de cien años el poeta alemán Heine advirtió a los franceses que no subestimarán el poder de las ideas; los conceptos filosóficos criados en la quietud del cuarto de estudio de un profesor podían destruir una civilización. Él hablaba de la Crítica de la razón pura, de Kant, como la espada con que había sido decapitado el deísmo europeo; describía a las obras de Rousseau como el arma ensangrentada que, en manos de Robespierre, había destruido el antiguo régimen.

[...] esta doctrina fue el núcleo central del humanismo liberal, tanto moral como político, que estuvo profundamente influido tanto por Kant como por Rousseau en el siglo XVIII. En su versión a priori es una forma del individualismo protestante secularizado en el que el puesto de Dios está ocupado por la idea de la vida racional y el puesto del alma individual que tiende a la unión con Él está sustituido por la idea del individuo, dotado de razón, que tiende a ser gobernado por la razón y solo por la razón y a no depender de nada que pueda desviarle o engañarle comprometiendo a su naturaleza irracional. Autonomía, no heteronomía: actuar yo y no que actúen sobre mí.

⁴⁵⁹ Arendt, H., «What is authority?», en *Between Past and...* Op. Cit., p. 140:

[...] the crisis of the present world is primarily political, and that the famous «decline of the West» consists primarily in the decline of the Roman trinity of religion, tradition, and authority, with the concomitant undermining of the specifically Roman foundations of the political realm, then the revolutions of the modern age appear like gigantic attempts to repair these foundations, to renew the broken thread of tradition, and to restore, through founding new political bodies, what for so many centuries had endowed the affairs of men with some measure of dignity and greatness.

mitad debe realizarse»⁴⁶⁰ y, en el mismo sentido, unos años más tarde, que «solo la República Francesa podía considerarse como la patria del hombre íntegro»⁴⁶¹.

Por su parte, un Tocqueville, preclaro en su análisis, afirmaba, 50 años después, que la Revolución Francesa no tenía un territorio propio; por el contrario, sus efectos fueron borrar, de algún modo, las antiguas fronteras, a la par que aunaba a los hombres o los dividía, a pesar de leyes, tradiciones, carácter o lengua⁴⁶². Y ya desde el momento en que las libertades americanas migraron hacia Francia, la Revolución también demostró «su carácter universal»⁴⁶³.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁴⁶⁴ dio buena cuenta de este planteamiento. Se confirmaba así un movimiento transnacional que permitió abrir un nuevo espacio revolucionario, el individuo. La célebre frase de Anacharsis Cloots, en 1792, corroboró esta nueva realidad: «Una asamblea nacional, con sede en París, conducirá el carro del género humano»⁴⁶⁵. Con la Declaración de los Derechos Humanos, se abrió «un espacio social de expectativa que cada nuevo programa perseguiría realizar en el nombre de la libertad, de la igualdad o de ambas»⁴⁶⁶.

Ahora bien, una fundamental diferencia apareció a la hora de completar ese espacio social, en función de la elección preferente entre la igualdad o la libertad como principio rector en la tarea. La libertad condujo al nacimiento jurídico de una autonomía individual canalizada a través del elemento codificador, «como reacción a las obligaciones derivadas de un estatus concreto del antiguo régimen»⁴⁶⁷. Asimismo, al tomar la libertad como elemento axiológico, la igualdad afrontó el riesgo de convertirse

⁴⁶⁰ Discurso del 7 de mayo de 1794 (18 floreal, año II) de, Robespierre en Robespierre, M., *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, Société des études robespierristes, 2011, p. XXVIII.

⁴⁶¹ Expresión del filósofo alemán Fichte en 1799, según aparece en Moore, G., *Fichte: Addresses to the German Nation*, Cambridge University Press, 2008, p. xxi.

⁴⁶² Elster, J., *Tocqueville: The Ancien Régime and the French Revolution*, Cambridge University Press, 2011, p. 19.

⁴⁶³ Palabras de Gervinus según aparecen en Habermas, J., *Postnational Constellation... Op. Cit.*, pp. 15-16.

⁴⁶⁴ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789.

⁴⁶⁵ La frase aparece, sin atribuirse su autoría, en la carta dirigida por la Asamblea Nacional francesa a George Washington.

Guadet, M.-E., *To George Washington from the National Assembly of France, 26 August 1792*, National archives, 26 de agosto de 1792. *Online access*. Disponible en:

<https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-11-02-0014>.

Consultado: 22/8/2017:

«Considerant enfin qu'au moment où une Convention Nationale Va fixer les Destinees de la France, et preparer peut-être celles du genre humain [...]».

⁴⁶⁶ Koselleck, R., *Futures past; on the semantics of historical time*, Columbia University Press, 2004, p. 52.

⁴⁶⁷ Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 97.

más en un punto de partida legal que en una aspiración del orden jurídico⁴⁶⁸. De esta forma, la ley reconoció una igualdad formal, pero no fomentó la igualdad real que exigía medidas de corrección de las desigualdades preexistentes, resultando de ello el Código Civil francés de 1804 el mejor ejemplo posible⁴⁶⁹.

Así, la elección por una libertad plena acabará determinando el camino de la Revolución Americana⁴⁷⁰, frente a una Revolución Francesa que, situando libertad e igualdad en un mismo plano de reconocimiento, corregirá, lentamente es cierto, los excesos de la libertad individual en el ámbito laboral. El Derecho Social ha chocado, a lo largo del tiempo, reiteradamente contra este principio, resultando, como analizaremos en detalle más adelante, el caso *Lochner*⁴⁷¹ un buen ejemplo⁴⁷².

Nótese, por lo demás, que, a pesar de que las manifestaciones de este movimiento revolucionario fueran distintas ya desde sus inicios, con diferencias innegables entre cada estado, unas ideas esenciales fueron compartidas sobre la base de un cambio político, y consecuentemente jurídico, y la necesidad común de un control del poder y del abuso pasado: «negar la facultad a cualquier persona para poder ejercer una autoridad coercitiva simplemente por derecho propio, por derecho de su status o por derecho histórico»⁴⁷³. Un espíritu revolucionario, propiciado por un contexto generalizado de opresión y una voluntad de liberación en aumento, se había apoderado del mundo. Rousseau ya lo había anticipado unos años antes al afirmar que «nos aproximamos al estado de crisis y al siglo de las revoluciones... ¿Quién puede decirnos qué será de nosotros entonces? Todo lo que han creado los hombres, los hombres lo pueden destruir»⁴⁷⁴. La crisis política, social, cultural, como preludio de una Revolución que no tendría un lugar concreto sino un amplio tiempo: «el siglo de las revoluciones».

⁴⁶⁸ Radbruch, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho... Op. Cit.*, p. 162.

⁴⁶⁹ Ramos Vázquez, I., *El contrato de arrendamiento de obras y servicios en la codificación civil francesa y española en Derecho y Trabajo en el siglo... Op. Cit.*, p. 28.

⁴⁷⁰ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow*, Uprising ... *Op. Cit.*. Online access: «The difficult question is the comparison with the American revolution, which is the object of Arendt's theorization of an opposition between the "revolutions of equality" and the "revolutions of liberty" (On Revolution)».

⁴⁷¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁴⁷² Véase a este respecto el apartado III.3.

⁴⁷³ Palmer, R. R., *The Age of the Democratic Revolution*, Princeton University Press, 1959, pp. 4-5.

⁴⁷⁴ Rousseau, J.-J., *Émile ou de l'Éducation*, Éditions Flammarion, 2009:

Nous approchons de l'état de crise et du siècle des révolutions. (Je tiens pour impossible que les grandes monarchies de l'Europe aient encore longtemps à durer: toutes ont brillé, et tout état qui brille est sur son déclin.) Qui peut vous répondre de ce que vous deviendrez alors? Tout ce qu'ont fait les hommes, les hommes peuvent le détruire: il n'y a de caractères ineffaçables que ceux qu'imprime la nature, et la nature ne fait ni princes, ni riches, ni grands seigneurs.

Y sucedió así que la Revolución se propagó por el mundo, aun con distinto resultado. En 1797, en Quebec, un hombre fue ahorcado y descuartizado por «revolucionario peligroso». Mientras, ese mismo año en Grecia, delegados venidos de Atenas, Creta, Macedonia... celebraban un cónclave secreto en el Peloponeso para alzarse contra el Imperio otomano, si tan solo Francia les enviaba armas, munición y algunas unidades de su ejército. Y en América del sur, la revolución no fue precisamente un éxito, pero estaba indudablemente latente: en Bahía, se destapó y puso fin a una conspiración republicana, en 1798. En Potosí, el gobernador español se horrorizaba al descubrir a hombres brindando por la libertad y por Francia; y en Quito, las autoridades fueron menos benévolas con su bibliotecario, torturado y encarcelado por «agitación política»⁴⁷⁵.

Llegados a este punto, parece necesario reparar en la concepción del término revolución y en el modo en que él mismo –expresado en una nueva acepción– cambiará el curso de la Historia, en tanto en cuanto ésta puede representarse, con fidelidad, a través del desarrollo temporal del conjunto de sus conceptos esenciales: pueblo, progreso, revolución...

A este respecto, ya en 1789, Woltmann refería que la Revolución francesa era para el mundo un fenómeno que parecía insultar a toda la sabiduría histórica, y que se desarrollaban, diariamente, a partir de ella, nuevos fenómenos acerca de los cuales se entendía menos que se preguntara a la Historia⁴⁷⁶. Y unos años más tarde, en 1795, con cierta melancolía, de nuevo, manifestaba que uno tiene menos seguridad que nunca de lo que la historia es hoy⁴⁷⁷.

De esta manera, entendemos que, solo desde una aproximación a la semántica y evolución de la noción «revolución», se podrá trazar el paralelismo entre los dos movimientos, americano y francés. En este sentido, en el texto fundamental, *Criterios históricos del concepto moderno de revolución*⁴⁷⁸, Koselleck retomó la idea antigua de revolución, concluyendo que las revoluciones americana y francesa rompen con el concepto preexistente para dar nacimiento a la Edad Moderna.

⁴⁷⁵ Todos estos ejemplos, y aun otros, aparecen en Palmer, R. R., *The Age of the Democratic Revolution... Op. Cit.*, pp. 6-7.

⁴⁷⁶ Palabras de Karl Ludwig Von Woltmann según aparecen en Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos... Op. Cit.*, p. 348.

⁴⁷⁷ De nuevo Karl Ludwig Von Woltmann según aparecen en Middeke, M.; Wald, C., *The Literature of Melancholia*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 91.

⁴⁷⁸ Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos... Op. Cit.*, pp. 67-87.

Declaración que, aunque pudiera parecer arriesgada, aparece perfectamente argumentada por el autor, sin desconocer los orígenes del término. De ahí que, partiendo del sentido etimológico de la palabra, Koselleck retomó el término latín *revolutio* que conduce a la idea de retorno; un movimiento circular que nos devuelve finalmente al inicio, una rotación. Antes incluso, acude al término *anakuklōsis*, la doctrina de un ciclo natural, que Polibio conectó con las seis formas de gobierno principales, y pasaban sucesivamente de una a otra hasta el retorno a la primera: tiranía, reinado, oligarquía, aristocracia, democracia y olocracia⁴⁷⁹. Sobre estas ideas, en 1543, en su obra *De revolutionibus orbium caelestium*, Copérnico abrió la entrada política al término revolución, vinculado al movimiento de las estrellas, a una concepción natural y cosmológica: «las revoluciones suceden sobre las cabezas de los participantes, pero todos los afectados quedarán aprisionados por sus leyes»⁴⁸⁰. Nació así una idea físico-política de revolución que muchos autores mantendrán desde entonces Hobbes, Marx, etc. Pues bien, todo cambió en el siglo XVIII, cuando en palabras de Mercier, «*tout est révolution dans ce monde*». Los cambios resultaron radicales y con vocación de futuro, abriendo, de este modo, un nuevo y desconocido horizonte de expectativa. Asimismo, mientras ese futuro incierto se fue alterando, correlativamente cambiaba la visión del pasado.

Es, precisamente, en dicho momento, cuando varios historiadores, tales como Hobsbawm o Palmer, sitúan el inicio de un nuevo tiempo histórico: la edad de la Revolución. Todos lo refieren como un movimiento singular, compuesto indudablemente por diversas manifestaciones, siendo Koselleck quien lo califica de forma precisa como un «singular colectivo»⁴⁸¹. De esta manera, y desde ese momento, nace una edad moderna caracterizada por una idea –la revolución– y un principio «revolucionario» que hará mover ese tiempo histórico.

La caída de la Revolución francesa y la aparición de los codificadores, con el gran Portalis a la cabeza, frente al continuismo del sistema americano en la tradición del «Common Law», llevaron a los derechos por caminos diferentes. Sin embargo, el origen común resultaba indudable: ambos fenómenos partieron de un mismo pensamiento, motor

⁴⁷⁹ Backes, U., *Political Extremes: A Conceptual History from Antiquity to the Present*, Routledge, 2006, p. 38.

⁴⁸⁰ Palabras de Copérnico según aparecen en Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de... Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁸¹ Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de... Ibid.*, p. 52.

arrollador, la libertad⁴⁸², que en su vertiente de producción y de contratación sentó las bases jurídicas del capitalismo⁴⁸³. Las palabras de Portalis en su discurso preliminar al proyecto de Code Civil⁴⁸⁴, que partían de la premisa «se gobierna mal cuando se gobierna demasiado», dieron buena cuenta de este planteamiento: «La libertad de contratar solo puede ser limitada por la justicia, por las buenas costumbres y por la utilidad pública». Indudablemente, este principio se materializó y acabó concretándose jurídicamente en una preferencia por el contrato. El Estado facilitó espacios jurídicos en los que los hombres libres pudieran comprometerse, negociar, transar... En definitiva, pactar. Al mismo tiempo, el Estado garantizó el cumplimiento y la fuerza de dichos contratos. Finalmente, la igualdad completó esta libertad de pacto, reconociendo una plena capacidad a los contratantes:

Los códigos que se inspiran en la ideología revolucionaria de 1789 van a dar, por el contrario, a dicho análisis contractual un puesto cardinal en la elaboración jurídica de la relación de trabajo. En efecto, dichos códigos trataban de acabar con la organización corporativa del trabajo. Frente a la subordinación personal y jerárquica que caracterizaba a esta organización, el análisis contractual permite afirmar la libertad individual del trabajador, atribuyéndole. La capacidad de negociar su propia fuerza de trabajo. De este modo, el Código de Napoleón, que no solo se aplicó en Francia, sino también en Bélgica, Luxemburgo, Italia y una parte de Alemania, después el Código Civil holandés de 1838, después el Código Civil italiano de 1865, e incluso el BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) alemán de 1896, rehabilitaron el arrendamiento de servicios romano, cuya tradición habían guardado los juristas⁴⁸⁵.

Por su parte, el Derecho americano representó, en última instancia, los ideales compartidos por una serie de hombres excepcionales, obligados a convivir con unas circunstancias violentas derivadas de un contexto de opresión política. De esta forma, la libertad se demostró el punto de apoyo adecuado para mover el nuevo mundo.

Se puede asegurar que fue en Virginia donde se plasmó, de manera expresa y por primera vez, esta concepción acerca de la libertad individual. Llegados a este punto, no cabe sino recordar al abogado Patrick Henry, el cual realizó dos discursos incendiarios frente a la Asamblea de Virginia (The House of Burgess). El primero se

⁴⁸² Berlin, I., *Dos conceptos de libertad en Cuatro ensayos sobre la libertad... Op. Cit.*, p. 233: «La Revolución francesa, como todas las grandes revoluciones, fue, por lo menos en su forma jacobina, precisamente una tal erupción del deseo de libertad «positiva» de autodeterminación colectiva por parte de un gran número de franceses que se sentían liberados como nación [...]».

⁴⁸³ Péliissier, J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail... Op. Cit.*, p. 9.

⁴⁸⁴ Portalis, J.-É.-M., *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Universidad Carlos III, 2014, pp. 43, 47.

⁴⁸⁵ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 30.

produjo el 30 de mayo de 1765, durante el cual fue interrumpido a gritos y acusado de traidor a la corona, aunque logró, al final de su intervención, la aprobación de una de las resoluciones más innovadoras en materia política de la época: el derecho a fijar los impuestos del pueblo de Virginia, exclusivamente por su propia asamblea electa. El segundo discurso (Second Virginia Convention), pronunciado el 23 de marzo de 1775 en la clandestinidad de la iglesia de St. John en Richmond, provocó la votación favorable del levantamiento en armas del pueblo de Virginia, lo que posibilitó, un año más tarde, su Declaración de Derechos. La interpelación de Henry, en este segundo discurso, acabó crudamente con el célebre dilema fatalista: «dadme la libertad o dadme la muerte»⁴⁸⁶.

Con la Declaración de Virginia apareció, como la esencia del texto, un derecho a la libertad, necesitado de reafirmación, al encontrarse discutido en ese momento:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad⁴⁸⁷.

A la vista del redactado de la Declaración, resulta esencial no perder de vista que la libertad destacó, principalmente, por su naturaleza negativa, y en una vertiente económica, vinculada al efectivo derecho a la propiedad. Legislar poco, no interferir (tampoco excesivamente a nivel impositivo), permitiendo que fuese cada persona quien buscara y obtuviera su capital, medios de producción, su renta o su trabajo y, finalmente, su propia felicidad.

Esta concepción se completó también con una serie de derechos naturales que no necesitaban ser citados («derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados»), observándose aquí la concepción clásica de la economía, el liberalismo smithiano⁴⁸⁸, amparado en el orden natural de las cosas y, en su vertiente económica, en el orden natural del mercado⁴⁸⁹.

En último término, la idea de libertad terminó por extenderse al resto de Estados americanos. Y bien podría afirmarse entonces que la quintaesencia de la revolución americana fue, precisamente, el deseo y acción de unos individuos de separarse de un

⁴⁸⁶ Henry, P., «I know not what course others may take; but as for me, give me liberty, or give me death!».

⁴⁸⁷ Declaración de Derechos de Virginia, 12 de junio de 1776, Artículo 1.º.

⁴⁸⁸ La riqueza de las naciones, aunque crítica con el independentismo americano (*por lo tanto, ninguna ley fue tan justa como la del Parlamento, tan criticada sin razón en las colonias, que declaró que en adelante no se podría emitir allí papel moneda que fuese medio legal de pago*), acababa de publicarse, por primera vez, el 9 de marzo de 1776. Smith, A., *La riqueza de las naciones...* Op. Cit, p. 247.

⁴⁸⁹ Marzal, A., *Empresa y democracia económica*, Argot, 1991. p. 32.

territorio (Reino Unido) que dejaron de sentir como propio y, al mismo tiempo, de romper con el estatus aparejado a ese antiguo orden. Pues de lo que se trataba, en definitiva, era poder conquistar una libertad institucional que les permitiese, a su vez, canalizar, y conformar, esa libertad individual.

Reconocida la independencia americana, con el Tratado de París en 1783, se inició la difícil tarea de dar forma a ese pensamiento. Y finalmente, el 17 de septiembre de 1787, en Filadelfia, tras cuatro meses de negociación durante un caluroso verano, los 39 hombres restantes, de los 55 enviados como delegados de los estados de la Convención, firmaron un primer borrador de la Constitución americana. Al volver a su casa aquella noche, George Washington escribió esta entrada en su diario:

Terminada nuestra empresa, los Miembros se retiraron a la taberna de la ciudad, cenaron juntos y se tomaron cordiales licencias los unos para con los otros –después de lo cual volví a mi alojamiento– hice algunos negocios y recibí los papeles del secretario de la Convención, y me retiré para meditar sobre la obra decisiva que se había realizado⁴⁹⁰.

Cabría bosquejar a los Padres Fundadores (Franklin, Jefferson, Madison...), hombres de razón –un pensamiento meditado como motor– y de acción –una revolución como medio–, según la descripción de Charles Beudant⁴⁹¹, «en los tiempos de Kant, el Hombre al menos tenía el cielo estrellado sobre su cabeza y la ley moral en el corazón». Por ello, América, a imagen y semejanza de sus promotores, todos pensadores pragmáticos, adaptó rápidamente esa idea de libertad individual a una versión política. Concretada, en esencia, en la idea de que la persona debía protegerse de las injerencias de terceros y, principalmente, del Estado.

Dieron buena cuenta, de esa libertad fundamental, las palabras que, en 1783, antes de regresar a Francia y una vez terminada la guerra, Lafayette pronunció ante el Congreso: Que este gran monumento erigido a la libertad sirva de lección al opresor y de ejemplo al oprimido⁴⁹². Esta dialéctica opresor-oprimido encontraba su reflejo en el mantenimiento de la estructura formal histórica de una misma expresión de representación colectiva, usada en diferentes monarquías, «*We, King of England*», «*Nous,*

⁴⁹⁰ Washington, G., *The George Washington Papers... Op. Cit.:*

The business being thus closed, the Members adjourned to the City Tavern, dined together and took a cordial leave of each other-after which I returned to my lodgings-did some business with, and received the papers from the secretary of the Convention, and retired to meditate on the momentous work, which had been executed.

⁴⁹¹ Beudant, C., *Le Droit individuel et l'État*, Arthur Rousseau, 1891, p. 244.

⁴⁹² «May this great monument raised to liberty serve as a lesson to the oppressor, and an example to the oppressed», en inglés original. Véase la traducción en francés, Paine, T., *Les Droits de l'homme*, Belin, 1987, p. 79.

Roi» o «*Nos, el Rey*». Fórmula que, tras las Revolución, modificó el sujeto político legitimado por el pueblo, «*We, the people*». Por lo que se podría afirmar que la construcción de elementos colectivos y aglutinadores comenzó sobre esta base.

Tras la problemática de la semántica del «pueblo», se encuentra la diferencia esencial según la revolución originaria hubiese escogido el camino de la libertad o de la igualdad, tal y como apuntaba Arendt. A este respecto, cabe oponer a la concepción americana la idea francesa de pueblo, retomada por Marx años más tarde al recuperar la expresión romana «proletariado». Descansa precisamente la noción francesa en la búsqueda del germen del «pueblo», una suerte de mirar hacia dentro que permita extraer el elemento último y esencial del término. Este resultó ser, tal y como expresaba el Abbé Sièyes en 1789, un «pueblo» independiente, alejado de los señores y su servidumbre, de la nobleza y sus privilegios, que calificaba, en contraposición, como verdaderamente un pueblo, pero uno falso⁴⁹³. Como resume Balibar, se trataba de encontrar un «pueblo dentro del pueblo» o «pueblo del pueblo»⁴⁹⁴, un concepto que a la postre legitimaría al movimiento obrero.

En relación con esto, retomando la perspectiva americana, resulta interesante examinar cómo se intentan reconciliar, en el origen, los conceptos de pueblo y mayoría. Así, en los escritos de Jefferson⁴⁹⁵, Adams⁴⁹⁶, Hamilton⁴⁹⁷ y Madison⁴⁹⁸, se observa una creencia leal en el pueblo americano como origen y destino de la Constitución y del

⁴⁹³ Sièyes, E. J. (Abbé), *Qu'est-ce que le Tiers-État précédé de L'Essai sur les privilèges*, Alexandre Correard Libraire, 1822, p. 65.

⁴⁹⁴ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow... Op. Cit. Online access: «[...] it would be a kind of "people within the people" or "people of the people"[...]».*

⁴⁹⁵ Jefferson, T., *The papers of Thomas Jefferson*, Princeton University Press, 1950.

⁴⁹⁶ Adams, J., *A defence of the constitutions of government of the United States of America*, 1787. Internet archives. *Online access: <https://archive.org/details/defenceofconstit02aadam>*. Consultado: 21/9/2017: «The proposition that the people are the best keepers of their own liberties is not true. They are the worst conceivable, they are no keepers at all; they can neither judge, act, think, or will, as a political body».

⁴⁹⁷ Elliot, J., *The debates in the several state conventions on the adoption of the federal Constitution as recommended by the general convention at Philadelphia, in 1787*. Burt Franklin, 1888.

Hamilton se expresa de la siguiente manera (p. 422): «Can a democratic assembly, who annually revolve in the mass off the people, be supposed steadily to pursue the public good? Nothing but a permanent body can check the imprudence of democracy. Their turbulent and uncontrollable disposition requires checks».

⁴⁹⁸ Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J., *The Federalist papers*, n.º 10, *The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*, Yale Law School. *Online access. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp*. Consultado: 22/9/2017:

When a majority is included in a faction, the form of popular government, on the other hand, enables it to sacrifice to its ruling passion or interest both the public good and the rights of other citizens. To secure the public good and private rights against the danger of such a faction, and at the same time to preserve the spirit and the form of popular government, is then the great object to which our inquiries are directed.

sistema⁴⁹⁹. Una suerte de *demos*, creado sobre el reconocimiento de unidad de una nueva ciudadanía que, sin embargo, no cierra futuras representaciones distintas. De hecho, la expresión «*We, the people*», al identificar un grupo como unidad, dota al mismo de soberanía, siendo entonces cuando aparece un sujeto apto para decidir, y reclamar derechos. De modo tal que «El yo es el nosotros y el nosotros el yo»⁵⁰⁰, en expresión prestada por Hegel, lo que permite vincular la materia del espíritu con una comunidad.

Al mismo tiempo, prácticamente todos los padres fundadores manifestaron una preocupada desconfianza hacia las «mayorías» y el posible control legislativo que pudiesen ejercer. Precisamente, unos años más tarde, el Juez Marshall, en *Barron v. Baltimore*, actuando en representación de todo el Tribunal Supremo, confirmó, como una idea aceptada universalmente, la seria preocupación de los padres fundadores en relación con un ejercicio del poder abusivo y peligroso para la libertad individual⁵⁰¹. Recordando entonces que, en casi todas las convenciones en las que se aprobó la Constitución, se recomendó la creación de enmiendas tendentes a limitar las injerencias del Gobierno Federal⁵⁰².

⁴⁹⁹ Fritz, C. G., «The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West», *Rutgers Law Journal*, Vol. 25, 1994, pp. 950-951:

[...] the assertion of popular sovereignty and the acknowledgment that the legitimate power of the state derived solely from the people.

Popular sovereignty as the basic axiom of the new American republics underscored the second distinctive feature of constitutionalism in America: the self-conscious process of creating constitutions. American fundamental law clearly represented the self-conscious product of the people through the agency of delegates acting in a constitutional convention. The people, in this sense, both made and unmade government. The people imposed the constitutional limitations that governed their relations until they decided to change those restrictions. Throughout the nation's history, some Americans wanted stability above all else and lobbied to restrain constitutional revision. Still, the fact remained that, in America, constitutions were made at discrete times and places under the express authority of the people. As James Wilson observed in 1790, constitutions were the act of the people themselves and "in their hands [a constitution] is as clay in the hands of a potter: they have the right to mould, to preserve, to improve, to refine, and to finish it as they please.

⁵⁰⁰ Hegel, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 107.

⁵⁰¹ *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).

⁵⁰² *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833):

But it is universally understood, it is a part of the history of the day, that the great revolution which established the Constitution of the United States was not effected without immense opposition. Serious fears were extensively entertained that those powers which the patriot statesmen who then watched over the interests of our country deemed essential to union, and to the attainment of those invaluable objects for which union was sought, might be exercised in a manner dangerous to liberty. In almost every convention by which the Constitution was adopted, amendments to guard against the abuse of power were recommended. These amendments demanded security against the apprehended encroachments of the General Government.

Finalmente, el 15 de diciembre de 1791, se ratificó el Bill of Rights con las primeras diez enmiendas constitucionales que impedían al Congreso y, en última instancia, al nuevo pueblo americano, alzarse contra el ciudadano, garantizando constitucionalmente la libertad religiosa, de expresión, de prensa o de asamblea; no privar de la vida, la libertad o la propiedad sin el proceso debido⁵⁰³.

De esta manera, el redactado buscaba la transcendencia del concepto. El «pueblo» era el sustrato de la Constitución hasta acabar confundido con la misma. Se transformaba así en un concepto abstracto y difícilmente materializable, que superaba la representatividad de los propios constituyentes, para convertirse en las ideas y espíritu creadores de la Constitución. Todo ello, dotó a la Constitución, convertida en ley fundamental, de una vocación de inmutabilidad y perpetuidad⁵⁰⁴.

Un blindaje que, sin embargo, no contesta a la pregunta de «¿quién es ese “nosotros” que define e integra el pueblo?». Más aún, cuando se trata de un concepto atemporal y con vocación de futuro: sea cual sea el momento, cualquier colectivo suficientemente amplio y definido podrá recuperar la expresión «nosotros, el pueblo», y hacer valer esa legitimidad última. Por lo que resolver la subjetividad del pueblo se convierte en un problema esencial de la democracia, que deberá constantemente redefinir esa noción. Una pregunta convertida en piedra de Sísifo: ¿quién es el sujeto histórico tras esa expresión? Surge entonces un problema de identificación condenado a repetirse mientras el tiempo avanza y muta. Una cuestión en constante planteamiento que, a modo de simple ejemplo y entre otros, ya abordó Spinoza⁵⁰⁵ con el pueblo hebreo y,

⁵⁰³ Fairman, C., *American Constitutional Decisions...* Op. Cit., p. 286.

⁵⁰⁴ Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *The Federalist papers*, n.º 78, *The Judiciary Department*, Yale Law School. Online access. Disponible en: . Consultado: 22/9/2017:

A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.

Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental.

⁵⁰⁵ Véase, a este respecto, Spinoza, B., *Tratado Teológico-Político*, Tecnos, 1996.

posteriormente, Rousseau cuando se preguntaba «acerca del acto por el cual un pueblo es un pueblo»⁵⁰⁶.

A la vista de lo cual, se detecta, tal y como se ha referido, como los padres fundadores mostraron una sincera conturbación por el elemento colectivo del pueblo. La voluntad colectiva facilitó, y fue el presupuesto subjetivo de, la Constitución, pero los derechos individuales reconocidos debían quedar protegidos frente a una voluntad cambiante y sus futuras manifestaciones. Acuñaron entonces una noción como «mayoría» diferenciada del pueblo. En ese momento, recuperaron la idea política clásica de un *plèthos*, el gran número, la masa..., diferenciado de un *demos* que quedaba, por el momento, indefinido⁵⁰⁷. Sin embargo, esta diferenciación no responde a la siguiente cuestión: ¿acaso el pueblo no debe ser representativo de una mayoría? Rousseau contestaba afirmativamente y sentaba, además, las bases de la noción sobre este «verdadero fundamento de la sociedad»⁵⁰⁸. Esta mayoría se formaba por un convenio, «al menos una vez, unánime»⁵⁰⁹, apartándose con ello, tal y como Althusser señaló, de la idea de formación «natural» de la mayoría⁵¹⁰.

De esta manera, el concepto de pueblo, enunciado en la Constitución, se confundió, desde el primer momento, con el propio cuerpo escrito creado. La Constitución era la expresión del pueblo, el pueblo se manifestaba a través de la

⁵⁰⁶ Rousseau, J.-J., *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Classiques des sciences sociales, 2002, p. 16:

Un peuple, dit Grotius, peut se donner à un roi. Selon Grotius, un peuple est donc un peuple avant de se donner à un roi. Ce don même est un acte ci-il; il suppose une délibération publique. Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple ; car cet acte, étant nécessairement antérieur à l'autre, est le vrai fondement de la société.

⁵⁰⁷ Sinclair, R. K., *Democracy and Participation in Athens*, Cambridge University Press, 1991, p. 17:

Demos and its derivatives were not the only terms used to describe the political situation in Athens. Plethos, for example, seems to have been a virtual synonym for demos, indicating in many contexts «the masses» or «the multitude» and in some «the citizen body» or «the assembly». The rule or sovereignty of the people could thus be described as «the demos ruling» or «the plethos ruling».

⁵⁰⁸ Rousseau, J.-J., *Du contrat social ou Principes du droit politique... Op. Cit.*, p. 16.

⁵⁰⁹ Rousseau, J.-J., *Du contrat social ou Principes... Ibid.*, p. 16.:

En effet, s'il n'y avait point de convention antérieure, où serait, à moins que l'élection ne fût unanime, l'obligation pour le petit nombre de se soumettre au choix du grand ? Et d'où cent qui veulent un maître ont-ils le droit de voter pour dix qui n'en veulent point ? La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un, établissement de convention et suppose, au moins une fois, l'unanimité.

⁵¹⁰ Althusser, L., *Sur le contrat social*, Cours professé à l'Ecole Normale Supérieure en 1965-66, p. 8. *Online access*:

Par cette dernière thèse, Rousseau rejette la théorie lockienne du caractère "naturel" (au sens physique du terme) de la loi de majorité. La majorité n'appartient pas au corps social comme la pesanteur au corps physique. Elle suppose un acte de convention antérieur en droit à sa stipulation : elle suppose donc un acte unanime de convention qui l'adopte pour loi.

Constitución, y, así, los constituyentes compusieron una identidad colectiva en la propia Constitución, una identidad estable e institucionalizada que superaba el esquema republicano clásico de comunidad-individuo⁵¹¹. En este caso, el pueblo, sujeto previamente autodeterminado, generó una Constitución que redefinía, a su vez, el propio sujeto de donde la misma emanaba. De esta manera, se trasladó a las instituciones (dimanantes de la Constitución) la misma legitimidad originaria del pueblo americano y, al mismo tiempo, se protegió al individuo, a través de la concesión de una serie de derechos inalienables, frente a la propia comunidad origen de la Constitución.

Es esta misma idea de pueblo la que permitió entonces sostener, paradójicamente –como sucede en *Lochner*–, una individualidad, arrolladora y desconfiada, por encima de la voluntad mayoritaria. Tanto fue así que ciertos jueces del Tribunal Supremo asumieron ese rol de garantes de los derechos individuales por encima de la voluntad mayoritaria⁵¹², sin cuestionar una legitimidad que entendieron atribuida desde el origen.

Siendo este pensamiento el que impregnó una gran parte del Derecho americano. De tal modo que el Tribunal Supremo se convirtió en garante de la Constitución y de sus libertades individuales básicas, visión que fue mayoritaria durante los siglos XVIII y XIX. Lo que bien pudo visualizarse en el VIII Congreso de la nación, en el que John G. Jackson, representante por el estado de Virginia, pronunciaba las siguientes palabras que corroboran la idea presentada y la influencia de esta en las decisiones de la era *Lochner*:

Un sistema judicial ilustrado e independiente es la salvaguardia del pobre ante la tiranía del rico, es la salvaguardia del ciudadano ante la tiranía de su Gobierno [...]. Nuestro

⁵¹¹ Habermas, J., *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*, Polis Revista Latinoamericana, 2005, n.º 10. *Online access*. Disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/5936>, Consultado: 3/2/2018, p. 2:

[...] la concepción republicana sí que resulta afín a un concepto de derecho (va a ser el que después quiero defender) que otorgue a la integridad del individuo y a sus libertades subjetivas el mismo peso que a la integridad de la comunidad en que los individuos puedan empezar reconociéndose recíprocamente como individuos a la vez que como miembros de esa comunidad. Pues la concepción republicana liga la legitimidad de la ley al procedimiento democrático de la génesis de esa ley, estableciendo así una conexión interna entre la práctica de la autodeterminación del pueblo y el imperio personal de las leyes.

⁵¹² Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, Nueva Colección Labor, 1971, p. 146:
La Constitución de los Estados Unidos fue el producto de una sociedad oligárquica y el gobierno por ella establecido se limitó en la forma que la minoría dominante favoreció. Los autores de esta Constitución consideraban la democracia el gobierno del populacho o la tiranía de la mayoría, que arrastrarían consigo todos los frenos de contención del gobierno. En consecuencia, gobierno constitucional no es sinónimo de gobierno democrático, tanto si se concibe este como ejercicio del sufragio universal y nada más, como si se le considera gobierno libre limitado.

sistema judicial es el áncora contra el furor popular, o contra el menos violento pero más destructivo ataque de la usurpación⁵¹³.

1.2 La revolución silenciosa

En un mismo tiempo, unos kilómetros al noroeste de Francia, Gran Bretaña iniciaba la que algunos autores consideran la verdadera revolución. Engels defendería esta idea al argumentar que «Inglaterra es el terreno clásico de esta revolución que fue tanto más poderosa cuanto que se hizo más silenciosamente»⁵¹⁴. No se trataba de una revolución política o cultural. Era en realidad un cambio en el modelo económico, industrial y laboral mediante la división del trabajo. Un modelo económico que acabaría fagocitando todo lo demás: «La subordinación de la política bajo la administración de las relaciones materiales creció durante el siglo XVIII. El comercio reemplazó a la virtud como un principio social»⁵¹⁵. La verdadera revolución tomó la forma en una sutil ruptura con la tradición, la creación de un mundo moderno reemplazó al antiguo y hubo que ajustar también el pensamiento. La filosofía clásica del trabajo⁵¹⁶ se demostró desfasada e incompatible con las nuevas necesidades productivas y de mercado:

Existe una incompatibilidad básica entre los conceptos tradicionales, que convierten al trabajo en sí mismo en el propio símbolo de la sujeción del hombre a la necesidad, y la época moderna, en la que se ensalzó el trabajo para expresar la libertad positiva del ser humano, la libertad de producir⁵¹⁷.

Qué tragedia la de entonces cuando, ensalzado el trabajo —«tradicionalmente la más desdeñada de todas las actividades humanas»⁵¹⁸—, no se valorase y protegiese a quien debía desarrollarlo. En ese aspecto, la tradición se perpetuó en el nuevo trabajador asalariado, colocado materialmente en la misma posición de necesidad, y exclusión social y política, de antaño. Una tradición aparentemente rota por la consagración de la libertad

⁵¹³ Discurso ante el 8 Congreso de los Estados Unidos, 31 de enero de 1805. Tal y como aparece en Warren, C., *Congress, The Constitution and the Supreme Court... Op. Cit.*, p. 222:

«An enlightened and independent Judiciary is the safeguard of the poor against the tyranny of the rich; it is the safeguard of the citizen against the tyranny of his Government... Our Judiciary is the sheet-anchor of safety against popular fury, or the more destructive though less violent attacks of usurpation».

⁵¹⁴ Engels, F., *The Condition of the Working Class in England... Op. Cit.*, p. 50: «England is the classic soil of this transformation, which was all the mightier, the more silently it proceed [...]».

⁵¹⁵ Bilbao, A., *La economía como norma social... Op. Cit.*, p. 46.

⁵¹⁶ Véase a este respecto el apartado II.1 Entre la libertad y la heteronomía.

⁵¹⁷ Arendt, H., *La tradición y la época moderna en Entre el pasado y el futuro... Op. Cit.*, pp. 54-55.

⁵¹⁸ Arendt, H., *La tradición y la época moderna en...Ibid.*, p. 54.

individual que, en realidad, acabaría limitando sus efectos a la libertad de producir y comerciar.

El punto de partida de esta revolución puede situarse entre los años 1780-1800, siendo más difícil encontrarle un final. De hecho, se podría calificar como una revolución prolongada, con un alcance internacional y cuyos conceptos base no han perdido un gramo de vigencia en nuestros días e impregnan nuestro actual Derecho del Trabajo: capital, mercado, productividad... De manera que, desde un punto de vista teórico, se podría asumir el concepto de continuidad en la revolución⁵¹⁹. Y respecto del cual, Hobsbawm concluía, lacónicamente, acerca de este cambio industrial afirmando que «la revolución devino norma»⁵²⁰.

Dentro de ese movimiento revolucionario único, iniciado en el siglo XVIII (algunos autores lo sitúan un siglo antes con la Revolución Gloriosa), bien se puede calificar a esta Revolución Industrial, como una revolución económica, frente a las de carácter político en Francia y Estados Unidos, viniendo marcada por un liberalismo económico, bosquejado por Smith y posteriormente Ricardo, vigente hasta nuestros días. De forma que el primero demostró cómo la riqueza puede producirse en un sistema con libertad de empresa, mientras que el segundo explicó el modo en que la riqueza se distribuye en dicho sistema⁵²¹.

Con lo cual, en esencia, el cambio se produjo como consecuencia de la concentración en un breve espacio de tiempo de descubrimientos técnicos, y sus sucesivas mejoras, que iban a permitir producir mucho más en menos tiempo, para, en definitiva, avanzar a un ritmo nunca antes visto en la historia. Las rutas comerciales británicas sirvieron para abastecer las materias primas que se carecía, cada vez a mejor precio según se mejoraba el transporte y se incrementaban los envíos (en número y carga); mientras que otras materias primas se encontraban en suelo británico, al alcance de la mano (minas de carbón y hierro). A modo de ejemplo, en 1800, Gran Bretaña produjo unos 10 millones de toneladas de carbón, el equivalente al 90% de la producción mundial⁵²². Siendo esos mismos espacios comerciales conquistados los que sirvieron para poner en circulación

⁵¹⁹ Véase, en este sentido, lo ya referido por Koselleck en relación a esta idea, en Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de...* Op. Cit.

⁵²⁰ Hobsbawm, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848*, Vintage Books, 1996, p. 29.

⁵²¹ Toynbee, A., *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England...* Op. Cit., p. 65.

⁵²² Hobsbawm, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848...* Op. Cit., p. 43.

los productos terminados, lo que generó un nuevo mercado, a la par que nuevas necesidades que aumentaban la demanda y el crecimiento en la producción.

Los nuevos inventos afectaron tanto al mundo agrario como al industrial. Provocaron, en el primero, una pérdida de trabajadores agrícolas, y la consiguiente concentración de tierra, en manos de quienes eran capaces de explotarla (por tiempo y capital). Al mismo tiempo, el excedente de trabajadores agrícolas fue reclamado por la industria, un cambio provocado bien para buscar unas mejores condiciones de vida en la ciudad, bien como consecuencia de la necesidad de concentrarse, toda una familia entera, en el desarrollo de un solo trabajo principal, imposibilitando el cultivo complementario y accesorio de la tierra (fue el caso de muchos tejedores durante los primeros momentos de la industrialización que eran también pequeños propietarios de parcelas agrícolas)⁵²³.

Al mismo tiempo, por su parte, la industria a gran escala provocaba el fin del trabajo autónomo y de pequeños talleres, al resultar obligado un capital previo suficiente, o el acceso a un crédito difícil y a una financiación heterodoxa, tanto para la adquisición de la maquinaria indispensable, como para hacer frente a unas mejoras o renovación constantes, e incluso para la contratación del personal necesario⁵²⁴. La especialización, fruto de una lógica división del trabajo en industrias cada vez más organizadas, agravó el nexo de dependencia trabajador-empresa, que hacía cada vez más patente las posiciones de contraparte y de desigualdad.

Si se toma como ejemplo de lo manifestado la industria textil, basta decir que solo el algodón empleaba, en 1833, un millón y medio de trabajadores directa o indirectamente⁵²⁵. Este resultado es fruto de inventos y mejoras sucesivos: a la *jenny* de Hargreaves (1770), un artilugio que acumulaba varios husos accionados a mano por un obrero, le siguió el telar continuo de Arkwright, inventado un año antes (accionado mecánicamente); la *mule* de Crompton en 1779, y el telar mecánico del Dr. Cartwright, en 1804.⁵²⁶ Tal y como refiere Engels, «la importancia de todas estas máquinas se duplicó gracias a la máquina de vapor de James Watt, inventada en 1764 (la patente data de 1769) y empleada para mover máquinas de hilar a partir de 1785»⁵²⁷. Este aparato transformó también la extracción del carbón, que ya había sustituido a la leña en el uso doméstico

⁵²³ Engels, F., *The Condition of the Working Class in England...* Op. Cit.

⁵²⁴ Hobsbawm, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848*, Vintage Books, 1996, p. 39.

⁵²⁵ Hobsbawm, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848...* Op. Cit., pp. 37-38.

⁵²⁶ Toynbee, A., *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England...* Op. Cit., p. 70.

⁵²⁷ Engels, F., *The Condition of the Working...* Op. Cit., p. 54.

por la carestía —en sus dos sentidos— de la madera, que permitía la extracción a grandes profundidades, e impulsaba la demanda de combustible para alimentar todo tipo de industrias: «cuando a la ecuación se sumaron las fábricas, las hilaturas de algodón, los barcos de vapor y las locomotoras, el consumo de carbón se disparó; pasó de unos 15 millones de toneladas anuales en 1814 a 183 millones 100 años después, al comenzar la I Guerra Mundial»⁵²⁸.

Un breve resumen de los datos más relevantes, referidos en *Condición de la clase obrera en Inglaterra*, pueden ayudarnos a entender las dimensiones de esta Revolución. Adviértase que de 1771 a 1775, la media de importación estaba en menos de 5 millones de libras de algodón por año; mientras que, en 1844, llegó a alcanzar, por lo menos, los 600 millones. Por su parte, Lancashire, núcleo de la industrialización, decuplicó su población en 80 años y ciudades gigantescas como Liverpool y Manchester llegaron a contar juntas con 700.000 habitantes; en 1738, West Riding producía 75.000 piezas de paño que fueron 490.000 en 1817:

En 1805, se exportó 4.300 toneladas de productos siderúrgicos y 4.600 toneladas de hierro en lingotes; en 1834, 16.200 toneladas de productos metalúrgicos y 107.000 toneladas de hierro en lingotes; y la extracción de mineral de hierro que en 1740 fue de solo 17.000 toneladas llegó a casi 700.000 toneladas en 1834; los condados de Northumberland y Durham contaban con 14 minas de carbón en 1753, 40 en 1800, 76 en 1836, y 130 en 1843⁵²⁹.

Más allá de los avances técnicos, nace también la idea moderna de empresa como un conjunto de medios organizados y, sobre todo, de retorno de beneficio como consecuencia lógica de la puesta en marcha de estas nuevas estructuras. La búsqueda de una mayor competitividad y de un mayor beneficio repercutió en una reducción de los costes de producción, y una vez agotado el recorrido con las materias primas, el salario fue afectado. Hasta el punto de que si, por ejemplo, un tejedor de algodón podía ganar 33 chelines/semana en 1795, pasó a 14 chelines en 1815, y a 5 chelines con 6 peniques en 1815⁵³⁰. Mientras tanto, las Corn Laws⁵³¹ mantuvieron el precio de los productos agrícolas básicos inalcanzable para la clase trabajadora, por lo que la clase obrera moría,

⁵²⁸ Fagan, B., *Cuando la niebla de Londres mató a 12.000 personas*, El País, 22 de septiembre de 2017.

⁵²⁹ Engels, F., *The Condition of the Working Class in England...* Op. Cit., p. 59.

⁵³⁰ Hobsbawm, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848...* Op. Cit., p. 41.

⁵³¹ Leyes proteccionistas del grano británico que impusieron aranceles al grano de exportación. Como consecuencia, el grano británico mantuvo un precio no acorde a la progresión de los salarios. Estas restricciones se impusieron con el Importation Act de 1815, manteniéndose hasta el Importation Act de 1846.

literalmente, de hambre. Siendo así que la reforma política de dichas leyes presentaba una dificultad insalvable: la configuración del sufragio.

Para ilustrarlo, detengámonos en el sistema de voto en Lancashire (circunscripción electoral de Lancaster, Liverpool, Manchester...), que se limitaba a los propietarios de pleno dominio con una renta anual mínima de 40 chelines. El 16 de agosto de 1819, Manchester –buque insignia de la industrialización– dijo basta. Entre 60 y 80.000 personas se agolparon en St. Peters Field reclamando pacíficamente un sistema de representación distinto, unas mejores condiciones económicas y el fin de las Corn Laws. Sin embargo, la concentración fue brutalmente reprimida por la caballería, el Gobierno sancionó la actuación y la situación de la clase obrera se perpetuó. No se trata de un hecho aislado, sino de un hito relevante en la historia británica que viene a confirmar cómo la Revolución Industrial era exclusivamente económica, pero no política, y cómo las primeras desigualdades se empezaban a manifestar con cierta violencia. Habiéndose resumido así las terribles consecuencias de este estado de situación:

[...] de una parte, una rápida caída de los precios de todos los productos manufacturados, el desarrollo del comercio y de la industria, la conquista de casi todos los mercados extranjeros no protegidos, el crecimiento acelerado de los capitales y de la riqueza nacional; y, de otra parte, el incremento aún más rápido del proletariado, destrucción de toda propiedad, de toda seguridad de sostén para la clase obrera, desmoralización, agitación política, y todos esos hechos que repugnan tanto a los ingleses acomodados⁵³².

En cualquier caso, la mejor manera de tener una idea de ese cambio brutal hacia la deshumanización consiste en visualizar cualquiera de las «nuevas» ciudades industriales inglesas. Según observó, en 1835, Tocqueville, al emprender un viaje por Inglaterra e Irlanda, y detenerse en Manchester:

Es en medio de esta cloaca infesta donde el mayor río de la industria humana tiene su fuente y va a fertilizar al universo. De este charco putrefacto brota el oro puro. Aquí el espíritu humano se perfecciona y a la vez se embrutece, la civilización produce sus maravillas y el hombre civilizado vuelve a ser casi salvaje⁵³³.

Por eso, la desigualdad en el acceso a los medios de producción propiciaba una desigualdad en la distribución de la riqueza, que fue objeto de crítica desde los inicios de

⁵³² Engels, F., *The Condition of the Working Class in England...* Op. Cit., pp. 54-55.

⁵³³ De Tocqueville, A., *Journeys to England and Ireland*, Yale University Press, 1958, p. 105: «From this foul drain the greatest stream of human industry flows out to fertilize the whole world. From this filthy sewer pure gold flows. Here humanity attains its most complete development and its most brutish; here civilization works its miracles, and civilized man is turned back almost into a savage».

la Revolución Industrial. Ya el 7 de abril de 1794, los habitantes de Sheffield habían dirigido una carta al Rey y a la nación, en la que subyacía una legítima reciprocidad entre la constitución y el pueblo, siendo el Derecho un reflejo jurídico de la voluntad mayoritaria: «¿Qué es la Constitución para nosotros si nosotros no somos nada para la Constitución?». Y a continuación preguntaban: «¿Acaso no es tiranía un gobierno en el que el pueblo no participa?»⁵³⁴. Inglaterra empezaba a crear una nueva clase obrera que, políticamente, no iba a encontrar acomodo. De hecho, el Reform Bill de 1832 fue una nueva decepción para los trabajadores, «quedando privados de toda participación en el poder político», y no sería hasta las reformas electorales y parlamentarias de Disraeli en 1867 y Gladstone en 1884, respectivamente, cuando se otorgó «el derecho de sufragio a la mayoría de los obreros urbanos y rurales»⁵³⁵.

A resultas de todo lo cual, la conclusión era clara y extensible a cualquier territorio: cuando la Revolución es solo política o solo económica, esta queda incompleta, siendo el prelude de futuros cambios. Por lo que, ya en España, Pi y Margall advertía sobre las demandas sociales, bajo la forma de reclamaciones de unas mejores condiciones laborales, como «proemio de una revolución social», y argumentaba este extremo incidiendo en la idea de una inacabada, pero patente todavía, revolución política:

Ciego ha de ser el que no lo vea. En todos los monumentos de la vecina Francia, incluso las iglesias está esculpida en grandes caracteres la trinidad moderna, algo más inteligible que la de Platón y los teólogos: libertad, igualdad, fraternidad. Conseguida la libertad, empieza la revolución por la igualdad y hace sentir ya del uno al otro confín de Europa la alterada voz de sus muchedumbres y el rumor de sus armas. ¿Hará esta revolución pasar a los pueblos por las mismas convulsiones que la política?⁵³⁶

La suerte estaba echada, «los dioses y reyes del pasado se vieron impotentes ante los empresarios y máquinas de vapor del presente»⁵³⁷, pues ahora la modernidad tomaba la forma del vapor, el hierro y el carbón, y, desgraciadamente, también de la miseria, el sudor y el hambre. Reflexionaba Benjamin, unos meses antes de su muerte, sobre los avances técnicos, y la correlativa alienación, que habían producido en el trabajador, bajo

⁵³⁴ Cobbet, W., *The Parliamentary History of England*, T.C. Hansard, 1818, p. 740: «What is the constitution to us if we are nothing to it? And what is any government but tyranny, in which the people have no share?».

⁵³⁵ Abendroth, W., *Historia social del movimiento obrero... Op. Cit.*, p. 19.

⁵³⁶ Pi y Margall, F., *Comunicado sobre la reducción de las horas de trabajo* (1873), Página oficial de la Generalitat de Cataluña. *Online access*. Disponible en: <http://www.xtec.cat/~jrovira6/restau11/pihoras.htm>. Consultado: 18/1/2018.

⁵³⁷ Hobsbawm, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848... Op. Cit.*, p. 52.

una ilusión de progreso. Se refería en concreto al trabajador alemán, pero cabe hacerlo extensible al resto:

Nada ha corrompido tanto a los obreros alemanes como la opinión de que están nadando con la corriente. El desarrollo técnico era para ellos la pendiente de la corriente a favor de la cual pensaron que nadaban. Punto este desde el que no había más que un paso hasta la ilusión de que el trabajo en la fábrica, situado en el impulso del progreso técnico, representaba un logro político⁵³⁸.

Los riesgos de esta visión se materializaron claramente ante los ojos de Europa, y de Benjamin, de forma brutal, atroz. Y el progreso amparó ese nuevo mundo, al resultar siempre «una justificación y legitimación de lo existente»⁵³⁹. Ahora bien, no se pretende establecer una causa-consecuencia directa entre los totalitarismos y la revolución industrial, aunque, con todo, sea cierto que el mundo obrero jugó un papel relevante en el proceso de transformación. A nuestro juicio, el problemático punto de origen de esa desviación posterior se puede situar tanto en la concepción moderna del trabajo, en particular, como también en una atrofica visión del mundo, en general, motivado por el imparable mito del progreso.

Así, «un mundo moderno ilimitado» se originó sobre la base del nuevo postulado de la economía liberal que preconizaba unos recursos virtualmente inagotables, y liberaba al ingenio del hombre, secundado por el comercio, hacer que fructificasen⁵⁴⁰.

Todo ello conduce a una significativa preocupación, al observar las consecuencias ontológicas de este proyecto moderno en el hombre. Sobre las consecuencias externas y físicas ya se ha hablado suficiente a lo largo de este apartado. Las restantes resultan tanto o más preocupantes, al haberse perpetuado hasta nuestros días. Y es que el Derecho, en general, y el Derecho del Trabajo, en particular, se han conformado a imagen y semejanza de ese «hombre moderno» y de «su deseo infinito», o dicho en las punzantes palabras de François Ost:

⁵³⁸ Benjamin, W., *Illuminations...* Op. Cit., pp. 253-264:

Nothing has corrupted the German working class so much as the notion that it was moving with the current.

It regarded technological developments as the fall of the stream with which it thought it was moving. From there it was but a step to the illusion that the factory work which was supposed to tend toward technological progress constituted a political achievement.

⁵³⁹ Amengual i Coll, G., «Actualidad de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2, p. 361.

⁵⁴⁰ Ost, F., *Mondialiser nos responsabilités: ...*, Op. Cit. Online access.

Todo se responde y se refuerza en este sueño moderno, las actuaciones del «cogito», las pretensiones de la razón, incluso la arrogancia de la razón –pienso, luego sé–, la voluntad política y jurídica del titular de derechos subjetivo –quiero, luego puedo–, y el deseo soberano del inversor o consumidor –deseo, luego tengo derecho–⁵⁴¹.

1.3 La revolución social

La revolución social del siglo XIX no puede sacar su poesía del pasado.

Karl Marx

Así expresaba Marx la ruptura con el pasado⁵⁴². O, dicho de otra manera, la nueva revolución –al igual que la poesía para Celaya– iba a venir «cargada de futuro». La respuesta a la revolución económica, igualmente silenciosa que arrolladora, iba a propiciar un nuevo horizonte de expectativa necesitado de un sujeto colectivo sobrevenido y digno de reclamar ese espacio: el movimiento obrero.

Este movimiento acabaría autorrepresentándose como el pueblo, y reclamando la legitimidad propia de dicho concepto. Siendo, en este caso, como en otros muchos, una falta de reconocimiento adecuado lo que verdaderamente se achacaba tras la falta de libertad⁵⁴³. La revolución liberal mutó entonces a una revolución proletaria que supuso reconsiderar ese proletariado (la clase trabajadora) como al «pueblo del pueblo»⁵⁴⁴.

Llegándose a definir esta revolución, en una descripción no exenta de crítica, como «la ambición trasladada a lo colectivo, la loca ambición del ascenso de todos los trabajadores fuera de la condición de trabajadores»⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Ost, F., *Mondialiser nos responsabilités: ... Ibid. Online access.*

⁵⁴² Marx, K., *The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte*, Marxist archives, p. 5. *Online access.* Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/download/pdf/18th-Brumaire.pdf> Consultado: 13/10/2017, 2/10/2017:

The social revolution of the nineteenth century cannot take its poetry from the past but only from the future. It cannot begin with itself before it has stripped away all superstition about the past. The former revolutions required recollections of past world history in order to smother their own content. The revolution of the nineteenth century must let the dead bury their dead in order to arrive at its own content. There the phrase went beyond the content – here the content goes beyond the phrase.

⁵⁴³ Berlin, I., *Dos conceptos de libertad en Cuatro ensayos sobre la libertad...* *Op. Cit.*, p. 226.

⁵⁴⁴ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow...* *Op. Cit. Online access.* Disponible en: «[...] it would be a kind of “people within the people” or “people of the people”». Consultado: 17/10/2017.

⁵⁴⁵ Weil, S., «The First Condition for the Work of a Free Person», en Weil, S., *Late Philosophical Writings*, University of Notre Dame Press, 2015, p. 133: «Finally, revolution is another compensation of the same

A) *La revolución inacabada y un Derecho naciente*

Es la eterna lucha entre lo nuevo y lo viejo. Intentando aquel, en un momento dado, desplazar a este⁵⁴⁶. Es también la fuerza antes de convertirse en Derecho, irrumpiendo una concepción innovadora en un orden preexistente (jurídico, económico, social). Y la respuesta en estos casos resulta, casi siempre, la misma: una conquista de espacios.

La misma idea de conquista recreó la fuerza y la violencia de esos últimos años del siglo XIX, donde el movimiento obrero decidió reclamar aquello que entendían justo sin ser legal, «Solo la voluntad viviente triunfaría sobre la rigidez de la ley»⁵⁴⁷. Sobre lo que además se anticipó un conflicto previo que iba a terminar por estallar:

Ya es hora que la clase media inglesa haga concesiones a los obreros, que ya no suplican, sino que amenazan y exigen, porque antes de mucho podría ser demasiado tarde⁵⁴⁸.

En otro orden de cosas, Gervinus explicaba cómo los movimientos políticos presentes nacían por el instinto de las masas, y tendían hacia la libertad interna o la independencia externa, y muchas veces hacia ambas al mismo tiempo⁵⁴⁹.

En ese camino de ida y vuelta entre América y Europa que se pretende trazar, sirvan estas consideraciones previamente referidas y no exentas de cierto lirismo sobre el estado de las cosas en aquel tiempo, que la Iglesia Católica dejó por escrito⁵⁵⁰:

Despertado el prurito revolucionario que desde hace ya tiempo agita a los pueblos, era de esperar que el afán de cambiarlo todo llegara un día a derramarse desde el campo de la política al terreno, con él colindante, de la economía. En efecto, los adelantos de la industria y de las artes, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento de la contienda.

nature. It is ambition translated into the collective, the crazy ambition of the ascent of all workers out of the workers' condition».

⁵⁴⁶ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow...* Op. Cit.: «[...] the idea of revolution forms an "intense" modality of the idea of progress, it must incorporate the representation of a line of development where there is a necessity for the new to replace the old, at least in the long run».

⁵⁴⁷ Zweig, S., *Momentos estelares de la humanidad*, Acantilado, 2002.

⁵⁴⁸ Engels, F., *The Condition of the Working Class in England...* Op. Cit., p. 63.

⁵⁴⁹ Según aparece en Habermas, J., *Postnational Constellation...* Op. Cit., p. 15.

⁵⁵⁰ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros*. 15 de mayo de 1891. Página oficial de La Santa Sede.

De esta manera, la historia muestra un claro paralelismo que supera la distancia. Por suerte o por desgracia, no se trataba de un fenómeno aislado, de un problema americano. Acabado el siglo XIX, la cuestión social devino una preocupación generalizada, que, desde luego, a España tampoco le resultó ajena: la alternativa planteada otras veces en la historia de España, entre inmovilidad, revolución o reforma, se agudiza a la hora de afrontar la cuestión social⁵⁵¹. Revolución o reforma, recordando que la primera se equipara en su consecuencia más grave a la guerra, cuando todo compromiso se ha roto, hasta llegar a producirse entonces un choque violento entre dos o más grupos sobre la estructura de toda la sociedad a la que los mismos pertenecen⁵⁵².

De nuevo, la encíclica *Rerum Novarum*, sin sospecha de parcialidad, describía perfectamente este inquietante escenario:

La violencia de las revoluciones civiles ha dividido a las naciones en dos clases de ciudadanos, abriendo un inmenso abismo entre una y otra. En un lado, la clase poderosa, por rica, que monopoliza la producción y el comercio, aprovechando en su propia comodidad y beneficio toda la potencia productiva de las riquezas, y goza de no poca influencia en la administración del Estado. En el otro, la multitud desamparada y débil, con el alma lacerada y dispuesta en todo momento al alboroto⁵⁵³.

Ante esta situación general, los legisladores estatales y federales americanos decidieron escuchar las demandas (al menos las más esenciales), siendo aprobadas diversas leyes de protección laboral. Comenzó así a crearse un Derecho Laboral muy práctico y rudimentario. Tendente en un primer momento a la solución de las disputas más acuciantes entre empleador y trabajador, mediante la implementación de un sistema y proceso de solución de conflictos. Aquellos que, de otro modo, podrían derivar en huelgas, cierres y violencia. Debe subrayarse que el mundo anglosajón había afrontado el fenómeno asociativo obrero y las medidas de presión colectivas con un carácter penal. No obstante, desde el año 1842, en Estados Unidos y desde el año 1875, en Inglaterra, pasó a convertirse en una ilicitud de naturaleza civil, que los tribunales ordinarios declaraban al conocer de cierto tipo de demandas, deducidas por los empresarios⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en... Op. Cit.*, p. 27.

⁵⁵² Palmer, R. R., *The Age of the Democratic... Op. Cit.*, p. 11

⁵⁵³ León XIII: *carta encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros... Op. Cit. Online access.* Disponible en:

http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consultado: 20/02/2018.

⁵⁵⁴ Martínez Girón, J., *La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana*, Madrid, Actualidad Laboral, 1992, tomo 3, Ref. XLVII, p. 693,

Posteriormente, y de manera progresiva, iba a parecer una legislación estrictamente laboral, tendente a regular el marco del conflicto. Detectándose así cómo en los estados de Maryland en 1878, Pennsylvania en 1883, u Ohio en 1885, por citar tres casos, se crearon los primeros organismos de mediación y arbitraje laboral en Estados Unidos.

A nivel federal, fue necesario el fracaso del Arbitration Act⁵⁵⁵ aprobado en 1888, para el subsiguiente impulso normativo. A estos efectos, repárese en que dicha norma resultó inaplicable durante 10 años, a excepción de una única y lamentable ocasión, en 1894, sobre la que nos detenemos, en la que se demostró ineficaz hasta el extremo. De esta manera, a raíz de la Huelga Pullman⁵⁵⁶, «la batalla industrial más grandiosa en la historia»⁵⁵⁷, se constituyó una comisión tripartita para la mediación y negociación entre las partes, por encargo del presidente Cleveland, que no solo no pudo poner fin a esta, motivo para el cual fue creada, sino que ni tan siquiera fue capaz de alcanzar la ciudad de Chicago, donde la huelga tuvo su origen y un mayor seguimiento, hasta una vez terminados los conflictos⁵⁵⁸. La huelga recrudeció cuando el sindicato ARU (American Railway Union), con Eugene Debs al frente y 150.000 miembros, en 1894, la apoyaron con un boicot masivo el 26 de junio siguiente. El conflicto se generalizó y los trenes de la Pullman Company dejaron de circular. Por lo que el presidente Cleveland ordenó entonces la intervención militar que se saldó con decenas de muertos.

A nivel jurídico, la Huelga Pullman sirve como referente del empleo masivo de las *labor injunctions*⁵⁵⁹, caso en el que las compañías ferroviarias solicitaron, a través del Fiscal General americano, órdenes judiciales que prohibían la interferencia con el transporte de mercancías interestatal, y con el servicio postal (también competencia

⁵⁵⁵ Act of October 1, 1888 (25 Stat., 501).

⁵⁵⁶ El 11 de mayo de 1894, en la ciudad de Chicago, aproximadamente 4.000 trabajadores de la Pullman Company iniciaron una huelga como respuesta a los despidos masivos de 3.000 trabajadores, las condiciones laborales (con salarios reducidos un 40%) y de vida impuestas por la empresa (mucho de los trabajadores vivían alquilados en una ciudad-empresa propiedad de la Pullman Company al Sur de Chicago).

⁵⁵⁷ Debs, E. V., *The Federal Government and the Pullman Strike*, Appeal to Reason, 27 de agosto de 1904, n.º 456.

⁵⁵⁸ Clark, L. D., «Recent Supreme Court Decisions and the Labor Contract», en *Monthly Review of the U.S. Bureau of Labor Statistics*, Vol. 4, n.º 5, 1917, p. 691:

On this occasion a commission consisting of the Commissioner of Labor, Carroll D. Wright, with whom were associated John D. Kernan, of New York, and Nicholas E. Worthington, of Illinois, was directed by President Cleveland to make inquiry into the causes of any pending dispute or existing controversies and to hear all persons interested therein who might come before it, the law giving the commission power to subpoena witnesses and require testimony under oath. As a matter of fact, the commission did not reach the city of Chicago, where the main part of the investigation was carried, on, until after the conclusion of the strike.

⁵⁵⁹ Órdenes judiciales de ejecución inmediata para realizar o cesar en alguna conducta o actividad.

federal)⁵⁶⁰. Así pues, decretadas las órdenes por los tribunales, la posterior desobediencia por parte de los sindicalistas abocó a la detención, condena y prisión, por el delito de *contempt*⁵⁶¹, de los principales sindicalistas, Debs incluido. A este respecto, el Tribunal Supremo, de forma unánime, en una decisión dictada por el Juez Brewer, confirmó la condena a Debs, declarando que el poderoso brazo del gobierno nacional debe utilizarse para eliminar todas las injerencias frente a la libertad de comercio interestatal, y al transporte de correos⁵⁶². El germen de *Lochner* se aprecia con claridad. Brewer terminaba por legitimar la intervención militar del presidente Cleveland, al afirmar que, en una situación de emergencia, el ejército de la nación, y toda su milicia, están al servicio del país para obligar al cumplimiento de las leyes.

Ofrecen también buena cuenta de la importancia de la Huelga Pullman las palabras del propio Debs en 1904, una vez convertido en el líder político socialista, que la representan como un conflicto general, superando las demandas particulares de los trabajadores de la empresa Pullman: «¿Qué fue la Huelga de Chicago? Simplemente una de las muchas batallas que se han peleado y se pelearán en la guerra económica entre el capital y el trabajo... en la lucha mundial para la emancipación industrial»⁵⁶³.

Dicho lo cual, la Huelga Pullman nos sirve, dada la magnitud y relevancia del conflicto, como paradigma del estado de las relaciones industriales a finales del siglo XIX. Para hacernos una mejor idea de estas, resulta oportuno traer a colación la descripción de R. H. Tawney, de acuerdo con los datos publicados por la Comisión de Relaciones Industriales de Estados Unidos:

[...] algunas de estas empresas son dueñas, no solo de la planta y equipos de producción, sino de las casas de los trabajadores, de las calles por las que van al trabajo, y de las salas en las que, si es que se les permite reunirse, las reuniones tienen lugar. Estas empresas contratan espías y detectives privados, policía privada y, a veces, según parece,

⁵⁶⁰ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 123.

⁵⁶¹ Se trata del delito de desacato, consistente en el incumplimiento de las decisiones del tribunal, a través de unas acciones que se oponen, o desafían, la autoridad, y dignidad, del tribunal, que se entienden contenidas en el propio pronunciamiento.

⁵⁶² *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1885):

But there is no such impotency in the national government. The entire strength of the nation may be used to enforce in any part of the land the full and free exercise of all national powers and the security of all rights entrusted by the Constitution to its care. The strong arm of the national government may be put forth to brush away all obstructions to the freedom of interstate commerce or the transportation of the mails. If the emergency arises, the army of the Nation, and all its militia, are at the service of the Nation to compel obedience to its laws.

⁵⁶³ Debs, E., V., *The Federal Government and the...* *Op. Cit.*

hasta ejército privado, y se sumen, cuando lo consideran conveniente, en una guerra privada⁵⁶⁴.

Este conflicto dio paso al Erdman Act en 1898⁵⁶⁵ y a una serie de leyes de intervención en condiciones trabajo. Con lo que ya se empezaba a vislumbrar un Derecho del Trabajo que nació, sin duda, como punto de equilibrio entre la revolución y la represión. Ante estas dos fuerzas absolutas, se contrapuso un instrumento jurídico de integración, concesión y pacto. De forma que, a la vista de estas primeras normas laborales, se puede calificar esta creación jurídica como de «reforma revolucionaria», o «revolución desde arriba» (*revolution from above*)⁵⁶⁶, en la que el Estado se transforma, adecúa su situación a las nuevas demandas por medios pacíficos, apropiándose e institucionalizando de esta manera el término revolucionario. Así, la reacción estatal, a través de un intervencionismo normativo de carácter social universal, y prácticamente simultáneo en los Estados europeos y americanos, se adivina como un fenómeno general. Mientras que, particularmente en España, se propuso como «la única vía posible de sostener la organización capitalista, neutralizando desde arriba la sindical»⁵⁶⁷.

Si se retomara, por un instante, la batalla paradigmática, la mentada Huelga Pullman, se observaría además una lucha semántica tras el conflicto físico, que superó temporalmente y en afectación a este. Poco importaban ya los concretos motivos de la huelga, lo relevante era el impacto del conflicto a futuro: transformar el movimiento obrero en un «pueblo» legitimado para iniciar una nueva revolución, o convertir ese movimiento obrero en «enemigo» del estado, en un movimiento contrarrevolucionario⁵⁶⁸. El *quid* era apropiarse del sentido último del término «pueblo». De modo que, a la vista

⁵⁶⁴ Tawney, R. H., *Equality*, George Allen & Unwin Ltd., 1952, pp. 181-192:

Some of these companies own, not merely the plant and equipment of industry, but the homes of the workers, the streets through which they pass to work, and the halls in which, if they are allowed to meet, their meetings must be held. They employ private spies and detectives, private police and, sometimes, it appears, private troops, and engage, when they deem it expedient, in private war. While organized themselves, they forbid organization among their employees, and enforce their will by evicting malcontents from their homes, and even, on occasion, by the use of armed force.

⁵⁶⁵ Erdman Act, Act of Congress of June 1, 1898, 30 Stat. 424, c. 370.

⁵⁶⁶ Uno de los grandes ejemplos de aplicación política de esta teoría fue Bismarck. Véase, a este respecto:

- Dorpalen, A., *German History in Marxist perspective: The East German Approach*, Wayne State University Press, 1985, p. 218.

- Mooers, C., *The Making of Bourgeois Europe: Absolutism, Revolution, and the Rise of Capitalism in England, France and Germany*, Verso, 1991, p. 141.

En España, la popularización de la expresión se le atribuye a Maura:

- Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España... Op. Cit.*, p. 61.

⁵⁶⁷ De la Villa Gil, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo... Op. Cit.*, p. 73.

⁵⁶⁸ Tratándose además de una cuestión constitucional de máxima relevancia para los «padres fundadores», tal y como se ha referido en el apartado III.1.1 «La revolución política».

de lo apuntado anteriormente⁵⁶⁹, al haber quedado bastante abierta e indefinida esta noción, se abrían dos caminos posibles: el pueblo como Estado o el pueblo como movimiento.

Así las cosas, por un lado, se observaron manifestaciones del Estado, a través del gobierno y en particular del Presidente. Por otro, con una dialéctica contraria, los trabajadores a través del sindicato, y en concreto de su líder Eugene Debs, también se manifestaron. El Presidente Cleveland, en su proclama de 8 de julio, cinco días después de haber ordenado el despliegue del ejército y cuando la tensión alcanzaba su grado máximo, afirmó que quienes desoyeran esta advertencia y persistan en participar de esa turba descontrolada... no podrán ser considerados más que enemigos públicos⁵⁷⁰. Una vez Cleveland hubo abandonado la presidencia, y 10 años después del conflicto, todavía seguía teniendo la necesidad de justificar su actuación. Eugene Debs, por su parte, también. Así, ya siendo expresidente, Cleveland escribió un artículo que concluía alabando la actuación institucional de Gobierno, ejército y Tribunal Supremo: «señalando y abriendo el camino, ahora inmutablemente establecido, que ha de guiar nuestra nación con seguridad y certeza en el ejercicio de sus funciones, que representa la confianza del pueblo»⁵⁷¹. Eugene Debs respondió de forma inmediata con un segundo artículo en contestación: «la palabra, “pueblo”, no es solamente superflua sino maliciosa y funesta para la verdad»⁵⁷². Ambos, en definitiva, luchaban por atribuirse la representatividad del «pueblo» en sus actuaciones, teniendo muy en cuenta el carácter histórico, revolucionario, pero también abierto, de la frase «We, the people». Quedaba también demostrado que el conflicto superó la propia huelga y distaba mucho de estar concluso.

Ambos eran conscientes de que, a la larga, esta lucha semántica podría decantar la legitimidad hacia el Estado o hacia el movimiento obrero, buscando la identificación de lo colectivo en un único sujeto «el pueblo». Y es que toda la fuerza, que no es poca, de ese movimiento que quiere ser el verdadero «pueblo» surge de un «deseo de estatus y reconocimiento»⁵⁷³, de una idea de libertad social, de carácter colectivo, «que los seres humanos necesitan y por la que luchan de manera apasionada, una libertad relacionada

⁵⁶⁹ Véase, de nuevo, a este respecto el apartado III.1.1 titulado «La Revolución política».

⁵⁷⁰ Cleveland, G., *Proclamation 366- Law and Order in the State of Illinois*, 8 de julio 1894, The American Presidency Project. Online access. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=70908>. Consultado: 12/10/2017.

⁵⁷¹ Cleveland, G., *The government in the Chicago strike of 1894*, Mc Clure's Magazine, Vol. XXIII, n.º 3, 1904, p. 240.

⁵⁷² Debs, E. V., *The Federal Government and the Pullman Strike... Op. Cit.*

⁵⁷³ Berlin, I., *Dos conceptos de libertad en... Op. Cit.*, p. 229.

estrechamente con la solidaridad, la fraternidad, el mutuo entendimiento, la necesidad de asociación en igualdad de condiciones...»⁵⁷⁴. Se concluye, consecuentemente, que todo este nuevo contenido material necesitaba obligatoriamente de una representación distinta del pueblo. En palabras de Habermas, una autorrepresentación que legitimase la demanda de independencia política⁵⁷⁵, con la importante salvedad de la desconfianza de los constituyentes hacia las «mayorías», lo que podía descalificar de antemano la noción de *plethos*⁵⁷⁶.

Reapareció entonces una idea de pueblo que parecía olvidada en la historia. La manifestación del pueblo como Laos⁵⁷⁷, término arcaico utilizado por Homero y recuperado tardíamente para designar al pueblo como un colectivo destinado más allá de su número. Una idea intensificada y depurada, que se retoma y encarna en el movimiento obrero como una reinención secularizada del «pueblo elegido»⁵⁷⁸. Una noción que tomó cuerpo en las palabras de Marx y Engels: «Los proletarios no pueden perder más que sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo por ganar»⁵⁷⁹. Se redefine así la idea original de «pueblo», esta vez como portador de la dimensión universal y mesiánica de la nación, que permite entender al proletariado como «el pueblo del pueblo» o «el pueblo entre el pueblo»⁵⁸⁰. Con lo que, de esta manera, el movimiento obrero no solo pretende recuperar la legitimidad histórica del «pueblo», sino también dotarse de una función y un destino,

⁵⁷⁴ Berlin, I., *Dos conceptos de libertad en...* *Ibid.*, p. 229.

⁵⁷⁵ Habermas, J., *Postnational Constellation...* *Op. Cit.*, p. 17.

⁵⁷⁶ Véase, a este respecto, las definiciones ofrecidas en el apartado III.1.1 «La revolución política».

⁵⁷⁷ Balibar, É., *DEMOS – ETHNOS – LAOS*. Pendiente de publicación:

[...] there were several other terms to designate the “popular” element (see PEOPLE/VOLK). The most important for our purpose was laos: central in the Homeric terminology, where it designated the community of the warriors, whose collective power should normally become subjected to the authority of “princes” (anax) but could also challenge it (as in famous episodes of the Iliad), it had become an archaic notion in classical Greece. Its importance for modern debates about the political function of the nation comes from the fact that it was selected by the Septuagint who, working in Alexandria between the 3rd and the 1st century BCE, translated the Torah (followed by other parts of the Bible) into koinè Greek, to render Hebrew ‘am, the proper name of the “Elect People of God” (or the Hebrew nation). More precisely they used ethnè to call the “other nations” (more simply “the nations”, goy'im) and laos for the Elect People.

⁵⁷⁸ La idea religiosa de la elección del pueblo o de «pueblo elegido» aparece con fuerza en los hebreos y fue analizada y criticada por Spinoza: Moreau, P.-F., *Spinoza et l'autorité d'un modèle: l'état des hébreux*, ENS Éditions, 2005, p. 117.

⁵⁷⁹ Marx, C., Engels, F., *Manifiesto Comunista*, elaleph.com, 2000, p. 60.

⁵⁸⁰ Balibar, É., *DEMOS – ETHNOS...* *Op. Cit.*:

But it is especially in the antithetic figure of the Marxian proletariat as «universal class» that an eschatological notion of the «people of the people» became reinvented – at the same time revolutionary and cosmopolitan («internationalist», or gathering its people among the excluded multitude from all countries).

propiciando un imaginario colectivo distinto al de simple mayoría, y alejado también de un *topos* particular. Se trataba de dotar al concepto de una idea de universalidad (tanto en su sentido físico como en propósito), con la que se vinculó, en su momento, la Revolución⁵⁸¹ (la americana y la francesa) y que, en su turno, intentaba recuperar el movimiento obrero. Quizá con la esperanza de que, compartiendo unas características esenciales, se les identificaría más fácilmente como continuadores de dicha Revolución.

Por su parte, el Estado pretende todo lo contrario, bien terminar, bien institucionalizar la Revolución, a través del consenso de la voluntad general, identificando el «*We, the people*», con la voz oficial de los discursos del propio Estado⁵⁸². El Estado se acerca entonces a la idea de *Ethnos* como representación del pueblo. Una noción vinculada a una nacionalidad a través de la historia, a un territorio identificable. Por todo ello, y más allá de la denominación particular que se utilice, los rasgos esenciales de una noción y otra (Estado v. movimiento obrero) aparecen con claridad y enfrentados; según recordaban de nuevo Marx y Engels: «Los obreros no tienen patria. No se les puede arrebatar lo que no poseen»⁵⁸³.

Esta representación permite al Estado situar a toda persona contraria a sus intereses en la posición de contrarrevolucionario, reapareciendo, de este modo, en los Estados Unidos la concepción alemana de *Staatsfeind* (enemigo del Estado)⁵⁸⁴. Si bien se trata, en realidad, de un paso deliberado, de una estrategia⁵⁸⁵, una auténtica «revolución desde arriba» que pretende neutralizar el crecimiento y organización del movimiento social mediante el uso legítimo de la fuerza, pero también mediante paulatinas reformas de carácter social (el grado e intensidad en la intervención fueron correlativos al vigor de las demandas sociales). El Estado reaccionaba así ante el riesgo de transformación del

⁵⁸¹ Véase a este respecto el apartado *La Revolución política*.

⁵⁸² Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow...* *Op. Cit.*: «[...] the national bourgeois state inherited from its own way of "terminating" or institutionalizing the revolution (the consensus of the general will or "We, the people", most of the time finding its official voice in the discourses of the State itself)».

⁵⁸³ Marx, C., Engels, F., *Manifiesto Comunista...* *Op. Cit.*, p. 89.

⁵⁸⁴ Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos...* *Op. Cit.*, p. 77.

⁵⁸⁵ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday...* *Op. Cit.*: «[...] the very construction of the so-called "monopoly of legitimate violence", during the phases of what Marx called the "primitive accumulation", the State apparatuses were dispositifs of preventive counter-violence aimed at making insurrections inoperative».

movimiento obrero en una verdadera revolución que convirtiese el conflicto directamente en una dialéctica de supervivencia entre instituciones (estatal *v.* movimiento obrero)⁵⁸⁶.

Sin embargo, la actuación del Estado generó también un alto riesgo, al poder rápidamente derivar en una expropiación de la soberanía popular. «Yo, el Estado, soy el pueblo»⁵⁸⁷, así habló Zaratustra advirtiendo sobre los peligros de confundir pueblo y Estado. Unas nociones que, más de un siglo antes, Rousseau había intentado separar y precisar⁵⁸⁸. Se puede afirmar que el intercambio entre ambos conceptos conduce a la «muerte de los pueblos», que Nietzsche identificaba con tres elementos esenciales (lengua, costumbre y Derecho), frente a un Estado que quedaría entonces reducido a la mera encarnación del poder sobre el pueblo⁵⁸⁹. Debiéndose tomar conciencia de que todo ello puede recordar, con una misma armonía, a la peligrosa personalización de la soberanía, «*L'État c'est moi*», preludio del tiempo revolucionario⁵⁹⁰.

En relación a la actuación estatal, también resulta justo reconocer, como ya se ha apuntado, que, durante esos primeros años del siglo XX, todas esas normas laborales, tanto federales como estatales, intervinieron en cuestiones sociales y empezaban a conformar un incipiente núcleo de protección laboral. De manera que las necesidades sociales comenzaron a encontrar un cauce democrático de acomodación y los ánimos se calmaban⁵⁹¹. La superposición de leyes naturaleza laboral inició la conformación de un

⁵⁸⁶ Recordaba, en este sentido, Koselleck las palabras de Marx: «el “socialismo es la declaración de permanencia de la revolución”». Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los...Op. Cit.*, p. 81.

⁵⁸⁷ Nietzsche, F., *Así habló Zaratustra*, EPUB, 2011, p. 47.

⁵⁸⁸ Rousseau, J.-J., *Du contrat social ou Principes du droit politique... Op. Cit.*, p. 18:

À l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique, qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres, prenait autrefois le nom de cité (a), et prend maintenant celui de république ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres État quand il est passif, souverain quand il est actif, puissance en le comparant à ses semblables. À l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s'appellent en particulier citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre; il suffit de les savoir distinguer quand ils sont employés dans toute leur précision.

⁵⁸⁹ Nietzsche, F., *Así habló Zaratustra*, EPUB, 2011, p. 47.

⁵⁹⁰ Véase, a este respecto, el apartado III.1.1 "La revolución política".

⁵⁹¹ Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court. The Second Century 1888-1986*, The University of Chicago Press, 1990, pp. 47-48:

In a series of decisions during the ensuing eight years the Court emphasized the distinction by upholding a great variety of state and federal laws despite the argument that they unduly restricted the newly minted liberty of contract: limitations on the hours to be worked by miners and by employees of public contractors, prohibition of various contracts in restraint of trade [...] and on paying sailors wages in advance of service.

cuerpo jurídico, un verdadero (pero débil) Derecho Laboral. Si bien la lucha de clases, no se diluyó al no aceptarse, ni reconocerse plenamente, el fenómeno asociativo obrero. Como recuerda Montoya Melgar, en unas conclusiones plenamente trasladables a Estados Unidos, «la solícita aproximación de las leyes al obrero en su situación más adversa (la mujer y el niño empleados en las fábricas, el inválido, el parado...») no impidió «la represión de las amenazadoras asociaciones y agrupaciones obreras»⁵⁹². De nuevo, las «reformas revolucionarias» del Estado dejaban al movimiento obrero en una posición contrarrevolucionaria o de *Staatsfeind*.

Así pues, a modo de conclusión, queda tan solo decir que esta lucha de clases fue más sutil de lo que parece, no se trataba de una simple conquista de aspectos materiales básicos (menos jornada, más salario, medidas de seguridad y salud..., condiciones dignas de trabajo, en definitiva). En la dialéctica soberano-sometido, opresor-oprimido, aparecieron también representaciones perfeccionadas de ese conflicto material, signos de la historia en forma de una acción particular, un discurso u opinión, una contestación... que se han calificado como «espirituales», cuando en realidad podrían interpretarse como una auténtica lucha intelectual. Comparto, además, dentro de esta idea, la importancia que tienen estos signos, al permitir revisar y cuestionar de manera retroactiva toda historia oficial:

La lucha de clases, que no puede escapársele de vista a un historiador educado en Marx, es una lucha por las cosas ásperas y materiales sin las que no existen las finas y espirituales. A pesar de ello, estas últimas están presentes en la lucha de clases de otra manera a como nos representaríamos un botín que le cabe en suerte al vencedor. Están vivas en ella como confianza, como coraje, como humor, como astucia, como denuedo y actúan retroactivamente en la lejanía de los tiempos. Acaban por poner en cuestión toda nueva victoria que logren los que dominan. Igual que flores que tornan al sol su corola, así se empeña lo que ha sido, por virtud de un secreto heliotropismo, en volverse hacia el sol que se levanta en el cielo de la historia⁵⁹³.

⁵⁹² Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en...* Op. Cit., p. 30.

⁵⁹³ Benjamin, W., *Illuminations...* Op. Cit., pp. 253-264.

The class struggle, which is always present to a historian influenced by Marx, is a fight for the crude and material things without which no refined and spiritual things could exist. Nevertheless, it is not in the form of the spoils which fall to the victor that the latter make their presence felt in the class struggle. They manifest themselves in this struggle as courage, humor, cunning, and fortitude. They have retroactive force and will constantly call in question every victory, past and present, of the rulers. As flowers turn toward the sun, by dint of a secret heliotropism the past strives to turn toward that sun which is rising in the sky of history. A historical materialist must be aware of this most in-conspicuous of all transformations.

En este contexto, el caso *Lochner*⁵⁹⁴, y la subsiguiente doctrina jurisprudencial, terminaron por complicar la cuestión social. En ya referido caso, el Tribunal hubo de valorar la constitucionalidad de la Ley Laboral del estado de Nueva York de 1897, que fijaba un límite máximo de trabajo de 10 horas diarias, o 60 horas semanales, en panaderías. La decisión final del Tribunal fue que el propio carácter laboral de la norma no debía resultar un obstáculo a la libertad de las partes para fijar, libremente y de común acuerdo, el tiempo de trabajo⁵⁹⁵. Tal y como lo resume Charles Fairman, la opinión general redactada por el juez Peckham vino a decir que no creían en el sentido de la ley; una norma que limitaba tan seriamente la libertad de contratación resultaba una mera injerencia oficial⁵⁹⁶.

Sin embargo, el Tribunal cuestionó también la opción y oportunidad de los Estados para regular las relaciones laborales, en contra de la tantas veces referida y aplicada presunción de constitucionalidad de las normas, por lo que, en última instancia, la propia idea de gobierno y de respeto democrático se ponía en tela de juicio⁵⁹⁷.

El caso *Lochner* fue hijo de su tiempo, y como tal debe ser analizado. No se puede pretender realizar un análisis técnico descontextualizado de la sentencia, ni del fundamental voto particular del juez Holmes. En esta tesis no se pretenderá tampoco una aproximación formal al Derecho americano. Por el contrario, se intentará encuadrar este, en la medida de lo posible, con el pensamiento de la época⁵⁹⁸. Cualquier otra actuación, además de injusta, resultaría parcial e incompleta. Y dejando de lado esa visión ventajista del pasado desde el presente –atalaya desde la que resulta sencillo emitir juicios de valor–, aparece en las entrañas de *Lochner* un ideal a defender que merece, cuanto menos, consideración, el individualismo⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Véase también, a este respecto, el caso *Adair*: *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁵⁹⁵ Véase, a este respecto, el apartado III.3.2 "El caso *Lochner*".

⁵⁹⁶ Fairman, C., *American Constitutional Decisions*, Henry Holt and Company, 1948, p. 315: «We do not believe in the soundness of this law; statutes which seriously limit freedom to contract are mere meddling interferences».

⁵⁹⁷ Véase, a este respecto, el apartado V.2 «Leones bajo el trono».

⁵⁹⁸ Véase, especialmente, el apartado V.1 «En defensa de *Lochner*».

⁵⁹⁹ Pound, R., *Interpretations of Legal History*, Cambridge Studies in English Legal History, 1923, p. 58: «In private law the eighteenth century, with its contempt for the Middle Ages, and the nineteenth century, with its desire to see all things in terms of the maximum of individual self-assertion, sought continually to restate the theory of our institutions and doctrines in terms of contract or of will».

B) *El dilema de Debs y el camino del Derecho Social*

Frente al ideal liberal y al dogma de la libertad de contratación, los derechos sociales, de carácter eminentemente colectivo, presentaban un difícil encaje. El conflicto se recrudeció a finales del s. XIX y apareció la lucha por el derecho en toda su extensión⁶⁰⁰. Los nuevos valores reclamaron el espacio negado, y los existentes, su hegemonía. A una mayor sindicación, le siguieron protestas, huelgas y boicots. A colación de ello, adviértase que, no mucho tiempo atrás y en una Europa con dificultades semejantes, el Ministro español Moret vaticinó, en el preámbulo de la creación de la Comisión de Reformas Sociales⁶⁰¹, el momento crucial en que «habría motivo para temer que las corrientes, hasta ahora pacíficas, por donde va encauzándose este movimiento torcieran su rumbo de suerte que los males conocidos se agravasen con todos aquellos otros a que da origen la violencia». Unos años después, en una conferencia en el Ateneo de Madrid ante el Rey Alfonso XIII, sentenciaba la cuestión en un dilema ya convertido en inaplazable: «Y por eso en la vida social lo que las clases directivas no sepan hacer por el camino de la evolución y el progreso, solo se logrará cuando la revolución y la violencia hagan oír su terrible lenguaje»⁶⁰².

Apreciándose así que no se trataba de una cuestión aislada, sino de un estado de ánimo que alcanzaba a la sociedad en general. A estos efectos, la Huelga Paterson de febrero de 1913⁶⁰³ determinó, posiblemente, el punto álgido de los conflictos, y sirvió también como demostración del cambio general en el estado de la cuestión social. Se trató de una huelga general que superó géneros –al destacar en esta el papel activo de las mujeres trabajadoras–; nacionalidad –al unir por primera vez un contingente de trabajadores de muy distintas culturas y lugares de procedencia–; y también el tipo de trabajo realizado –se sumaron a la huelga tanto los trabajadores cualificados como los no-cualificados–.

Otro factor importante a considerar fue la atención que suscitó la huelga, y el apoyo prestado por ciertos intelectuales americanos establecidos principalmente en el

⁶⁰⁰ Von Ihering, R., *La lucha por el derecho*, Editorial Civitas, 1985.

⁶⁰¹ Real Decreto de 5 de diciembre de 1883: Creación de la comisión de reformas sociales, Gaceta de 10 de diciembre.

⁶⁰² Moret, S., *El problema social agrario en España*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1904, p. 32.

⁶⁰³ La ciudad de Paterson, New Jersey, era conocida por la importancia de su manufactura textil como la «ciudad de la seda» (*Silk City*). Desde las últimas décadas del siglo XIX y la primera del siglo XX se había convertido en un centro de militancia laboral dadas las condiciones de su industria textil.

Greenwich Village neoyorquino (John Reed, Margaret Sanger, Hutchins Hapgood...), reflejado entre otros lugares en las páginas de la revista *The Masses*⁶⁰⁴. Como también devino significativo el hecho de que la propia huelga tuviera una representación teatral en Nueva York, en la que los propios huelguistas actuaron. La obra era *The Pageant of the Paterson Strike*, representada el 7 de junio en el Madison Square Garden. Se trataba, por supuesto, de un acto de recaudación para prolongar y mantener la huelga, además de publicidad, si bien no cabe desdeñar la idea del efecto del arte en la historia. Advertiéndose también al respecto que las posibilidades de reinterpretación que este tipo de actos permiten, creando un imaginario colectivo distinto al oficial.

Con relación a esta última idea, conviene destacar la coincidencia temporal entre el inicio de la Huelga Paterson y la celebración del primer *Armory Show*, entre el 17 de febrero y el 15 de marzo de 1913. Por ser la primera vez en la que se celebraba en Estados Unidos una exposición completa de arte moderno, donde, junto a los impresionistas, las grandes corrientes europeas de ruptura estaban representadas: fauvismo, futurismo, cubismo... La organización cuestionaba los cánones estéticos aceptados y la propia autoridad de la Academia Nacional de Diseño (National Academy of Design) se posicionó en contra del evento. Siendo bien conocido cómo el Presidente Roosevelt, moviéndose rápidamente por los pasillos y salas, señalaba sucesivos cuadros y esculturas al grito de: «¡Eso no es arte!»⁶⁰⁵. Por este y otros detalles, este evento se podría entender más como una muestra de una revolución general, que de un escándalo aislado. Sin embargo, la provocación no fue el objetivo sino un efecto secundario del verdadero fin: cuestionar y remover las bases de lo aceptado hasta el momento. ¿Acaso no es también el motivo último del movimiento social? Conviene recordar las palabras que Hutchins Hapgood recogió en el *New York Globe*, momentos antes de la exposición, que parecen remitir a un estado de ánimo general, a una suerte de espíritu que suscita un movimiento general, desde el arte hasta el Derecho:

Estamos viviendo un momento de lo más interesante en el desarrollo del arte en América. No es por mero accidente que también lo estemos viviendo en la política, la industria y el desarrollo social. Lo que llamamos «agitación» es la condición del crecimiento

⁶⁰⁴ Golin, S., *The Fragile Bridge: Paterson Silk Strike, 1913*, Temple University Press, 1988, pp. 109-111.

⁶⁰⁵ Rosenberg, H., *The Armory Show: Revolution Reenacted*, *The New Yorker*, 1963, p. 99: «William Zorach testifies that at the opening the ex-President "waved his arms and stomped through the Galleries pointing at pictures and saying "That's not art!"».

vital y este benéfico nerviosismo es tan evidente en el arte y en el movimiento feminista como lo es en la política y la industria ⁶⁰⁶.

Como ya se ha manifestado en un espacio y tiempo distinto ⁶⁰⁷, el arte (en sus distintas manifestaciones) se volvió a poner al servicio de la cuestión social, como dos revoluciones simultáneas e interrelacionadas, tanto en sus causas como en sus efectos. Puesto que, en definitiva, ambas pretendieron dar respuesta a una misma problemática social –pobreza, desempleo, condiciones de trabajo y de vida...– a través de manifestaciones «violentas», en el sentido de rupturistas: representación teatral, organización de una exposición internacional, nuevas técnicas de pintura, etc., por un lado, y huelga o boicot, por otro.

De tal manera que, en 1914, se aprobó la Clayton Act para dar amparo legal a buena parte de estas últimas actividades. En la práctica, muchas de ellas, eso sí, quedaron desprotegidas por las interpretaciones restrictivas de los tribunales. A mayor abundamiento, la manifestación jurídica del conflicto alcanzó causas penales contra los trabajadores. En esos instantes, el sistema se balanceaba en un frágil equilibrio y, con el inicio de la Primera Guerra Mundial, la presión sobre los trabajadores y sus representantes aumentó. Rusia estalló en llamas y la Revolución, de pretensión internacional, podía resultar más cercana de lo que se presumía ⁶⁰⁸. Por su parte, América entró en la Primera Guerra Mundial en 1917, y el Estado no iba a tolerar la desertión, tampoco la intelectual. Así las cosas, el Tribunal Supremo no permaneció ajeno a estos hechos ⁶⁰⁹. En un esfuerzo de reconciliación, el Presidente Wilson creó la National War Labor Board, para mediar

⁶⁰⁶ De Zayas, M., *How, When, and Why Modern Art Came to New York*, The MIT Press, 1998, p. 42: «We are living at a most interesting moment in the art development of America» wrote Hutchins Hapgood in the *New York Globe* on the eve of the Armory Show. «It is no mere accident that we are also living at a most interesting moment in the political, industrial, and social development of America. What we call our 'unrest' is the condition of vital growth, and this beneficent agitation is as noticeable in art and in the woman's movement as it is in politics and industry».

⁶⁰⁷ Véase a este respecto, el apartado II.4.1, «B) Francia».

⁶⁰⁸ Balibar, É., *October 1917 After One Century... Op. Cit.*, p. 38: «We may readily admit that many societies and States were ripe with rebellions, uprisings, revolutions in the wake of World War I». Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España... Op. Cit.*, p. 87: «En fin, la causa del proletariado recibe en esta época el impulso casi místico de la revolución rusa, que viene a confirmar la creencia que el capitalismo liberal había de encontrar su tumba en el caos político, económico y social producido por la gran guerra».

⁶⁰⁹ Arjona Sebastián, C., *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes... Op. Cit.*, p. 35:

En el duro debate jurídico sobre la legislación social resonaba el eco de las nuevas ideologías políticas de izquierda que hacían su presencia en los núcleos urbanos generados por la industrialización. Mediado el mandato de Holmes, los Estados Unidos participaban en la Primera Guerra Mundial y el estallido de la revolución comunista en Rusia no provocó indiferencia en América.

entre empresarios y trabajadores, reconociendo expresamente el derecho de los trabajadores a sindicarse y negociar colectivamente, a través de representantes, sin injerencias empresariales⁶¹⁰.

En esos intrincados momentos, los ojos de la historia se detuvieron en Eugene Debs, líder sindical y político socialista. Dado que, si bien el socialismo presentaba poca incidencia política en América, la personalidad de Debs y su influencia en el mundo obrero resultaban incontestables. El 16 de junio de 1918, en la ciudad de Canton en el estado de Ohio, pronunció un discurso donde aunaba y promovía el antimilitarismo, la sindicalización y el socialismo⁶¹¹. Apenas 15 días después fue arrestado por sedición, siendo declarado culpable en un juicio sumario. Optó entonces por representarse en sala, y el 14 de septiembre siguiente, después de la vista para la imposición de la condena definitiva, solicitaba dirigirse al Tribunal por última vez. En ese momento, la inminente pérdida de libertad personal era un hecho consumado, que además podía provocar una ruptura definitiva entre las dos Américas. Perdida la fe en el Derecho, apelar al recurso de la fuerza aparecía dentro de los escenarios posibles. Y seguramente, Debs tampoco ignorase el axioma marxista, que podía tornarse en consigna para un socialista como él, «la violencia es la comadrona de todas las sociedades viejas que llevan en su seno una nueva»⁶¹².

El instante definitivo había llegado y Debs marcaría el camino obrero. No se conocen los ejemplos a los que acudió, las imágenes que tuvo en mente a la hora de decidir, aunque resulta probable que, en algún momento, recordara otros modelos revolucionarios. Salvando las distancias, aparece un punto de inflexión histórico con idéntica tensión, y papeles invertidos. Se trata de las intervenciones de Robespierre, durante el proceso de Louis XVI, donde, aun mostrándose en un primer momento contrario a la pena de muerte, cambió después de postura. En dos discursos ante la

⁶¹⁰ Post, R. C., *Mr. Taft becomes Chief Justice*. *University of Cincinnati Law Review* 76, 2008, p. 765.

⁶¹¹ Debs, E., *The Canton Speech*, E.V. Debs Internet Archive, 1918. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/debs/index.htm/>. Consultado: 4/10/2018:

When we unite and act together on the industrial field and when we vote together on election day we shall develop the supreme power of the one class that can and will bring permanent peace to the world. We shall then have the intelligence, the courage and the power for our great task. In due time industry will be organized on a cooperative basis. We shall conquer the public power. We shall then transfer the title deeds of the railroads, the telegraph lines, the mines, mills and great industries to the people in their collective capacity; we shall take possession of all these social utilities in the name of the people. We shall then have industrial democracy. We shall be a free nation whose government is of and by and for the people.

⁶¹² Marx, K., *El Capital. Crítica de la Economía Política*, vol. I, Cap. 26, Marxist archives. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/eccx86s.htm>, Consultado: 10/2/2018.

Convención, en diciembre de 1792⁶¹³, preguntó a los franceses si querían «una revolución sin revolución»⁶¹⁴. Explicó entonces que el Derecho no alcanzaba a los tiranos y se podía inaplicar en tiempos excepcionales, hasta concluir que «Louis debe morir para que la patria viva». Apenas unos meses más tarde, tras la convención del 31 de mayo de 1793, la imagen era la de un país entregado definitivamente al culto de la fuerza: «*La France ne sentant plus le droit, n'ayant plus nulle prise où s'arrêter, alla roulant comme roule un corps mort sur la vague, dont ne veut ni la terre ni la mer, et qui flotte éternellement*»⁶¹⁵.

Recordara, o no, Debs este ejemplo y las reminiscencias de la revolución fallida, reaparecen aquí las tristes consecuencias de quienes, en un primer momento, confiaron en la excepcionalidad de la situación para decantarse por el camino violento y, finalmente, dejar de «sentir el Derecho». Además, la doctrina marxista reclamaba «la exacerbación de la lucha hasta alcanzar la revolución redentora»⁶¹⁶.

Sin embargo, las palabras de Debs siguieron otros derroteros:

Creo en un cambio profundo de las cosas –pero a ser posible pacífico y ordenado–
... La sensación –realmente la conocen– que el momento, a pesar de toda la oposición, de toda la persecución, en el que este mensaje emancipador se extenderá a otros pueblos, y en

⁶¹³ Robespierre, M., *Discours sur le jugement de Louis XVI (1ère intervention) prononcé à la tribune de la Convention le 3 décembre 1792*, L'institut d'histoire de la Révolution Française, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. *Online access*. Disponible en: <https://ihrf.univ-paris1.fr/enseignement/outils-et-materiaux-pedagogiques/textes-et-sources-sur-la-revolution-francaise/proces-du-roi-discours-de-robspierre/>. Consultado: 9/1/2018.

Vous demandez une exception à la peine de mort pour celui-là seul qui peut la légitimer. Oui, la peine de mort, en général, est un crime, et par cette raison seule que, d'après les principes indestructibles de la nature, elle ne peut être justifiée que dans les cas où elle est nécessaire à la sûreté des individus ou du corps social. Or, jamais la sûreté publique ne la provoque contre les délits ordinaires, parce que la société peut toujours les prévenir par d'autres moyens, et mettre le coupable dans l'impuissance de lui nuire. Mais un roi détrôné, au sein d'une révolution qui n'est rien moins que cimentée par des lois justes ; un roi dont le nom seul attire le fléau de la guerre sur la nation agitée ; ni la prison, ni l'exil ne peut rendre son existence indifférente au bonheur public ; et cette cruelle exception aux lois ordinaires que la justice avoue ne peut être imputée qu'à la nature de ses crimes. Je prononce à regret cette fatale vérité... mais Louis doit mourir, parce qu'il faut que la patrie vive.

Robespierre, M., *Discours sur le jugement de Louis XVI (1ère intervention) prononcé à la tribune de la Convention le 28 décembre 1792*, L'institut d'histoire de la Révolution Française, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. *Online access*. Disponible en: <https://ihrf.univ-paris1.fr/enseignement/outils-et-materiaux-pedagogiques/textes-et-sources-sur-la-revolution-francaise/proces-du-roi-discours-de-robspierre/>. Consultado: 9/1/2018

⁶¹⁴ Robespierre, M., *Discours à l'Assemblée nationale, 5 novembre 1792*, Internet archives. *Online access*. Disponible en: <http://archive.org/stream/discoursparmaxim29887gut/pg29887.txt>. Consultado: 11/1/2018: «Citoyens, vouliez-vous une révolution sans révolution?».

⁶¹⁵ Michelet, J., *Histoire de la Révolution française*, C. Marpon et E. Flammarion, 1879-1880.

⁶¹⁶ Marzal, A., *Empresa y democracia económica... Op. Cit.*, p. 40.

el que la minoría se transformará en la triunfante mayoría, ha llegado... Puedo ver el inicio de días mejores para la humanidad. La gente se está despertando. En el momento adecuado, llegarán a sus propias conclusiones... Cuando el marino, navegando por aguas tropicales, busca el descanso de su agotada guardia, vuelve su mirada hacia la Cruz del Sur, brillando descaradamente por encima de un tormentoso mar. Cuando la medianoche se acerca, la Cruz del Sur comienza a doblarse, los mundos giratorios cambian su lugar, y con un índice estrellado el Todopoderoso señala el paso del tiempo en la esfera del universo, y ninguna campana puede superar las buenas nuevas, el vigía sabe que la medianoche se está sobrepasando y el relevo y el descanso están al alcance de la mano. Dejemos que la gente, en cualquier parte, tenga el valor de la esperanza, porque la cruz se está doblando, la medianoche termina y la alegría llegará con la mañana⁶¹⁷.

El socialismo de Debs nunca llegaría a América y la presión sobre el movimiento obrero continuó aumentando⁶¹⁸. En septiembre de 1919, el comité ejecutivo del partido socialista americano publicó un informe en el que se contaban hasta 2.000 detenciones de miembros del partido⁶¹⁹. Sin embargo, el camino del Derecho prevaleció sobre la fuerza. Vigente la doctrina Lochner, la inclusión definitiva de los valores sociales en el ordenamiento se demoraría en el tiempo, pero el alegato de Debs, cargado de esperanza en pos de un cambio pacífico, marcó los límites del conflicto. Se impuso la idea de mejora

⁶¹⁷ Debs, E., *Statement to the Court*, E.V, Debs Internet Archive, 18 de septiembre de 1918. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/debs/index.htm/>. Consultado: 4/10/2018:

I believe in a fundamental change—but if possible by peaceable and orderly means... The feel—they know, indeed—that the time is coming, in spite of all opposition, all persecution, when this emancipating gospel will spread among all the peoples, and when this minority will become the triumphant majority and, sweeping into power, inaugurate the greatest social and economic change in history... I can see the dawn of the better day for humanity. The people are awakening. In due time they will and must come to their own... When the mariner, sailing over tropic seas, looks for relief from his weary watch, he turns his eyes toward the southern cross, burning luridly above the tempest-vexed ocean. As the midnight approaches, the southern cross begins to bend, the whirling worlds change their places, and with starry finger-points the Almighty marks the passage of time upon the dial of the universe, and though no bell may beat the glad tidings, the lookout knows that the midnight is passing and that relief and rest are close at hand. Let the people everywhere take heart of hope, for the cross is bending, the midnight is passing, and joy cometh with the morning.

⁶¹⁸ Balibar, É., *October 1917 After One Century...* *Op. Cit*, p. 38:

[...] the counter-revolution becomes now organized at world stage, anticipating revolutions here and there, and gathering forces to resist or crush them. There is no surprise effect anymore. This is not a conspiracy, it is evidence of the fact that ruling classes (capitalist bourgeoisie, imperialist and colonial powers) now take very seriously the idea that the social contradictions of capitalism have reached a point of intractability through «normal» means. It also demonstrates that they share the idea that the «communist revolution» is not a local phenomenon (e.g. a product of the archaic imperial regime in prewar Russia – which in any case had many equivalents in the world), but virtually announces a world-revolution or reveals a geopolitical problem.

⁶¹⁹ Duvergier de Hauranne, P., *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, M. Lévy Frères, 1867-72, Tomo 1, p. 201.

social gradual frente al cambio revolucionario; «la idea, en fin, de que el cauce privilegiado de esas reformas no es otro sino el de la legislación laboral»⁶²⁰.

Aparece, en el ejemplo de Debs, la idea de transición sin ruptura. Y es que, si se dan las circunstancias idóneas y actúan las personas precisas, se puede abocar a un compromiso en pos de la integración, a un consenso de valores. Sirva su ejemplo en nuestra Europa actual.

2. LA LIBERTAD Y EL DERECHO DEL TRABAJO ESTADOUNIDENSE

La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida...

Miguel de Cervantes

2.1. Evolución o revolución

It is going to be a beautiful thing. Every single American will have the opportunity to realize his or her fullest potential.

Donald Trump

La aceleración del «tiempo histórico», la sensación de que la experiencia adquirida representaba un espacio cada vez más insuficiente, resultaba un pensamiento propio de la era moderna, iniciada en el siglo XVIII con el nuevo «tiempo revolucionario». Esa rápida condensación del tiempo provocó la necesidad de encontrar una denominación acorde con un fenómeno experimentado por primera vez. Se acuñó entonces el término progreso,

⁶²⁰ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en... Op. Cit.*, pp. 22-23.

sobre la base de la abundante experiencia de los tres siglos precedentes⁶²¹, y al aunar, a la linealidad histórica preconcebida, la idea de velocidad⁶²².

Esta noción iba, a generar, a su vez, toda una corriente de pensamiento filosófico, histórico y jurídico sobre el progreso. Apareciendo, en ese momento, la teoría de la ley entendida como ciencia de la libertad⁶²³, que se había vinculado, por algunos autores anteriores, a las cualidades del hombre en su estado natural⁶²⁴. Mientras que otros autores se apoyaron en la observación para concluir que existía una tendencia manifiesta, en la evolución del hombre, a la extensión de esas libertades individuales⁶²⁵. De esta manera, el «progreso jurídico» iba a resultar una evolución natural hacia la libertad. Viéndose muy influenciado, a este respecto, el Tribunal Supremo americano de finales del siglo XIX, y

⁶²¹ Koselleck, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos...* Op. Cit., pp. 333-357.

⁶²² Véase, a este respecto, las reflexiones de Paul Virilio en Virilio, P., *Vitesse et politique. Essai de dromologie*, 1977, Galilée.

⁶²³ Beudant, C., *Le Droit individuel et l'État...* Op. Cit., p. 4: «Le Droit, au sens plus général du mot, est la science de la liberté. Il a pour objet l'emploi raisonné des facultés de l'homme, la direction de l'activité humaine par l'intelligence et la raison».

⁶²⁴ Paine, T., *Les Droits de l'homme...* Op. Cit., pp. 96-100. En inglés original:

Every history of the creation, and every traditional account, whether from the lettered or unlettered world, however they may vary in their opinion or belief of certain particulars, all agree in establishing one point, the unity of man; by which I mean that men are all of one degree, and consequently that all men are born equal, and with equal natural right, in the same manner as if posterity had been continued by creation instead of generation, the latter being the only mode by which the former is carried forward; and consequently every child born into the world must be considered as deriving its existence from God. The world is as new to him as it was to the first man that existed, and his natural right in it is of the same kind [...]

Hitherto we have spoken only (and that but in part) of the natural rights of man. We have now to consider the civil rights of man, and to show how the one originates from the other. Man did not enter into society to become worse than he was before, nor to have fewer rights than he had before, but to have those rights better secured. His natural rights are the foundation of all his civil rights. But in order to pursue this distinction with more precision, it will be necessary to mark the different qualities of natural and civil rights.

A few words will explain this. Natural rights are those which appertain to man in right of his existence. Of this kind are all the intellectual rights, or rights of the mind, and also all those rights of acting as an individual for his own comfort and happiness, which are not injurious to the natural rights of others. Civil rights are those which appertain to man in right of his being a member of society. Every civil right has for its foundation some natural right pre-existing in the individual, but to the enjoyment of which his individual power is not, in all cases, sufficiently competent.

⁶²⁵ Spencer, H., *Les premiers principes*, Felix Alcan, 1897, p. 277 (Chapitre XIV, «La Loi de l'Évolution»):

Mais nous n'aurons obtenu la connaissance unifiée qui constitue la Philosophie que lorsque nous aurons vu comment les existances de tous les ordres font pour manifester une intégration progressive de matière et une perte de mouvement concomitante. Nous allons maintenant rechercher la preuve directe que le cosmos en général se conforme à cette loi, et pour cela nous suivrons, tant que l'observation et le raisonnement nous le permettront, les faits qui font l'objet de l'Astronomie et de la Géologie aussi bien que ceux dont traitent la Biologie, la Psychologie et la Sociologie.

principios del XX, por las corrientes de pensamiento contemporáneas, sintetizadas en el *laissez-faire* económico y social.

Tal y como se ha señalado, siguiendo a estos efectos los conceptos de Castoriadis⁶²⁶, «la época capitalista donde la institución explícita del tiempo identitario es un flujo mensurable, homogéneo, totalmente aritmético; y donde el tiempo imaginario es un tiempo “infinito”, representado como tiempo de progreso indefinido, de crecimiento ilimitado, de acumulación, de racionalización, de conquista de la naturaleza, de aproximación cada vez mayor a un saber exacto total, de realización de un fantasma de omnipotencia»⁶²⁷.

Si bien la aparición del *laissez-faire* se sitúa ya en los últimos años del siglo XVII, en Francia, sobre el axioma de que «para gobernar mejor, se debe gobernar menos» que propicia la famosa frase que da nombre a todo el movimiento: «*Que faut-il faire pour vous aider?* –preguntó Colbert– *Nous laissez faire* –respondió Legendre»⁶²⁸. Una de las particularidades de esta corriente es que la anterior expresión –*laissez faire*– no se encuentra recogida, expresamente, en las obras de los economistas clásicos, con los que se asocia de manera casi indisoluble. En cualquier caso, resulta una idea latente en el concepto de economía de Smith⁶²⁹, Ricardo y Malthus, siendo Bentham quien terminó de adaptarla como modelo político-económico en Inglaterra:

La regla general es que el gobierno no debe hacer ni intentar nada; la divisa o el lema del gobierno, en estas ocasiones, debe ser: ¡Quieto!... La petición que la agricultura, las manufacturas y el comercio presentan a los gobiernos es tan modesta y razonable como la que hizo Diógenes a Alejandro: No me tapes el sol⁶³⁰.

A) *Pensamiento filosófico*

De acuerdo a la teoría del *laissez faire*, la propia selección natural del mercado llevará al progreso económico. De forma tal, que será el mercado el que, a través de la

⁶²⁶ Castoriadis, C. *La institución imaginaria de la sociedad. Vol. II: El imaginario social y la institución*, 1989, Tusquets.

⁶²⁷ Beriain, J., «*Imaginario social, politeísmo y modernidades múltiples*», en *Revista anthropos: Huellas del conocimiento, Online access*. Disponible en: http://www.unavarra.es/puresoc/pdfs/c_lecciones/0-Beriain-imaginario.pdf, p. 9.

También citado por Zamora, J.A., «Solidaridad anamnética ... Op. Cit., p. 17.

⁶²⁸ Keynes, J. M., «El fin del "laissez-faire" (1926)», en *Ensayos de persuasión*, Editorial Síntesis, 2009, p. 277.

⁶²⁹ Smith, A., *La riqueza de las naciones...* Op. Cit, p. 103: «[...] la política de Europa, al no dejar a las cosas en perfecta libertad, da lugar a otras desigualdades mucho más importantes».

⁶³⁰ Keynes, J. M., «El fin del "laissez-faire" (1926)», en *Ensayos de persuasión...* Op. Cit., p. 277.

competencia, depurará sus elementos deficientes, sin más criterio que la propia eficacia que cada individuo muestre con los recursos productivos que disponga. Así, se propone una visión darwinista de un mercado en el que solo prevalecen los más fuertes:

Esto implica que no debe haber piedad ni protección para aquellos que invierten su capital o su trabajo en la dirección errónea. Es un método que permite el ascenso de los que tienen más éxito en la persecución del beneficio, a través de una lucha despiadada por la supervivencia, que selecciona al más eficiente mediante la bancarrota del menos eficiente. No cuenta el coste de la lucha, sino solo los beneficios del resultado final, que se supone son permanentes⁶³¹.

Teoría, esta última, que tuvo una particular versión trasladada al ámbito social y fue articulada por Herbert Spencer. Siendo esta corriente extrema la que se mostró con intensidad en el caso *Lochner*, hasta el punto de provocar la famosa denuncia del juez Holmes en su opinión disidente: «la Decimocuarta Enmienda no convalida la aplicación de las *Social Statics* del Sr. Herbert Spencer»⁶³². A estos efectos, Holmes ya había advertido, al inicio de su obra *The Common Law* (1881), que las teorías morales y políticas de la época influyen considerablemente más que la simple lógica en el Derecho⁶³³. Y, en 1895, alertaba también sobre el creciente influjo de Spencer, afirmando que, después de todo, ningún otro escritor inglés, excepto Darwin, había influenciado tanto nuestra manera de concebir el universo⁶³⁴. Asimismo, pocos años después (1897), declaraba que ninguna proposición concreta resultaba evidente por sí misma, por muy dispuestos que estemos a aceptarla, añadiendo, con poca ingenuidad, que tampoco

⁶³¹ Keynes, J. M., «El fin del "laissez-faire" (1926)», en... *Ibid.*, p. 277.

⁶³² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905):

The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics.

⁶³³ Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. 3:

The Life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy avowed or unconscious, even with the prejudices which judges share with their fellow men, have had a great deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it can not be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.

⁶³⁴ Curtis, C. P., *Lions under the throne*, Houghton Mifflin Company Boston, 1947, p. 332:

Holmes wrote to Lady Pollock on July 2, 1895 - that was ten years before his Lochner dissent, and it was just at the time of the Income Tax decision - 'H. Spencer you English never quite do justice to, or at least those whom I have talked with do not., He is dull, He writes an ugly uncharming style, his ideals are those of a lower middle class British Philistine, And yet after all abatements I doubt if any writer of English except Darwin has done so much to affect our whole way of thinking about the universe.'

escapaban aquellos axiomas expresados por Herbert Spencer⁶³⁵. Hasta que, por último, en 1897, cuando integraba el Tribunal Supremo de Massachusetts, Holmes cuestionó la lectura constitucional, por ciertos tribunales, de unos nuevos principios basados en teorías económicas dominantes 50 años atrás⁶³⁶.

A este respecto, adviértase cómo, al aproximarse a las teorías de Spencer, Kahn-Freund concluye que dicho autor es el arsenal de donde el Tribunal obtiene sus armas intelectuales⁶³⁷. Por cuanto en esencia, la teoría de Spencer, expresada en *Los primeros principios*, parte de la idea de la persistencia de la fuerza como motor de la evolución, ley biológica extendida a todos los campos del conocimiento humano⁶³⁸. Considerándose que, en el momento en que la materia adquiere una individualidad, o alguna característica que la diferencie de otra materia, se producirá una evolución (ley natural). Con lo cual, según esta teoría, la adquisición de esta individualidad resulta ser el comienzo de toda evolución⁶³⁹.

Y repárese también en que Spencer, aun de origen británico, obtuvo una importante aceptación en América, siendo especialmente grato al Tribunal Supremo⁶⁴⁰. Pues incluso un firme defensor de los derechos sociales, como el Juez Stone, sostuvo, en su introducción a la obra de Spencer, *The Sins of Legislators* (1916), que «la vigorosa advertencia de Spencer daba qué pensar, hasta el punto de insuflar cautela a los entusiastas defensores de cambios legislativos, tan radicales como los que implican las muchas propuestas de leyes de pensiones, salario mínimo, y la legislación moderna de carácter similar⁶⁴¹.

⁶³⁵ Holmes, O. W., *The path of the law* en Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Higginbothams, 1974, p. 80:

No concrete proposition is self evident, no matter how ready we may be to accept it, not even Mr. Herbert Spencer's « Every man has a right to do what he wills, provided he interferes not with a like right on the part of his neighbors».

⁶³⁶ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 316:

Holmes said he thought that some courts were reading into the Constitution new principles «which may be generalized into acceptance of the economic doctrines which prevailed about 50 years ago...».

⁶³⁷ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law», en *Cambridge Law Journal*, 35 (2), 1976, p. 263.

⁶³⁸ Spencer, H., *Les premiers principes*, Felix Alcan, 1897, p. 357; 486-493: «En d'autres termes, il faut que le phénomène de l'évolution se déduise de la persistance de la force. [...] nous sommes arrivé à considerer la loi d'évolution comme commune à tous les ordres d'existences, en général et en détail. [...] La reconnaissance d'une force persistante».

⁶³⁹ Spencer, H., *Les premiers principes*, Felix Alcan, 1897, pp. 488-489 (Chapitre XXIV, «Résumé et Conclusion): [...] *perfect fulfilment of individual life*.

⁶⁴⁰ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 332.

⁶⁴¹ Freund, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Boston, Little, Brown and Comany, 1950, p. 47.

Desde una perspectiva americana, la influencia de las ideas de Spencer se manifiesta también en una serie de pensadores estadounidenses, que desarrollan, y proponen, una particular forma a la idea de darwinismo social⁶⁴². De la que posiblemente fuese William Graham Sumner su mayor exponente. Quien sostenía que la misión principal en la vida era acumular capital, reconociendo que esta misión generaba un conflicto evidente⁶⁴³. Y, en esa lucha por la existencia, el Estado no debía interferir en modo alguno, recreando para ello, este pensador, la figura del «hombre olvidado» (*the forgotten man*), como sustituto de las competencias autoatribuidas por el Estado, para, finalmente, conceder que, en el fondo, el Estado debe ocuparse de dos únicas cosas: la propiedad del hombre y el honor de la mujer⁶⁴⁴. De tal modo que la libertad, según dicha exposición, presentaba un marcado carácter económico y utilitarista, identificada como el derecho de la persona a utilizar sus propias capacidades, identificándola, por lo tanto, con la competencia, el contrato y la propiedad privada⁶⁴⁵. Y precisamente, a modo de ejemplo acerca de la importancia de Sumner en el pensamiento jurídico americano, obsérvese que el Juez Presidente Taft (1921-1930) reconoció que el autor le había producido mayor efecto que cualquier otro pensador⁶⁴⁶.

B) *Pensamiento jurídico*

Desde una perspectiva jurídica, se aprecia, igualmente, la existencia de «patrones evolucionistas»⁶⁴⁷, que reforzaron la noción de una libertad progresiva. De la que, sin duda, fue su máximo exponente Sir Henry James Maine, con su teoría del paso del estatus al contrato⁶⁴⁸. A la que cabe presumir accedieron los jueces del Tribunal Supremo, que también leyeron a Spencer.

⁶⁴² Adviértase, en cualquier caso, que Spencer se encontraba ya trabajando en su teoría de la evolución social antes de que Darwin publicara *El origen de las especies*. Incluso, algún historiador le atribuye el concepto de la "supervivencia del más fuerte". Todo ello, de acuerdo a Paul Kens en Kens, P., *Lochner v. New York. Economic Regulation on Trial*, University Press of Kansas, 1998, p. 75.

⁶⁴³ Tal y como se recoge en Hollinger, D. A., Capper, C., *The American Intellectual Tradition. Volume II. 1865 to the Present*, Oxford University Press, 2016, p. 26.

⁶⁴⁴ Kens, P., *Lochner v.... Op. Cit.*, p. 77.

⁶⁴⁵ Kens, P., *Lochner v.... Ibid.*, p. 84.

⁶⁴⁶ Post, R. C., *Mr. Taft becomes Chief Justice. University of Cincinnati Law Review*, 76, 2008, p. 785.

⁶⁴⁷ Balibar, É., *DEMOS – ETHNOS – LAOS*. Pendiente de publicación: «The model for the national society is provided by European states, and the opposition clearly matches other evolutionary patterns invented by the sociological tradition: status and contract, Gemeinschaft and Gesellschaft, etc.».

⁶⁴⁸ Maine, H. S., *Ancient Law*, Everyman's Library, 1917.

Véase también a este respecto: Lioy, D., *La philosophie du droit*. Chevalier-Marescq, 1887. Prolégomènes.

De esta suerte, en la introducción al *Ancient Law* (1861) de Maine, J. H. Morgan define a su autor como una persona conservadora, con desconfianza hacia la democracia y, en particular, hacia unas mayorías susceptibles de sugestión⁶⁴⁹. Afirma que Maine parecía haber puesto sus esperanzas en la adopción de algún tipo de Constitución escrita similar a la americana, que entendía como un instrumento de salvaguarda general, inmutable frente a los posibles caprichos de una asamblea singular. Dando así buena cuenta, esta descripción, de la concepción que Maine tenía acerca de la intervención legislativa y del papel de la Constitución como contrapeso. Con lo que mayormente se comprende que, ante este planteamiento, el naciente Derecho Social difícilmente fuera a quedar indemne.

Pues bien, Maine parte de un fino análisis de las instituciones romanas, para detectar el conflicto existente tras la conformación de un nuevo Derecho Civil, que iba conquistando espacios familiares reservados al *Pater familias*. Siendo las normas las que se extendían, y creaban nuevas instituciones en las que el individuo, y no la familia, se situaba en el centro. Al mismo tiempo que otros miembros de la familia, distintos al *Pater familias*, iban paulatinamente ganando esos nuevos espacios de autonomía e independencia. De modo que, al sustituirse una dependiente condición familiar –estatus– por obligaciones individuales, surgió un nuevo nexo de relación entre individuos que terminará por regir la sociedad: el contrato.

Mereciendo la pena, llegados a este punto, recordar cómo el pensamiento liberal recupera la idea romana de libre cambio entre individuos, formalmente iguales, durante el siglo XVIII. Hasta incorporar dicho principio, sin ambages, a las nuevas relaciones de trabajo en los derechos europeos y americano del siglo XIX⁶⁵⁰. De tal manera que las nuevas relaciones entre individuos iban a pivotar sobre el contrato.

Sin embargo, cabe precisar que el análisis de Maine era muy consciente de la condición personal romana y su complicada extrapolación (temporal y espacial). Igualmente, describía este proceso como una ley progresiva (*law of progress*), un

⁶⁴⁹ Maine, H. S., *Ancient Law... Op. Cit.*, pp. VII-XV.

⁶⁵⁰ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 32:

Así pues, dicha cultura romanista, tal y como se expresa en los derechos europeos del siglo XIX, analiza la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, es decir, sitúa esta relación en la órbita del derecho de obligaciones. Esta caracterización jurídica de la relación de trabajo correspondía perfectamente al pensamiento económico liberal, tal y como se edificó a partir del siglo XVIII; pensamiento que construyó la idea de mercado, apoyada en el principio del libre cambio entre individuos formalmente iguales.

movimiento social⁶⁵¹, no una verdad universal. Si bien, estos matices no fueron atendidos, resultando la teoría jurídica de Maine generalizada, y asumida a modo de credo por los juristas del siglo XIX, siendo, a mayor abundamiento, interpretada a la luz de un darwinismo social imperante.

A la tesis expuesta por Maine, se unió siete años más tarde la tesis de Thomas McIntyre Cooley en su *Tratado sobre las limitaciones constitucionales*⁶⁵² (1868), coincidente con la aprobación de la Decimocuarta Enmienda. En dicho Tratado, el jurista americano, profesor en la Universidad de Michigan, y que ejercía como juez del Tribunal Supremo de dicho Estado desde 1865, interpreta por vez primera la cláusula al proceso debido de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta⁶⁵³, concediéndoles un contenido sustantivo.

Cooley partió así de un reconocimiento de los derechos individuales –a la vida, la libertad y la propiedad– como naturales y, por tanto, preexistentes al ordenamiento constitucional, calificándolos como *vested rights*⁶⁵⁴. Para seguidamente, equiparar la cláusula constitucional al proceso debido con la expresión «*law of the land*», confiriendo un uso indistinto a ambas expresiones⁶⁵⁵ y sirviéndose, para ello, a modo de precedente, del *Dartmouth College Case*⁶⁵⁶.

Ocurría, en dicho caso, que el Estado de New Hampshire había aprobado una norma específica que anulaba los privilegios y regulación del *Dartmouth College*, concedidos mediante Carta Real de 1769 por el rey Jorge III, y declaraba la institución como de utilidad pública. Fue el ex alumno Daniel Webster quien defendió, entonces, a la universidad, cuestionando la validez de la norma, al argumentar que New Hampshire, en una apropiación de competencias cuasi-jurisdiccionales, había dictado, en la práctica,

⁶⁵¹ Maine, H. S., *Ancient Law*, Everyman's Library, 1917, p. 100: «We may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract».

⁶⁵² Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Little, Brown, and Company, 1871, p. 382.

⁶⁵³ Véase a este respecto el apartado III.3.1.

⁶⁵⁴ Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union... Op. Cit.*, p. 390.

[...] *the term "vested rights" is not used in any narrow or technical sense, or as importing a power of legal control merely, but rather as implying a vested interest which it is right and equitable that the government should recognize and protect, and of which the individual could not be deprived arbitrarily without injustice, The right to private property is a sacred right ; not, as has been justly said, introduced as the result of princes' edicts, concessioner and charters, but it was the old fundamental law, springing from the original frame and constitution of the realm."*

⁶⁵⁵ Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional... Op. Cit.*, p. 385.

⁶⁵⁶ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

una sentencia. Para añadir, además, que la norma respondía al esquema de una resolución específica, dirigida frente a una entidad particular, en lugar de una disposición de carácter general⁶⁵⁷. Con lo cual, ante este tipo de supuestos, vino a afirmar que no todo acto, aprobado bajo forma de ley, debía ser considerado como la ley del país⁶⁵⁸.

A la vista de los anteriores argumentos, el Tribunal Supremo sostuvo que las corporaciones, entre las cuales se encontraban las universidades, estaban sujetas a un control legislativo. Siendo que, dicho control no podía materializarse sin un proceso debido, lo que, en este caso, se concretaba en no privar, discrecionalmente, al Dartmouth College de su propiedad⁶⁵⁹. Por lo que, de esta manera, el derecho a un proceso debido dejó de ser meramente formal, o bien, una garantía procedimental, para convertirse en la salvaguarda material de derechos individuales materiales.

Correspondió así pues a Cooley rescatar todo este planteamiento. En particular, destacó los derechos individuales que conformaban sustancialmente el proceso debido, incidiendo en la trascendencia de la propiedad y la libertad de contratación, calificada como «piedra angular de la libertad americana», y erigidos, por lo tanto, en límites constitucionales a la política legislativa estatal y federal⁶⁶⁰.

Desde esta óptica, tiene sentido que varios autores hayan aseverado que 1868 fue un *annus mirabilis* para un derecho de propiedad que, en la edad dorada de la

⁶⁵⁷ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 99.

⁶⁵⁸ Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional... Ibid.*, p. 385:

Perhaps no definition is more often quoted than that given by Mr. Webster in the Dartmouth College Case: «By the law of the land is most clearly intended the general law; a law which hears before it condemns; which proceeds upon inquiry, and renders judgment only after trial. The meaning is that every citizen shall hold his life, liberty, property, and immunities under the protection of the general rules which govern society. Everything which may pass under the form of an enactment is not therefore to be considered the law of the land».

⁶⁵⁹ Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819):

It may also be admitted that corporations for mere public government, such as towns, cities and counties, may in many respects be subject to legislative control. But it will hardly be contended that, even in respect to such corporations, the legislative power is so transcendent that it may, at its will, take away the private property of the corporation or change the uses of its private funds, acquired under the public faith. Can the legislature confiscate to its own use the private funds which a municipal corporation holds under its charter without any default or consent of the corporators? If a municipal corporation be capable of holding devises and legacies to charitable uses (as may municipal corporations are), does the legislature, under our forms of limited government, possess the authority to seize upon those funds and appropriate them to other uses at its own arbitrary pleasure, against the will of the donors and donees? From the very nature of our governments, the public faith is pledged the other way, and that pledge constitutes a valid compact, and that compact is subject only to judicial inquiry, construction and abrogation.

⁶⁶⁰ Hurd, C. P., «A Re-Examination of the Influence of Social Darwinism on American Constitutional Law», en *U.B.C Law Review*, Vol.5, 1970, p. 119.

evangelización, iba a encontrar una sanción religiosa⁶⁶¹. Y es que, junto a la aprobación de la Decimocuarta Enmienda y el trabajo referido de Cooley, aparecía la obra coetánea de Mark Hopkins, *The Law of Love and Love as a Law* (1869), en la que afirmaba, entre otras cosas:

El derecho a la propiedad se revela a través de un deseo original. Sin esta, la sociedad no podría existir; la adquisición de la propiedad es una exigencia del amor, porque es un medio poderoso para beneficiar a los demás.⁶⁶²

De ahí que Hopkins también vinculara la propiedad al progreso. Al respecto, afirmaba que, históricamente, el bienestar general y el progreso de la sociedad han sido proporcionales a la libertad de cada hombre para adquirir la propiedad de todas las formas legítimas y a la seguridad en su posesión, extendiendo el concepto a una vertiente industrial y de empresa⁶⁶³. Todo ello, hasta el punto de priorizar la propiedad frente a las formas de gobierno democráticas, «sea cual sea la forma de gobierno, si existe libertad de empresa y seguridad en su posesión y disfrute habrá prosperidad»⁶⁶⁴.

Por todo lo cual, en definitiva, como corolario de lo expuesto hasta aquí, cabe sostener que fueron las teorías de Maine y Cooley las que condujeron hacia la existencia de una evolución natural del Derecho hacia el contrato, que suponía primar y garantizar la libertad contractual. Siendo, además, como señala Kahn-Freund, que ese auténtico renacimiento de los derechos naturales surge, íntegramente, a partir de las materias primas suministradas por los jueces, desde el almacén de sus ideas y prejuicios⁶⁶⁵. Con el problema añadido, tras esta concepción de los derechos naturales, de una visión resultante del gobierno, como algo extrínseco a la sociedad, y de la función del legislador limitada a inferir, o a buscar, la ley preexistente; en oposición a la concepción de soberanía, que identifica al gobierno como un agente de la sociedad, y a la ley como un acto de autoridad autónomo con una función reformadora⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Freund, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Boston, Little, Brown and Comany, 1950, p. 16.

⁶⁶² Hopkins, M., *The Law of Love and Love As a Law, or Moral Science, Theoretical and Practical*, New York, Charles Scribner and Company, 1869, pp. 182-183: «The Right to Property reveals itself through an original desire. [...] Without this society could not exist. (...) The acquisition of property is required by love, because it is a powerful means of benefiting others».

⁶⁶³ Hopkins, M., *The Law of ... Ibid.*, pp. 182-183: «It will be found too, historically, that the general well-being and progress of society has been in proportion to the freedom of every man to gain property in all legitimate ways, and to security in its possession».

⁶⁶⁴ Hopkins, M., *The Law of ... Ibid.*, p. 183.

⁶⁶⁵ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law»... *Op. Cit.*, p. 263.

⁶⁶⁶ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 29.

C) *Aplicación práctica*

El aterrizaje de las anteriores concepciones expuestas en el Derecho sirvió para asentar la idea de progreso por selección natural, que sin duda aboca a una menor intervención (regulación), y a un mayor espacio de libertad individual. Corriente esta de pensamiento, a la que lógicamente, el Tribunal Supremo no permaneció ajeno a esta corriente de pensamiento.

En primer lugar, se debe referir el voto particular del Juez Field en los Slaughter House Cases (1873), con el que concurrieron otros tres magistrados⁶⁶⁷. Explica el citado juez que la enmienda no confiere inmunidad o privilegio nuevo alguno a los ciudadanos, sino que alude a derechos naturales e inalienables⁶⁶⁸. Encontrándose dentro de esos derechos la libre prestación de trabajo, uno de los derechos más sagrados e imprescriptibles del hombre⁶⁶⁹. Posición ésta minoritaria que se acabaría imponiendo como la doctrina jurídica a aplicar en relación con la Decimocuarta Enmienda⁶⁷⁰. Verbigracia, en el caso Hurtado⁶⁷¹, el TS americano retomaría la concepción del «proceso debido», defendida en el Darmouth College case por Webster⁶⁷², y reactualizada por Cooley, consistente en la inadmisibilidad de la acción directa del Estado sobre individuos concretos, mediante actos confiscatorios⁶⁷³.

⁶⁶⁷ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

The question presented is, therefore, one of the gravest importance not merely to the parties here, but to the whole country. It is nothing less than the question whether the recent amendments to the Federal Constitution protect the citizens of the United States against the deprivation of their common rights by State legislation. In my judgment, the fourteenth amendment does afford such protection, and was so intended by the Congress which framed and the States which adopted it.

⁶⁶⁸ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872): «But if the amendment refers to the natural and inalienable rights which belong to all citizens, the inhibition has a profound significance and consequence».

⁶⁶⁹ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

The State may prescribe such regulations for every pursuit and calling of life as will promote the public health, secure the good order and advance the general prosperity of society, but, when once prescribed, the pursuit or calling must be free to be followed by every citizen who is within the conditions designated, and will conform to the regulations. This is the fundamental idea upon which our institutions rest, and, unless adhered to in the legislation of the country, our government will be a republic only in name. The fourteenth amendment, in my judgment, makes it essential to the validity of the legislation of every State that this equality of right should be respected. How widely this equality has been departed from, how entirely rejected and trampled upon by the act of Louisiana, I have already shown. And it is to me a matter of profound regret that its validity is recognized by a majority of this court, for by it the right of free labor, one of the most sacred and imprescriptible rights of man, is violated.

⁶⁷⁰ Véase, a este respecto, el apartado III.3.1 «¿Cuándo un proceso legal es debido?».

⁶⁷¹ Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884).

⁶⁷² Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 20.

⁶⁷³ Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884):

Asimismo, las teorías de Maine, Cooley y Hopkins se trasladaron también a la libertad de contratación, reactualizando, con total crudeza, las antiguas normas de Master & Servant. Observándose a estos efectos, como en particular, la regla del despido libre⁶⁷⁴, o «a voluntad», subió de intensidad en el caso *Payne v. Western & Atlantic* (1884), cuando el Tribunal Supremo de Tennessee declaró que «todos pueden despedir a sus trabajadores a voluntad [...] por causa justa, sin causa o concurriendo una causa torpe»⁶⁷⁵. En dicho caso, Payne, comerciante local de Tennessee, interpuso una acción frente a la compañía de ferrocarril Western & Atlantic, que había decretado que cualquiera de sus trabajadores, que hiciese negocios con él, sería despedido. El Tribunal Supremo de Tennessee falló a favor del ferrocarril, y reconoció su pleno derecho a despedir, sobre la base de una feroz libertad de contratación. Una libertad de contratación que consagraba la *American rule*, de contrato a voluntad, frente a la *English rule*:

La primera es el resultado de la evolución del *common law* para adaptarse a las conveniencias de la producción industrial. De acuerdo con ella, un contrato de trabajo por tiempo indefinido puede extinguirse en cualquier momento por voluntad unilateral (desistimiento *ad nutum*) de uno u otro sujeto del contrato. En cambio, la *English rule*, que acoge «la tradicional regla agrícola británica del Antiguo Régimen», establecía que un contrato de trabajo sin término de empleo debía entenderse estipulado por un año. Por cierto, una norma consuetudinaria equivalente a la inglesa (cabría decir, por tanto, la «regla española») era reconocible también en el ordenamiento histórico español, donde la duración y el vencimiento de los contratos de servicios de determinados «criados de labranza» se fijaban de San Miguel a San Miguel⁶⁷⁶.

But it is not to be supposed that these legislative powers are absolute and despotic, and that the amendment prescribing due process of law is too vague and indefinite to operate as a practical restraint. It is not every act, legislative in form, that is law. Law is something more than mere will exerted as an act of power. It must be not a special rule for a particular person or a particular case, but, in the language of Mr. Webster, in his familiar definition, "the general law, a law which hears before it condemns, which proceeds upon inquiry and renders judgment only after trial," so "that every citizen shall hold his life, liberty, property and immunities under the protection of the general rules which govern society," and thus excluding, as not due process of law, acts of attainder, bills of pains and penalties, acts of confiscation, acts reversing judgments, and acts directly transferring one man's estate to another, legislative judgments and decrees, and other similar special, partial and arbitrary exertions of power under the forms of legislation.

⁶⁷⁴ Esta regla se generaliza en Estados Unidos a partir de 1895 (Martínez Girón, J., *La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana...* Op. Cit., p. 695.)

Para más información consultar, Martínez Girón, J., *El despido en los Estados Unidos e Inglaterra en Estudios sobre el despido disciplinario* (coord. Carmona Pozas, F.), Madrid, ACARL. 1992, pp. 9-34.

⁶⁷⁵ *Payne v. Western & Atlantic R.R. Co.* (1884), Tenn., vol. 81.

⁶⁷⁶ Martín Valverde, A., Prólogo en Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, 2012, p. IX.

Tan solo un año después, en 1885, aparece otro claro ejemplo con el *Tenement-house Cigar Makers' case*⁶⁷⁷. La ciudad de Nueva York había aprobado varias normas, en 1883 y de nuevo en 1884, prohibiendo la fabricación de cigarrillos en casas particulares, ante la ausencia de unas condiciones mínimas de seguridad y salud, y con la esperanza de transformar el sector y dotarlo de unas condiciones laborales dignas. Así las cosas, en mayo de 1884, el humilde cigarrero Peter Jacobs fue detenido y multado, por violar las normas, al producir cigarrillos en su propio domicilio.

Acto seguido, Jacobs presentó una petición de habeas corpus que fue, no obstante, rechazada⁶⁷⁸. Finalmente, el caso llegó ante el Tribunal de Apelación de Nueva York (*Court of Appeals of the State of New York*), momento en el cual William M. Evarts asumió la defensa de Jacobs. Cómo el Sr. Jacobs, de clase social baja, acabó siendo defendido por el antiguo Fiscal General de los Estados Unidos, conocido como «el príncipe de los abogados», resulta aún hoy un misterio⁶⁷⁹. Lo que no ofrece dudas son los argumentos utilizados por Evans, quien apeló a la libertad de contratación, que entendía contenida en la Decimocuarta Enmienda, cohonestándola, a su vez, con los derechos naturales⁶⁸⁰. Más aún, en uno de sus alegatos orales, apelaba a la propiedad⁶⁸¹, «más sagrada e inviolable», la propiedad del trabajo, citando para ello, directamente, como fuente en su argumentación a Adam Smith⁶⁸²:

Así como la propiedad que cada persona tiene de su trabajo es la base fundamental de todas las demás propiedades, también es la más sagrada e inviolable. El patrimonio de un hombre pobre estriba en la fuerza y destreza de sus manos; el impedir que emplee esa fuerza y esa destreza de la forma en que él crea más conveniente, sin perjudicar a nadie, es una violación flagrante de la más sagrada de las propiedades.⁶⁸³

Destaca así cómo el *laissez-faire* económico se introducía en el razonamiento jurídico americano, al tiempo que la libertad de contratación se enmarcaba, doblemente, en la Decimocuarta Enmienda, a través de la libertad y de la propiedad. Finalmente, el

⁶⁷⁷ In re Jacobs, 98 N.Y. 98 (1885).

⁶⁷⁸ Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, pp. 310-311.

⁶⁷⁹ Kens, P., *Lochner v.... Op. Cit.*, pp. 68-69.

⁶⁸⁰ Roche, J.P., «Entrepreneurial Liberty and the Fourteenth Amendment», en *The American Scene. Varieties of American History. Volume Two* (ed. Marcus, R.D. and Burner, D.), Appleton-Century-Crofts, 1971, pp. 95-97.

⁶⁸¹ Kens, P., *Lochner v.... Op. Cit.*, p. 69.

⁶⁸² Véase, a este respecto, el apartado II.2 «La economía modelizadora».

⁶⁸³ Smith, A., *La riqueza de las naciones... Op. Cit.*, p. 106.

Tribunal de Apelación de Nueva York aceptó los argumentos de Evarts, hasta el punto de reproducir virtualmente su informe⁶⁸⁴.

Continuando cronológicamente con nuestro análisis jurisprudencial, desde una perspectiva puramente laboral, debemos también referir el caso *Ritchie*⁶⁸⁵, donde, en resumen, el Tribunal Supremo de Illinois sostuvo que una norma estatal, que limitaba a ocho el número de horas de trabajo en fábricas de mujeres, debía reputarse inconstitucional, al vulnerar la Decimocuarta Enmienda. En particular, el Juez Magruder mantuvo que la libertad comprende también el derecho a celebrar contratos, que incluye como parte fundamental la cantidad y duración del trabajo a realizar. De ahí, continuaba afirmando, que la libertad de contratación sea un derecho inherente e inalienable, y cualquier intento de limitarlo irrazonablemente se opone a la Constitución⁶⁸⁶.

Llegados a este punto, adviértase la importancia de los casos que venimos refiriendo hasta aquí, como *Jacobs y Ritchie*, y la transcendencia de sus planteamientos en la argumentación del caso *Lochner*⁶⁸⁷, que se tratará después.

Bien es cierto que con anterioridad a la sentencia *Lochner*, el Tribunal había moderado ya su postura respecto a la idea de progreso, matizando, en *Holden v. Hardy* (1898), que la ley resultaba, hasta cierto punto, una ciencia progresiva⁶⁸⁸. Siendo incluso posible intuir que ese cariz, el «hasta cierto punto», introducido por el Juez Brown en la opinión mayoritaria, fue lo que llevó a rebajar una aplicación absoluta de la teoría de la libertad, anticipando una certera crítica jurídica⁶⁸⁹.

En *Holden*, se reconocía, asimismo, la particularidad de base existente en las relaciones laborales a la hora de valorar y aplicar la libertad contractual de las partes. Al tiempo que la ausencia de igualdad entre empleado y trabajador se postulaba por primera vez con una claridad sorprendente:

En otras palabras, los propietarios fijan las normas, y los trabajadores se ven prácticamente forzados a obedecerlas. En estos casos, el interés propio es una referencia insegura, y el legislador bien podrá hacer valer su autoridad.⁶⁹⁰

⁶⁸⁴ Roche, J.P., «Entrepreneurial ... *Op. Cit.*, p. 96.

⁶⁸⁵ *Ritchie v. People*, 40 N.E. 453 (Ill. 1895)

⁶⁸⁶ Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American ... Op. Cit.*, pp. 307-308.

⁶⁸⁷ Véase, a este respecto, el apartado III.3.3 «El caso *Lochner*».

⁶⁸⁸ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898). En dicho caso, el Tribunal Supremo confirmó la legislación laboral del estado de Utah para limitar el tiempo de trabajo en minas e industria siderometalúrgica.

⁶⁸⁹ Pound, R., *Interpretations of Legal History... Op. Cit.*

⁶⁹⁰ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898):

Además, la desigualdad entre contratantes permitía al legislador ejercer legítimamente sus poderes para imponer limitaciones al derecho a contratar, superando incluso los pactos suscritos entre personas mayores de edad y capacitadas⁶⁹¹. Sin embargo, también resultó que los límites que el caso *Holden* se autoimpuso, al dejar claro que se trataba de una decisión particular, tomada a la vista de los concretos hechos alegados, permitieron, unos años más tarde, inclinar la balanza hacia la libertad individual en el caso *Lochner*⁶⁹². Precisamente, a estos efectos, las opiniones disidentes de los jueces *Brewer* y *Peckham*, en *Holden*, anunciaban el futuro resultado de *Lochner*.

No obstante, el TS hubo de resolver primero el caso *Otis v. Parker*⁶⁹³, donde se cuestionaba un precepto de la Constitución del Estado de California que limitaba las ventas de acciones. En *Otis*, *Holmes* redactó la opinión general del Tribunal Supremo, de nuevo con *Brewer* y *Peckham* en contra, recordando que el control judicial debía circunscribirse a unos límites, permitiendo «un margen de maniobra considerable» a la actividad legislativa. *Holmes* identificaba, en la práctica y de manera lúcida, este concepto con el reconocimiento de «diferencias de opinión» (distintos legisladores promoverán diferentes políticas legislativas), lo que evitaría la nulidad de una ley por resultar contraria a ciertas concepciones morales de los magistrados. De forma tal que, en última instancia, la Constitución no debía servir para materializar, y hacer prevalecer *Semper ubique et ab omnibus*, una particular visión ética o económica⁶⁹⁴. Además, *Holmes*, en el caso *Otis*, ya

The legislature has also recognized the fact, which the experience of legislators in many States has corroborated, that the proprietors of these establishments and their operatives do not stand upon an equality, and that their interests are, to a certain extent, conflicting. The former naturally desire to obtain as much labor as possible from their employees, while the latter are often induced by the fear of discharge to conform to regulations which their judgment, fairly exercised, would pronounce to be detrimental to their health or strength. In other words, the proprietors lay down the rules and the laborers are practically constrained to obey them. In such cases, self-interest is often an unsafe guide, and the legislature may properly interpose its authority.

⁶⁹¹ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898):

This right of contract, however, is itself subject to certain limitations which the State may lawfully impose in the exercise of its police powers.

[...]

But the fact that both parties are of full age and competent to contract does not necessarily deprive the State of the power to interfere where the parties do not stand upon an equality

[...].

⁶⁹² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁶⁹³ *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903):

⁶⁹⁴ *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903):

While the courts must exercise a judgment of their own, it by no means is true that every law is void which may seem to the judges who pass upon it excessive, unsuited to its ostensible end, or based upon conceptions of morality with which they disagree. Considerable latitude must be allowed for differences of view, as well as for possible peculiar conditions which this

anticipó su célebre frase de *Lochner* al afirmar que «las proposiciones generales no nos conducirán lejos»⁶⁹⁵.

Así, retornando, en este momento, al referido voto particular de Holmes en *Lochner*, el Juez refirió las *Social Statics* de Spencer como la concepción detrás de la sentencia. En dicha obra, Spencer afirmaba que el último término del progreso es un estado sin restricción social alguna, en el que la autonomía individual sea completa, buscando la perfecta realización de la vida individual⁶⁹⁶. Además de sostener que la sociedad debe organizarse sobre la base de una libertad completa, erigida en ley primaria⁶⁹⁷. Por lo que resulta ya, fácilmente comprensible, que este pensamiento fuera después a materializarse jurídicamente en un fortalecimiento de la libertad de contratación.

Siendo así, además, que tres años después de *Lochner*, el Juez Brewer confirmó, en el caso *Muller* (1908)⁶⁹⁸, la recepción plena de esta filosofía, al hacer recaer la validez de la ley cuestionada, en la necesidad de proteger a la mujer por su posición más vulnerable, dentro del proceso evolutivo. Ofreciéndose la precepción de esta manera, de que el darwinismo social aparecía para ser, excepcionalmente, aplicado en una vertiente protectora:

Que la estructura física de la mujer y el desempeño de funciones maternas la sitúa en desventaja dentro de la lucha por la supervivencia es obvio. [...] el bienestar físico de la mujer se convierte en objeto de interés público y protección de cara a preservar la fuerza y vigor de la raza. [...] es cierto todavía que, en la lucha por la supervivencia, (la mujer) no es un competidor igual a su hermano⁶⁹⁹.

Court can know but imperfectly, if at all. Otherwise, a constitution, instead of embodying only relatively fundamental rules of right, as generally understood by all English-speaking communities, would become the partisan of a particular set of ethical or economical opinions, which by no means are held semper ubique et ab omnibus.

⁶⁹⁵ *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903):

It is true, no doubt, that neither a state legislature nor a state Constitution can interfere arbitrarily with private business or transactions, and that the mere fact that an enactment purports to be for the protection of public safety, health, or morals, is not conclusive upon the courts. Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623, 661, 31 L. ed. 205, 210, 8 Sup. Ct. Rep. 273; Lawton v. Steele, 152 U.S. 133, 137, 38 L. ed. 385, 388, 14 Sup. Ct. Rep. 499. But general propositions do not carry us far.

⁶⁹⁶ Spencer, H., *Social statics, or the conditions essential to human happiness specified and the first of them developed*, Gregg International Publishers, 1970, p. 434: «Hence, in virtue of the law of adaptation, our advance must be towards a state in which this entire satisfaction of every desire, or perfect fulfilment of individual life, becomes possible [...] And further progress must be towards increased sacredness of personal claims, and a subordination of whatever limits them».

⁶⁹⁷ Kens, P., *Lochner v. Op. Cit.*, p. 76.

⁶⁹⁸ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

⁶⁹⁹ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

Ese mismo año, el caso *Loewe v. Lawlor* (1908)⁷⁰⁰ resultó también un fiel reflejo de la creencia y fe en esta idea. Cuando la empresa fabricante de sombreros D.E. Loewe Co fue requerida por el sindicato del sector Hatters Union, con 1.100 trabajadores afiliados y 110 empresas vinculadas, para sindicalizar a sus trabajadores en 1902. Ante la negativa, el sindicato organizó una huelga en la que participaron todos los trabajadores de Loewe. Como consecuencia de esta medida, la empresa cerró los años 1902 y 1903 con cuantiosas pérdidas, situándose al límite de la bancarrota. A la vista de la situación referida, la empresa demandó al sindicato por vulnerar la Sherman Act, reclamando una indemnización de daños y perjuicios.

Una vez el Tribunal Supremo confirmó el posible ejercicio de la acción iniciada por la empresa Loewe frente a Lawlor, y otros 250 sindicalistas de la Hatters Union, se reanudó el juicio emprendido por la empresa para la reparación de los daños como consecuencia de la huelga organizada por el sindicato. Procedimiento donde los abogados Walter Merritt y Daniel Davenport representaron a la empresa a través de la asociación americana antiboicot. El primero adujo una concepción de la libertad como ley natural y eterna, declarando que los hombres tienen unos derechos innegables –a la vida, la libertad y a la empresa–⁷⁰¹. Y añadió también que, cuando se organizan hombres contra la empresa, estamos ante un boicot que supone, no solamente ir contra las leyes del país, sino contra las leyes eternas y las leyes de Moisés⁷⁰². Mientras que, por su parte, Daniel Davenport recordaba la búsqueda de la libertad individual como origen de Estado Unidos:

El hecho es, caballeros, que uno de los principales motivos por los que llegaron a este nuevo país fue escapar de las persecuciones y restricciones impuestas a su libertad individual.⁷⁰³

That woman's physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious. This is especially true when the burdens of motherhood are upon her. Even when they are not, by abundant testimony of the medical fraternity, continuance for a long time on her feet at work, repeating this from day to day, tends to injurious effects upon the body, and, as healthy mothers are essential to vigorous offspring, the physical wellbeing of woman becomes an object of public interest and care in order to preserve the strength and vigor of the race [...], it is still true that, in the struggle for subsistence, she is not an equal competitor with her brother.

⁷⁰⁰ *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908).

⁷⁰¹ Merritt, W. G., «Summation for the plaintiffs in the Danbury Hatters Case», en Hicks, F. (editor), *Famous American Jury Speeches*, West Publishing Company, 1925, pp. 525-526:

«Men have certain rights of life, liberty, reputation, property and business».

⁷⁰² Merritt, W. G., «Summation ... *Ibid.*, p. 526:

«[...] when you organize men against my business— that is boycott. To do these things is not only to turn against the laws of this country but to turn against the eternal laws and the laws of Moses».

⁷⁰³ Davenport, D., «Summation for the plaintiffs in the Danbury Hatters Case», en Hicks, F. (editor), *Famous American Jury Speeches*, West Publishing Company, 1925, p. 549: «The fact is, gentlemen, that

Finalmente, en otro caso significativo, *Coppage v. Kansas* (1915)⁷⁰⁴, el Tribunal Supremo aceptó la desigualdad sustancial entre ciudadanos como un hecho natural. En realidad, se trató del precio a pagar por la garantía de la propiedad privada y de la libertad contractual⁷⁰⁵, un precio que, por otro lado, viene dado «por la propia naturaleza de las cosas»:

En relación con el interés del empleado, se ha dicho por la Corte Suprema de Kansas que es materia de conocimiento común que los trabajadores, como regla, no son financieramente capaces de ser tan independientes al estipular contratos para la venta de su trabajo como lo son los empresarios al estipular contratos de compra del mismo. Sin duda, allí donde el derecho de propiedad privada existe, deberá haber y habrá desigualdades de fortuna; y así, ocurre naturalmente que las partes negociando sobre un contrato no están igualmente amparadas por las circunstancias.

[...] Y, dado que se impone por sí mismo que, salvo que todas las cosas se detenen en común, algunas personas tendrán más propiedad que otras, es imposible por la propia naturaleza de las cosas defender la libertad de contratar y el derecho de propiedad privada sin reconocer al mismo tiempo como legítimas esas desigualdades de fortuna que son el resultado necesario del ejercicio de esos derechos⁷⁰⁶.

D) Conclusiones recapitulativas

Por todo ello, cabe concluir que, a lo largo del siglo XIX, dos conceptos, *a priori*, antitéticos como «evolución» y «revolución», se contaminan repetidamente, mediante un uso similar y desmedido, que los convierte en conceptos sesgados y denota una expansión general del movimiento de emancipación social impulsado por la industrialización⁷⁰⁷. De modo que, si Mercier decía, en el siglo XVIII, que «todo era revolución en el mundo», lo cierto es que *El origen de las especies* cambió la semántica de las ideas hacia la «evolución». Surgiendo, de esta forma, un nuevo, y completo, canon para reexaminar cualquier cuestión: científica, económica, social... Por más que, debiendo tenerse en cuenta también que, esta intercambiabilidad conceptual resulte una dislocación, no solo

one of the principal things for which they came to this new country was to escape the persecution and the restrictions which were imposed upon individual liberty by combinations and by threats of one kind and another».

⁷⁰⁴ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

⁷⁰⁵ Martín Valverde, A., *Prólogo* en Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, 2012, p. XI.

⁷⁰⁶ En traducción de Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo... Ibid.*, p. 20:

⁷⁰⁷ Koselleck, R., *Futures past; on the semantics of historical time... Op. Cit.*, p. 49.

lingüística, sino social; aunque tampoco sea descuidada, ni acomodaticia, sino que genera respuestas diferenciadas en el plano político⁷⁰⁸.

Ocurre, por añadidura, que, si el evolucionismo había creado un nuevo cosmos jurídico, el individuo y su autodeterminación constituían, forzosamente, el sol del sistema. Y es que, en América, al menos, se tomaba como dogma que la ley se desplazaba y debía hacerlo en dirección a una abstracta autodeterminación individual por la libertad contractual⁷⁰⁹. Como al señalar este respecto, expresaba el Juez Matthews, en el referido caso *Hurtado* (1884)⁷¹⁰, que la verdadera filosofía de las instituciones legales históricas americanas radicaba en la idea de que el espíritu de libertad personal, y derechos individuales, se ha preservado, y desarrollado, por un crecimiento progresivo, y una adecuada adaptación a las nuevas circunstancias⁷¹¹.

En definitiva, nótese cómo estas ideas individualistas permanecen muy presentes todavía hoy en día en el Derecho americano. Máxime cuando se observa que dos instrumentos jurídicos esenciales, dentro del sistema americano, dan buena cuenta de ello. En primer lugar, considerando las *class actions*, como acción consustancial al proceso civil americano, se observa rápidamente la importancia de la individualidad. Al respecto, O. Fiss explica, a la sazón del caso *Eisen*⁷¹² (1974), cómo toda la discusión de base de la *class action* recae en la dificultad de asimilar la autodesignación, como forma de representación colectiva que plantea dicha acción⁷¹³. De manera que, la *class action* se

⁷⁰⁸ Koselleck, R., *Futures past... Op. Cit.*, p. 49.

⁷⁰⁹ Pound, R., *Interpretations of Legal History... Op. Cit.*, pp. 58-60: «In America, at least, it was taken for gospel that law was moving and must move in the direction of abstract individual self-determination by free contract [...]».

⁷¹⁰ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

⁷¹¹ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884):

It is more consonant to the true philosophy of our historical legal institutions to say that the spirit of personal liberty and individual right which they embodied was preserved and developed by a progressive growth and wise adaptation to new circumstances and situations of the forms and processes found fit to give, from time to time, new expression and greater effect to modern ideas of self-government.

⁷¹² *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974).

«The fact is, gentlemen, that one of the principal things for which they came to this new country was to escape the persecution and the restrictions which were imposed upon individual liberty by combinations and by threats of one kind and another».

⁷¹³ Fiss, O., «The Political Theory Of The Class Action», en *Washington & Lee Law Review*, 1996, n.º 21, p. 31:

It does not wholly explain Eisen and ignores the deep theoretical— maybe even constitutional —question raised by the class action. Individualized notice is indeed very costly and a burden in the class action, but it also can be seen as an attempt to respond to the anomalous character of self- appointment as a mode of representation. The truly disquieting fact about the class action is that it creates a situation in which I may be represented in proceedings I know nothing about and by someone I do not know and had no role whatsoever in choosing. [...]

empieza a valorar con criterios muy rigoristas, a fin de limitar su uso e incentivar mecanismos de acción individual. Por lo que el Derecho Procesal americano se ha conformado, en la práctica, de modo tal que las acciones individuales tendrán, *de facto*, una preferencia aplicativa sobre las colectivas.

Pero es que, además, en segundo lugar, parece también oportuno comparar las limitaciones de la normativa laboral en la era *Lochner*, con las sufridas por la *structural injunctions*, un mecanismo de intervención judicial para garantizar la eficacia de las sentencias (*judicial remedy*), desde 1975 hasta nuestros días. Así, en particular, en el caso *Martin v. Wilks*⁷¹⁴ (1989), dónde se cuestionó la actuación judicial para terminar con una situación de discriminación, por razón de raza, en un parque de bomberos de Birmingham (Alabama). Un colectivo de bomberos, de raza blanca, alegó la falta de participación en el primer proceso y como las medidas de ejecución (*decrees*), acordadas por el Tribunal de Distrito Federal (Federal District Court), y puestas en marcha por la ciudad de Birmingham, les afectaban laboralmente. Argumentaron entonces que se había implementado una política de promociones basada en la raza, que beneficiaba a los afroamericanos, y les perjudicaba como colectivo. Respecto a lo cual, el Tribunal acabó fallando a favor de los bomberos blancos. Siendo este caso, más allá de cualquier cuestión de discriminación, y de la interesante, y técnica, concepción de las medidas de ejecución judicial, una muestra más de la primacía del individualismo en el Derecho americano, donde se otorga preferencia a los derechos procesales del individuo, frente a los derechos materiales colectivos protegidos por la sentencia ejecutada⁷¹⁵.

Con lo que, a la vista de todo lo expuesto, resulta innegable que el individualismo americano se ha filtrado en el Derecho⁷¹⁶, de forma tal que, incluso, cada nueva medida

The individualistic values that the class action calls into question are all pervasive features of our law, perhaps of all law, and, for good or bad, will always exert a restraining influence on the great temptation of social reformers to create collective instruments that might better serve their ends.

⁷¹⁴ *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755 (1989).

⁷¹⁵ Véase a este respecto, Fiss, O., *The Allure of Individualism. Faculty Scholarship Series*, Paper 1332, 1993, p. 979:

It may be necessary to forgo the right of participation and to leave various individuals with no other assurance than that their interests will be adequately represented. But his adjustment of the procedural rights of would-be challengers rests on the most appealing of all premises—that doing so will more fully remedy the violation of the rights of others, including the right to be free from discrimination. This is not, as Professor Laycock charges, to sacrifice due process for the sake of civil rights, but rather to free due process from the grips of an overly individualistic conception of due process and to acknowledge that the fairness of procedures in part turns on the social ends that they serve. Due process does not write into law the ethical theories of Professor Immanuel Kant.

⁷¹⁶ Fiss, O., *The Political Theory Of The Class Action... Op. Cit.*, p. 31:

aprobada por el legislador debe, tarde o temprano, confrontarse con una noción transversal y expansiva de la libertad, arraigada sobre dicho concepto.

2. 2 Dueños de nuestro destino

Lo cierto es que el individualismo, analizado en el anterior apartado, unido a la influencia puritana, ha alcanzado también el carácter de los propios jueces. Mostrándose como algo tan interno y consustancial a su personalidad, que no se podría hablar propiamente de un prejuicio; sino, más bien, de una manera de pensar interiorizada, al punto de operar mediante automatismos, y convertirse en una creencia. Por más que el prejuicio exista cuando el propio juez sea incapaz de cuestionar su pensamiento, y aplique de manera indiscriminada esos dogmas preexistentes. Debiendo tenerse en cuenta, asimismo, que a los magistrados del Tribunal Supremo se les exige ser hombres de Estado, es decir, sobreponerse a su condición individual y a las «corrientes» de su tiempo:

Los jueces federales no deben, pues, solamente, ser buenos ciudadanos hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados es preciso encontrar en ellos a verdaderos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que se pueden vencer, y apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza arrebatar junto con ellos la soberanía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes⁷¹⁷.

Como paradigma de esta teoría se puede tomar la figura del Juez Field, quien. Ejerció en el Tribunal Supremo ininterrumpidamente desde 1863 hasta 1897, cuando abandonó la judicatura, prácticamente empujado por sus colegas, dada su avanzada edad (y una pérdida de facultades alarmante)⁷¹⁸. Sirviendo sus casi 40 años de profesión como ejemplo válido.

Así, Field, hijo de un pastor protestante, nacido y educado en Nueva Inglaterra, en el Estado de Connecticut, se forjó como juez en California, cuando el oeste americano

The social purposes served by the class action may well justify this odd form of representation, but it would be a mistake to ignore or deny its very oddity and the fact that it runs counter to the individualistic values that so permeate our legal system. Admittedly, these values were given dramatic expression in America during the 1970s and 1980s, when we experienced a revival of orthodox capitalism and classical liberalism –the most individualistic of all ideologies– but this development might only be a matter of emphasis.

⁷¹⁷ De Tocqueville, A., *La democracia en América*, Biblioteca Virtual Antorcha, 2007. Online access. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/tocqueville/indice.html. Consultado: 9/12/2017.

⁷¹⁸ Véase, a este respecto, su papel decisivo en los casos Slaughter House y Munn, explicado en el apartado III.3.1 A).

y el Derecho se encontraban en constante desacuerdo. Comenzó su carrera judicial, y política (lo que permite entender mejor la posterior confusión competencial del TS), en la ciudad de Marysville, donde fue elegido juez de paz (alcalde), a los tres días de su llegada, y cumplió con sus deberes en el tribunal utilizando su propia versión de la justicia fronteriza. De este modo, siendo el linchamiento un castigo aceptado para el robo, consideró indulgente que los ladrones fuesen azotados y desterrados de la comunidad⁷¹⁹.

A este respecto, Field queda lejos de las corrientes económicas en boga, «que seguro conoció poco y probablemente le preocupasen menos», siendo, realmente, «material puritano, un hombre de la frontera y graduado con honores en la escuela de los golpes duros de la vida»⁷²⁰. De modo que, para Field, el individualismo contenido en la Declaración de Independencia era una verdad eterna; concretada en una iniciativa individual que no podía ser refrenada por gobierno alguno, salvo que se manifestara mediante violencia o un grosero fraude. Resultando extensible este carácter al resto de jueces contemporáneos a Field, tales como Fuller, Brewer, White y Peckham. Y, efectivamente, el perfil de todos ellos podría coincidir con el «optimismo calvinista»⁷²¹ (*calvinist optimism*), en el que el fuerte⁷²² considera que cualquiera puede alcanzar el éxito, siendo el fracaso el simple resultado de no haber seguido correctamente la ética religiosa⁷²³.

De esta manera, si atendemos, ahora, brevemente, a la vida de Brewer, observaremos un razonable parecido con la de Field. También calificado como «material patricio y puritano»⁷²⁴, ejerció como juez en la fronteriza Leavenworth (Kansas, *Bleeding Kansas*⁷²⁵), donde alcanzo el Tribunal Supremo del Estado. Tres cosas –decía Brewer– diferencian al hombre civilizado del salvaje, lo que sabe, lo que es y lo que tiene⁷²⁶. En su caso, parece que una sincera preocupación por sus semejantes está más presente en sus sentencias, que las «fuerzas sociales» darwinianas. Y si bien pudo haber leído a Spencer

⁷¹⁹ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 104.

⁷²⁰ Corwin, E. S., *Court over Constitution*. PETER SMITH, 1957, p. 107.

⁷²¹ El Juez White era, en realidad, católico, y descendiente de irlandeses.

⁷²² Los referidos jueces, pertenecían a clases altas de la sociedad.

⁷²³ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 73.

⁷²⁴ Gamer, R. E., *Justice Brewer and Substantive Due Process: A Conservative Court Revisited*. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 18, 1965, p. 615.

⁷²⁵ Periodo entre 1854-1861 en los que se produjeron violentos y constantes enfrentamientos en el estado de Kansas con la esclavitud como cuestión de fondo.

⁷²⁶ Extraído de un discurso de Brewer, D. J., “The Nation’s Safeguard”, en el Dieciseis aniversario de la New York State Bar Association, 1893. Aparece en Gamer, R. E., «Justice Brewer and Substantive Due Process: A Conservative Court Revisited», en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 18, 1965, p. 616.

o a Sumner, y verse hasta cierto punto atraído por la aversión de estos hacia la caridad pública, su discurso carece de términos darwinistas básicos como «lucha», «selección natural», «supervivencia del más fuerte»⁷²⁷. Cabe sostener, consecuentemente, que Brewer, y la mayoría conservadora del Tribunal, viven intelectual y abstractamente más cerca del pensamiento de Locke, Jefferson o Burke, que de Spencer y Sumner⁷²⁸. Por lo que resultaría entonces reduccionista, casi irresponsable, calificarles como un Tribunal darwinista.

Asimismo, si valoramos las palabras de otro gran historiador del Derecho, acerca del juez Peckham –la mano detrás de Lochner– no se puede dudar que su pronunciamiento, en dicha sentencia, relativo a la libertad individual, responde a una convicción absolutamente sincera, si bien «nacida de su experiencia en un sector, en cierto modo, favorecido de la vida americana»⁷²⁹. Respecto a la honestidad intelectual de Peckham, repárese que, tras su muerte, el Juez Harlan pronunció las siguientes palabras sobre su colega al New York Daily Tribune: «era absolutamente puro en pensamiento y espíritu, libre de cualquier cosa que pudiese desviarle de dictar un fallo honesto para cada caso enjuiciado»⁷³⁰.

Por todo ello, podemos deducir que este carácter de hombres fronterizos, conservadores y, al mismo tiempo, poseedores de una inquebrantable fe en las capacidades humanas, primó en los sucesivos magistrados que desempeñaron su cargo

⁷²⁷ Gamer, R. E., *Justice Brewer and Substantive...Op. Cit.*, p. 632:

What of Herbert Spencer and William Graham Sumner, the two men usually credited with furnishing the conception about society for conservatives of this period? Social Darwinism's condemnation of public charity must have struck fertile soil in the young judge, but conspicuously absent in his speeches is talk of "struggle," "natural selection," "self interest," "survival of the fittest," or other key phrases of the evolutionary philosophy. Social forces did not concern the Judge so much as his deep concern for his fellow men; this naked philosophy could not have taken deep root in his mind. Talk of a "Darwinian Court," or writing Herbert Spencer into the Constitution, must be carefully qualified.

⁷²⁸ Gamer, R. E., *Justice Brewer and Substantive...Ibid.*, p. 632:

More basically, Brewer (and perhaps many of his fellow conservatives) was living in the contractual society of John Locke and natural rights and Thomas Jefferson; he was more of an Edmund Burke advocating the rights of man.

⁷²⁹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 306: «[...] it was not be doubted that this was an utterly sincere conviction, albeit one born of experience in a somewhat privileged sector of American life».

⁷³⁰ *R.W. Peckham Dead-Devoted to Court*. New-York Daily Tribune, Monday, October 25, 1909, p. 7. The Library of Congress. *Online access*. Disponible en: https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83030214/#tab=tab_newspapers. Consultado: 7/10/2017: «Justice Peckham was one of the ablest jurists who ever sat on the American bench. He was absolutely pure in mind and thought and free from everything that would prevent him from rendering an honest Judgment in any case brought before him».

durante la era Lochner. Siendo el individuo principio y fin del pensamiento de estos hombres, el objeto de protección del Derecho, ya fuese rico o pobre, poderoso o humilde.

Sirva, por último, como ilustración de esta caracterización, el leal reconocimiento del entonces Juez Presidente Stone a quien fuera su rival durante años en un enconado Tribunal Supremo⁷³¹, el Juez Van Devanter⁷³²:

Vio y fue parte de la expansión de la libertad de empresa en el desarrollo del nuevo mundo, más allá del Mississippi. Fue un periodo en el cual, más que en cualquier otro momento de nuestra historia, el hombre era dueño de su destino. Buscaron el gran Oeste para construir hogares, adquirir propiedades y establecer comunidades organizadas. Como buenos ciudadanos, se preocuparon en acabar con la anarquía fronteriza y crear leyes y tribunales que garantizaran la seguridad de las personas y la propiedad. Aparte de esto, solo pidieron el más natural y característico de los privilegios en un país naciente: el derecho a vivir tranquilos...

En un momento de clarividencia, y cierto sentido del humor, el Juez Presidente Stone equiparaba el «derecho a vivir tranquilo»⁷³³, concebido por el liberal Brandeis⁷³⁴, al individualismo defendido por la mayoría conservadora representada por Van Devanter. Mostrando así el individualismo como punto de partida común entre magistrados de muy diferentes tendencias. Y de manera poética, recordando al inglés W.H. Henley⁷³⁵, introducía una característica profundamente americana que subsiste tras la defensa de las libertades individuales del Tribunal Supremo: ser dueños de nuestro destino.

⁷³¹ El Tribunal Supremo bajo la Hughes Court (1931-1940) presentaba una mayoría conservadora de los 9 miembros electos, una fuerte división ideológica y jurídica entre los magistrados, y una minoría liberal con tres de los mejores juristas de la historia. La prensa calificó a los cuatro jueces conservadores (Willis J. Van Devanter, Pierce Butler, James Clarck McReynolds y George Sutherland) como «los cuatro jinetes», siendo algo más benévola con los liberales (Harlan Fiske Stone, Louis Dembitz Brandeis y Benjamin N. Cardozo): «los tres mosqueteros». Dos figuras, que a la postre resultaron fundamentales, emergían en el medio: el juez presidente Hughes y el juez Roberts. El tinte conservador de las decisiones del Tribunal y la propia edad de los magistrados propiciaron el apodo de los «Nine Old Men».

⁷³² Fairman, C., *American Constitutional Decisions...* Op. Cit., p. 323:

He saw and was a part of expansion of free enterprise in the development of the new world lying beyond the Mississippi. It was a period when, more than any other in our history, men were the masters of their fate. They sought the great West to build homes, acquire property, and establish orderly communities. As good citizens they were zealous to put down the lawlessness of the frontier and to establish laws and courts which would insure the safety of persons and property. Beyond that they asked only for that most natural and characteristic of privileges in a thinly settled country-the right to be let alone.

⁷³³ Warren, S. D., Brandeis, L. D., «The Right to Privacy», en *Harvard Law Review*, 1890, vol. 4, n.º 5, 1890, pp. 193-220.

⁷³⁴ A este respecto, el propio Louis Brandeis cita como referencia previa en su artículo al juez Cooley. Véase Cooley, T. M., *The Law of Torts*, Callaghan & Company, 1930.

⁷³⁵ HENLEY, W.E., *Invictus*, Poetry Foundation, *Online access*. Disponible en: www.poetryfoundation.org. Consultado: 22/7/2017.

Llegados a este punto, en vista de lo explicado, podemos concluir que la doctrina Lochner se sustenta en una honesta creencia del individualismo, compartida por una mayoría de los magistrados. De modo también que, tras este concepto, se encuentra una concepción de la libertad en su vertiente «positiva»⁷³⁶:

El sentido «positivo» de la palabra «libertad» se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo, no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios realizarlos. Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo, quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad de sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos.

Cabe, no obstante, además colegir que los magistrados estaban interpretando el Derecho desde una estricta experiencia personal, creyendo que aplicaban construcciones lógicas de subsunción. Respecto a lo cual, ya advertía Holmes que la vida del Derecho no ha sido lógica, sino que ha sido experiencia⁷³⁷, y que, precisamente, el verdadero problema era hacer pasar la segunda por la primera, siendo una falacia la noción de que la única fuerza activa en el desarrollo del Derecho es la lógica⁷³⁸.

Por último, adviértase también que esta mayoría conservadora, que fue mutando, pero siempre imponiéndose, salvo breves periodos progresistas, durante la era Lochner en el Tribunal Supremo, representó, sin duda, una potente contrafuerza a las reformas sociales emprendidas por los Estados y el gobierno federal. Con lo cual, el Tribunal, y por ende sus magistrados, se fueron separando, y terminaron por aislarse intelectualmente, de la sociedad. De esta manera, el Tribunal comenzó a funcionar con una mecánica particular, tornándose entonces la esencial independencia del resto de

⁷³⁶ Berlin, I., *Dos conceptos de libertad en Cuatro ensayos sobre la libertad...* Op. Cit., pp. 201-202.

⁷³⁷ Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. 3: «*The Life of the law has not been logic; it has been experience*».

⁷³⁸ Holmes, O. W., *The path of the law*, en Holmes, O. W., Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner...* Op. Cit., p. 79: «*The fallacy to which I refer is the notion that the only force at work in the development of the law is logic*».

poderes en incomprensión. Mientras que, la fuerza del precedente a nivel jurídico (*stare decisis*), y los automatismos del Tribunal como institución, favorecerían que los magistrados respondiesen a «una mecánica de poder»:

No quiere esto decir que las decisiones fueran conscientemente puestas administrando la injusticia, sino que el juzgador se hallaba sumergido en el seno social del estamento al que pertenecía y estaba casi biológicamente tarado para comprender la existencia de intereses jurídicamente actuables que no fueran los de su grupo.⁷³⁹

Resultando así, en definitiva, que la autoridad de los magistrados –dado el carácter institucional del Tribunal, el poder independiente como intérprete último de la Constitución, entre lo político y lo jurídico, la actuación conjunta y en unidad de decisión– les situaba en una posición cuasi contrarreformista, contrarrevolucionaria en un sentido análogo al empleado por Condorcet⁷⁴⁰. Todo ello, con un sistema de elección de cargos a perpetuidad (salvo dimisión o jubilación voluntaria), que terminaba por complicar las cosas.

2.3 La libertad perdida

Alcanzado este momento, conviene, a modo de epílogo del apartado III.2, proponer unas conclusiones relativas a la libertad y el Derecho del Trabajo Estadounidense.

1) La primera reflexión debe encaminarse a exigir la cautela necesaria al trasladar teorías científicas al ámbito social o jurídico. Dado que, por muy atractivas que resulten, o por muy en boga que estuviesen en el momento de su aplicación, no existe argumento natural alguno que demuestre un progreso de la ley hacia el contrato, o hacia la libertad individual; más allá de las preferencias de un pueblo para dotarse, en un momento concreto, de ese principio o valor, y de un juzgador que lo interprete y aplique. Consecuentemente, la elección deberá justificarse, en cada caso concreto, si enfrente aparece otro principio tan digno de protección, como por ejemplo la igualdad o la solidaridad.

⁷³⁹ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 113.

⁷⁴⁰ Lukes, S., Urbinati, N., *Condorcet. Political Writings*... *Op. Cit.*, p. 192:

When a country recovers its freedom, when direction of this revolution is decided, but the revolution has not yet run its full course, inevitably there will be many people who will seek to reverse it, to have a counter-revolution and who, as part of a general body of citizens, would become dangerous if they were allowed to act together and unite around them all who share their views.

Repárese también en que no se duda, y hasta bien puede compartirse la existencia de ciertos principios naturales, atemporales, inmutables e independientes del sistema jurídico del momento. Si bien la preexistencia de dichos principios no permite inferir una ley natural progresiva. De manera incluso que el ejercicio de transposición científica de las leyes naturales al ámbito social es vano, siendo además quien lo intente, víctima de un engaño, por cuanto nada en la naturaleza es trascendente, ni es finalista; sino que todo es mensurable⁷⁴¹. Mientras que los problemas sociales, a su vez, tampoco pueden ser contestados con el *calculemus* de Leibniz, para devolver una respuesta clara, exacta y concluyente⁷⁴².

Siendo así que, precisamente, una parte del problema viene dado por no hacer concesiones en la aplicación absoluta de la libertad. Pues como ya aseveraba F. Cohen, a este respecto, que la certeza absoluta es tan extraña al lenguaje como a la vida y que las palabras de una definición siempre tienen su propia aura. Por más que el TS ignorase el aura que los nuevos tiempos trajeron y ofrecieron, a cambio, una certeza absoluta sobre la libertad; sirviéndose incluso del «progreso» para implementar su particular visión de la libertad.

Y ello, aun cuando a este respecto, la noción de progreso, abstracta y francamente moldeable, pueda producir, como poco, escepticismo. Donde cabría haber pensado entonces que si el estado de situación, en el que problemas antiguos se habían agravado, era fruto del progreso, mejor hubiese resultado «reandar» ese camino. Por más que nada pudiera hacerse al tratarse de un proceso calificado como natural y, por lo tanto, inevitable. Y más aún cuando, en realidad, todo resulta justificable en pos y en pro del progreso. Bien lo sabía Benjamin y su *Ángel de la Historia* –trazado unos meses antes de quitarse la vida, en septiembre de 1940–:

Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*. En él se representa a un ángel que parece como si estuviese a punto de alejarse de algo que le tiene pasmado. Sus ojos están desmesuradamente abiertos, la boca abierta y extendidas las alas. Y este deberá ser el aspecto del ángel de la historia. Ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde a nosotros se nos manifiesta una cadena de datos, él ve una catástrofe única que amontona incansablemente ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos

⁷⁴¹ Berlin, I., *Historical Inevitability... Op. Cit.*, p. 14.

⁷⁴² Berlin, I., *Historical Inevitability... Ibid.*, p. 14: «The metaphysicians are victims of a delusion; nothing in nature is transcendent, nothing purposive; everything is measurable; the day will dawn when, in answer to all the painful problems now besetting us, we shall be able to say with Leibniz, ‘calculemus’, and return the answers clearly, exactly and conclusively».

y recomponer lo despedazado. Pero desde el paraíso sopla un huracán que se ha enredado en sus alas y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irrefrenablemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras que los montones de ruinas crecen ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso⁷⁴³.

Al final, el Derecho se transmuta en un movimiento producido por la maquinaria de la historia misma, por fuerzas impersonales⁷⁴⁴ tales como la libertad, el progreso o los mercados. Para contrarrestar ese argumento, contenido en el darwinismo social, sobre la inevitabilidad y naturalidad del «progreso», que desatiende sus efectos, consagrando la ley natural de la lucha por la existencia y la conveniencia de no interferir sobre ella, cabe responder que todo el sentido de la civilización es intervenir en esa lucha brutal, intentando alterar la violencia en el combate y evitar que el débil sea pisoteado⁷⁴⁵.

2) Desde una segunda reflexión, se debe, con todo, reconocer la difícil tarea que afronta el Tribunal a la hora de dotar con un contenido concreto nociones vagas y ambiguas, como que a nadie se le quitará la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal⁷⁴⁶. Y es que «libertad» significa cosas diferentes para gentes diferentes, y aun para las mismas gentes en tiempos diferentes⁷⁴⁷.

Precisamente, el no aceptar esa disfunción, el hecho de que la noción de libertad estuviese mutando y se alejara de la concepción tradicional es, tal vez, el verdadero

⁷⁴³ Benjamin, W., *Illuminations...* Op. Cit., pp. 253-264:

A Klee painting named "Angelus Novus" shows an angel looking as though he is about to move away from something he is fixedly contemplating. His eyes are staring, his mouth is open, his wings are spread. This is how one pictures the angel of history. His face is turned toward the past. Where we perceive a chain of events, he sees one single catastrophe which keeps piling wreckage upon wreckage and hurls it in front of his feet. The angel would like to stay, awaken the dead, and make whole what has been smashed. But a storm is blowing from Paradise, it has got caught in his wings with such violence that the angel can no longer close them. This storm irresistibly propels him into the future to which his back is turned, while the pile of debris before him grows skyward. This storm is what we call progress.

⁷⁴⁴ Berlin, I., *Historical Inevitability...* Op. Cit., p. 9:

But whether the tone is charitable or sardonic, whether one condemns the errors of foolish individuals or the blind mob, or applauds their inevitable annihilation, this attitude rests on the belief that everything is caused to occur as it does by the machinery of history itself — by the impersonal forces of class, race, culture, History, Reason, the Life-Force, Progress, the Spirit of the Age.

⁷⁴⁵ Toynbee, A., *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England...* Op. Cit., p.66.

⁷⁴⁶ Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas...* Op. Cit., pp. 48-49:

La interpretación de estos preceptos en múltiples casos de litigio ha sido incumbencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que se ha visto obligado a dar un significado preciso a frases como "la libre práctica de religión", "libertad de palabra y de prensa", y, quizá la más difícil de todas, la norma de que a nadie se le quitará la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal...]

⁷⁴⁷ Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas...* Ibid., p. 49.

reproche al individualismo defendido en la doctrina Lochner. Se trata de una terrible falta de flexibilidad del Tribunal para reconciliar las demandas sociales, ampliamente aceptadas, y convertidas en un nuevo valor dentro del sistema, coonestándolas con el individualismo preexistente. Por lo que, en definitiva, centramos la crítica en no aceptar la posibilidad de integrar nuevos ideales en el canon jurídico americano.

En este sentido, bien puede también observarse que ya en 1891, Charles Beudant comenzaba su obra básica, *El Derecho Individual y el Estado*, advirtiendo sobre el cambio de pensamiento y la consiguiente necesidad de reconversión del Derecho. O, como el mismo autor expresó, la obligación de adaptarse a los tiempos:

En nuestros días una nueva tendencia se manifiesta. El individuo, bien alarmado por su aislamiento, bien dudando de unas fuerzas propias abandonadas a su suerte, tiende a vincularse cada vez más a los grupos sociales [...] ⁷⁴⁸.

Pues bien, esta tendencia aparece de forma clara en los movimientos sociales que impulsaron las leyes laborales. Incluso el propio Tribunal Supremo reconocía, en un primer momento, la necesidad de flexibilidad y adaptación a las nuevas y diversas experiencias ⁷⁴⁹ y, en particular, a las nuevas relaciones entre trabajadores y empleadores ⁷⁵⁰. Aunque, poco tiempo después, una mayoría de magistrados del Tribunal

⁷⁴⁸ Beudant, C., *Le Droit individuel et l'État... Op. Cit.*, p. 1.

⁷⁴⁹ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884):

This flexibility and capacity for growth and adaptation is the peculiar boast and excellence of the common law. [...]

*The Constitution of the United States was ordained, it is true, by descendants of Englishmen, who inherited the traditions of English law and history; but it was made for an undefined [p531] and expanding future, and for a people gathered and to be gathered from many nations and of many tongues. And while we take just pride in the principles and institutions of the common law, we are not to forget that, in lands where other systems of jurisprudence prevail, the ideas and processes of civil justice are also not unknown. Due process of law, in spite of the absolutism of continental governments, is not alien to that code which survived the Roman Empire as the foundation of modern civilization in Europe, and which has given us that fundamental maxim of distributive justice *sum cuique tribuere*. There is nothing in Magna Charta, rightly construed as a broad charter of public right and law, which ought to exclude the best ideas of all systems and of every age, and as it was the characteristic principle of the common law to draw its inspiration from every fountain of justice, we are not to assume that the sources of its supply have been exhausted. On the contrary, we should expect that the new and various experiences of our own situation and system will mould and shape it into new and not less useful forms.*

⁷⁵⁰ En *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), se reconoce expresamente los cambios sociales y la necesidad de un encaje normativo:

Of course, it is impossible to forecast the character or extent of these changes, but in view of the fact that, from the day Magna Charta was signed to the present moment, amendments to the structure of the law have been made with increasing frequency, it is impossible to suppose that they will not continue, and the law be forced to adapt itself to new conditions of society, and, particularly, to the new relations between employers and employees, as they arise.

Supremo acabase negando esta nueva realidad con la puesta en marcha de la doctrina Lochner.

Siendo a partir de Lochner cuando se produjo un grave problema de adaptación del individualismo al naciente Derecho Social, al mutar la libertad «positiva» en una concepción «negativa»⁷⁵¹, que absorbe cualquier otro valor que pudiera entrar en liza frente a ella. Una adaptación categórica, en su sentido literal, e impuesta precisamente por la humana necesidad de encajar lo nuevo en lo conocido. Si bien esa subsunción jurídica de las leyes laborales realizada sin concesiones, sin matices, resultó decepcionante. Por lo que conviene recordar, a este respecto, las palabras de Alain Supiot sobre la difícil tensión entre lo individual y lo colectivo en el Derecho del Trabajo:

El derecho de obligaciones remite a una ideología individualista y liberal, que postula la libertad y la igualdad de los individuos y afirma la primacía del individuo sobre el grupo, y de la economía sobre lo social. El derecho de personas (constituido esencialmente por el derecho de la familia) reenvía a una ideología comunitaria, que postula la jerarquía entre los padres y los hijos, y afirma la primacía del grupo sobre el individuo, y de lo social sobre lo económico [...]. Pero hay que tratar de guardar distancia con respecto a estas alianzas ideológicas. Estas parejas de conceptos antinómicos responden, en realidad, a una ambivalencia estructural de la relación de trabajo, ambivalencia que es imposible erradicar⁷⁵².

Y es que, precisamente ahí, reside la crítica a la jurisprudencia americana. En la falta de reconocimiento de las ambivalencias del Derecho del Trabajo. En la asunción de un pensamiento histórico muy sólido que, sin embargo, interpretado a la luz de una realidad de conceptos absolutos, inexorablemente iba a mutar a una vertiente más radical. Por lo que la revisión jurídica del individualismo generará, como se verá más adelante, dos problemas correlativos: resultar contraria a una nueva legalidad encaminada hacia fines de protección colectiva e imposibilitar el encaje constitucional que garantizase su aplicación.

3) Por lo demás, y en esto podría consistir nuestra tercera reflexión, resulta que esta actitud da muestra del carácter conservador del Tribunal Supremo⁷⁵³. Sin que se cuestione, no obstante, su capacidad jurídica, como tampoco su honestidad, ambas fuera de duda, sino la premisa interpretativa sobre la que construye sus decisiones, que no es

⁷⁵¹ Libertad negativa entendida como el ámbito de actuación del individuo sin restricciones externas.

⁷⁵² Supiot, A., *Crítica del Derecho del trabajo... Op. Cit.*, pp. 48-49.

⁷⁵³ En los próximos apartados se utiliza el término «conservador» y «conservadurismo» para designar, respectivamente: una mayoría de miembros del Tribunal Supremo, en una identificación reconocida popularmente; y el pensamiento descrito en este apartado.

otra que la existencia de un canon tradicional digno de una protección preferente. Habiendo expresado así F. Cohen este cambio de dogma: «La teoría moral en occidente durante los últimos dos o tres siglos ha sido dominada por la tradición del individualismo, ampliamente inspirada en los preceptos del Nuevo Testamento y en la ética económica y política protestante... alcanzando su formulación filosófica más pura en la doctrina Kantiana»⁷⁵⁴. Cabe colegir que el respeto de esa tradición llevó al inmovilismo conceptual del Tribunal Supremo.

Adviértase, así pues, como en esencia, la oposición sempiterna entre tradición y modernidad, pasado y presente, se manifiesta jurídicamente en la confrontación entre experiencia y experimentación. A este respecto, Brandeis ya había incidido, incluso metodológicamente, en la necesidad de experimentación legislativa en su famoso informe al caso *Bunting*⁷⁵⁵ y, años más tarde, ya instalado en el TS, recuperaría este pensamiento en el brillante voto particular del caso *New State Ice Co*⁷⁵⁶.

Por su parte, Holmes declaraba que el pasado era una necesidad, pero no una obligación⁷⁵⁷, llegando a calificar la propia Constitución como un experimento, «la vida toda es un experimento»⁷⁵⁸. Siendo Freund quien reconoce la importancia de la experimentación tanto en el carácter de Holmes como de Brandeis que, indudablemente, se manifiesta en sus sentencias, con un sentido más liberal en el segundo:

En última instancia, Holmes como juez consideró un valor más elevado la libertad de experimentación por parte del Estado, Brandeis la libertad de experimentación en las ideas⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ Cohen, F., S., «The socialization of Morality», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, 1960, p. 339.

⁷⁵⁵ Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon, Brief for Defendant in Error», ... *Op. Cit.* Ver a este respecto el apartado III.4.1.

⁷⁵⁶ *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), Mr. Justice Brandeis, dissenting.

⁷⁵⁷ Curtis, C. P., *Lions under the throne...* *Op. Cit.*, p. 1.

⁷⁵⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). En traducción de Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes...* *Op. Cit.*, pp. 38-39:

[...] cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre las que sus deseos pueden realizarse. Esa es al menos la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como la vida toda es un experimento. Constantemente tenemos que poner en juego nuestra salvación a partir de alguna profecía basada en conocimientos imperfectos.

⁷⁵⁹ Freund, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Little, Brown and Comany, 1950, p. 69:

In the ultimate test Holmes as a judge set a higher value on freedom of experimentation by the state, Brandeis on freedom of experimentation in ideas.

Esta aproximación a la interpretación constitucional fue, no obstante, rechazada de plano por la mayoría conservadora del Tribunal, que afloró en el caso *Truax*⁷⁶⁰ (1921). En este asunto, se cuestionaba una Ley del estado de Arizona⁷⁶¹ que regulaba las *labor injunctions*⁷⁶² en situaciones de conflicto laboral, y reconocía la posibilidad de implementar medios de presión pacíficos⁷⁶³. Señalándose directamente a Holmes en la decisión mayoritaria, redactada por el juez presidente Taft, al afirmarse que «el propósito mismo de la Constitución era impedir experimentos con los derechos fundamentales del individuo»⁷⁶⁴. Con lo cual, la sentencia consiguientemente declaró la inconstitucionalidad de la ley por resultar contraria a la Decimocuarta Enmienda. Pareciendo así, tal y como resumía el juez Sutherland⁷⁶⁵, quien se unió al Tribunal un año después del caso *Truax*, que los jueces debían confiar mucho a la experiencia y muy poco a la simple experimentación⁷⁶⁶.

Sucede con ello, lamentablemente, que, en manos del Tribunal Supremo, la experiencia deja de ser un punto de partida del razonamiento para convertirse en conclusión de este. Los magistrados la entienden como la irrenunciable manifestación de

⁷⁶⁰ *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921).

⁷⁶¹ Revised Statutes of Arizona of 1913.

⁷⁶² Órdenes judiciales de ejecución inmediata para realizar o cesar en alguna conducta o actividad.

⁷⁶³ Paragraph 1464 of the Revised Statutes of Arizona of 1913:

No restraining order or injunction shall be granted by any court of this state, or a judge or the judges thereof, in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving or growing out of a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property or to a property right of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney.

And no such restraining order or injunction shall prohibit any person or persons from terminating any relation of employment, or from ceasing to perform any work or labor, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful means so to do; or from attending at or near a house or place where any person resides or works, or carries on business, or happens to be for the purpose of peacefully obtaining or communicating information, or of peacefully persuading any person, to work or to abstain from working; or from ceasing to patronize or to employ any party to such dispute; or from recommending, advising, or persuading others by peaceful means so to do [...].

⁷⁶⁴ *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921):

Classification like the one with which we are here dealing is said to be the development of the philosophic thought of the world, and is opening the door to legalized experiment. When fundamental rights are thus attempted to be taken away, however, we may well subject such experiment to attentive judgment. The Constitution was intended –its very purpose was– to prevent experimentation with the fundamental rights of the individual.

⁷⁶⁵ Juez del Tribunal Supremo desde el 5 de septiembre de 1922 al 17 de enero de 1938. Integró la vertiente más conservadora del Tribunal Supremo conocida como «los cuatro jinetes» junto a James Clark McReynolds, Pierce Butler y Willis Van Devanter.

⁷⁶⁶ Según aparece en Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 320: «To put a great deal of faith in experience and very little in mere experiment».

un conjunto de valores éticos a través de los años. Ya que, de cualquier otra manera, equivaldría a renunciar a sí mismos. Algo que Holmes ya denunció constantemente, aunque tal vez fuere en su opinión disidente en Truax donde más brillase su razonamiento: «No hay nada que lamente más que la utilización de la Decimocuarta Enmienda más allá de la estricta fuerza de sus palabras para evitar la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad, como manifiesta en los distintos Estados»⁷⁶⁷. De ahí que el verdadero problema en la actuación del Tribunal, según resume contundentemente Arjona, radica precisamente en que, «ocultos tras la apariencia lógica del silogismo y la servidumbre histórica a las premisas tradicionales, los magistrados satisfacían sus filiaciones ideológicas conservadoras imponiendo sus propias decisiones políticas»⁷⁶⁸.

4) En otro orden de cosas, ya desde un análisis contractual, resulta también criticable la equiparación del tratamiento del contrato con independencia de que se enmarque en la producción o distribución de la riqueza. Fundamentalmente, porque la diferente naturaleza, finalidad y efectos de ambos merecían una distinta aproximación. Siendo además que, la interpretación liberal aumentaba el ámbito y alcance del contrato cuando se trataba de una lucha por sobrepasarse unos a otros en producción, como cuando la lucha era por la división de la participación en el producto. Pues si la primera beneficia a la comunidad, la segunda no⁷⁶⁹. Mientras la primera es una competencia entre iguales, la segunda lo es contra el hombre. E incluso si en la primera participan dos o más partes pertenecientes a una misma posición empresarial, que acabarán mejorando la calidad de sus productos e innovando constantemente, ocurre en la segunda que la competencia deshumaniza, por afectar sus efectos directamente a las condiciones de trabajo, que se abaratarán o eliminarán, a fin de concentrar una mayor riqueza. Debiendo quedar fuera de duda que este ámbito contractual, que incide en la distribución de la riqueza, y que en esencia es el propio Derecho del Trabajo, no puede quedar regulado por un contrato irrestricto.

Centrando así el análisis en el contrato de trabajo, sorprende también cómo la reluctancia al nuevo Derecho Social se defendía sobre un aspecto meramente formal: el contrato como instrumento jurídico que hace efectiva la autonomía de la voluntad, con

⁷⁶⁷ Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921). En traducción de Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes...* Op. Cit., p. 37.

⁷⁶⁸ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes...* Ibid., pp. 26-27.

⁷⁶⁹ Toynbee, A., *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England...* Op. Cit., p. 66.

independencia de su contenido. Al tiempo que se omitía la consecuencia material y devastadora que esa libertad formal generaba: la renuncia total al entrar en un régimen de dependencia y subordinación regulado únicamente por una parte contractual, el empresario. De modo que el pensamiento jurídico liberal, en su mayoría, desatendió esa falsa libertad fruto de condiciones de necesidad. Siendo solo a través de las distintas leyes laborales como se puede recuperar esa libertad material perdida, al vetar ciertos espacios y abrir otros en los que una reequilibrada autonomía de la voluntad pueda operar libremente.

5) Sucede además que esta aplicación cuasi absoluta de la libertad individual se ve precedida por una muy discutible asunción de facultades. Donde los magistrados se vieron a sí mismos como garantes de una filosofía contraria a una mayoría democrática que había establecido de forma clara sus preferencias e intereses en las nuevas leyes sociales. Así, la imposición de este pensamiento, a través de un uso abusivo del control de constitucionalidad, es la segunda crítica merecedora de reproche.

Precisamente, el individualismo se filtró a través de este control para, en última instancia, alcanzar y confrontar a las dos fuentes esenciales del sistema jurídico: constitución y ley. Y con ello, la tradición frente a la experimentación. Hasta el punto que el enfrentamiento entre las dos tendencias se representa perfectamente en la inmovilidad de la Constitución y la adaptabilidad de la ley. Sirviendo, a modo de ejemplo, las palabras del juez Brewer en el caso Muller⁷⁷⁰, donde parece reproducir las preocupaciones de los constituyentes 120 años más tarde:

Bien es verdad que las cuestiones de constitucionalidad no se resuelven ni tan siquiera mediante un consenso actual de la opinión pública, ya que precisamente el valor de una constitución escrita reside en ser una forma inmutable y limitadora de la acción legislativa, lo que dota de una permanencia y estabilidad al gobierno popular de la que de otra manera carecería.

A fin de cuentas, el Tribunal aunó fondo –el individualismo– y forma –el control de constitucionalidad– para hacer prevalecer una visión totalizadora de la vida –jurídica,

⁷⁷⁰ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908):

Constitutional questions, it is true, are not settled by even a consensus of present public opinion, for it is the peculiar value of a written constitution that it places in unchanging form limitations upon legislative action, and thus gives a permanence and stability to popular government which otherwise would be lacking.

política, económica, filosófica e incluso cultural⁷⁷¹— a toda una nación. Aun con el riesgo implícito de ruptura ante el Tribunal y la sociedad que propició esta actuación en varios momentos de la historia americana. Advirtiéndose así, entonces que existen, sin duda, unas razones similares para preocuparnos por un TJUE que, hoy en día, proporciona también una particular visión uniformizadora de Europa, más centrada en cuestiones económicas que sociales, frente a un desencanto creciente y desatendido.

A este respecto, cabe también señalar que el individualismo del Tribunal Supremo se puede definir por oposición al colectivismo en la terminología empleada por Wheare⁷⁷²: no se debe intervenir en los aspectos colectivos y, por lo tanto, en las cuestiones sociales.

A estos efectos, la «tradición británica» enfrentada a la «tradición francesa», de acuerdo con el concepto de Friedrich Hayek, se proyecta en la doctrina del Tribunal Supremo: «la una encuentra la esencia de la libertad en la espontaneidad y en la ausencia de coacción; la otra, solo en la persecución y consecución de un propósito colectivo absoluto»; «la una mantiene un desarrollo orgánico lento y semiconsciente; la otra cree en un deliberado doctrinarismo; la una está a favor del método de la prueba y el error, y la otra en pro de un patrón obligatorio válido para todos»⁷⁷³. Una doctrina que resulta, entendemos, criticable en tanto en cuanto da lugar a un sutil nihilismo que se manifiesta, en este caso, no mediante una negación expresa de todo carácter moral en el ámbito jurídico, sino mediante el reconocimiento de la primacía de un pensamiento no interesado en dichas cuestiones.

Resultando como consecuencia que, el Tribunal Supremo, como igualmente podría ser extensivo al TJUE en nuestros días, olvidó conscientemente una de las finalidades básicas del Derecho, el Derecho como contestación (*Law as contestation*). Y, en definitiva, el Derecho como medio para corregir situaciones de injusticia. Siendo que

⁷⁷¹ Tal y como se ha podido ver a lo largo del trabajo, el individualismo recoge no solo una vertiente jurídica en pro de la libertad contractual sino también un aspecto económico cercano al *laissez faire*, sociológico vinculado al darwinismo social, e incluso filosófico (teorías Kantianas) y religioso (puritanismo).

⁷⁷² Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas... Op. Cit.*, p. 50:

En la esfera económica es lícito usar la palabra «libertad» en diferentes sentidos. Se puede decir que libertad económica significa que alguien vende su trabajo por lo que le dan por él y que trabaja todo el tiempo que puede; se dirá también que en el mundo actual muchos hombres no están dispuestos en modo alguno a vender su trabajo, a menos que sean establecidas algunas limitaciones en lo tocante a un máximo de horas de trabajo y a un mínimo de remuneración salarial. Asociamos la primera opinión con el laissez-faire, la segunda con la época del colectivismo.

⁷⁷³ Hayek, F., *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 2014, p. 123.

ello constituye un objetivo que se asocia a la protección de minorías y que, sin duda, debería ser una perspectiva de análisis dentro del actual Derecho Laboral.

Con lo cual, bien puede decirse que, en última instancia, al afrontar las consecuencias laborales del individualismo, el Tribunal Supremo cae en una terrible confusión entre independencia y libertad. Cuando sucede que la primacía del contrato, o de las libertades de contratación, podrían considerarse como un reconocimiento de la independencia del individuo frente al legislador, pero nunca de la libertad, al requerir de ciertas condiciones de igualdad provistas por el propio legislador para su ejercicio real.

3. EL VETO DE LOCHNER

Una vez explicados los fundamentos filosóficos y jurídicos detrás de la doctrina Lochner, debemos trazar el camino que abocó en la célebre sentencia.

Así, desde los inicios de la configuración del Estado americano, se decidió que el Tribunal Supremo no ejerciera una facultad de control sobre las normas con carácter previo a su aprobación. Es decir, se eliminó la posibilidad de un control de constitucionalidad *ex ante*. El momento clave de la cuestión fue el rechazo continuado en la Convención de 1787, hasta cuatro votaciones sucesivas, para introducir en la futura Constitución la propuesta promovida por Madison de otorgar al Tribunal Supremo la facultad de veto legislativo⁷⁷⁴.

Sin embargo, la Constitución atribuye al Tribunal un control de constitucionalidad *ex post* (*judicial review*)⁷⁷⁵ que, desde la sentencia *Marbury v. Madison*⁷⁷⁶, ejerce «muy real y efectivamente», erigiéndose en «poder político estricto, con su peso específico frente a los demás núcleos políticos formales de poder»⁷⁷⁷. Si bien es de destacar que se

⁷⁷⁴ Warren, C., *The Constitution and The Supreme Court... Op. Cit.*, p. 52: «Some who now oppose the Court emphasize the fact that the Convention of 1787 rejected four times (by votes of June 4, 6, July 21, and August 15) a proposition urged strongly by Madison and others, that the Supreme Court should have a power of veto (with the President) of a bill after its passage».

⁷⁷⁵ Warren, C., *The Constitution and The Supreme Court... Ibid.*, pp. 53-54:

But this proposition to make the Court part of the law-making body was a very different proposition from the power of judicial review which the Convention acknowledged the Court possessed. Judicial review can only be exercised over any and every statute as soon as passed. Judicial review is only exercised after full argument of the case by counsel; but a veto is made without argument [...].

It was because the Convention wished to confine the Court to its proper legal functions that it refused to grant to it broader, and really legislative, powers having no proper connection with judicial functions.

⁷⁷⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁷⁷⁷ Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros*, Madrid, Thomson Reuters, 2010, p. 220.

trata de una competencia estrechamente vinculada a los orígenes del constitucionalismo. Cuestión sobre la que los delegados de los Estados en la Convención de 1787 debatieron ampliamente, para acabar reconociendo plenamente la facultad de control *ex post*⁷⁷⁸. Siendo, de esta manera el Tribunal, el intérprete y custodio último de la Constitución. Una constitución que es la ley suprema de la nación (*supreme law of the land*) con un suelo, por debajo del cual los poderes mantenidos por los estados no debían ser alterados, y un techo, por encima del cual los derechos esenciales e inalienables de las personas no debían ser vulnerados⁷⁷⁹. Con lo cual, esta legitimidad histórica deja, sin duda, una impronta indeleble en los miembros del Tribunal Supremo y sus futuras decisiones.

Sucede así, desde entonces, que la gran discusión del constitucionalismo americano consiste en determinar los contornos de ese control judicial, convenir el enfoque en su aproximación y concretar sus límites. Debiendo tenerse en cuenta, además, que, frente a la aceptación general de una facultad de control amplia por parte del Tribunal Supremo, se alzó el abogado y profesor J. B. Thayer con un artículo publicado en octubre de 1893 en la *Harvard Law Review*, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*⁷⁸⁰. Precursor del *self-restraint* defendido, en un primer momento, por Holmes, por Brandeis y posteriormente por Frankfurter⁷⁸¹, todos ellos desde el seno del propio Tribunal, partía del reconocimiento de un juicio práctico del cuerpo legislativo sobre un amplio margen de actuación⁷⁸², para sentar la regla de la «equivocación clara» (*rule of clear mistake*)⁷⁸³:

⁷⁷⁸ Elliot, J., *The debates in the several state conventions on the adoption of the federal Constitution as recommended by the general convention at Philadelphia, in 1787...* *Op. Cit.*

Sirvan como ejemplo las declaraciones de Patrick Henry (Virginia): «I take it as the highest encomium on this country that the Acts of the Legislature, if unconstitutional, are liable to be opposed by the Judiciary».

⁷⁷⁹ Curtis, C. P., *Lions under the throne...* *Op. Cit.*, p. 9.

⁷⁸⁰ Thayer, J. B., *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, October 1893, Vol. 7, No. 3, pp. 129-156.

⁷⁸¹ Feldman, N., *Scorpions. The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, Twelve, 2010, pp. 29-32.

⁷⁸² Dorado Porras, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 13-14.

⁷⁸³ Thayer, J. B., «Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, October 1893, Vol. 7, No. 3, p. 144:

That is precisely the significance of the rule of administration that the courts lay down. It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one—, so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply, —not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it.

Esta regla reconoce que, teniendo en cuenta las grandes, complejas y siempre en evolución exigencias de gobierno, gran parte de lo que pudiera parecer inconstitucional a un hombre, o grupo de hombres, puede razonablemente no parecerlo así a otro; que la Constitución admite a menudo interpretaciones diferentes; que a menudo existe un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone a la legislatura ninguna opinión, sino que deja abierto el margen de elección; y que cualquier elección racional es constitucional⁷⁸⁴.

Tras el esquema de Thayer, aparece con nitidez la idea de adaptar la Constitución a la realidad actual, reconocida o expresada legislativamente. Por lo que la interpretación constitucional debe tender hacia esa finalidad, y el control de constitucionalidad tener un carácter restrictivo sobre aquellos actos en los que exista una «duda razonable» sobre su constitucionalidad⁷⁸⁵. Detectándose así también, cómo, de acuerdo con esta teoría, Holmes⁷⁸⁶ afirma con rotundidad que la justificación real de una ley es ayudar a lograr un fin social, y que ni espera, ni considera conveniente, que los jueces emprendan el camino de renovar la ley, precisamente porque «ese no es su terreno»⁷⁸⁷. Pero lo cierto es que fue, sin duda, Frankfurter quien dotó de vigor al pensamiento de Thayer, que pasados los años y, una vez fallecido, había perdido vigencia. En este sentido, el relativo desconocimiento de Thayer, unido al fácil acceso de Frankfurter a su obra, siendo ambos profesores de Harvard, facilitaron los propósitos de éste. Siendo así que, lo que era, en esencia, un análisis histórico del Derecho, se transformó en un argumento contemporáneo a favor del *self-restraint*⁷⁸⁸. Por lo tanto, al fin y al cabo, al recuperar los precedentes se apelaba a la legitimidad del pasado, con el peso que ello conllevaba en un sistema de *common law*.

⁷⁸⁴ Thayer, J. B., «Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, October 1893, Vol. 7, No. 3, p. 144.

⁷⁸⁵ Thayer, J. B., «Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», ... *Ibid.*, p. 149:
The reasonable doubt, then, of which our judges speak is that reasonable doubt which lingers in the mind of a competent and duly instructed person who has carefully applied his faculties to the question. The rationally permissible opinion of which we have been talking is the opinion reasonably allowable to such a person as this.

⁷⁸⁶ Holmes cita expresamente a Thayer en varios trabajos contemporáneos al *Origin and scope...*, concretamente en Holmes, O. W., «The Theory of Legal Interpretation», en *Harvard Law Review*, Vol. 12, 1898-1899, pp. 417-420.

También en Holmes, O. W., «Law in Science and Science in Law», ... *Ibid.*, pp. 443-463.

⁷⁸⁷ Holmes, O. W., «Law in Science and Science in Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 12, 1898-1899, pp. 443-463:

But inasmuch as the real justification of a rule of law, if there be one, is that it helps to bring about a social end which we desire, it is no less necessary that those who make and develop the law should have those ends articulately in their minds. I do not expect or think it desirable that the judges should undertake to renovate the law. That is not their province.

⁷⁸⁸ Feldman, N., *Scorpions*. ... *Op. Cit.*, p. 31.

En cualquier caso, hasta 1937, esta visión tendría un alcance minoritario. Procediendo el juez Sutherland, en la sentencia del Caso Adkins, a explicar la teoría mayoritariamente aceptada por el Tribunal de un control de constitucionalidad amplio sobre la legalidad de la norma, matizando que no se trata del ejercicio de un poder para revisar y anular un acto del Congreso⁷⁸⁹. A este respecto, R. Jackson contestaba que lo que el sistema americano trataba como «una cuestión de legalidad», otros países lo enmarcaban en «una cuestión de política legislativa»⁷⁹⁰. Además, si bien cada decisión resuelve un caso particular, también presenta un indudable alcance general al determinar, con carácter definitivo, la constitucionalidad de la norma: «O bien es inconstitucional o no lo es. No hay Purgatorio en el Derecho constitucional»⁷⁹¹.

Ahora bien, como se comprobará durante la era Lochner, la frecuencia e intensidad de la utilización de este mecanismo por parte del Tribunal plantea la legítima duda sobre la conversión, *de facto*, del control judicial *ex post* en un derecho a veto encubierto⁷⁹². Lo que Frank, con su habitual claridad y contundencia, expresaba de la siguiente manera⁷⁹³:

Aunque enérgicamente negado, hoy en día, casi cualquier estudiante inteligente concluye que cuando el Tribunal declara una norma «inválida», «inconstitucional», el Tribunal no actúa como actúan tradicionalmente los tribunales, sino que, en realidad, ejerce un veto. [...] Las consideraciones que afectan esta decisión son principalmente políticas. El poder de veto judicial es básicamente político.

Así las cosas, repárese bien en que no se trata de una discusión meramente teórica ni de una categorización sin consecuencias. Realmente supone trasladar la autoridad del Tribunal de un plano jurídico a un plano político. Lo que conlleva a admitir que la argumentación jurídica es meramente aparente, un instrumento formal para alcanzar una decisión política. Siendo precisamente, la construcción jurídica del Tribunal

⁷⁸⁹ Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923): «This is not to exercise a power to review and nullify an act of Congress, for no such power exists; it is simply a necessary concomitant of the power to hear and dispose of a case or controversy properly before the court, to the determination of which must be brought the test and measure of the law».

⁷⁹⁰ Según aparece en Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. VIII.

⁷⁹¹ Frank, J., *If men were angels... Op. Cit.*, 1942.

⁷⁹² Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, 1955, p. 11: «But perhaps the most significant and least comprehended limitation upon the judicial power is that this power extends only to cases and controversies. We know that this restriction was deliberate, for it was proposed in the Convention that the Supreme Court be made part of a Council of Revision with a kind of veto power».

⁷⁹³ Frank, J., *Courts on Trial*, Princeton University Press, 1950, pp. 310-311.

Supremo, consolidada a partir del caso *Lochner*⁷⁹⁴ y que se sirve de la Decimocuarta Enmienda para un control de constitucionalidad de las leyes, impenetrable a la par que incomprensible, lo que se ha considerado el prototipo de estas actuaciones. Paradigma de lo que Felix Cohen mordazmente calificó como sinsentido transcendental:

Aquí, uno al menos espera que un respeto digno al razonamiento judicial lleve a los tribunales a formular con claridad el suyo, respecto a lo que sea que estén haciendo. Sin embargo, en ningún otro ámbito la logomaquia ha alcanzado una resistencia tan obstinada frente a la realidad⁷⁹⁵.

Más allá del caso *Lochner*, merece la pena adentrarse tanto en los antecedentes como en las sucesivas resoluciones del Tribunal Supremo que proporcionarán una mayor perspectiva y profundidad. Lo cual servirá también para confirmar que debe hablarse de una verdadera era *Lochner* y no de un caso aislado, desterrando así cualquier clase de reduccionismo o falacia *ad exemplum* que se esgrimiera de la presente comparativa.

3.1 ¿Cuándo un proceso legal es «debido»?

Con carácter previo a abordar esta pregunta, adviértase que la Decimocuarta Enmienda, y la redacción de la cláusula al proceso debido, no puede ser entendida sin la aprobación anterior de la Quinta Enmienda constitucional⁷⁹⁶, que expresamente declara que no se privará (a persona alguna) «de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal»⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Véase también, a este respecto, el caso *Adair*: *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁷⁹⁵ Cohen, F. S., «Transcendental nonsense and the functional approach», en *Columbia Law Review*, n.º 6, 1935, p. 818: «Here at least, one might hope that a decent respect to the opinions of would lead courts to formulate with some clarity their own of what it is that they are doing. Yet in no realm does logomachy more stubborn resistance to real».

⁷⁹⁶ En relación a la interpretación de ambas Enmiendas se expresaba Wheare de la siguiente manera, en Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas... Op. Cit.*, p. 49:

La interpretación de estos preceptos en múltiples casos de litigio ha sido incumbencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que se ha visto obligado a dar un significado preciso (...), y, quizá la más difícil de todas, la norma de que a nadie se le quitará la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal [...].

⁷⁹⁷ Constitución de los Estados Unidos de América, 1787. Quinta Enmienda (15 de diciembre de 1791). *National Archives, Online access*, Disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>. Consultado: 22/7/2017:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna

Repárese, también, en que la Quinta Enmienda había sido ratificada como parte del «Bill of Rights», junto a otras nueve enmiendas adicionales, el 15 de diciembre de 1791, motivado por la desconfianza hacia el gobierno federal, y en última instancia hacia las mayorías populares⁷⁹⁸. Es más, en 1833, el Tribunal Supremo, tuvo ocasión de interpretar, definitivamente, la Quinta Enmienda en un pleito entre la ciudad de Baltimore y el propietario del puerto, J. Barron⁷⁹⁹. A este respecto, el Juez Marshall, en una sentencia unánime, argumentó la falta de competencia material del Tribunal, ya que la Quinta Enmienda no resultaba aplicable a los Estados, lo que implicaba que Barron no tenía derecho a recibir una indemnización por la pérdida de su propiedad ante la actuación de la ciudad⁸⁰⁰.

Pero no será hasta finalizada la Guerra Civil americana, con la rendición del General Lee ante su homólogo norteamericano Grant, el 9 de abril de 1865, el presidente Lincoln inicia un sincero esfuerzo de reconstrucción, que combina una acción política decidida, mediante la aprobación de la Decimotercera Enmienda de la Constitución⁸⁰¹ (propuesta el 31 de enero de 1865), junto con «el perdón a los rebeldes, hombres y estados»⁸⁰². Lamentablemente asesinado el Presidente, el 14 de abril, el vicepresidente Johnson sucede le sucede y continúa con la política de reconstrucción, completada de forma

dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

⁷⁹⁸ Véase, a este respecto, el apartado III.1.1 «La revolución política».

⁷⁹⁹ Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833).

⁸⁰⁰ Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833):

These amendments demanded security against the apprehended encroachments of the General Government –not against those of the local governments. In compliance with a sentiment thus generally expressed, to quiet fears thus extensively entertained, amendments were proposed by the required majority in Congress and adopted by the States. These amendments contain no expression indicating an intention to apply them to the State governments. This court cannot so apply them.

We are of opinion that the provision in the Fifth Amendment to the Constitution declaring that private property shall not be taken for public use without just compensation is intended solely as a limitation on the exercise of power by the Government of the United States, and is not applicable to the legislation of the States. We are therefore of opinion that there is no repugnancy between the several acts of the general assembly of Maryland, given in evidence by the defendants at the trial of this cause, in the court of that State, and the Constitution of the United States. This court, therefore, has no jurisdiction of the cause, and it is dismissed.

⁸⁰¹ Decimotercera Enmienda (6 de diciembre de 1865). *Op. Cit.*:

Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto.

Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.

⁸⁰² Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos*, Oikos-tau, 1971, p. 24.

fundamental con la Decimocuarta Enmienda⁸⁰³, propuesta el 13 de junio de 1866 y ratificada dos años más tarde, en 1868. El texto reconoce la ciudadanía a toda persona nacida o naturalizada americana, equiparando a los antiguos esclavos al resto de ciudadanos americanos, sin que ningún estado pueda privar a los ciudadanos americanos de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal. Por lo que cabría afirmar que, la Decimocuarta Enmienda es a las leyes estatales, lo que la Quinta Enmienda a las leyes federales.

Se trataba, en definitiva, de un refuerzo a la Decimotercera Enmienda que, en la práctica, había quedado inaplicada en los Estados sureños, a través de los infames Black Codes, una suerte de leyes de «vagos y maleantes» que, en realidad, criminalizaban la pobreza, condición económica generalizada de la población afroamericana en el sur. A través de un proceso rápido, se enjuiciaba, bien la falta de trabajo o de ocupación de la persona, bien el impago de determinadas tasas creadas *ad hoc*, y, una vez condenados, ante la imposibilidad de abonar las multas correspondientes o, directamente, por discrecionalidad del juez, se decretaba el ingreso en prisión⁸⁰⁴. Previamente, el Estado

⁸⁰³ Decimocuarta Enmienda (9 de julio de 1868), *National Archives... Op. Cit.:*

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

⁸⁰⁴ A modo de ejemplo, véase los Mississippi Black Codes (1865). en *Laws of the State of Mississippi, passed at a Regular Session of the Mississippi Legislature, held in Jackson, October, November and December, 1865*, Jackson, 1866, pp. 82-93, 165-167.

En particular, la Mississippi Vagrancy Law dispone:

Section 1. Be it enacted by the legislature of the state of Mississippi, that all rogues and vagabonds, idle and dissipated persons, beggars, jugglers, or persons practicing unlawful games or plays, runaways, common drunkards, common night-walkers, pilferers, lewd, wanton, or lascivious persons, in speech or behavior, common railers and brawlers, persons who neglect their calling or employment, misspend what they earn, or do not provide for the support of themselves or their families, or dependents, and all other idle and disorderly persons, including all who neglect all lawful business, habitually misspend their time by frequenting houses of ill-fame, gaming-houses, or tippling shops, shall be deemed and considered vagrants, under the provisions of this act, and upon conviction thereof shall be fined not exceeding one hundred dollars...and be imprisoned, at the discretion of the court, not exceeding ten days.

Section 2. Be it further enacted, that all freedmen, free negroes and mulattoes in this State, over the age of eighteen years, found on the second Monday in January, 1866, or thereafter, with no lawful employment or business, or found unlawful assembling themselves together, either in the day or night time, and all white persons assembling themselves with freedmen, Free negroes or mulattoes, or usually associating with freedmen, free negroes or mulattoes, on terms of equality, or living in adultery or fornication with a freed woman, freed negro or mulatto, shall be deemed vagrants, and on conviction thereof shall be fined in a sum not exceeding, in the case of a freedman, free negro or mulatto, fifty dollars, and a white man

había aprobado los trabajos forzosos o la contratación de presos, cerrando así el círculo que devolvía a los antiguos esclavos a las plantaciones. Con lo que, de esta manera, se generaba, legislativamente, un estatus similar al de esclavitud.

La Decimocuarta Enmienda seguía la tradición anglosajona del proceso debido desde la Magna Carta, con una naturaleza estrictamente procesal, que C. Curtis resumía, sin adornos, como «un corolario de la separación de poderes. Mantén tus manos fuera de nuestro procedimiento. Mantendremos la nuestra fuera de tus leyes»⁸⁰⁵.

Así las cosas, cuesta comprender cómo la Decimocuarta Enmienda pudo adquirir un contenido substantivo, como el atribuido con la doctrina Lochner. Bien es cierto que en el indigno Dred Scott case, anterior a la Guerra Civil y a la Decimocuarta Enmienda, la opinión general a cargo del entonces Juez Presidente Taney ya anticipaba el contenido material del derecho a la propiedad recogido en la Quinta Enmienda. Al tiempo que, declaraba que un acto del Congreso, que priva a un ciudadano de los Estados Unidos de su libertad y sus bienes, –en este caso, la propiedad referida eran los esclavos, por el mero hecho de desplazarse o introducir sus bienes en un territorio determinado de los Estados Unidos–, sin que hubiese cometido delito alguno, difícilmente puede ser dignificado con el nombre de proceso legal debido⁸⁰⁶:

Estas facultades, y otras en relación con los derechos de la persona que no es necesario enumerar aquí, están, en términos expresos y positivos, fuera de la competencia del Gobierno Federal, y los derechos de propiedad privada han sido tutelados con igual cuidado. Así pues, los derechos de propiedad están unidos a los derechos de la persona y se sitúan en el mismo plano en virtud de la Quinta Enmienda de la Constitución, que dispone que nadie podrá ser privado de la vida, la libertad y la propiedad sin las debidas garantías procesales⁸⁰⁷.

two hundred dollars, and imprisonment at the discretion of the court, the free negro not exceeding ten days, and the white man not exceeding six months.

⁸⁰⁵ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 276.

⁸⁰⁶ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Ibid.*, pp. 276-277.

⁸⁰⁷ Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856):

These powers, and others in relation to rights of person which it is not necessary here to enumerate, are, in express and positive terms, denied to the General Government, and the rights of private property have been guarded with equal care. Thus, the rights of property are united with the rights of person, and placed on the same ground by the fifth amendment to the Constitution, which provides that no person shall be deprived of life, liberty, and property, without due process of law. And an act of Congress which deprives a citizen of the United States of his liberty or property merely because he came himself or brought his property into a particular Territory of the United States, and who had committed no offence against the laws, could hardly be dignified with the name of due process of law.

A) *Slaughterhouse y Munn*

Esta visión substantiva del derecho al proceso debido fue calando en el Tribunal Supremo hasta el *Slaughterhouse cases* (1873)⁸⁰⁸, en el que se discutía una Ley del Estado de Luisiana, Act 8th of March, 1869, que concedía a una corporación creada *ad hoc* el derecho exclusivo, durante veinticinco años, para gestionar mataderos. En esencia, el Estado de Luisiana pasaba a controlar, a través de una concesión, una actividad que, hasta ese momento, venía desarrollándose de forma privada. Particularmente, la nueva corporación dispondría sobre todos los mataderos, terrenos o lugares de guarda para el ganado, destinados a la venta o al sacrificio dentro de los municipios de Nueva Orleans, Jefferson y San Bernardo; prohibiendo, al mismo tiempo, a todas las demás personas construir, mantener o tener mataderos, terrenos o lugares de guarda para el ganado, destinados a la venta o al sacrificio, dentro de esos límites

Ante este nuevo escenario legislativo, varios carniceros presentaron una demanda, calificando a la nueva corporación como un verdadero monopolio estatal, que restringía sus privilegios e inmunidades (*privileges and immunities*) como ciudadanos americanos, privándoles de su propiedad sin el proceso legal debido. Para su defensa, contrataron a J. Campbell. Campbell había sido, otrora, Juez del Tribunal Supremo, en concreto desde 1853 hasta 1861, cuando decidió renunciar y regresar al Sur, donde se convirtió (no sin resistencia) en oficial del Gobierno Confederado. Pues bien, paradójicamente, un brillante abogado confederado solicitaba, ante el TS, la aplicación, en beneficio de los carniceros de Nueva Orleans, de un *remedy* federal, pensado para los antiguos esclavos, y dirigido contra un Estado del Sur⁸⁰⁹. En esencia, Campbell planteaba un argumento económico, sobre la base de un único pueblo americano, a la par que pretendía trasladar a sus clientes los derechos de libertad y propiedad, como parte integrante de los privilegios e inmunidades que la ciudadanía tenía reconocidos en la Decimocuarta Enmienda⁸¹⁰. Con lo que, en definitiva, identificaba, y materializaba, la libertad y propiedad como el derecho

⁸⁰⁸ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872).

⁸⁰⁹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 289.

⁸¹⁰ Decimocuarta Enmienda (9 de julio de 1868), *National Archives... Op. Cit.*:

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ...

a vivir en un sistema económico de *laissez faire*⁸¹¹, otorgándole además un encaje constitucional sumamente ingenioso.

Ante tal situación, la primera cuestión a resolver por el TS consistió en aclarar el alcance de la ciudadanía referida en la Decimocuarta Enmienda, bien estatal, bien federal⁸¹². El Juez Miller, encargado de la redacción de la sentencia, optó por la segunda concepción, por lo que solo la vulneración de los derechos federales (considerablemente exiguos) daría lugar a aplicar la protección de la Decimocuarta Enmienda frente a los Estados⁸¹³. La segunda cuestión atañía a una posible privación de propiedad sin el proceso legal debido, lo que directamente cuestionaba la actuación legislativa de Luisiana. Este argumento fue desestimado contundentemente por el Tribunal⁸¹⁴,

⁸¹¹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 289.

⁸¹² Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

To remove this difficulty primarily, and to establish clear and comprehensive definition of citizenship which should declare what should constitute citizenship of the United States and also citizenship of a State, the first clause of the first section was framed. (...)

The first observation we have to make on this clause is that it puts at rest both the questions which we stated to have been the subject of differences of opinion. It declares that persons may be citizens of the United States without regard to their citizenship of a particular State, and it overturns the Dred Scott decision by making all persons born within the United States and subject to its jurisdiction citizens of the United States. That its main purpose was to establish the citizenship of the negro can admit of no doubt. The phrase, "subject to its jurisdiction" was intended to exclude from its operation children of ministers, consuls, and citizens or subjects of foreign States born within the United States.

The next observation is more important in view of the arguments of counsel in the present case. It is that the distinction between citizenship of the United States and citizenship of a State is clearly recognized and established.

Not only may a man be a citizen of the United States without being a citizen of a State, but an important element is necessary to convert the former into the latter. He must reside within the State to make him a citizen of it, but it is only necessary that he should be born or naturalized in the United States to be a citizen of the Union.

⁸¹³ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

The language is, "No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States." It is a little remarkable, if this clause was intended as a protection to the citizen of a State against the legislative power of his own State, that the word citizen of the State should be left out when it is so carefully used, and used in contradistinction to citizens of the United States in the very sentence which precedes it. It is too clear for argument that the change in phraseology was adopted understandingly and, with a purpose.

⁸¹⁴ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

Another privilege of a citizen of the United States is to demand the care and protection of the Federal government over his life, liberty, and property when on the high seas or within the jurisdiction of a foreign government. Of this there can be no doubt, nor that the right depends upon his character as a citizen of the United States [...].

We are not without judicial interpretation, therefore, both State and National, of the meaning of this clause. And it is sufficient to say that under no construction of that provision that we have ever seen, or any that we deem admissible, can the restraint imposed by the State of Louisiana upon the exercise of their trade by the butchers of New Orleans be held to be a deprivation of property within the meaning of that provision.

llegando Miller a declarar que, en caso contrario, el Tribunal se convertiría en «un censor perpetuo sobre toda legislación estatal»⁸¹⁵.

Cuatro años más tarde, el caso *Munn v. Illinois*⁸¹⁶ iba a confirmar esta línea jurisprudencial, aceptando el control y regulación estatal sobre la propiedad privada con utilidad pública. De esta manera, a través de ambas decisiones (*Slaughterhouse* y *Munn*), el TS retornaba a la idea de independencia estatal en política legislativa, previa a la Guerra Civil, a excepción de lo concerniente a posibles discriminaciones por raza o por situación anterior de servidumbre⁸¹⁷.

No obstante, el Juez Field, junto con tres magistrados concurrentes⁸¹⁸, disintió de la mayoría en el *Slaughter House Cases* y, junto al juez Strong, planteaba también un voto particular al caso *Munn*. Fundamentalmente, sostenía que la Decimocuarta Enmienda reconoce unos derechos naturales previos, entre los que destacan la propiedad y la «sagrada e imprescriptible»⁸¹⁹ libertad de trabajo. Parafraseando con ello aquí a A. Smith y Turgot⁸²⁰, para en último término, concluía que el monopolio estatal creado vulneraba unos derechos, tan fundamentales y definitivos, que debían considerarse como «leyes naturales y de naturaleza divina»⁸²¹. De forma tal, que Field venía a desarrollar así los cánones para una interpretación individualista de la Decimocuarta Enmienda, convirtiéndose en pionero y profeta del derecho constitucional moderno⁸²²:

Slaughter House Cases: Esta igualdad de derechos [...] es el privilegio distintivo de los ciudadanos de Estados Unidos. Para ellos, en todas partes, todas las actividades, todas

⁸¹⁵ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872):

And still further, such a construction followed by the reversal of the judgments of the Supreme Court of Louisiana in these cases, would constitute this court a perpetual censor upon all legislation of the States, on the civil rights of their own citizens, with authority to nullify such as it did not approve as consistent with those rights, as they existed at the time of the adoption of this amendment.

Para más información, ver Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, pp. 237-242.

Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 286 y ss.

⁸¹⁶ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). Una ley del estado de Illinois regulaba los almacenes públicos y depósitos de grano, así como su inspección, dando desarrollo en este aspecto a la propia Constitución del Estado (art. 13). La empresa *Munn & Scott* se dedicaba al almacenaje de grano en Chicago, sin licencia y facturando además un importe mayor del establecido por las tarifas públicas, por lo que abrió una causa penal en su contra.

⁸¹⁷ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909), New Delhi, Isha Books, 2013, p. 7.

⁸¹⁸ Los Jueces Bradley y Swayne concurren con Field, pero también presentaron votos particulares propios.

⁸¹⁹ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872), Mr. Justice Field, dissenting:

⁸²⁰ Véase, a este respecto, el apartado II.2 «La economía modelizadora».

⁸²¹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 301.

⁸²² Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 10.

las profesiones, todas las vocaciones están abiertas sin más restricciones que las que se imponen por igual a todos los demás (ciudadanos) de la misma edad, sexo y condición. El Estado puede regular toda actividad profesional de la misma manera que promueve la salud pública, garantiza el orden y fomenta la prosperidad general de la sociedad, pero, una vez regulada, la actividad debe ser accesible a todos los ciudadanos que se encuentren en las condiciones previstas y se ajusten a las normas.⁸²³

Munn v. Illinois: Si esta ley se entendiese razonable, si no encontrásemos amparo en los principios en los que se basa nuestro gobierno republicano o en las prohibiciones de la Constitución frente a tales vulneraciones de derechos privados, toda la propiedad y todos los negocios del Estado quedarían a merced de una mayoría legislativa [...].

A menos que haya malinterpretado la historia del precepto ahora incorporado en todas nuestras Constituciones Estatales, y en nuestra Constitución Federal en virtud de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta, y haya también malentendido la interpretación que ha recibido, (el precepto) no está limitado en su alcance [...]. Posee un alcance mucho más amplio que el dado por el Tribunal, el Estado o el Gobierno Federal. La disposición, nótese, sitúa a la propiedad bajo la misma protección que la vida y la libertad. Excepto mediando un proceso legal debido, ningún Estado puede privar a una persona de ninguno de estos derechos. Se supone que la disposición ha de asegurar a cada individuo las condiciones esenciales para la búsqueda de la felicidad y, por esa razón, no ha sido hasta ahora, y nunca debe ser, interpretada en un sentido limitado o restrictivo.

[...] Todo aquello que afecte a la paz, el orden, la moral y la salud de la comunidad entra dentro de su ámbito de aplicación (autoridad estatal), y toda persona deberá utilizar y disfrutar de su propiedad con sujeción a las restricciones que dicha legislación imponga⁸²⁴.

⁸²³ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872), Mr. Justice Field, dissenting:

This equality of right, with exemption from all disparaging and partial enactments, in the lawful pursuits of life, throughout the whole country, is the distinguishing privilege of citizens of the United States. To them, everywhere, all pursuits, all professions, all avocations are open without other restrictions than such as are imposed equally upon all others of the same age, sex, and condition. The State may prescribe such regulations for every pursuit and calling of life as will promote the public health, secure the good order and advance the general prosperity of society, but, when once prescribed, the pursuit or calling must be free to be followed by every citizen who is within the conditions designated, and will conform to the regulations. This is the fundamental idea upon which our institutions rest, and, unless adhered to in the legislation of the country, our government will be a republic only in name. The fourteenth amendment, in my judgment, makes it essential to the validity of the legislation of every State that this equality of right should be respected.

⁸²⁴ Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876):

If this be sound law, if there be no protection, either in the principles upon which our republican government is founded or in the prohibitions of the Constitution against such invasion of private rights, all property and all business in the State are held at the mercy of a majority of its legislature. (...)

Unless I have misread the history of the provision now incorporated into all our State constitutions, and by the Fifth and Fourteenth Amendments into our Federal Constitution, and have misunderstood the interpretation it has received, it is not thus limited in its scope, and thus impotent for good. It has a much more extended operation than either court, State, or Federal has given to it. The provision, it is to be observed, places property under the same

Adviértase cómo existe una vinculación entre propiedad y libertad hasta el punto de parecer nociones sustitutivas. Siendo además que, en particular, la libertad contractual aparece como manifestación del derecho a la propiedad y, al mismo tiempo, encuentra un acomodo constitucional directo en la libertad, también referida en la Decimocuarta Enmienda. De donde cabe colegir que, dentro del ideal americano, la libertad sin propiedad resultaría una mera manifestación teórica. Detectándose asimismo que incluso las competencias reconocidas al Estado, como la moral y la paz, se vinculan, indudablemente, a la protección de la propiedad privada, o del *status quo* en última instancia, al asociarlas al *buen orden*, que solo podrá definirse como el establecido y existente.

Más allá del estricto ámbito jurídico, la referida opinión de Field en *Munn* revelaba también una profunda desconfianza por el sistema democrático, y particularmente por el proceso legislativo⁸²⁵. Llegando Field a criticar, de modo expreso, la capacidad de decisión de «una mayoría legislativa». Perspectiva esta, que, con el cambio de mayoría en el Tribunal, acabó tornándose en una posición de autoridad, y fuerza, heredada por la institución, y aceptada de buen grado por cada nuevo integrante, con honrosas excepciones. Por lo que también, el TS se situaba, *motu proprio*, por encima del poder legislativo, federal o estatal.

Con la natural renovación del Tribunal, la posición minoritaria defendida por Field acabó ganando fuerza.

De hecho, en un caso muy similar a *Munn*, *Budd v. New York*⁸²⁶ (1892), en el que la mayoría se mantuvo firme, el Tribunal aceptó, empero, la nueva doctrina del uso público propuesta por el Juez Brewer, sobrino de Field. Se trató de una opinión disidente, a la que se unieron el propio Field, y un antiguo compañero de clase de Brewer, el Juez Brown, que limitaba, en la práctica, la regulación estatal de tasas a las empresas

protection as life and liberty. Except by due process of law, no State can deprive any person of either. The provision has been supposed to secure to every individual the essential conditions for the pursuit of happiness, and, for that reason, has not been heretofore, and should never be, construed in any narrow or restricted sense. [...]

Whatever affects the peace, good order, morals, and health of the community comes within its scope, and everyone must use and enjoy his property subject to the restrictions which such legislation imposes.

⁸²⁵ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 107.

⁸²⁶ *Budd v. New York*, 143 U.S. 517 (1892).

ferroviarias, otros transportistas, y ciertas utilidades públicas⁸²⁷. Una concepción que, en todo caso, no impidió a las compañías de ferrocarriles proseguir con constantes litigios, sobre la base constitucional de la Decimocuarta Enmienda⁸²⁸.

En esencia, nos encontramos ante una transformación en las posiciones jurídicas del Tribunal que Kahn-Freund resume brillantemente como la idea curiosa, y prima facie incomprensible, del "proceso debido sustantivo", lo que significa que la base de una decisión, y esto incluye la decisión de legislar, debe ajustarse a ciertos estándares constitucionales⁸²⁹. De tal manera que, descontextualizada y concebida como una cláusula autónoma, la Decimocuarta Enmienda permitió entonces conceptualizar ampliamente la libertad, con un contenido material, dando cabida a una vertiente económica tendente a proteger y perpetuar la propiedad.

Al mismo tiempo, el nuevo contenido material del precepto convertía la Enmienda en un derecho constitucional, subjetivo e invocable frente a los Estados. El derecho a elegir es una parte de la libertad de la persona, la profesión es su propiedad –había afirmado Bradley en la minoría de los Slaughterhouse Cases (1872)⁸³⁰–, y Pitney, redactando la opinión mayoritaria del TS en Coppage (1915), terminaría por cuadrar el círculo cuarenta años después, consagrando la libertad de contratación:

Incluido dentro de los derechos a la libertad personal y a la propiedad privada, participando de la naturaleza de ambos, se encuentra el derecho a celebrar contratos para la adquisición de la propiedad, entre los cuales el principal es el (contrato) de trabajo o de prestación de servicios por el cual se intercambian mano de obra y otros servicios por dinero u otras formas de propiedad⁸³¹.

⁸²⁷ Fiss, O., «Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910» en *The Oliver Wendell Holmes Devise. History of the Supreme Court of the United States. Volume VIII*, S. N. Katz (general editor), Cambridge University Press, 2006, p.192.

⁸²⁸ Véase, en detalle, el apartado siguiente.

⁸²⁹ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law», en *Cambridge Law Journal*, 35 (2), November 1976, p. 263.

⁸³⁰ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

In my view, a law which prohibits a large class of citizens from adopting a lawful employment, or from following a lawful employment previously adopted, does deprive them of liberty as well as property, without due process of law. Their right of choice is a portion of their liberty; their occupation is their property.

⁸³¹ Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915):

Included in the right of personal liberty and the right of private property, partaking of the nature of each, is the right to make contracts for the acquisition of property, chief among which is that of personal employment by which labor and other services are exchanged for money or other forms of property.

B) *Las compañías ferroviarias*

Una vez abierta la puerta hermenéutica material de la Decimocuarta Enmienda, no resulta extraño que, en el tiempo previo a *Lochner*, fuesen las compañías de ferrocarriles los primeros *trusts*; en esencia, los auténticos poderes económicos, quienes defiendan ante los tribunales esta construcción jurídica de la propiedad y la libertad. Se trata, en definitiva, de una entelequia destinada a reconocer una libertad económica (propiedad, en última instancia) que se situara por encima las leyes de control estatal de sus negocios⁸³².

Se entiende así que, en un primer momento, la Southern Pacific Railroad, a través del senador Conkling, reconvertido en abogado de la compañía, y a la sazón miembro del comité redactor de la Decimocuarta Enmienda, tratase de convencer al Tribunal Supremo de cual era, realmente, el sentido escondido y también original del precepto. De tal forma que en los casos *San Mateo County v. Southern Pacific*⁸³³ y *Santa Clara County v. Southern Pacific*⁸³⁴, acogiéndose al contenido material de la Enmienda, cuestionó la validez de las tasas impuestas a la compañía ferroviaria por los dos condados del Estado de California, al tiempo que pretendía extender la protección, reconocida en la cláusula del proceso debido, de las personas físicas a las personas jurídicas. En concreto, Conkling defendía la «propiedad», que en realidad identificaba con la actividad y beneficios empresariales, de las corporaciones, frente a la imposición de tasas e impuestos, argumentando –con falsedad– que, en la redacción definitiva de la Decimocuarta Enmienda, se había sustituido, deliberadamente, el término «ciudadanos» por el de «personas»⁸³⁵.

En el primer supuesto, el TS desestimó la moción ante la ausencia sobrevenida de objeto, después de que el ferrocarril cumpliera con los pagos tributarios exigidos por el condado. Respecto al segundo caso, con carácter previo a la redacción de la opinión mayoritaria por Harlan, el Tribunal adujo que la cuestión sobre la aplicación de la Decimocuarta Enmienda a las empresas se había ya discutido, largamente, en los informes escritos, ventilando, sin más trámite, y de manera afirmativa esta cuestión:

El Tribunal no desea escuchar argumentos sobre si la disposición de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que prohíbe a un estado negar a cualquier

⁸³² Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos*, Oikos-tau, 1971, p. 27.

⁸³³ *San Mateo County v. Southern Pacific R. Co.*, 116 U.S. 138 (1885).

⁸³⁴ *Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U.S. 394 (1886).

⁸³⁵ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 275.

persona, dentro de su jurisdicción, la protección igualitaria de las leyes, se aplica a las corporaciones. Todos somos de la opinión de que sí⁸³⁶.

En resumidas cuentas, el caso Santa Clara supuso la aceptación tardía de los argumentos de Campbell en el Slaughter House Cases, con el irónico, y triste, resultado de aplicar a las empresas unos derechos pensados originariamente para los nuevos ciudadanos afroamericanos⁸³⁷. Es más, el reconocimiento de las personas jurídicas confirmó el traslado definitivo del canon de constitucionalidad de la cláusula de privilegios e inmunidades (*privileges and immunities*) a la garantía a un proceso debido. Esto es así porque difícilmente se puede atribuir a las corporaciones la condición de ciudadanos de los Estados Unidos, tal y como se exige en la cláusula de privilegios e inmunidades de la Decimocuarta Enmienda⁸³⁸, mientras que resulta mucho más sencillo extender el concepto de «persona» a las jurídicas (acudiendo para ello a la garantía a un proceso debido en la misma Enmienda)⁸³⁹.

También en 1886, unos meses antes del caso Santa Clara County, el TS había reconocido expresamente el derecho del Estado de Mississippi a regular las tasas de las compañías ferroviarias, en el denominado Railroad Commission cases⁸⁴⁰. En síntesis, la decisión admitía la facultad estatal para delegar competencias legislativas en agencias administrativas⁸⁴¹. Sin embargo, el Juez Waite, ponente de la sentencia, matizó, con oscura claridad, que el poder de regular no se corresponde con el poder de destruir, de la misma manera que una limitación legal no equivale a una confiscación, reconduciendo todo a un juicio de razonabilidad sobre la medida⁸⁴².

⁸³⁶ Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co., 118 U.S. 394 (1886):

One of the points made and discussed at length in the brief of counsel for defendants in error was that "corporations are persons within the meaning of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States." Before argument, MR. CHIEF JUSTICE WAITE said: "The Court does not wish to hear argument on the question whether the provision in the Fourteenth Amendment to the Constitution which forbids a state to deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws applies to these corporations. We are all of opinion that it does. "

⁸³⁷ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 30.

⁸³⁸ Decimocuarta Enmienda (9 de julio de 1868), *National Archives*... *Op. Cit.*:

1. ... Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal;

⁸³⁹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions*... *Op. Cit.*, p. 304.

⁸⁴⁰ Stone and others v. Farmers' Loan & Trust Co.; Same v. Illinois Cent. R. Co., 116 U.S. 307 (1886)..

⁸⁴¹ Fiss, O., «Troubled Beginnings ... *Op. Cit.*, p.199.

⁸⁴² Stone and others v. Farmers' Loan & Trust Co.; Same v. Illinois Cent. R. Co., 116 U.S. 307 (1886):

The court concedes that the power which the state asserts, by the statute of 1884, of limiting and regulating rates, does not involve the power to destroy or to confiscate the property of these companies; and consequently it is said the state cannot compel them to carry persons or property without reward, nor do that which in law would amount to a taking of private

Además, respecto a la noción de confiscación, o expropiación, empleada, nótese que el Juez Waite equiparaba las ganancias y beneficios empresariales a cualquier otro tipo de propiedad privada. En esencia, desde el punto de vista jurídica, el TS igualaba las nociones de «proceso debido» y «justa compensación»⁸⁴³. siendo este argumento, unido a la extensión de la Decimocuarta Enmienda a las corporaciones, el que abrió, de par en par, las puertas a las empresas para reclamar, sobre la base del derecho a la propiedad, la libertad de fijar los precios.

Así, cuatro años más tarde, la Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co.⁸⁴⁴ cuestionó, ante el TS, la decisión del Tribunal Supremo de Minnesota que convalidaba, a su vez, la actuación de una agencia regulatoria estatal⁸⁴⁵, al fijar el precio máximo para el transporte de la leche. La empresa alegó que la adopción de los precios se realizó sin notificación, ni audiencia, a la compañía, por lo que no pudo exponer los hechos y razones convenientes a su derecho en el momento de la fijación. Respecto al fondo, la Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. argumentó que el precio máximo fijado por la agencia privaba a los inversores de un retorno justo sobre el capital invertido, y resultaba equivalente a una confiscación⁸⁴⁶.

Con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión planteada, el TS asumió el razonamiento del máximo tribunal del Estado, para concluir que los precios no podían ser revisados judicialmente, al tratarse de una competencia por delegación directa del poder legislativo, por lo que solo cabía cuestionar la razonabilidad de los mismos atacando la norma que los amparaba⁸⁴⁷. En este caso, el Tribunal Supremo falló a favor de la

property for public use without just compensation. And reference is made to that clause of the statute which provides 'that in all trials of cases brought for a violation of any tariff of charges, as fixed by the commission, it may be shown in defense that such tariff so fixed is unjust.' But if I do not misapprehend the effect of the opinion, it means to declare that where the tariff of charges fixed by the commissioners does not certainly work the destruction or confiscation of these properties, or amount in law to taking them for public use without just compensation, the charges so established must be accepted by the courts, as well as by the companies, as reasonable, and therefore not be held or treated 'unjust' in any prosecution under the act for disregarding such tariff. I cannot otherwise interpret the observation that the legislature may establish a maximum, any charge in excess of which must be deemed by the courts and the parties to be unreasonable.

⁸⁴³ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 16.

⁸⁴⁴ Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota, 134 U.S. 418 (1890).

⁸⁴⁵ The Railroad and Warehouse Commission of the State of Minnesota.

⁸⁴⁶ Fiss, O., «Troubled Beginnings ... *Op. Cit.*, p.201.

⁸⁴⁷ Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota, 134 U.S. 418 (1890):

The construction put upon the statute by the Supreme Court of Minnesota must be accepted by this Court, for the purposes of the present case, as conclusive, and not to be reexamined here as to its propriety or accuracy. The supreme court authoritatively declares that it is the expressed intention of the Legislature of Minnesota, by the statute, that the rates

compañía, declarando la inconstitucional de la ley de Minnesota, al delegar la determinación de los precios en una agencia, cuya decisión se adoptaba sin las garantías procesales necesarias, matizando que únicamente un tribunal de justicia podía cumplir las mismas⁸⁴⁸:

No se prevé audiencia alguna; ninguna citación o notificación a la compañía antes de que la comisión determine lo que debe determinar y declare lo que debe declarar; ninguna oportunidad para que la compañía presente testigos ante la comisión, de hecho, nada que tenga la apariencia de un debido proceso legal⁸⁴⁹.

En definitiva, en el *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co.* case, el TS americano, a través de la cláusula al proceso debido, se apropiaba de una competencia estrictamente legislativa. Precisamente, el Juez Bradley, en un voto particular al que se unieron los jueces Gray y Lamar, denunciaba la asunción excesiva de una competencia propiamente legislativa⁸⁵⁰. Si bien, este razonamiento iba a quedar relegado a la minoría del Tribunal.

recommended and published by the commission, if it proceeds in the manner pointed out by the act, are not simply advisory, nor merely prima facie equal and reasonable, but final and conclusive as to what are equal and reasonable charges; that the law neither contemplates nor allows any issue to be made or inquiry to be had as to their equality or reasonableness in fact; that under the statute, the rates published by the commission are the only ones that are lawful, and therefore, in contemplation of law, the only ones that are equal and reasonable, and that, in a proceeding for a mandamus under the statute there is no fact to traverse except the violation of law in not complying with the recommendations of the commission. In other words, although the railroad company is forbidden to establish rates that are not equal and reasonable, there is no power in the courts to stay the hands of the commission if it chooses to establish rates that are unequal and unreasonable.

⁸⁴⁸Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, p. 308.

Chicago, *Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890):

It deprives the company of its right to a judicial investigation, by due process of law, under the forms and with the machinery provided by the wisdom of successive ages for the investigation judicially of the truth of a matter in controversy, and substitutes therefor, as an absolute finality, the action of a railroad commission which, in view of the powers conceded to it by the state court, cannot be regarded as clothed with judicial functions or possessing the machinery of a court of justice.

⁸⁴⁹ Chicago, *Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890):

No hearing is provided for; no summons or notice to the company before the commission has found what it is to find, and declared what it is to declare; no opportunity provided for the company to introduce witnesses before the commission –in fact nothing which has the semblance of due process of law.

⁸⁵⁰ Chicago, *Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890):

It is always a delicate thing for the courts to make an issue with the legislative department of the government, and they should never do so if it is possible to avoid it. By the decision now made, we declare in effect that the judiciary, and not the legislature, is the final arbiter in the regulation of fares and freights of railroads and the charges of other public accommodations. It is an assumption of authority on the part of the judiciary which, it seems to me, with all due deference to the judgment of my brethren, it has no right to make.

Un paso más en la protección de la propiedad, a través de la Decimocuarta Enmienda, se produjo en 1897, cuando la compañía Chicago, Burlington & Quincy Railroad solicitó que el derecho a la compensación por expropiación, ya reconocido en la Quinta Enmienda, se incorporase materialmente a la cláusula del proceso debido de la Decimocuarta Enmienda. El Tribunal Supremo aceptó el razonamiento, pudiendo así invocarse también este derecho frente a los gobiernos estatales y locales⁸⁵¹. Tratándose, por lo demás, del primer caso que aplica una disposición del Bill of Rights a los Estados.

En conclusión, a modo de resumen, repárese en que, tal y como hemos explicado a lo largo de este apartado, la Decimocuarta Enmienda presentaba un sesgo estrictamente procesal en su concepción inicial. De manera que, esencialmente, esta cláusula impedía la privación de la propiedad o la libertad a los ciudadanos por parte de los Estados de la Unión, y concretamente a aquéllos que habían ganado la ciudadanía más recientemente, sin las garantías procedimentales oportunas. Por lo que, en particular, la noción de libertad tenía un carácter físico, vinculada a la protección frente a la detención ilegal⁸⁵².

No obstante, a través de sucesivas interpretaciones judiciales, el derecho a un proceso debido acabó mutando, mediante una exégesis «vaga y ambigua»⁸⁵³, en una propiedad tangible y una libertad individual substantiva⁸⁵⁴, frente a cualquier intromisión de los Estados o del gobierno federal.

Por todo ello, cabe extraer que, con anterioridad a la doctrina *Lochner*, existía una interpretación constitucional material relativa a las nociones de propiedad y libertad, contenidas en la Decimocuarta Enmienda. De tal forma que, solo era cuestión de tiempo, y oportunidad, que el TS extendiese esta concepción al ámbito legislativo laboral, especialmente precario dada su bisoñez y fuerte oposición empresarial. De esta suerte, se ha venido a estimar que las tesis de Miller anticiparon las de Holmes en *Lochner*, mientras que las ideas de Field precedieron a Sutherland⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897).

⁸⁵² Corwin, E. S., *Court over Constitution... Op. Cit.*, p. 109.

⁸⁵³ Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government... Op. Cit.*, p. 68: «Considerations of a different nature arise from interferences with states' rights under the vague and ambiguous mandate of the Fourteenth Amendment».

⁸⁵⁴ Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros... Op. Cit.* p. 228.

⁸⁵⁵ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 286 y 304.

C) *Allgeyer*⁸⁵⁶

Así las cosas, con carácter previo y brevedad al estudio concreto del caso Lochner, conviene detenerse en dos precedentes fundamentales. Siendo que el primer caso proviene, además, de la misma mano que la sentencia Lochner, el juez Peckham.

En este supuesto, el Estado de Louisiana había aprobado una ley reguladora de las compañías de seguro marítimo (1894) que, en definitiva, prohibía contratar con aquellas sociedades aseguradoras que no hubiesen cumplido con los requisitos estatales. Entre otros requisitos, la norma contemplaba que toda aseguradora designará un agente dentro del Estado, lo que, en la práctica, limitaba sobre manera la actuación de compañías no estatales en Louisiana.

Una vez aprobada la norma, la empresa E. Allgeyer & Co. encargó, en octubre de 1894, a la compañía de seguros neoyorkina Atlantic Mutual Insurance Company, asegurar un cargamento de algodón. Lamentablemente, la Atlantic Mutual Insurance Company no tenía designado agente alguno para operar en Louisiana, en atención a lo cual, Allgeyer fue sancionada con una multa de 3.000 USD, reducida a 1.000 USD por el Tribunal Supremo del Estado, tras sucesivas apelaciones⁸⁵⁷.

A lo largo del proceso, la compañía Allgeyer no justificó la legalidad de su actuación, sino que, por el contrario, basó su defensa en cuestionar la constitucionalidad de la norma de Louisiana, confrontándola a la Decimocuarta Enmienda.

De este modo, y tras un último recurso de la empresa, el asunto fue a parar al Tribunal Supremo. Siendo, en una sentencia unánime, redactada por Peckham, dónde el Tribunal llevó, hasta una extensión nunca razonada, el contenido material del derecho al proceso debido. Al tiempo que el Tribunal termina adoptando la definición de «libertad»

⁸⁵⁶ Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897).

⁸⁵⁷ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872):

The Atlantic Mutual Insurance Company is a corporation, created by the laws of the State of New York and domiciled and carrying on business in that state, and the defendants made a contract with that company for an open policy of marine insurance for \$200,000 on account of themselves and to cover cotton in bales purchased and shipped by them. (...)

The Atlantic Mutual Insurance Company is engaged in the business of marine insurance, and has appointed no agent in the State of Louisiana, and has not complied with the conditions required by the laws of that state for the doing of business within the same by insurance companies incorporated and domiciled out of the state.

On the 23d of October, 1894, the defendants mailed to that company a communication, stating insurance was wanted by defendants. (...)

Defendants are exporters of cotton from the port of New Orleans to ports in Great Britain and on the continent of Europe. They sell cotton in New Orleans to purchasers at said ports.

ofrecida por Field en los Slaughter House Cases⁸⁵⁸, aplicando la misma de una manera totalmente ilógica respecto al caso concreto⁸⁵⁹.

Es así como se introdujo la vertiente material de la libertad individual dentro de la cláusula a un proceso debido, abriendo simultáneamente la puerta a «la nueva filosofía del individualismo»⁸⁶⁰. En este sentido, adviértase como todos los derechos comprendidos dentro de la libertad individual quedaron específicamente amparados:

La libertad mencionada en esta Enmienda implica no solo el derecho del ciudadano a no verse sometido a restricción física alguna, como la encarcelación, sino que el término debe abarcar el derecho del ciudadano al libre disfrute de todas sus facultades [...] a vivir y trabajar donde quiera [...] y a ese fin poder suscribir todo contrato que entienda adecuado, necesario y esencial [...].⁸⁶¹

A propósito de lo cual, advertía F. Cohen, frente a definiciones tan amplias y vagas como la otorgada por el TS, recordando que una definición es útil si asegura contra riesgos de confusión más serios que cualquiera de los que contiene la definición misma⁸⁶².

Si bien, desgraciadamente una vez abierta esta puerta, quedaba en manos del Tribunal determinar que intromisiones estatales o federales la vulneraban. Siendo entonces cuando, a través de una interpretación inconsistente de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, tanto en su origen como en una literalidad, el Tribunal se autofaculta para controlar las decisiones de estados miembros y de la administración federal mediante un juicio de razonabilidad.

En definitiva, respecto a la exigencia de razonabilidad o no arbitrariedad de la legislación, lo que, inevitablemente, el Tribunal quiere decir, siendo además todo lo que quiere decir, es que la legislación no debe ser “irrazonable”, de acuerdo al propio modo

⁸⁵⁸ Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872).

⁸⁵⁹ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 23.

⁸⁶⁰ Corwin, E. S., *Court over Constitution...* *Op. Cit.*, p. 107.

⁸⁶¹ Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897):

The "liberty" mentioned in that amendment means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways, to live and work where he will, to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned.

⁸⁶² Cohen, F. S., «Transcendental nonsense and the functional approach», en *Columbia Law Review*, n.º 6, 1935, p. 836: « There is no final insurance against an insure's insolvency. And the words of a definition always carry their own aura. But a definition is useful if it insures against risks of confusion more serious than any that the definition itself contains».

de pensar del Tribunal⁸⁶³. Más aún, en la precisa explicación de André Tunc, viene a ser el vocablo *due* el que permite trasladar el control y la calificación de las disposiciones a los Tribunales. Con lo que, por ende, al no bastar con seguir un proceso legal, sino que este sea además «debido», los tribunales podrán rechazar una ley si la reglamentación que emana de ella no se considera buena, conveniente y razonable⁸⁶⁴.

D) *Holden*⁸⁶⁵

El hecho de que una serie de leyes en casos posteriores a *Allgeyer* y previos a *Lochner* fueran convalidadas por el Tribunal Supremo no inhabilitaba el nuevo control sobre la legislación, al contrario, demostró la voluntad del Tribunal de ejercerlo.

En el ya referido caso⁸⁶⁶, el Sr. Holden había contratado y empleaba a John Anderson y William Hooley en su empresa minera. Anderson desarrollaba un trabajo como minero durante 10 horas al día en la mina Old Jordan de Bingham Canyon, en el estado de Utah. Por su parte, William Hooley trabajaba en la fundición y reducción del oro durante 12 horas al día. Holden era consciente y aceptó el hecho de que la legislación laboral del estado de Utah⁸⁶⁷ limitaba el tiempo de trabajo en minas, fundiciones, e industria siderometalúrgica a ocho horas; salvo en casos de emergencia⁸⁶⁸. Alegó, sin embargo, que se trataba de pactos entre ciudadanos americanos, libres y con plenas capacidades.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en una decisión redactada por el Juez Brown, definió la ley como «una ciencia progresiva», que ejemplificaba con la evolución del Derecho en todas sus ramas desde la civil a la penal. De manera que, en la práctica, esta afirmación implicaba aceptar la necesidad de ofrecer un encaje jurídico a las incipientes demandas sociales. A la vez que el Tribunal reconocía que determinados colectivos, en especial aquellas personas empleadas en trabajos peligrosos o insalubres, obtuvieran una protección adicional.

El TS admitió así, por vez primera y expresamente, la desigualdad de partes en la relación laboral. Como también convino que esta desigualdad, unida a la caracterización

⁸⁶³ Corwin, E. S., *Court over Constitution... Op Cit.*, p. 108.

⁸⁶⁴ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos*, Oikos-tau, 1971, p. 28.

⁸⁶⁵ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898).

⁸⁶⁶ Véase, a este respecto, el apartado III.2.1 c) «Evolución o revolución», «Aplicación práctica».

⁸⁶⁷ Act of March 30, 1896, c. 72.

⁸⁶⁸ Como simple anécdota que, no obstante, revela la importancia de la noción jurídica «propiedad», el peligro inminente de la misma se incluía como el único caso de emergencia definido por la ley junto al riesgo real para la vida.

de la relación como un conflicto de intereses, obligaba a desconfiar de la plena libertad de las partes a la hora de determinar las condiciones de trabajo:

En otras palabras, los propietarios fijan las normas, y los trabajadores se ven prácticamente forzados a obedecerlas. En estos casos, el interés propio es una referencia insegura, y el legislador bien podrá hacer valer su autoridad⁸⁶⁹.

Ocurría, sin embargo, que dicha desigualdad no autorizaba toda intervención legislativa en materia laboral. Siendo que, por el contrario, el poder del cambio estaba limitado por los principios fundamentales recogidos en la Constitución⁸⁷⁰. De esta manera, la legislación laboral debía someterse a un control constitucional, pudiendo ser o no convalidada siempre que la misma resultase razonable a criterio del Tribunal Supremo⁸⁷¹. En particular, la normativa social debía confrontarse al nuevo canon constitucional, construido sobre los conceptos de propiedad y libertad⁸⁷², contenidos en la Decimocuarta Enmienda. Por lo que, realmente, el Tribunal recuperaba el planteamiento de Field en los Slaughterhouse Cases y Munn.

En el presente caso, y al entender razonable la protección de la salud del colectivo de trabajadores afectados, el Juez Brown confirmó la legislación laboral del estado de Utah, con los votos discrepantes (sin opinión) de Brewer y Peckham.

A este respecto, conviene tener presente las ya referidas relaciones personales entre los miembros del Tribunal⁸⁷³; siendo que Brown era un conservador reconocido, admirador de Cooley y amigo universitario (Yale 1856) de su compañero de estrado, el Juez Brewer, quien, a su vez, era sobrino del Juez Field⁸⁷⁴. Con lo que, a la vista de este

⁸⁶⁹ Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898):

«In other words, the proprietors lay down the rules and the laborers are practically constrained to obey them. In such cases, self-interest is often an unsafe guide, and the legislature may properly interpose its authority».

⁸⁷⁰ Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898): «[...] but this power of change is limited by the fundamental principles laid down in the Constitution, to which each member of the Union is bound to accede as a condition of its admission as a State».

⁸⁷¹ Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898):

We have no disposition to criticise the many authorities which hold that state statutes restricting the hours of labor are unconstitutional. Indeed, we are not called upon to express an opinion upon this subject. It is sufficient to say of them that they have no application to cases where the legislature had adjudged that a limitation is necessary for the preservation of the health of employees, and there are reasonable grounds for believing that such determination is supported by the facts. The question in each case is whether the legislature has adopted the statute in exercise of a reasonable discretion, or whether its action be a mere excuse for an unjust discrimination, or the oppression or spoliation of a particular class.

⁸⁷² En este sentido, nótese que el Juez Brown afianzó la idea de libertad propuesta por Peckham en Allgeyer. Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 23.

⁸⁷³ Véase, a este respecto, el apartado «A) Slaughterhouse y Munn».

⁸⁷⁴ Fairman, C., *American Constitutional Decisions*... *Op. Cit.*, pp. 305-306.

Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, pp. 122-123.

perfil, se comprende perfectamente cómo la decisión de Brown, a pesar del sentido del fallo, encaja, sin excederse, dentro de los límites de las competencias estatales, y de las nociones de propiedad y libertad, propuestas por Field en los votos particulares a los *Slaughterhouse Cases* y *Munn*, reelaboradas también por Brewer en el caso *Budd*⁸⁷⁵.

E) Conclusiones

Llegados a este punto, como primera reflexión, cabe afirmar que el control de constitucionalidad de las normas se instituye sobre la razonabilidad, como cualidad consustancial de la legislación. A sensu contrario, siguiendo al Juez Bradley, puede observarse que el TS exige que la ley no sea arbitraria, injusta o irrazonable⁸⁷⁶. Por lo que se detecta que el control judicial se asienta sobre unos términos no solo ambiguos, sino muy fácilmente moldeables para ser interpretados, a voluntad, bien de manera restrictiva, bien de forma extensiva.

En síntesis, bien podría decirse que se legitima así una discrecionalidad que, en última instancia, posibilita tanto una decisión, como su contrario, reconduciendo toda la argumentación judicial a una mera cuestión de opinión, de preferencia en la elección de los valores a proteger, observándose asimismo, que la visión, y entendimiento, del Tribunal se encontraban imbuidos por un evolucionismo jurídico hacia la libertad individual y el *laissez-faire* económico⁸⁷⁷, por lo que, de forma natural, la elección iba a caer del lado de la propiedad y de la libertad de contratación.

Precisamente, relacionado con ello, Holmes advertiría, años más tarde, sobre el paso del limitado, y poco pretencioso, reconocimiento a perseguir su propia vocación⁸⁷⁸, al dogma de la libertad de contratación⁸⁷⁹.

En un primer momento, el control constitucional de la política legislativa estatal se llevó a cabo, siempre dentro de la Decimocuarta Enmienda, a través de la cláusula de privilegios e inmunidades (*privileges and immunities*), para, seguidamente, trasladarse a la garantía a un proceso debido que se erigió en auténtico canon de constitucionalidad.

A este respecto, la reinterpretación substantiva de la cláusula del proceso debido, y la consiguiente incorporación de la libertad de contratación, modificaron correlativamente el concepto de «propiedad» protegido constitucionalmente. Verbigracia,

⁸⁷⁵ *Budd v. New York*, 143 U.S. 517 (1892).

⁸⁷⁶ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872), Mr. Justice Bradley, dissenting.

⁸⁷⁷ Corwin, E. S., *Court over Constitution... Op. Cit.*, p. 108.

⁸⁷⁸ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872), Mr. Justice Field, dissenting.

⁸⁷⁹ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes Dissenting.

sirva, a estos efectos, como corolario de este pensamiento, las palabras del Juez Presidente Taft (1921-1930):

No se puede concebir la libertad individual sin asegurar el derecho a la propiedad: la destrucción del derecho a la propiedad es el principio del fin de la libertad individual porque el derecho a la propiedad es el derecho que garantiza al individuo el producto de su trabajo y la propiedad de sus ahorros, la recompensa de su emprendimiento y de su moderación⁸⁸⁰.

Al mismo tiempo, el Tribunal, sin duda afectado por las teorías económicas del momento, amplió la noción de propiedad a una vertiente inmaterial. De esta manera, los intereses intangibles de las empresas, siguiendo a C. Gregory, o las relaciones y oportunidades de mercado, las expectativas de beneficios de los empresarios, de acuerdo a R. Lester⁸⁸¹ entraron dentro del ámbito de protección de la Decimocuarta Enmienda. Apareciendo entonces una nueva acepción de propiedad entendida como un intercambio económico, que alcanzaba las relaciones laborales, surgida de la idea de libertad individual. En suma, el TS proponía una visión mercantil totalizadora de los Estados Unidos, como una única unión económica, constitutiva de un mercado nacional⁸⁸², en el que los productos y las personas pudieran circular libremente a través de las fronteras estatales⁸⁸³. Concretamente, las vías férreas conformaban las autopistas de la nación, por lo que debían permanecer libres de toda injerencia⁸⁸⁴.

Esta construcción jurisprudencial «libertad-propiedad» sería fuertemente criticada al ser considerada como una sutil entelequia jurídica, lo que Holmes denominó «una “precisión ilusoria” en la aplicación de la Decimocuarta Enmienda»⁸⁸⁵. A la vez que la

⁸⁸⁰ Post, R. C., «Mr. Taft becomes Chief Justice», en *University of Cincinnati Law Review* 76, 2008, p. 785:

⁸⁸¹ Según aparecen en Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos... *Op. Cit.*, pp. 121 y 125.

⁸⁸² Fiss, O., «Troubled Beginnings ... *Op. Cit.*, p.194.

⁸⁸³ Un pensamiento que, prácticamente cien años más tarde, reaparece en las decisiones del TJUE, véase, a este respecto, el apartado IV.6 «Una jurisprudencia desproporcionada».

⁸⁸⁴ Fiss, O., «Troubled Beginnings ... *Op. Cit.*, p.194.

You cannot conceive of a government of individual liberty in which the right of property is not secured-the destruction of the right of property is the beginning of the end of individual liberty, because the right of property is that right which secures to the individual the product of his labor and the ownership of his savings, the reward of his industry and self-restraint.

⁸⁸⁵ *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921) en traducción de Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes...* *Op. Cit.*, pp. 162-165:

La precisión ilusoria es una fuente de falacias jurídicas. Al llamar a un negocio "propiedad" se lo asemeja a un terreno, lo que conduce a la conclusión de que una ley no puede recortar sustancialmente las ventajas de esa propiedad existentes antes de la promulgación de dicha ley. Sin duda un negocio establecido puede tener valor pecuniario y comúnmente es protegido por el Derecho frente a una variedad de perjuicios injustificados. Pero no puede acotárselo con precisión como si fuera una cosa.

independencia de dicha construcción era puesta en duda desde el instante en que la idea parecía provenir de las defensas jurídicas de determinados «poderes económicos, (ya) se trat(ase) de las compañías de ferrocarriles o de los primeros *trusts*», para minimizar los efectos de las leyes de control estatal sobre sus negocios⁸⁸⁶.

De este modo, aparecen los primeros pasos hacia una «supremacía judicial» (*judicial supremacy*), un poder separado del ejecutivo y legislativo, pero, al mismo tiempo, por encima de ambos⁸⁸⁷. Con lo que era ya solo cuestión de tiempo que el Tribunal impusiera su escala de valores sobre una nascente legislación laboral, que pretendía realizar el camino contrario al Tribunal, ir del contrato a la norma:

De ahí que les parezca que el respeto constitucional a la cláusula del proceso debido fuese quebrantado por los intentos legislativos para restablecer el estatus y limitar los poderes contractuales de hombres libres decretando que personas, mayores de edad y con plena capacidad, en ciertas profesiones no deben llegar a acuerdos que otras personas podrían libremente alcanzar⁸⁸⁸.

Por consiguiente, el precedente *Allgeyer* y su desmedida interpretación de la libertad de contratación iban a medirse con las incipientes leyes laborales que, al regular dicha materia, interferían con la primera. En suma, la primacía de unos nuevos intereses sociales, dignos de protección por la administración federal y los estados, chocaba con una libertad individual fuertemente arraigada. En particular, la inclusión de la libertad de contratación, dentro de la libertad constitucional protegida, iba a desequilibrar una balanza que, en última instancia, dependía de un juicio de valores a discrecionalidad del Tribunal. Finalmente, el Tribunal decidió otorgar una protección constitucional a un valor ajeno a la misma: la libertad de contratación, generando así un nuevo canon de constitucionalidad para un control legislativo adicional e innecesario. De esta manera, se limitaron las facultades del legislador, y su capacidad para la fijación de los derechos e

⁸⁸⁶ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos*, Oikos-tau, 1971, p. 27.

⁸⁸⁷ Cohen, F. S., «“Government by Judiciary” Review», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*. Yale University Press, 1960, p. 440:

Two more steps were even then necessary, our author suggests, before the modern conception of judicial supremacy was realized; the second was taken in Allgeyer v. Louisiana and Lochner v. New York, when the Court broke free of the restrictions upon its freedom of decision which an historical interpretation of the “due process” clauses had hitherto imposed, and turned those clauses into a meaningless excuse for the nullification of all federal and state legislation of which it disapproved.

⁸⁸⁸ Pound, R., *Interpretations of Legal History...* Op. Cit., p. 63.

Hence it seemed to them that the constitutional requirement of due process of law was violated by legislative attempts to restore status and restrict the contractual powers of free men by enacting that men of full age and sound mind in particular callings should not be able to make agreements which other men might make freely.

intereses a proteger, como una acción libre dentro del marco constitucional, y con legitimidad democrática.

3.2 El caso *Lochner*

Ciertamente, no era de extrañar que el nuevo valor constitucional introducido en el caso *Allgeyer* –la libertad de contratación– recibiera, tarde o temprano, una efectiva protección por parte del Tribunal Supremo, por cuanto en caso contrario, su solemne declaración habría resultado artificial e innecesaria. Con lo que, en última instancia, el Tribunal hubo de valorar la constitucionalidad de la ley laboral del estado de Nueva York de 2 de mayo de 1895, *New York Bakeshop Act*, que fijaba un límite máximo de trabajo de 10 horas diarias o 60 horas semanales en panaderías⁸⁸⁹. Dándose, con esta ley, respuesta a las demandas de los trabajadores del sector que, ya en 1881, habían iniciado una huelga en la ciudad de Nueva York, exigiendo un límite de 12 horas/día, siendo que, además, solían trabajar seis o siete días a la semana⁸⁹⁰.

Sucedía, por otro lado, más allá del grave problema del tiempo de trabajo, los trabajadores percibían un salario muy bajo, que, en 1894, se situaba sobre los 12 USD/semana, siendo contratados por día de trabajo de acuerdo con el «*vampyre system*», que consistía en la llamada de los trabajadores que vagaban por las tabernas⁸⁹¹. Recordándose, además, que se trataba de un trabajo, principalmente, nocturno, lo que explica la reconversión de las tabernas en auténticas oficinas de empleo extraoficiales.

Nótese, también, a este respecto, que las panaderías no respondían a un esquema industrial clásico, sino al de pequeño negocio. De esta manera, en 1899, el 78% del sector empleaba a 4 trabajadores o menos, correspondiéndose, en estos casos, el empleador con la figura del «panadero jefe», que se aproximaba más, en sus condiciones de trabajo y vida, al resto de sus empleados que a cualquier otro comerciante⁸⁹².

Así las cosas, un empresario panadero de Utica, previamente multado por infringir la norma, fue, nuevamente, arrestado e imputado en abril de 1901. Se trataba de Joseph

⁸⁸⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). La sentencia fue ratificada por 5 magistrados frente a 4. Rufus Wheeler Peckham (autor), Melville Weston Fuller, David Josiah Brewer, Henry Billings Brown y Joseph McKenna votaron a favor. Por su parte, John Marshall Harlan (suscrito por Edward Douglass White y William Rufus Day) y Oliver Wendell Holmes redactaron sendos votos particulares.

⁸⁹⁰ Kens, P., *Lochner v. ... Ibid.*, p. 13.

⁸⁹¹ Kens, P., *Lochner v. ... Ibid.*, p. 13.

⁸⁹² Kens, P., *Lochner v. ... Ibid.*, p. 7.

Lochner, quien regentaba una pequeña panadería/pastelería en la ciudad de Utica (NY)⁸⁹³. Lochner había accedido a que un empleado suyo, Aman Schmitter, trabajase más de 60 horas/semana, por lo que fue condenado y multado, en primera instancia, a pagar 50 USD o pasar 50 días en prisión, por la infracción. En realidad, la estrategia de defensa de Joseph Lochner consistió en no defenderse en esta primera instancia y fiarlo todo a una apelación ante el Tribunal Supremo de Nueva York (*Supreme Court of New York*), en la que sumaría un argumento técnico por una posible indefensión. No obstante, el TS de NY pasó por alto el tecnicismo jurídico y centró el debate en la validez de la norma.

A estos efectos, el entonces abogado de Lochner, W. S. Mackie, refirió los argumentos ya referidos en el *Tenement-house Cigar Makers' case*⁸⁹⁴, donde, expresamente, se reconoce la libertad, en su sentido amplio, que implica el derecho de la persona a desarrollar plenamente sus facultades de todas las maneras lícitas posibles (incluyendo trabajar y ganarse la vida con cualquier vocación), y a dedicarse a cualquier comercio o actividad⁸⁹⁵. Mackie alegó, reproduciendo el razonamiento del *Tenement-house Cigar Makers'*, que todas las leyes que menoscaban o trastocan estos derechos, que limitan la elección de un oficio o profesión, constituyen una violación del derecho fundamental a la libertad, que se encuentra bajo protección constitucional⁸⁹⁶. Sin embargo, en esta ocasión, y por un escaso margen de 3 votos a 2, el Tribunal adujo que la ley del estado de Nueva York cuestionada no constituía una prohibición, sino una simple regulación sectorial. Y, desgraciadamente para Lochner, el Tribunal de Apelación de Nueva York (Court of Appeals of the State of New York) confirmó su condena por otro ajustado resultado de 4 votos a 3. En esta ocasión, el Juez Presidente Parker redactó la opinión de la mayoría y, contestando a las acusaciones de paternalismo sobre la norma, afirmó que, al contrario, la misma representaba un legítimo experimento para resolver los problemas modernos⁸⁹⁷.

En ese momento, irrumpió en escena Henry Weismann, quien había estado originariamente vinculado a los movimientos sindicales en panaderías, hasta el punto de ser el editor de la revista de la Journeyman Bakers' Union y exclamar, en mayo de 1895, a raíz de la aprobación del New York Bakeshop Act, que «era el día más memorable en

⁸⁹³ Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American ... Op. Cit.*, p. 313.

⁸⁹⁴ *In re Jacobs*, 98 N.Y. 98 (1885).

⁸⁹⁵ Véase, a este respecto, el apartado III.2.1 «Evolución o revolución».

⁸⁹⁶ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 92.

⁸⁹⁷ Kens, P., *Lochner v. ... Ibid.*, p. 94.

la lucha de los panaderos americanos para mejores y más humanas condiciones»⁸⁹⁸. Si bien podría pensarse, a la vista de los acontecimientos posteriores, que tal vez se excedió en su júbilo. Apenas un mes después, se convirtió en el Secretario General de la organización sindical, ejerciendo durante dos años en el puesto, hasta una dimisión forzada por problemas de dinero. Una vez perdido el poder en la organización sindical adquirió una panadería y, ya convertido en empresario, se vinculó a la Retail Bakers' Association, la patronal del sector y antiguos enemigos del otrora sindicalista. Simultáneamente, decidió colegiarse, para lo que no eran necesarios estudios previos de Derecho, en la época, sino que se precisaban unas prácticas profesionales y, finalmente, la aprobación de un juez. Pues bien, Weismann asumió la defensa de Lochner, impulsado por la Retail Bakers' Association, y una vez denegada la apelación. Siendo su última posibilidad jurídica recurrir ante el Tribunal Supremo, como así procedió.

Pues bien, los términos del debate jurídico se circunscribieron a las posibles razones de protección de la salud de los trabajadores. A propósito de lo cual, nótese que el abogado general del estado de Nueva York, Julius M. Mayer, con un muy reciente nombramiento, priorizó en su momento un caso simultáneo que creyó, equivocadamente, más importante que Lochner⁸⁹⁹. Mayer se limitó a argumentar que los panaderos podían contraer enfermedades dérmicas fácilmente prepagables a los consumidores y que el trabajo principalmente nocturno en panaderías afectaba a la salud de los propios panaderos, al verse privados de la luz solar. Sin embargo, no aportó dato alguno justificativo de la peligrosidad del trabajo excesivo, y nocturno, para la salud de los panaderos, cuando realmente toda la razonabilidad de la norma pendía de esta valoración. Precisamente, la decisión concurrente del Juez Vann a la mayoritaria del Tribunal de Apelación de Nueva York, argumentaba en detalle, y aportando fuentes, este extremo. Sin embargo, Mayer ni enfatizó, ni amplió el razonamiento del Tribunal de apelación, remitiéndose, en una frase, a esta decisión anterior⁹⁰⁰.

Frente al pobre informe del abogado general, el abogado de Joseph Lochner, Henry Weismann, realizó un trabajo minucioso e implicado. De modo que, en el desarrollo de su defensa, iba a escoger el camino de las Ciencias Sociales como medio de

⁸⁹⁸ Kens, P., *Lochner v. ... Ibid*, p. 111.

⁸⁹⁹ Se trataba del Franchise Tax Cases en el que se cuestionaba la validez de una ley impositiva de 1899, para líneas de tranvía, túneles, instalaciones de gas y otros servicios públicos, del Estado de Nueva York, aprobada por el entonces gobernador Theodore Roosevelt, en Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 128.

⁹⁰⁰ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 127.

prueba, algo que parecía vetado a los abogados de empresa. De esta manera, el Weismann acompañó, en su informe ante el Tribunal Supremo, un apéndice en el que incorporaba estadísticas con la tasa de mortalidad, según profesión, y extractos de revistas médicas inglesas, donde se detallaba estándares de salud en panaderías⁹⁰¹. En resumen, argumentaba que el trabajo en panadería no presentaba un especial, ni significativo, daño a la salud pública o de los trabajadores. Finalmente, el Tribunal entendió que los motivos de salud pública y de afección de la salud de los trabajadores no habían quedado probados por Mayer o, si se prefiere, que habían sido desacreditados por Weismann.

Elevada, en estos términos, la cuestión al Tribunal Supremo, el Juez Peckham, encargado de redactar la opinión de la mayoría, afirmó que «no se trataba de sustituir el criterio del legislador por el del Tribunal»⁹⁰². No obstante, era necesario reconocer que existían unos límites constitucionales (*constitutional restraint*) en toda política legislativa, siendo tarea del Tribunal valorarlos. Redujo entonces la problemática a un juicio de razonabilidad respecto a la norma laboral enjuiciada:

¿Es este un ejercicio justo, razonable y adecuado del poder de política legislativa estatal o, se trata de una injerencia irrazonable, innecesaria y arbitraria en el derecho del individuo a su libertad personal o a entablar en aquellos contratos de trabajo lo que le parezca apropiado o necesario para su sustento y el de su familia?⁹⁰³.

De este modo, el juicio de razonabilidad, como técnica de resolución de conflictos, introducido por el Tribunal en el caso *Allgeyer*⁹⁰⁴, reaparecía; afectando esta vez a las normas de naturaleza laboral. Resultando ésta, una característica que el Tribunal se encargó de señalar a lo largo de la sentencia: «La cuestión de si esta ley es válida como ley laboral, pura y simple [...]», «visto a la luz de una ley puramente laboral [...]», «aunque se encuentra dentro de que se denomina una ley laboral del estado [...]».

⁹⁰¹ Woloch, N., *A Class by Herself: Protective Laws for Women Workers, 1890s–1990s*, Princeton University Press, 2015, p. 50.

⁹⁰² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905):

This is not a question of substituting the judgment of the court for that of the legislature. If the act be within the power of the State, it is valid although the judgment of the court might be totally opposed to the enactment of such a law. But the question would still remain: is it within the police power of the State?, and that question must be answered by the court.

⁹⁰³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905):

¿Es este un ejercicio justo, razonable y adecuado del poder de política legislativa estatal o, se trata de una interferencia irrazonable, innecesaria y arbitraria en el derecho del individuo a su libertad personal o a entablar en aquellos contratos de trabajo lo que le parezca apropiado o necesario para el apoyo de él y su familia?

⁹⁰⁴ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

Particularmente a estos efectos, se atribuye al Juez Brewer la autoría intelectual de la concepción laboral recogida en la sentencia⁹⁰⁵, que, básicamente, coincide con las ideas del citado juez sobre el excesivo peso del trabajo sindicado en los Estados Unidos, y el correlativo peligro que generaba sobre los derechos de propiedad, al situar a los propietarios demasiado a merced de los desposeídos. Por todo ello, y dado el mandato vitalicio de los miembros del Tribunal, consideraba que el único baluarte contra ese peligro, y tendencia, era el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁹⁰⁶.

Empero, en esta ocasión, a diferencia de en los casos *Allgeyer* y *Holden*, la carga de la prueba sobre la razonabilidad de la norma pasa, de facto, a quien defiende su constitucionalidad, decayendo la presunción de legalidad de las leyes, que operaba hasta el momento⁹⁰⁷. De tal manera que la validez de la norma queda, a estos efectos, equiparada, y condicionada, a la prueba de su razonabilidad.

En resumen, cabe colegir que, a través de la referida razonabilidad, el Tribunal cuestionaba, real y directamente, la opción y oportunidad de los estados para regular las relaciones laborales. De hecho, la cláusula del proceso debido, a través de la cual se incorpora el juicio de razonabilidad, se identifica, exactamente, con aquello que la mayoría del Tribunal considera razonable⁹⁰⁸. Planteándose, además, la cuestión sin atender a la, tantas veces referida y aplicada, presunción de constitucionalidad de las normas.

Asimismo, repárese en que el caso *Lochner* contradecía también la propia idea de gobierno, y de respeto democrático, que se ponía en tela de juicio desde el momento en los Estados habían optado por implementar esas primeras leyes laborales protectoras. Lamentablemente, el Tribunal no reparó en que la exposición a las mayorías alcanzaba por igual a las de carácter legislativo y a las de naturaleza judicial, resultando el elemento relevante la capacidad de decisión de ambos poderes. Finalmente, el TS equiparó la naturaleza laboral de la norma con la propia intervención del Estado, que constituía, por las características de la ley, una interferencia ilegítima en relaciones laborales libres. De esta manera, se cuestionaba la validez constitucional de toda ley laboral a futuro:

La cuestión de si esta ley es válida como ley laboral, pura y simple, puede ser desestimada en pocas palabras. No hay un fundamento razonable para interferir con la

⁹⁰⁵ Bruce, A. A., « The Illinois Ten-Hour Labor Law for Women », en *Michigan Law Review*, Vol. 8, No. 1, 1909, p. 18.

⁹⁰⁶ Bruce, A. A., « The Illinois ... *Ibid.*, p. 18.

⁹⁰⁷ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 24.

⁹⁰⁸ Fairman, C., *American Constitutional Decisions...* *Op. Cit.*, p. 304.

libertad de persona o el derecho a la libertad de contratación determinando las horas de trabajo en la profesión de panadero. No hay controversia alguna acerca de que los panaderos, como clase, no sean iguales en inteligencia y capacidad a los hombres en otros oficios u ocupaciones manuales, o que son capaces de reivindicar sus derechos y cuidar de sí mismos sin la protección del brazo protector del estado, interfiriendo con su independencia de juicio y de acción⁹⁰⁹.

(...)

Visto a la luz de una ley puramente laboral, sin referencia alguna a la cuestión de la salud, pensamos que una ley como la que tenemos ante nosotros no atañe a la seguridad, moral, o bienestar del público, y que el interés del público no está en el más mínimo grado afectado por tal acto⁹¹⁰.

Por otro lado, al apartar del caso toda la problemática de fondo sobre las normas laborales, la resolución se construye exclusivamente sobre un análisis lógico-formal que reducía la razonabilidad a una cuestión aparente y mecánica. De modo que el razonamiento judicial confronta los hechos (aprobación de una ley laboral) a unos conceptos jurídicos abstractos y vacíos (proceso debido y libertad) para, en una aplicación automática de los mismos (reconocimiento de la libertad de contratación con carácter constitucional), extraer una conclusión de una lógica formal inexorable (aplicación preferente de un derecho constitucional frente a una ley laboral, que salvo motivo razonable debe declararse inconstitucional). Detectándose así, en *Lochner*, un claro exponente de un tipo particular de argumentación, denominada por Pound como «jurisprudencia mecánica» (y sobre el que nos detendremos más adelante)⁹¹¹. En este sentido, tal y como explica Arjona, el razonamiento jurídico era el siguiente:

El principio de libertad de contratación ocupaba su puesto primordial en la tradición jurídica norteamericana. Aunque no se contenía literalmente en la Constitución, se deducía de su Decimocuarta Enmienda, según la cual nadie puede ser privado de su libertad o de su

⁹⁰⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905):

The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract by determining the hours of labor in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgment and of action.

⁹¹⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905): «Viewed in the light of a purely labor law, with no reference whatever to the question of health, we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare of the public, and that the interest of the public is not in the slightest degree affected by such an act».

⁹¹¹ Pound, R., «Mechanical Jurisprudence», en *Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908, p. 607: «Legal systems have their periods in which science degenerates, in which system decays into technicality, in which a scientific jurisprudence becomes a mechanical jurisprudence».

propiedad sin un debido proceso jurídico. Por tanto, nadie, ni siquiera él poder legislativo, podía privar a las partes de su derecho a contratar lo que acordasen sus libres voluntades, aunque ese acuerdo consistiese en que una parte se comprometía a trabajar durante 14 horas diarias a cambio de un salario paupérrimo. Ergo, las leyes limitadoras de esa voluntad eran ilegales y debían declararse inválidas.⁹¹²

Sea como fuere, la decisión final del Tribunal fue que «el propio carácter laboral de la norma» no debía resultar un obstáculo a la libertad de las partes para fijar, libremente y de común acuerdo, el tiempo de trabajo. De forma que la consideración de la norma cuestionada como «estrictamente laboral», un tipo nuevo de leyes sin un acomodo expreso, anticipaba la declaración de su naturaleza como contraria a la tradicional y consolidada libertad de contratación. Según lo resume C. Fairman unificando las partes esenciales de la sentencia, la opinión general viene a decir lo siguiente: «No creemos en el sentido de esta Ley; las normas que limitan tan seriamente la libertad de contratación son meras injerencias oficiales»⁹¹³.

Finalmente, debemos abordar los dos votos particulares de la sentencia. En el primero, redactado por Harlan y al que concurrieron White y Day, se empieza por afirmar que no es objetivo del Tribunal delimitar los contornos del poder legislativo, para, seguidamente, argumentar que este alcanza, cuanto menos, a la protección de la vida, la salud y la seguridad pública. De esta manera, Harlan sostiene, firmemente, que la libertad de contratación puede, dentro de ciertos límites, estar sujeta a regulaciones diseñadas y calculadas para promover el bienestar general o para proteger la salud pública, la moral pública o la seguridad pública⁹¹⁴. Así, verbigracia, el magistrado cita los casos *Allgeyer* y *Holden*, que refuerzan, deliberadamente, su razonamiento, cuestionando, de este modo, las referencias previas a los mismos realizadas por la mayoría. Repárese que este hecho, es decir, la mención expresa de unos mismos precedentes para sostener teorías contrarias, muestra a las claras el amplio, y peligroso, margen de discrecionalidad que poseía el Tribunal.

⁹¹² Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes... Op. Cit.*, pp. 26-27.

⁹¹³ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 315: «We do not believe in the soundness of this law; statutes which seriously limit freedom to contract are mere meddling interferences».

⁹¹⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). *Mr. Justice Harlan, with whom Mr. Justice White and Mr. Justice Day concurred, dissenting:*

I take it to be firmly established that what is called the liberty of contract may, within certain limits, be subjected to regulations designed and calculated to promote the general welfare or to guard the public health, the public morals or the public safety.

Sentado lo anterior, se reconoce la legitimidad, y necesidad, de un control judicial de razonabilidad de la ley, pero incide en dos axiomas a la hora de aplicar el mismo: la presunción de constitucionalidad de las normas, salvo arbitrariedad manifiesta⁹¹⁵, y la vital preservación de los poderes estatales⁹¹⁶. De esta manera, y a la vista de los datos, informes y estadísticas, relativos a los efectos de una jornada de trabajo excesiva sobre la salud, considera razonable la medida.

En relación a la opinión disidente del juez Holmes, parece conveniente, dada su significación histórica, dejarla aquí reproducida, prácticamente de forma íntegra, acudiendo para ello a la precisa traducción al español de Arjona y manteniendo el original en inglés como referencia a pie de página.

Este voto particular se explica por sí mismo, además, ha sido y será retomado a lo largo de la tesis para analizar el pensamiento de Holmes⁹¹⁷. Respecto a esta opinión, afirmaba Roscoe Pound, que el movimiento para ajustar principios y doctrinas a las condiciones humanas, para relegar la lógica a su verdadera posición de herramienta legal y situar el factor humano en una posición central aparece perfectamente reflejado⁹¹⁸. Poco cabe añadir:

Lamento, sinceramente, no poder estar de acuerdo con la decisión de este caso y creo que es mi deber expresar mi disconformidad.

Este caso se ha decidido con base en una teoría económica que una gran parte del país no comparte. Si lo que estuviera en cuestión fuese mi acuerdo con esa teoría desearía estudiarla más a fondo antes de formarme una opinión ero no entiendo que sea ese mi deber, porque creo, firmemente, que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de una mayoría a plasmar sus opiniones en Derecho.

Varias decisiones de este Tribunal han establecido que las constituciones y leyes de los estados pueden regular la vida de muchas maneras que, a nosotros como legisladores, nos

⁹¹⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). *Mr. Justice Harlan, with whom Mr. Justice White and Mr. Justice Day concurred, dissenting:*

Upon this point there is no room for dispute, for the rule is universal that a legislative enactment, Federal or state, is never to be disregarded or held invalid unless it be, beyond question, plainly and palpably in excess of legislative power.

⁹¹⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). *Mr. Justice Harlan, with whom Mr. Justice White and Mr. Justice Day concurred, dissenting:*

The preservation of the just powers of the States is quite as vital as the preservation of the powers of the General Government.

⁹¹⁷ Véase, a este respecto, los apartados III.1.3 A), III.2.1., III.4 y III.5.

⁹¹⁸ Pound, R., «Liberty of contract», en *Yale Law Journal*, Vol. 18,1908-1909, p. 464:

*The sociological movement in jurisprudence, the movement for pragmatism as a philosophy of law, the movement for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to govern rather than to assumed first principles, the movement for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument, has scarcely shown itself as yet in America. Perhaps the dissenting opinion of Mr. Justice Holmes in *Lochner v. New York*, " is the best exposition of it we have.*

podrían parecer tan imprudentes o, si se prefiere, tan tiránicas como esta, y las cuales interfieren igual que está en la libertad de contratación.

Algunas de estas leyes plasman convicciones o prejuicios que los jueces probablemente comparten. Puede que otras no. Pero no es el propósito de una constitución incorporar una teoría económica concreta, ya sea el paternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el Estado o el *laissez faire*. Está hecha para personas con ideas fundamentalmente discrepantes, y el hecho accidental de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e, incluso, chocantes no debería decidir nuestro juicio sobre si las leyes que las expresan entran en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos.

Las proposiciones generales no deciden casos concretos. La decisión dependerá de un criterio o de una intuición más sutil que cualquier premisa mayor formulada. Pero pienso que la proposición que acabo de expresar, si se la acepta, nos llevará lejos en nuestro propósito. Toda opinión tiende a convertirse en una ley.

Creo que la palabra «libertad», tal como consta en la Decimocuarta Enmienda, es tergiversada cuando se la toma para impedir las consecuencias naturales de una opinión dominante, a no ser que pueda afirmarse que una persona sensata y razonable necesariamente reconocería que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como han sido entendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y de nuestro Derecho. No se requiere investigación alguna para demostrar que no puede pronunciarse tan radical condena contra la ley que nos ocupa. Una persona razonable podría considerarla una medida adecuada en pro de la salud. Personas a las que, desde luego, no declararían irrazonables la defenderían como el primer paso hacia una regulación general de las horas de trabajo. Creo que es innecesario discutir si, en este último aspecto, podría acusársela de desigualdad⁹¹⁹.

⁹¹⁹ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del... Op. Cit.*, pp. 78-80.

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). *Mr. Justice Holmes dissenting:*

I regret sincerely that I am unable to agree with the judgment in this case, and that I think it my duty to express my dissent.

This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law. It is settled by various decisions of this court that state constitutions and state laws may regulate life in many ways which we, as legislators, might think as injudicious, or, if you like, as tyrannical, as this, and which, equally with this, interfere with the liberty to contract. Sunday laws and usury laws are ancient examples. A more modern one is the prohibition of lotteries. The liberty of the citizen to do as he likes so long as he does not interfere with the liberty of others to do the same, which has been a shibboleth for some well known writers, is interfered with by school laws, by the Post Office, by every state or municipal institution which takes his money for purposes thought desirable, whether he likes it or not. The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics. The other day, we sustained the Massachusetts vaccination law. Jacobson v. Massachusetts, 197 U. S. 11. United States and state statutes and decisions cutting down the liberty to contract by way of combination are familiar to this court. Northern Securities Co. v. United States, 193 U. S. 197. Two years ago, we upheld the prohibition of sales of stock on margins or for future delivery in the constitution of California. Otis v. Parker, 187 U. S.

4. LA ERA LOCHNER

La interpretación constitucional del derecho al proceso debido, al vincular el fondo y la forma, la materia y el proceso, abría la puerta a cuestionar cualquier intervención del Estado para regular las relaciones entre particulares.

Bajo este paraguas constitucional, una serie de leyes laborales básicas fueron rechazadas y, con ellas, los derechos que se pretendían incorporar al ordenamiento jurídico⁹²⁰.

A esta interpretación extensiva de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, se le sumó la interpretación restrictiva de la cláusula constitucional del comercio interestatal (artículo 1, sección 8, cláusula 3), que recoge las facultades del Estado en esta cuestión. Sin que se pueda desligar una de la otra: la primera marca la expansión de lo privado, confirma al individuo y su libertad como epicentro del sistema; la segunda

606. The decision sustaining an eight hour law for miners is still recent. Holden v. Hardy, 169 U. S. 366. Some of these laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire.

It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.

General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise. But I think that the proposition just stated, if it is accepted, will carry us far toward the end. Every opinion tends to become a law. I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law. It does not need research to show that no such sweeping condemnation can be passed upon the statute before us. A reasonable man might think it a proper measure on the score of health. Men whom I certainly could not pronounce unreasonable would uphold it as a first instalment of a general regulation of the hours of work. Whether in the latter aspect it would be open to the charge of inequality I think it unnecessary to discuss.

⁹²⁰ Eliasoph, I. H., «A "switch in time" for the European community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe»... *Op. Cit.*, p. 473:

Applying the rigid analyses of ends and means established in Lochner, the Supreme Court subsequently struck down scores of federal and state legislative and regulatory acts. While the Courts' "special wrath was reserved for laws that interfered with employer-employee relationships, the doctrine cast into doubt virtually any law that regulated market actors. A menagerie of consumer protection laws and health regulations were struck down, including a state law intended to combat insurance fraud by prohibiting out-of-state insurance companies from conducting business in the state without an authorized in-state agent; a law intended to prevent fraud by use of short weights by requiring standardized weights for loaves of bread; a prohibition on the use of certain bedding materials that were deemed by a state as unsanitary; and a law promoting public health by restricting ownership of new pharmacies to licensed pharmacists.

interpretación supone la restricción de lo colectivo, cerrar una vía de asunción de competencias por parte del Estado federal, que entendía la introducción del colectivismo como una cuestión de elección democrática, de respeto a las mayorías, de cumplimiento de las demandas sociales.

Siendo ambas interpretaciones jurídicas, sostenidas por una cuestionada mayoría del Tribunal Supremo, las que marcan el devenir de Estados Unidos, por su incidencia tanto en la normativa federal y estatal aprobada, durante los 30 años siguientes a la sentencia *Lochner*. De manera que ambas interpretaciones, según sostuvo Frank, se corresponden con una calculada maniobra política, por parte de una minoría conservadora que acabó recurriendo a los tribunales, temerosa de una legislación popular hostil a sus intereses y de un presidente –refiriéndose a Roosevelt– sensible a los deseos populares⁹²¹. Si bien, por su parte, Frankfurter confiaba en que la doctrina *Lochner* terminaría por morir de forma natural⁹²², superada por el tiempo y los casos posteriores. Por más que, ya en 1916, reconocía que se trataba del caso sometido a la mayor crítica profesional hasta entonces⁹²³ y, en 1927, se veía obligado a admitir que la situación era igual a la de 1905, con un Tribunal imponiendo su punto de vista y presunciones sobre la política social⁹²⁴.

4.1 La expansión de lo privado

Tres años después de *Lochner*, aparece el caso *Adair*⁹²⁵, que confirmó el primer caso como un *landmark case* (caso referente) y extendió la doctrina judicial relativa al derecho a un proceso debido, que en aplicación de la Decimocuarta Enmienda alcanzaba exclusivamente a la legislación estatal⁹²⁶, a la legislación federal.

⁹²¹ Frank, J., *Courts on Trial*, Princeton University Press, 1950, p. 314.

⁹²² Tal y como aparece en Feldman, N., *Scorpions*. ... *Op. Cit.*, p. 105.

⁹²³ Frankfurter, F., « Hours of Labor and Realism in Constitutional Law », en *Harvard Law Review*, Vol. 29, n.º 4, 1916, pp. 353-373.

⁹²⁴ Frankfurter, F., *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Harvard University Press, 1938, p. 139.

⁹²⁵ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁹²⁶ Constitución de los Estados Unidos de América, 1787. Decimocuarta Enmienda (9 de julio de 1868), *Op. Cit. Online access*.

Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

Con lo cual, el pronunciamiento de *Adair* iba a retomar el camino abierto en el *Chicago, Burlington case (1897)*⁹²⁷, extendiendo la interpretación de la referida la Quinta Enmienda de la Constitución a las normas laborales de carácter federal.

A) *Adair*⁹²⁸

William Adair, trabajador del ferrocarril, jefe mecánico de la Nashville Railroad Company, despidió a un empleado suyo, O. B. Coppage, fogonero, por ser miembro de una organización laboral.

Valorándose, en el caso *Adair*, la constitucionalidad de varias previsiones de una ley aprobada por el Congreso⁹²⁹, el Erdman Act (1898), pensado para regular y pacificar las disputas laborales del ferrocarril americano. Si bien, a diferencia de *Lochner*, la ley cuestionada presentaba un ámbito federal, por lo que el control constitucional de la libertad de contratación encontraba acomodo en la Quinta, y no en la Decimocuarta, Enmienda.

En particular, el caso *Adair* cuestionaba la Sección 10.^a de dicha norma, en la que se sanciona al empleador que condicione la contratación de trabajadores a su no pertenencia a sindicatos o que empeore las condiciones laborales, discrimine o despida a estos con motivo de su sindicación⁹³⁰. En definitiva, se prohibían los pactos *yellow dog*⁹³¹, mediante los cuales se vinculaba la permanencia en el empleo a la no afiliación sindical.

⁹²⁷ *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

⁹²⁸ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁹²⁹ Act of Congress of June 1, 1898, 30 Stat. 424, c. 370.

⁹³⁰ Act of Congress of June 1, 1898, 10th section:

That any employer subject to the provisions of this act and any officer, agent, or receiver of such employer, who shall require any employee, or any person seeking employment, as a condition of such employment, to enter into an agreement, either written or verbal, not to become or remain a member of any labor corporation, association, or organization; or shall threaten any employee with loss of employment, or shall unjustly discriminate against any employee because of his membership in such a labor corporation, association, or organization; [...] is hereby declared to be guilty of a misdemeanor, and, upon conviction thereof in any court of the United States of competent jurisdiction in the district in which such offense was committed, shall be punished for each offense by a fine of not less than one hundred dollars and not more than one thousand dollars.

Of course, if the parties, by contract, fix the period of service, and prescribe the conditions upon which the contract may be terminated, such contract would control the rights of the parties as between themselves, and, for any violation of those provisions, the party wronged would have his appropriate civil action. And it may be – but upon that point we express no opinion – that, in the case of a labor contract between an employer engaged in interstate commerce and his employee, Congress could make it a crime for either party, without sufficient or just excuse or notice, to disregard the terms of such contract or to refuse to perform it.

⁹³¹ Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, 2012, p. 13:

Fue ponente de la sentencia (seis votos a dos, con un juez ausente) el juez Harlan de carácter conservador y convencido de «la santidad de la propiedad»⁹³²; quien, sin embargo, había redactado un voto particular en *Lochner* cuestionando la actuación del Tribunal, por entender excedidas sus competencias frente a las facultades legislativas del estado de Nueva York. Precisamente a este respecto, Harlan puntualizó entonces que «es indiscutible, ya que se trata de una regla universal, que un acto legislativo nunca podrá ser desatendido o anulado salvo que resulte dictado indiscutible, clara y manifiestamente en un exceso de poder legislativo»⁹³³.

Como precedente inmediato, Harlan recupera el caso *Lochner*; si bien se ve obligado, por actos propios, a reconocer la existencia de una minoría discrepante. A estos efectos, con el fin de salvar la autoridad del precedente, el Tribunal manifiesta que no hay desacuerdo en aceptar como «proposición general» la existencia de una libertad de contratación con dimensión constitucional que, por lo tanto, no podrá limitarse legislativamente de manera irrazonada⁹³⁴. Resultando, a este respecto, deliberado conceptualizar la libertad de contratación como una «proposición general», base legal sobre la que resolver el conflicto, llamada a la unidad del Tribunal y, al mismo tiempo, respuesta airada a la inspirada fase de Holmes en su opinión disidente de *Lochner*: «las proposiciones generales no resuelven casos concretos». Sin embargo, el irreductible Holmes no se convence, y retoma, en su voto particular de Adair, la senda de opiniones iniciada en *Lochner*, que terminará por completar con el caso *Coppage*⁹³⁵. Con lo que se

Of course, if the parties, by contract, fix the period of service, and prescribe the conditions upon which the contract may be terminated, such contract would control the rights of the parties as between themselves, and, for any violation of those provisions, the party wronged would have his appropriate civil action. And it may be – but upon that point we express no opinion – that, in the case of a labor contract between an employer engaged in interstate commerce and his employee, Congress could make it a crime for either party, without sufficient or just excuse or notice, to disregard the terms of such contract or to refuse to perform it.

⁹³² Parece ser que la expresión (decimonónica) servía para designar, de forma despectiva, algo sin valor. Se asoció, en un primer momento, a la imagen de cierto tipo de perros mestizos poco valientes.

⁹³³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905):

*Upon this point there is no room for dispute, for the rule is universal that a legislative enactment, Federal or state, is never to be disregarded or held invalid unless it be, beyond question, plainly and palpably in excess of legislative power. In *Jacobson v. Massachusetts*, supra, we said that the power of the courts to review legislative action in respect of a matter affecting the general welfare exists only "when that which the legislature has done comes within the rule that, if a statute purporting to have been enacted to protect the public health, the public morals or the public safety, has no real or substantial relation to those objects, or is, beyond all question, a plain, palpable invasion of rights secured by the fundamental law.*

⁹³⁴ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁹³⁵ Por su innegable relevancia reproduciremos estos votos particulares en la breve sección dedicada al juez Holmes, «O.W. Holmes, la fe del soldado».

demuestra que la pretendida unidad del Tribunal Supremo, sobre un entendimiento mínimo de la libertad de contratación, resulta más aparente que real.

Bien es cierto que la libertad de contratación consagrada marcaba así el devenir del Derecho Laboral. Y, a estos efectos, la sentencia concluía que «la base sobre la que esta ley concreta se considera inválida no es tanto el que trata sobre materias ajenas al comercio entre los Estados como el que interfiere con los derechos individuales primordialmente protegidos por la Quinta Enmienda»⁹³⁶. Pues bien, parece indiscutible que la voluntad de las partes debía operar en toda su extensión, y en cualquier momento de la relación laboral: antes de contratar, durante el desarrollo del trabajo y a la finalización de este. De ahí que los posibles incumplimientos laborales no debían responder a una naturaleza legislativa, sino meramente contractual.

El contrato regiría las obligaciones de las partes y la ley, materialmente, se limitaría a determinar los efectos de su incumplimiento y, procedimentalmente, a dar un marco de solución de controversias, o de acceso a los Tribunales, en caso de producirse dicho incumplimiento⁹³⁷. Hasta el punto que el Tribunal Supremo desplaza la regulación laboral de la norma al contrato, presentando esta actuación francas similitudes con el actual Derecho europeo. Con lo que este fenómeno, de traslado del centro regulatorio, vacía de contenido material la legislación que queda en una posición de «abstencionismo normativo absoluto»⁹³⁸, como se defiende vehementemente en Adair:

⁹³⁶ Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908). Mr. Justice Holmes dissenting:

The ground on which this particular law is held bad is not so much that it deals with matters remote from commerce among the States, as that it interferes with the paramount individual rights, secured by the Fifth Amendment.

Although there was a difference of opinion in that case among the members of the court as to certain propositions, there was no disagreement as to the general proposition that there is a liberty of contract which cannot be unreasonably interfered with by legislation.

⁹³⁷ Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908):

Of course, if the parties, by contract, fix the period of service, and prescribe the conditions upon which the contract may be terminated, such contract would control the rights of the parties as between themselves, and, for any violation of those provisions, the party wronged would have his appropriate civil action. And it may be – but upon that point we express no opinion – that, in the case of a labor contract between an employer engaged in interstate commerce and his employee, Congress could make it a crime for either party, without sufficient or just excuse or notice, to disregard the terms of such contract or to refuse to perform it.

⁹³⁸ Martín Valverde, A., *Prólogo en Martínez Girón, J., Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, 2012, p. XI.

[...] el empresario y el trabajador tienen igualdad de derechos, y toda legislación que perturbe esa igualdad es una interferencia arbitraria en la libertad de contratar que ningún Gobierno puede justificar jurídicamente en un país libre⁹³⁹.

El razonamiento del Tribunal Supremo parte de la indudable existencia de igualdad entre las partes, empresario-trabajador, que genera la «igualdad en el derecho»⁹⁴⁰, de forma que la reciprocidad de las obligaciones laborales (trabajo por salario, disposición y tiempo de trabajo por ocupación efectiva...) alcanza el propio nexo contractual: la libertad de prestar servicios se proyecta en la libertad de contratar y despedir. Es decir, el derecho que ampara al trabajador a decidir en cada momento a quien presta sus servicios, y la facultad de desistir libremente de estos, debe tener un reflejo en el empresario.

En definitiva, el Tribunal Supremo constitucionaliza en Adair el derecho a despedir. Se trataba hasta ese momento de una facultad reconocida en interpretación de las antiguas normas de Master & Servant —«el máster posee, en cualquier momento, el poder de despedir a su *servant*»⁹⁴¹—, que H. G. Wood incorporó a su tratado laboral de 1877 habiendo sido aplicada por la jurisprudencia menor⁹⁴². No por casualidad, en un alarde de crítica lingüística, Holmes recuperó, en su voto particular, este «lenguaje jurídico deliberadamente arcaizante»⁹⁴³: amo-siervo.

Retomando, precisamente, la opinión disidente de Holmes, el magistrado centró su crítica en la amplia visión mantenida de la Quinta Enmienda, que impedía, en la práctica, cualquier interferencia frente a la libertad de contratación. Recordó entonces que la ley discutida no obligaba, ni prohibía, a los transportistas emplear a nadie, por cualquier razón que fuese considerada adecuada. Además, consideraba la necesidad de regulación del ámbito laboral, donde la idea de selección de personal no era real y resultaba necesario el empleo en masa, en virtud de principios generales sometidos a control, por lo que justificó la constitucionalidad de la norma de la siguiente manera:

⁹³⁹ En traducción de Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español...* Op. Cit., p. 15.

⁹⁴⁰ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908): «In all such particulars, the employer and the employee have equality of right, and any legislation that disturbs that equality is an arbitrary interference with the liberty of contract which no government can legally justify in a free land».

⁹⁴¹ *Champion v. Hartshorne*, 9 Con. 564.- Agreement, 47 (1833). En traducción de Martínez Girón, Jesús: *El despido en el Derecho de los Estados Unidos...* Op. Cit., p. 37.

⁹⁴² Wood, H.G., *A treatise on the law of master and servant: covering the relation, duties and liabilities of employers and employees*. J.D. Parsons, Jr., 1877.

Véase, a este respecto, Martínez Girón, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos...* Op. Cit.

⁹⁴³ Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, 2012, pp. 16-17.

La sección simplemente prohíbe que la parte más poderosa exija ciertas tareas o amenace con el despido o discrimine injustamente a aquellos que ya están empleados. No veo por qué los motivos que pueden causar la terminación de un contrato son menos susceptibles de regulación que otros aspectos.

Estoy bastante de acuerdo en que gente inteligente puede discrepar sobre cuáles y cuántos son los beneficios de los sindicatos. Creo que a veces los trabajadores les atribuyen ventajas, como muchos atribuyen desventajas a los acuerdos del capital, que realmente se deben a condiciones económicas de carácter más amplio y profundo. Pero si el Congreso decidiese que favorecer a un sindicato redundaba en interés, no solo de los trabajadores, sino de los ferrocarriles y del país en general, no podría afirmar que tal cosa carece de justificación⁹⁴⁴.

En palabras del Tribunal Supremo, la libertad de despido representaba en realidad un «un mismo derecho», con dos manifestaciones subjetivas recíprocas en el empresario y en el trabajador⁹⁴⁵. La crítica, y principal problema, como se estudiará más adelante⁹⁴⁶, está en la falsedad de la premisa del razonamiento (la igualdad entre las partes), así como

⁹⁴⁴ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, pp. 82-85.

Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908), MR. JUSTICE HOLMES, dissenting:

[...] The ground on which this particular law is held bad is not so much that it deals with matters remote from commerce among the States, as that it interferes with the paramount individual rights, secured by the Fifth Amendment. The section is, in substance, a very limited interference with freedom of contract, no more. It does not require the carriers to employ anyone. It does not forbid them to refuse to employ anyone, for any reason they deem good, even where the notion of a choice of persons is a fiction and wholesale employment is necessary upon general principles that it might be proper to control. The section simply prohibits the more powerful party to exact certain undertakings, or to threaten dismissal or unjustly discriminate on certain grounds against those already employed. I hardly can suppose that the grounds on which a contract lawfully may be made to end are less open to regulation than other terms. So I turn to the general question whether the employment can be regulated at all. I confess that I think that the right to make contracts at will that has been derived from the word liberty in the amendments has been stretched to its extreme by the decisions; but they agree that sometimes the right may be restrained. Where there is, or generally is believed to be, an important ground of public policy for restraint, the Constitution does not forbid it, whether this court agrees or disagrees with the policy pursued. It cannot be doubted that, to prevent strikes, and, so far as possible, to foster its scheme of arbitration might be deemed by Congress an important point of policy, and I think it impossible to say that Congress might not reasonably think that the provision in question would help a good deal to carry its policy along. But suppose the only effect really were to tend to bring about the complete unionizing of such railroad laborers as Congress can deal with, I think that object alone would justify the act. I quite agree that the question what and how much good labor unions do is one on which intelligent people may differ – I think that laboring men sometimes attribute to them advantages, as many attribute to combinations of capital disadvantages, that really are due to economic conditions of a far wider and deeper kind – but I could not pronounce it unwarranted if Congress should decide that to foster a strong union was for the best interest not only of the men, but of the railroads and the country at large.

⁹⁴⁵ Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908):

⁹⁴⁶ Véase, a este respecto, las conclusiones del apartado v.4 «Poder, coerción y reequilibrio».

en la consecuente falta de distinción jurídica de dos posiciones laborales y situaciones completamente distintas.

Puede, en definitiva, considerarse que la constitucionalización de la libertad de contratación, desde la Decimocuarta a la Quinta Enmienda, da un paso definitivo tras el caso *Adair*, cerrando el círculo iniciado con *Lochner*. Tal y como, en este sentido, concluía Harlan, al señalar que se había producido una invasión ilegal de la libertad personal y de los derechos de propiedad del Sr. *Adair*.

También procede, por último, advertir que esta construcción jurídica del despido libre se extendería todavía más, a través de un camino de vuelta trazado en el caso *Coppage*, donde se reconocería el derecho al despido con un retorno, esta vez, de la Quinta a la Decimocuarta Enmienda.

B) *Muller*

Apenas un mes transcurrido desde el fallo del caso *Adair*, el Tribunal Supremo decidió un caso significativo y de sesgo contrario a *Adair*, en el que se debatía una ley laboral de Oregón: el caso *Muller*⁹⁴⁷. El factor desequilibrante fue, sin duda, un experimentado abogado defensor de Boston, a quien la National Consumers League (NCL) encargó la defensa de dicha ley. Con 51 años, Louis Dembitz Brandeis publicó un breve artículo junto con Samuel Warren titulado «El Derecho a la privacidad»⁹⁴⁸, que revolucionó la concepción jurídica de la intimidad. Tras una práctica exitosa, se dedicaba a defender causas sociales sin prestar excesiva atención a los honorarios. El «abogado del pueblo»⁹⁴⁹ iba a cambiar en el caso *Muller*, por segunda vez, el rumbo del Derecho. No sería la última.

«So the right of the employee to quit the service of the employer, for whatever reason, is the same as the right of the employer, for whatever reason, to dispense with the services of such employee».

⁹⁴⁷ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

⁹⁴⁸ Warren, S. D., Brandeis, L. D., «The Right to Privacy»... *Op. Cit.*, pp. 193-220.

⁹⁴⁹ Un bello trasunto del abogado, definido por el propio Brandeis en un discurso de 4 de mayo de 1905 en la Universidad de Harvard. Ver Brandeis, L. D., *Business—A profession*. Small, Maynard & Company, 1914, p. 321:

It is true that at the present time the lawyer does not hold as high a position with the people as he held seventy-five or indeed fifty years ago; but the reason is not lack of opportunity. It is this: Instead of holding a position of independence, between the wealthy and the people, prepared to curb the excesses of either, able lawyers have, to a large extent, allowed themselves to become adjuncts of great corporations and have neglected the obligation to use their powers for the protection of the people. We hear much of the "corporation lawyer," and far too little of the "people's lawyer." The great opportunity of the American Bar is and will be to stand again as it did in the past, ready to protect also the interests of the people.

El caso Muller cuestionaba la validez de una ley del estado de Oregón aprobada en 1903⁹⁵⁰. Dicha ley limitaba el tiempo trabajo de las mujeres en industrias, fábricas o lavanderías a un máximo de 10 horas diarias (Sección 1.^a). Y establecía, para el empresario que incumpliera con esta obligación, una sanción de entre 10 y 25 dólares (Sección 3.^a). Siendo, en este caso, el Sr. Muller, encargado de la lavandería Grand Laundry en Portland, quien incumplió con dicha norma, al requerir a la trabajadora Sra. Gotcher a prestar servicios durante más de 10 horas.

Fue en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo (el *Informe Brandeis*)⁹⁵¹, en defensa de la Ley de Oregón cuestionada, donde Louis Brandeis introdujo toda una serie de opiniones de expertos (desde médicos a inspectores de trabajo y sanidad), una estadística completa sobre la incidencia del tiempo de trabajo en la salud y la aportación a modo comparativo de la legislación nacional y extranjera de similar naturaleza⁹⁵². Dando como resultado un informe de 113 páginas, en el que solo dos se ocupaban de argumentos legales⁹⁵³, reconociéndose además la validez de Lochner como precedente.

Bien es cierto, a este último respecto, que Brandeis era consciente de que cuestionar directamente la constitucionalidad de Lochner, y su autoridad como precedente, resultaba un todo o nada, que podía poner en riesgo la legislación social existente y el movimiento pro derechos sociales a quien representaba. Por lo que, de esta manera, su estrategia judicial pasó por entreabrir la pequeña puerta que Lochner había concedido a la legislación laboral: los motivos razonables que justifiquen un daño a la salud pública o a la salud de los trabajadores. En esencia, planteaba en su Informe, y resultó ciertamente innovador, que si los jueces iban a aplicar la cláusula del proceso debido desde la razonabilidad, entonces, forzosamente, debían conocer la norma a partir de los hechos, la experiencia y el sentido de necesidad pública que la rodeaba⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ Act of the State of Oregon, February 19, 1903 (Session Laws 1903, p. 148).

⁹⁵¹ Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon, Brief for Defendant in Error... *Op. Cit.*. *Online access*.

Para un análisis detenido, ver Freund, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Little, Brown and Comany, 1950, p. 86 y ss.

⁹⁵² Rosen, P. L., *The Supreme Court and social science*, University of Illinois Press, 1972, p. 97: «The Brandeis brief was to make extralegal data readily available to the Court».

⁹⁵³ Louis Brandeis dividió su Informe en dos partes; Legislación y Experiencia:

«- Part I. Legislation (foreign and American) restricting the hours of labor for women.

- Part II. The world's experience upon which the legislation limiting the hours of labor for women is based».

⁹⁵⁴ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 317.

Asimismo, el hecho de que la Ley de Oregón afectase exclusivamente a las mujeres terminó por dar forma a su estrategia⁹⁵⁵.

Fundamentalmente, porque Brandeis pensaba que una jurisprudencia progresista necesitaba un profundo conocimiento de los hechos, con anterioridad al del Derecho, que siempre actuaría sobre los mismos⁹⁵⁶. De forma tal que la determinación minuciosa, y sistemática, de los hechos implicaba la introducción de técnicas probatorias desconocidas hasta la fecha, que terminarían por desplazar la arbitrariedad del sistema. En última instancia, este enfoque provocaba que el juicio de razonabilidad, introducido en el caso *Allgeyer*⁹⁵⁷ como técnica de resolución de conflictos para confrontar la constitucionalidad de una ley frente a la Decimocuarta Enmienda, quedara sensiblemente constreñido:

Los hechos públicos (y notorios) que pueden ser conocidos por el Tribunal, los presentamos de forma concluyente a estos efectos, demuestran que existe una justificación razonable para sostener que permitir el trabajo de una mujer en Oregón que trabaje en un «establecimiento mecánico, o fábrica, o lavadero» durante más de 10 horas al día es peligroso para su salud, seguridad, moral y bienestar⁹⁵⁸.

Así las cosas, la discrecionalidad judicial, para determinar cuándo una ley constituía una injerencia «irrazonable» a la libertad de contratación, se limitaba por unos hechos objetivos y ajenos a la voluntad del Tribunal. En resumen, Brandeis introducía las ciencias sociales en el Derecho, pretendiendo acabar con interpretaciones honradas, pero estrictamente subjetivas, contrarias a una experiencia general contrastada. Siendo la conclusión de su escrito la siguiente⁹⁵⁹:

Consideramos que, a la vista de los hechos expuestos y de la acción legislativa extendida durante un periodo de más de sesenta años en los países líderes de Europa y en

[Tal y como aparece en Brandeis, Louis D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error»... *Op. Cit.*, p. 10].

⁹⁵⁵ Woloch, N., *A Class by Herself: Protective Laws for Women Workers, 1890s–1990s*. Princeton University Press, 2015, p. 64.

[Tal y como aparece en Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error»... *Op. Cit.*, p. 10]

⁹⁵⁶ Rosen, P. L., *The Supreme Court and social science*... *Op. Cit.*, p. 97: «Brandeis saw no hope for a progressive and enlightened jurisprudence unless the Court could gain a better command of the facts».

⁹⁵⁷ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁹⁵⁸ Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error»... *Op. Cit.*, n. ° 107, Brandeis School of Law, p. 113. *Online access*:

The facts of common knowledge of which the Court may take judicial notice establish, we submit, conclusively, that there is reasonable ground for holding that to permit women in Oregon to work in a “mechanical establishment, or factory, or laundry” more than ten hours in one day is dangerous to the public health, safety, morals, or welfare.

⁹⁵⁹ Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error»... *Op. Cit.*, p. 113:

veinte de nuestros Estados, no se puede concluir que el Legislador de Oregón no tuviera una justificación razonable al considerar que (la protección de) la salud pública, la seguridad o el bienestar requiriesen la limitación legal del tiempo de trabajo de las mujeres en industrias, fábricas o lavanderías a un máximo de 10 horas diarias.

Resultado de todo lo cual fue la victoria legal de Brandeis en el caso Muller. Quedando así de manifiesto, una vez su escrito, y la prueba presentada fueron aceptadas⁹⁶⁰, que la determinación pormenorizada de los hechos llevaba a constreñir fuertemente la discrecionalidad del Tribunal, y a apartarse de los precedentes existentes: «cuando una cuestión fáctica es debatida y debatible, y en la medida en que la propia limitación constitucional va a verse afectada por la verdad de esos hechos, una opinión generalizada y extendida sobre esta cuestión merece consideración»⁹⁶¹.

En cualquier caso, se debe matizar que el Tribunal Supremo reconoció la autoridad del caso Lochner, y su vigencia de futuro, confirmando la estrategia anticipada por Brandeis⁹⁶². A la par que la separación del precedente se realizaba de forma excepcional y motivada. Con lo que, mostrándose así incuestionada la libertad de contratación como derecho constitucional a proteger, el juez Brewer (ponente de la sentencia) dejó claro, desde el principio, que la diferencia de sexos⁹⁶³ iba a resultar el

We submit that in view of the facts above set forth and of legislative action extending over a period of more than sixty years in the leading countries of Europe, and in twenty of our States, it cannot be said that the Legislature of Oregon had no reasonable ground for believing that the public health, safety, or welfare did not require a legal limitation on women's work in manufacturing and mechanical establishments and laundries to ten hours in one day.

⁹⁶⁰ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908):

In patent cases, counsel are apt to open the argument with a discussion of the state of the art. It may not be amiss, in the present case, before examining the constitutional question, to notice the course of legislation, as well as expressions of opinion from other than judicial sources. In the brief filed by Mr. Louis D. Brandeis for the defendant in error is a very copious collection of all these matters, an epitome of which is found in the margin.

⁹⁶¹ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908): «At the same time, when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special constitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long-continued belief concerning it is worthy of consideration».

⁹⁶² Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908):

We held in Lochner v. New York, 198 U. S. 45, that a law providing that no laborer shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week or ten hours in a day was not, as to men, a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary, and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to his labor, and, as such, was in conflict with, and void under, the Federal Constitution. That decision is invoked by plaintiff in error as decisive of the question before us.

⁹⁶³ La ley del estado de Nueva York, en el caso Lochner, no distinguía entre hombre y mujeres, mientras que la ley del estado de Oregón se dirigía exclusivamente a las mujeres trabajadoras.

elemento relevante en la resolución del caso⁹⁶⁴: «Los dos sexos difieren en estructura corporal, en las funciones que cada uno desarrolla, en la cantidad de fuerza física, en la capacidad para realizar trabajos de larga duración [...]. Esta diferencia justifica una diferente legislación [...]»⁹⁶⁵.

Según el relato jurídico, las mujeres, al igual que los menores «pero no hasta el mismo grado», se conformaban como categorías a proteger legalmente, excepcionalmente excluidas del ámbito de aplicación de la libertad de contratación. Recordando, esta categorización jurídica, a la referida encíclica *Rerum Novarum*, que, ya en 1891, diferenciaba la protección laboral de mujeres y niños: «Finalmente, lo que puede hacer y soportar un hombre adulto y robusto no se le puede exigir a una mujer o a un niño»⁹⁶⁶.

A la vista de todo lo cual, bien puede advertirse como, paradójicamente, la doctrina Lochner salió reforzada del caso Muller por la actuación del propio Brandeis, al retomar el primer caso en su Informe y plantear la defensa como una excepción al mismo, restringiendo así los términos justificativos de una intervención legislativa a la protección de la salud pública, la seguridad, la moral o el bienestar⁹⁶⁷. Al igual que también puede observarse aquí, la convicción decimonónica de que «la sociedad y el Estado han de proteger al trabajador, en cuanto ser desvalido y necesitado de tutela»⁹⁶⁸.

Nótese, en definitiva, que la acción legislativa solo tendría sentido cuando probase su incidencia en la mejora de los anteriores campos –salud pública, seguridad, moral o bienestar–, pero no como elemento reequilibrador de las relaciones laborales. El Tribunal

⁹⁶⁴ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908): «That decision (Lochner) is invoked by plaintiff in error as decisive of the question before us. But this assumes that the difference between the sexes does not justify a different rule respecting a restriction of the hours of labor».

⁹⁶⁵ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908):

The two sexes differ in structure of body, in the functions to be performed by each, in the amount of physical strength, in the capacity for long-continued labor, particularly when done standing, the influence of vigorous health upon the future wellbeing of the race, the self-reliance which enables one to assert full rights, and in the capacity to maintain the struggle for subsistence. This difference justifies a difference in legislation, and upholds that which is designed to compensate for some of the burdens which rest upon her.

⁹⁶⁶ León XIII: carta encíclica *Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII*...*Op. Cit. Online access.* Disponible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consultado: 17/02/2018.

⁹⁶⁷ Brandeis, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error»... *Op. Cit.*:

«[...] there is reasonable ground for holding that to permit women in Oregon to work in a "mechanical establishment, or factory, or laundry" more than ten hours in one day is dangerous to the public health, safety, morals, or welfare».

⁹⁶⁸ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en... Op. Cit.*, p. 30.

Supremo separaba formalmente la intervención normativa legítima de la «legislación laboral». Con lo que, al desaparecer del razonamiento judicial la desigualdad en la relación laboral, como elemento justificativo *per se* para una intervención legislativa, el Derecho del Trabajo quedaba así, prácticamente, reducido al contrato, convertido en ley absoluta entre las partes.

C) *McGuire*⁹⁶⁹

En este otro caso, que también aquí se analiza, una de las empresas ferroviarias más poderosas de Estados Unidos, la Chicago, Burlington and Quincy Railroad Company, con una enorme implantación de líneas en todo el medio-oeste americano, demandó a un trabajador que ejercía como guardafrenos de la compañía en Iowa. Se trataba de Charles L. McGuire quien sufrió, en el año 1900, lesiones fruto de la negligencia empresarial y demandó judicialmente su compensación. La empresa fue condenada en primera instancia a indemnizar al trabajador por valor de 2.000 dólares. Una vez confirmado el fallo por el Tribunal Supremo del Estado de Iowa, la compañía ferroviaria decidió acudir al Tribunal Supremo.

La empresa ferroviaria cuestionó entonces la constitucionalidad de la sección § 2071 del Código de Iowa (Code of Iowa), por ser contraria a la Decimocuarta Enmienda y, en particular, a la libertad de contratación recogida. Dado que la referida norma de Iowa, en su modificación de 1898, prohibía la exclusión anticipada de responsabilidad por daños en caso de lesión mediante un contrato anticipado suscrito entre las partes. A este respecto, la Chicago Burlington R. Co. alegó que McGuire había firmado un contrato, con carácter previo a la lesión, en noviembre de 1900, por el que ingresaba dinero en un fondo de ayuda y, fruto de dicho pacto, había recibido una prestación que ascendía a 822 dólares en compensación por el accidente. Con lo que la aceptación de dicho pago por McGuire suponía, al entender de la empresa, la satisfacción íntegra de la demanda de reclamación.

El juez Hughes fue ponente de la sentencia, en la que se recuperó parte de los argumentos del Tribunal Supremo del Estado de Iowa: la ley cuestionada no prohibía el aseguramiento, ni el pacto entre las partes una vez acaecida la lesión. La norma únicamente impedía aquel acuerdo que, realizado con anterioridad a la lesión, supusiera la renuncia anticipada a reclamar por los daños derivados de esta. De manera que, con

⁹⁶⁹ Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

dicha resolución, Hughes consolidó la doctrina del derecho al contrato dentro de la libertad constitucional trazando una línea de precedentes desde *Allgeyer* y *Lochner* hasta *Adair*⁹⁷⁰.

También, al mismo tiempo, el Tribunal reconocía el poder de los Estados para intervenir legislativamente en distintos ámbitos, incluidos los laborales, y restringir la libertad de contratación. Siempre que esa intervención fuera razonable, no arbitraria, y debiendo valorarse jurisprudencialmente, caso por caso.

Así las cosas, bien puede detectarse cómo, en el presente supuesto, el Tribunal recalca que la legislación no cuestiona ni la validez del fondo de ayuda creada, ni la posibilidad de suscribir acuerdos o contratos una vez producida la lesión. Siendo que, únicamente, se prohibía la renuncia anticipada a la reclamación por daños y perjuicios en el supuesto de lesión, lo que parecía razonable al considerar que, de otra forma, ello supondría una exención de responsabilidad empresarial, que operaría como un traspaso de las obligaciones de seguridad y salud de la empresa a sus empleados: «una carga que, en interés de la protección de los trabajadores y de la seguridad pública, (la empresa) debe verse obligada a soportar»⁹⁷¹.

Debiendo finalmente advertirse que el caso contiene una declaración que, a la postre, serviría de base argumental para cuestionar la doctrina *Lochner*:

No hay libertad absoluta para hacer lo que uno quiera o para contratar lo que uno quiera. La garantía de libertad no retira de la supervisión legislativa esa amplia rama de actividad que consiste en la contratación, ni tampoco deniega al gobierno la facultad de proporcionar salvaguardias restrictivas. La libertad implica la ausencia de restricciones arbitrarias, y no de inmunidad frente a reglamentos y prohibiciones razonables impuestas en interés de la comunidad⁹⁷².

⁹⁷⁰ *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549 (1911): «It has been held that the right to make contracts is embraced in the conception of liberty as guaranteed by the Constitution». *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578; *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45; *Adair v. United States*, 208 U. S. 161.

⁹⁷¹ *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549 (1911):

On the one hand, it is said that the relief department is in the control of the corporation; that, by reason of their exigency, the employees may readily be constrained to become members; that the relief fund consists in larger part of contributions made from wages; that the acceptance of benefits takes place at a time when the employee is suffering from the consequences of his injury, and, being seriously in need of aid, he may easily be induced to accept payment from the fund in which, by reason of his contributions, he feels that he is entitled to share, and that such a plan, if were permitted, through the payment of benefits, to result in a discharge of the liability for negligence, would operate to transfer from the corporation to its employees a burden which, in the interest of their protection and the safety of the public, the corporation should be compelled to bear.

⁹⁷² *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549 (1911):

D) *Coppage*⁹⁷³

En 1915, apareció ante el Tribunal Supremo el caso *Coppage*⁹⁷⁴, que retomaba la cuestión de los *yellow dog contracts*, previamente resuelta en *Adair*. En esencia, *Coppage* y *Adair* formaban «una pareja perfecta, casos virtualmente clónicos»⁹⁷⁵. Donde, de nuevo, otra compañía de ferrocarril defendía los *yellow dog contracts*, cuestionando esta vez la constitucionalidad de una ley estatal de Kansas (1903), que prohibía este tipo de prácticas mediante la imposición de sanciones penales. Tan solo varía que, mientras en *Adair* se invocaba la Quinta Enmienda debido al alcance federal de la norma discutida (el *Erdman Act*), en *Coppage* será la Decimocuarta Enmienda (con idéntico contenido trasladado a los Estados) la que determinará el canon constitucional.

Los hechos de los que aquí se parte refieren que el Sr. T. B. *Coppage*, superintendente de la *St. Louis & San Francisco Railway Company* –no confundir con su homónimo del caso *Adair*–, instó a firmar un documento a su empleado, Sr. *Hodges*, mediante el cual este era obligado a abandonar la organización laboral a la que pertenecía. En caso contrario, *Hodges* perdería su puesto de trabajo.

Así las cosas, el Juez *Pitney*, redactor de la sentencia, se limitó a aplicar la doctrina *Adair*, mediante el acomodo de la argumentación ya referida sobre los límites constitucionales de la normativa federal a la estatal:

Salvo que sea revocada, esta decisión [esto es, *Adair*] rige la presente controversia; dado que si al Congreso se le impide la interferencia arbitraria en la libertad de contratar por causa de la disposición sobre el «proceso debido» de la 5 Enmienda, es claro el argumento de que a los estados se les impide una interferencia similar por virtud de la correspondiente

But it was recognized in the cases cited, as in many others, that freedom of contract is a qualified, and not an absolute, right. There is no absolute freedom to do as one wills or to contract as one chooses. The guaranty of liberty does not withdraw from legislative supervision that wide department of activity which consists of the making of contracts, or deny to government the power to provide restrictive safeguards. Liberty implies the absence of arbitrary restraint, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of the community.

⁹⁷³ Ver para más información *Arufe Varela, A.* «El voto particular del Juez *Oliver Wendell Holmes, Jr.*, en el caso *Coppage v. Kansas (1915)*», en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. I, 2009, p. 19.

⁹⁷⁴ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915):

Of course, if the parties, by contract, fix the period of service, and prescribe the conditions upon which the contract may be terminated, such contract would control the rights of the parties as between themselves, and, for any violation of those provisions, the party wronged would have his appropriate civil action. And it may be – but upon that point we express no opinion – that, in the case of a labor contract between an employer engaged in interstate commerce and his employee, Congress could make it a crime for either party, without sufficient or just excuse or notice, to disregard the terms of such contract or to refuse to perform it.

⁹⁷⁵ *Martínez Girón, J.*, *Quince grandes casos de la Corte Suprema de... Op. Cit.*, p. 18-19.

cláusula de la 14 Enmienda; y de ahí, si es inconstitucional que el Congreso prive al empresario de la libertad o propiedad por amenazar al trabajador con la pérdida del empleo, o con discriminarle por causa de su afiliación a un sindicato, que sea inconstitucional que el Estado [federado] castigue de forma similar al empresario por exigir a su trabajador, como condición para asegurar o retener el empleo, acordar que no llegue a ser o que permanezca como afiliado a dicha organización mientras esté así empleado⁹⁷⁶.

Siendo de esta forma como el TS asume, desde su punto de vista, una posición igualitarista, en la que la libertad de contratación no protege al rico ni al poderoso. Por el contrario, el Tribunal entiende que alcanza por igual a todos los ciudadanos⁹⁷⁷, constituyendo la base e inicio de su posible prosperidad:

El principal de estos contratos es el de trabajo personal, por el cual el trabajo y otros servicios son intercambiados por dinero u otras formas de propiedad. Si se deniega este derecho, o se interfiere arbitrariamente en él, se produce un menoscabo sustancial de la libertad en el sentido constitucional establecido desde hace mucho tiempo atrás. El derecho es tan esencial para el trabajador como para el capitalista, para el pobre como para el rico, porque la gran mayoría de las personas no tienen otra manera honesta de empezar a adquirir propiedades, excepto trabajando por dinero⁹⁷⁸.

Precisamente, a modo de sintético resumen sobre la decisión tomada en el caso *Coppage*, Edwar Corwin claramente dejaba de manifiesto que ello suponía «reconocer al empleador el derecho a despedir a un trabajador por pertenecer a un sindicato»⁹⁷⁹.

Por su parte, Holmes volvía a mostrarse en contra de la decisión del Tribunal, ofreciendo una brillante, y breve, pero firme, opinión disidente⁹⁸⁰:

⁹⁷⁶ En traducción de Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*. Netbiblo, 2012, pp. 18-19.

⁹⁷⁷ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 279.

⁹⁷⁸ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915):

Chief among such contracts is that of personal employment, by which labor and other services are exchanged for money or other forms of property. If this right be struck down or arbitrarily interfered with, there is a substantial impairment of liberty in the long established constitutional sense. The right is as essential to the laborer as to the capitalist, to the poor as to the rich, for the vast majority of persons have no other honest way to begin to acquire property save by working for money.

⁹⁷⁹ Corwin, E. S., *Court over Constitution... Op. Cit.*, p. 109: «Decided in 1915, it meant the right of an employer to fire an employee for belonging to a labor union».

⁹⁸⁰ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915). *MR. JUSTICE HOLMES, dissenting*:

I think the judgment should be affirmed. In present conditions, a workman not unnaturally may believe that only by belonging to a union can he secure a contract that shall be fair to him. Holden v. Hardy, 169 U. S. 366, 169 U. S. 397; Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire, 219 U. S. 549, 219 U. S. 570. If that belief, whether right or wrong, may be held by a reasonable man, it seems to me that it may be enforced by law in order to establish the equality of position between the parties in which liberty of contract begins. Whether in the long run it is wise for the workingmen to enact legislation of this sort is not my concern, but I am strongly of opinion that there is nothing in the Constitution of the United States to

En las condiciones actuales, no es extraño que un trabajador piense que solo perteneciendo a un sindicato puede asegurarse un contrato justo (...). Si esa creencia, sea correcta o errónea, puede mantenerla una persona razonable, considero que puede ser impuesta jurídicamente para garantizar la igualdad entre las partes que fundamenta la libertad contractual.

No me incumbe decidir si la promulgación de este tipo de leyes resultará a largo plazo beneficiosa o no para los trabajadores, pero opino firmemente que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos que la impida, y que los fallos en *Adair v. United States* y *Lochner v. New York* deberían ser ignorados. Ya he expresado mis razones en esas sentencias y creo que no es necesario añadir otras adicionales. Véanse a ese respecto *Vegehlahn v. Guntner* y *Plantvs v. Woods*. Todavía mantengo las mismas opiniones que expresé en *Massachusetts*⁹⁸¹.

E) *Bunting*⁹⁸²

El 9 de abril de 1917, con Brandeis formando ya parte del Tribunal Supremo, pero sin poder participar de las sentencias⁹⁸³, se convalidaron dos normas de dicho estado en los casos *Bunting v. Oregón* y *Stettler v. O'Hara*⁹⁸⁴, sin prestar excesiva atención a *Lochner*. En ambos casos, el prof. Felix Frankfurter, que unos años más tarde sería también elegido miembro del Tribunal Supremo, asumió la defensa del estado de Oregón y retomó la técnica probatoria iniciada por Brandeis. De manera también que Frankfurter, al igual que este último, dividió sus escritos⁹⁸⁵ en dos partes: legislación y experiencia. De forma tal que el primer ámbito representaría la experimentación, mientras que el segundo se detendría en los hechos ciertos que recomendaban adoptarla.

Concretamente en el caso *Bunting*, se discutía la Sección 2 de las Leyes Generales del estado de Oregón que, en esencia, limitaba el trabajo industrial a 10 horas al día para

prevent it, and that Adair v. United States, 208 U. S. 161, and Lochner v. New York, 198 U. S. 45, should be overruled. I have stated my grounds in those cases, and think it unnecessary to add others that I think exist. See further Vegehlahn v. Guntner, 167 Mass. 92, 104, 108; Plant v. Woods, 176 Mass. 492, 505. I still entertain the opinions expressed by me in Massachusetts.

⁹⁸¹ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, pp. 118-119.

⁹⁸² *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

⁹⁸³ Brandeis había preparado el primer escrito de defensa del Estado de Oregón en los referidos casos, antes de su nominación por el Presidente Wilson como Juez del TS americano.

⁹⁸⁴ *Stettler v. O'Hara*, 243 U.S. 629 (1917).

⁹⁸⁵ Frankfurter, F., «The case for the shorter work day», en *Brief for Defendant in Error, Counsel for State of Oregon*, October term, University of Toronto, n.º 228, 1915. *Online access*. Disponible en: <https://archive.org/details/caseforshorterwo00franuoft>. Consultado 4/4/2016.

Frankfurter, F., «Oregon Minimum Wage Cases», en *Brief for Defendants in Error upon Re-Argument, Counsel for the Industrial Welfare Commission*, October term, 1916, n.º. 25 and 26, University of Toronto. *Online access*. Disponible en: <https://archive.org/details/oregonminimumwag00fran>. Consultado 4/4/2016.

cualquier trabajador, fuese hombre o mujer, a diferencia de la ley discutida en el caso Muller que afectaba exclusivamente a las mujeres. Donde Bunting, empleador, contraviniendo la anterior norma, ordenó al trabajador Hammersly prestar servicios para la harinera Lake View Flouring Mills durante 13 horas en un día.

En vista de lo cual, son tres las consideraciones que merecen traerse a colación en una sentencia brillantemente redactada por el Juez McKenna. Primeramente, obsérvese, con carácter prioritario, que el magistrado introduce una reflexión sobre la posición que debe ocupar el Tribunal Supremo en el sistema de poderes americano y, sobre todo, de su relación con el legislativo. El Juez recupera, así, su propia argumentación en el caso *Rast v. Van Deman*⁹⁸⁶ y, correlativamente, el importante razonamiento del juez Holmes en *Otis v. Parker*⁹⁸⁷, que se podría considerar cercana a la *judicial restraint*, o cuanto menos contraria a la supremacía judicial⁹⁸⁸, entendida como la posición de control irrestricta del Tribunal Supremo frente a la acción legislativa:

No necesitamos buscar razones para la acción legislativa. No se nos requiere estar seguros de las concretas razones para su puesta en marcha, o estar convencidos de la sensatez de su aplicación. Basta para tomar nuestra decisión que la legislación cuestionada haya sido aprobada en ejercicio de un poder político aceptado [...]. [...] la constitucionalidad de la legislación no debe determinarse por el grado de precisión de sus medidas o de sus acciones. Las nuevas políticas (policies) suelen ser vacilantes en sus inicios, avanzando en firmeza mientras avanzan en aceptación [...]. Puede que el tiempo sea necesario para adaptarlas a los

⁹⁸⁶ *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U.S. 342 (1916): «And it is not required that we should be sure as to the precise reasons for such judgment, or that we should certainly know them or be convinced of the wisdom of the legislation».

⁹⁸⁷ *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903):

While the courts must exercise a judgment of their own, it by no means is true that every law is void which may seem to the judges who pass upon it excessive, unsuited to its ostensible end, or based upon conceptions of morality with which they disagree. Considerable latitude must be allowed for differences of view, as well as for possible peculiar conditions which this Court can know but imperfectly, if at all. Otherwise, a constitution, instead of embodying only relatively fundamental rules of right, as generally understood by all English-speaking communities, would become the partisan of a particular set of ethical or economical opinions, which by no means are held semper ubique et ab omnibus.

⁹⁸⁸ *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U.S. 342 (1916):

Pero hay que precisar que el criterio judicial no debe ser controlado por una política legislativa que defina los derechos fundamentales. Esto es ampliamente aceptado, es la verdadera esencia del derecho constitucional, pero su reconocimiento no implica la supremacía (del criterio judicial) en caso alguno.

[But it may be said that judicial opinion cannot be controlled by legislative opinion of what are fundamental rights. This is freely conceded; it is the very essence of constitutional law, but its recognition does not determine supremacy in any given instance].

usos y circunstancias precedentes, y mientras se explican a sí mismas, bien pasan de la militancia al éxito, bien del cuestionamiento a la revocación⁹⁸⁹.

El segundo aspecto a destacar en el caso *Bunting* es la toma en consideración de los datos y estadísticas facilitados al Tribunal. A este respecto, la razonabilidad de las leyes generales del estado de Oregón discutidas se confronta con las experiencias en países similares y en los propios Estados Unidos, donde la media de trabajo diario es de 9 horas y 45 minutos⁹⁹⁰. Ocurriendo así, por segunda vez, tras el caso *Muller*, que el Tribunal Supremo acepta acercarse al Derecho del Trabajo desde unos hechos que claman por las reformas.

De manera que, tanto la declarada posición igualitaria, y de control respetuoso, del Tribunal Supremo frente al poder legislativo, como la fijación de los hechos sobre la base de experiencias comparada, llevaron a confirmar la constitucionalidad de la Sección 2 de las leyes generales del estado de Oregón. En todo caso, la sentencia no se sustrajo a las opiniones disidentes (pero sin voto particular) de los Jueces White, Van Devanter y McReynolds.

Siendo ya, una última, pero muy pertinente, consideración la que debe realizarse sobre el caso *Bunting*, y atañe, precisamente, a su relación con el caso *Lochner*. Y es que, el Tribunal Supremo no cita como precedente de su sentencia el caso *Lochner*, a pesar de valorarse una ley de similar naturaleza, regulación del tiempo de trabajo máximo, y con una misma afectación (a todos los trabajadores, hombres o mujeres). Además, este hecho

⁹⁸⁹ *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917):

But we need not cast about for reasons for the legislative judgment. We are not required to be sure of the precise reasons for its exercise, or be convinced of the wisdom of its exercise. It is enough for our decision if the legislation under review was passed in the exercise of an admitted power of government, and that it is not as complete as it might be, not as rigid in its prohibitions as it might be, gives, perhaps, evasion too much play, is lighter in its penalties than it might be, is no impeachment of its legality. This may be a blemish, giving opportunity for criticism and difference in characterization, but the constitutional validity of legislation cannot be determined by the degree of exactness of its provisions or remedies. New policies are usually tentative in their beginnings, advance in firmness as they advance in acceptance. They do not at a particular moment of time spring full-perfect in extent or means from the legislative brain. Time may be necessary to fashion them to precedent customs and conditions, and as they justify themselves or otherwise they pass from militancy to triumph or from question to repeal.

⁹⁹⁰ *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

In view of the well known fact that the custom in our industries does not sanction a longer service than ten hours per day, it cannot be held as a matter of law that the legislative requirement is unreasonable or arbitrary as to hours of labor. Statistics show that the average daily working time among workmen in different countries is, in Australia, 8 hours; in Britain, 9; in the United States, 9 3/4; in Denmark, 9 3/4; in Norway, 10; Sweden, France, and Switzerland, 10 1/2; Germany, 10 1/4; Belgium, Italy, and Austria, 11, and in Russia, 12 hours.

resulta particularmente significativo cuando se compara este pronunciamiento con el caso Muller, en el cual, de forma expresa, se explicó la diferencia fáctica que permitía alejarse del precedente, al mismo tiempo que se reafirmaba su autoridad a futuro. Pues bien, en el caso Bunting, el Tribunal Supremo no refiere diferenciación alguna respecto a Lochner, ni tampoco revoca de manera abierta dicha doctrina judicial.

Ahora bien, sí se muestra especialmente revelador cómo la sentencia de Bunting se asemeja al voto particular del Juez Harlan en el caso Lochner. De manera tal que, en ambos textos, partiendo de la salud pública como elemento justificativo para la acción legislativa, «se considera un deber del Tribunal probar que la norma es clara y manifiestamente contraria a la Constitución para declarar su inconstitucionalidad, dejando al Estado que libremente decida sus asuntos nacionales»⁹⁹¹. Por lo que, así las cosas, no es de extrañar que varios jueces integrantes del Tribunal Supremo y autores contemporáneos⁹⁹² entendieran el caso Lochner definitivamente desplazado.

E) *Stettler*⁹⁹³

Por su parte, en el caso Stettler se cuestionaba la actuación de la Comisión para el Bienestar Industrial de Oregón⁹⁹⁴ al fijar, en una serie de normas de carácter laboral, un salario mínimo para las mujeres trabajadoras (8,64 dólares/semana). Frank C. Stettler (empleador) y Elmira Simpson (empleada) habían acordado una retribución más baja (8 dólares/semana) y demandaron a la Comisión y a su presidente, el prelado Edwin Vincent O'Hara.

De nuevo, Frankfurter asumió la defensa, si bien, en su nota introductoria al escrito del caso Settler⁹⁹⁵, expresamente aclaraba que toda la Parte Segunda-Experiencia se había preparado bajo la dirección de Brandeis, hasta su nominación como juez del Tribunal Supremo. El abogado recondujo la cuestión a un análisis actualizado del canon

⁹⁹¹ Clark, L. D., «Recent Supreme Court Decisions and the Labor Contract... *Op. Cit.*, p 686: «[...] it was the duty of the court to sustain the statute if not shown to be plainly and palpably inconsistent with the Federal Constitution, leaving the State alone in the management of its purely domestic affairs, unless violation plainly appears».

⁹⁹² Clark, L. D., «Recent Supreme Court Decisions and the Labor Contract... *Ibid.*: «It is this basis on which the Bunting case was decided by both the Oregon court and the Supreme Court, and it would appear that by the latter action the decision in this case must be taken to have displaced that in the Lochner case as a guide for subordinate and State courts in the future».

⁹⁹³ *Stettler v. O'Hara*, 243 U.S. 629 (1917).

⁹⁹⁴ La Industrial Welfare Commission of the State of Oregon contaba con el Prelado Edwin Vincent O'Hara como presidente desde 1913, motivo por el cual fue demandado en el presente caso.

⁹⁹⁵ Frankfurter, F., *Oregon Minimum Wage Cases...* *Op. Cit.*, p. VII.

de constitucionalidad de Marshall, reactualizando, para ello, los criterios sentados por el Juez en el caso *McCulloch v. Maryland*⁹⁹⁶ a la vida industrial moderna⁹⁹⁷:

*Pero creemos que una sólida interpretación de la Constitución debe permitir al legislador nacional esa discreción, con respecto a los medios por los cuales serán ejecutados los poderes que le confiere esta, que permitirá a ese cuerpo legislativo desempeñar los elevados deberes que le están asignados y en la forma más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, entonces todos los medios que son apropiados, que son simplemente adoptados para ese fin, que no están prohibidos, sino que están de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales.*⁹⁹⁸

Precisamente, a estos efectos, resulta sumamente interesante cómo Frankfurter volvía a situar el problema en una confrontación entre tradición y experimentación⁹⁹⁹. Por más que, finalmente, el Tribunal Supremo, absolutamente dividido¹⁰⁰⁰, confirmase la sentencia recurrida, y con ello, la norma del Estado de Oregón¹⁰⁰¹.

Llegados a este momento, y antes de continuar con el análisis jurisprudencial, conviene detenerse para plantear unas breves valoraciones relativas a estos primeros casos expuestos tras *Lochner*. Como primer corolario, cabe aseverar que, una vez reconocida la naturaleza constitucional de la libertad de contratación, mediante una interpretación muy extensiva de las Quinta y Decimocuarta Enmienda, los casos *Lochner*, *Adair* y *Coppage* ratifican la primacía aplicativa de esta sobre cualquier derecho laboral, de naturaleza legislativa. Con lo cual, el sistema de fuentes, con aplicación del principio de jerarquía normativa, se impone dentro de la lógica formal del Tribunal.

Incluso el caso *Muller* confirma la preferencia general de dicha libertad para, excepcionalmente, limitarla: «Es indudablemente cierto, tal y como se ha reconocido por

⁹⁹⁶ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 (1819).

⁹⁹⁷ Frankfurter, F., *Oregon Minimum Wage Cases... Op. Cit.*, p. A7: «We believe this case reduces itself, simply enough, to an application of Marshall's canon of constitutional construction to the complicated and extensive facts of modern industrial life and, more particularly, to those in Oregon».

⁹⁹⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 (1819):

But we think the sound construction of the Constitution must allow to the national legislature that discretion with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution which will enable that body to perform the high duties assigned to it in the manner most beneficial to the people. Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

⁹⁹⁹ Frankfurter, F., *Oregon Minimum Wage Cases... Op. Cit.*, Part Second.

¹⁰⁰⁰ De hecho, el resultado de la decisión fue un empate, 4 votos a favor y 4 en contra, con Brandeis excluido de la votación por su vinculación con el caso.

¹⁰⁰¹ Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, pp. 319-320.

«Minimum Wage», en *Monthly Labor Review of the U.S. Bureau of Labor Statistics*, 37, 1933, pp. 1344-1345.

el Tribunal más de una vez, que el derecho general a contratar de la empresa forma parte de la libertad individual, protegida por la Decimocuarta Enmienda»¹⁰⁰². Por su parte, los casos *Bunting* y *Stettler* no cuestionaron tampoco la libertad de contratación como valor del sistema. Siendo así que estas tres sentencias, únicamente, aceptaron su modulación justificada ante los hechos expuestos. Mientras que, entretanto, el Derecho del Trabajo permanecía extramuros del ordenamiento jurídico.

Por último, la anterior reflexión nos lleva a anticipar una decepción, a modo de segundo corolario: si bien parecía que tras los casos *Muller*, *Bunting* y *Stettler* una nueva manera de hacer Derecho se aceptaba finalmente, basada en la búsqueda y determinación minuciosa y profunda de unos hechos que dilucidarían la razonabilidad o arbitrariedad de la norma enjuiciada, lo cierto es que ello quedaba todavía muy lejos de la realidad.

F) *Truax*¹⁰⁰³

En el ya referido caso *Truax* se cuestionaba una Ley del estado de Arizona¹⁰⁰⁴, conocida como la *little Clayton Act* de Arizona, que regulaba las *labor injunctions*¹⁰⁰⁵ en situaciones de conflicto laboral, y reconocía la posibilidad de implementar medios de presión pacíficos¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰² *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908): «It is undoubtedly true, as more than once declared by this Court, that the general right to contract in relation to one's business is part of the liberty of the individual, protected by the Fourteenth Amendment to the Federal Constitution».

¹⁰⁰³ *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921).

¹⁰⁰⁴ Revised Statutes of Arizona of 1913,

¹⁰⁰⁵ Martínez Girón, J., *La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana... Op. Cit.*, p. 694: *En los Estados Unidos, en cambio, dichas responsabilidades se actuaron, sobre todo a partir de 1880, mediante el ejercicio de acciones interdictales (injunctions), encaminadas a obtener en pocas horas una orden judicial de paralización de la actividad huelguística; orden que, si desobedecida, suponía la comisión del delito de desacato (contempt of court).*

¹⁰⁰⁶ Paragraph 1464 of the Revised Statutes of Arizona of 1913:

No restraining order or injunction shall be granted by any court of this state, or a judge or the judges thereof, in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving or growing out of a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property or to a property right of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney.

And no such restraining order or injunction shall prohibit any person or persons from terminating any relation of employment, or from ceasing to perform any work or labor, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful means so to do; or from attending at or near a house or place where any person resides or works, or carries on business, or happens to be for the purpose of peacefully obtaining or communicating information, or of peacefully persuading any person, to work or to abstain from working; or from ceasing to patronize or to employ any party to such dispute; or from recommending, advising, or persuading others by peaceful means so to do [...].

Habiéndose iniciado, en abril de 1916, un conflicto laboral entre el propietario del restaurante English Kitchen, en la ciudad de Bisbee (Arizona), William Truax, y los camareros y cocineros; donde, al desatender las demandas de los trabajadores relativas a sus condiciones laborales, estos decidieron iniciar una huelga acompañada de la habitual *picket line*. «Esto es, la hilera de hombres paseando delante, llevando carteles denunciando al público la conducta *unfair* del empresario»¹⁰⁰⁷.

Como consecuencia de estas actuaciones, muchos clientes dejaron de frecuentar el local y los ingresos diarios se redujeron de 156 a 75 dólares. Optando Truax por solicitar el cese inmediato de las medidas de conflicto implementadas. Para lo cual, argumentó que, en caso de continuar, se abocaría al cierre del negocio, y que una futura acción de daños y perjuicios resultaría inane ante la previsible insolvencia de los trabajadores. De modo que la *injunction* resultaba, a su juicio, la única acción posible y adecuada en el presente caso. Y consciente también de que la actuación de los trabajadores encontraba acomodo en la referida norma de Arizona, alegó que dicha ley amparaba una conducta que le privaba de su propiedad sin respetar el proceso debido.

Así las cosas, el juez Taft equiparó la actuación de los trabajadores a la de un competidor rival, recalcando que en ese supuesto «se hubiera podido dictar una *injunction* contra él, pero aquí se garantizaba la inmunidad a una clase mientras se negaba a la otra»¹⁰⁰⁸. Afirmó entonces que el propósito mismo de la Constitución era impedir experimentos con los derechos fundamentales del individuo¹⁰⁰⁹, declarando consiguientemente la inconstitucionalidad no de la ley, sino de la interpretación dada a ley por los Tribunales de Arizona¹⁰¹⁰, al resultar contraria a la Decimocuarta Enmienda.

Frente a la opinión mayoritaria del Tribunal, se vuelve a alzar la voz disidente de Holmes¹⁰¹¹, quien, en una denominación muy crítica, que más tarde reelaborarían los realistas, califica la interpretación de la Decimocuarta Enmienda como

¹⁰⁰⁷ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos... *Op. Cit.*, p. 137.

¹⁰⁰⁸ Arjona Sebastià, César: *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes...* *Op. Cit.*, p. 162.

Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921): «To sustain the distinction here between the ex-employees and other tortfeasors in the matter of remedies against them, it is contended that the legislature may establish a class of such ex-employees for special legislative treatment».

¹⁰⁰⁹ Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921):

Classification like the one with which we are here dealing is said to be the development of the philosophic thought of the world, and is opening the door to legalized experiment. When fundamental rights are thus attempted to be taken away, however, we may well subject such experiment to attentive judgment. The Constitution was intended – its very purpose was – to prevent experimentation with the fundamental rights of the individual.

¹⁰¹⁰ Alonso Olea, M., *La configuración de los Sindicatos...* *Op. Cit.*, p. 138.

¹⁰¹¹ Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921) *Mr. Justice Holmes, dissenting.*

una «precisión ilusoria», a su vez, fuente de falacias jurídicas. Construyéndose, en concreto, la precisión ilusoria sobre una amplia noción de la propiedad que alcanza a los negocios:

Al llamar a un negocio «propiedad» se lo asemeja a un terreno, lo que conduce a la conclusión de que una ley no puede recortar sustancialmente las ventajas de esa propiedad existentes antes de la promulgación de dicha ley. Sin duda un negocio establecido puede tener valor pecuniario y comúnmente es protegido por el Derecho frente a una variedad de perjuicios injustificados. Pero no puede acotárselo con precisión como si fuera una cosa. Se trata de una conducta continuada, y como cualquier otra conducta está sujeta a modificaciones sustanciales en función del tiempo y de las circunstancias que la afectan tanto a ella misma como a los motivos que puedan justificar acciones que la perjudiquen. No entendiéndolo por qué sería inconstitucional autorizar, mediante ley, boicots y actos parecidos en favor de los intereses de empleadores o empleados cuando el mismo resultado se ha alcanzado constitucionalmente, y sin necesidad de leyes, mediante una línea jurisprudencial con la que estoy de acuerdo [...]¹⁰¹².

Por último, Holmes contesta directamente a Taft en lo referente a los «experimentos sociales», legitimando la nueva normativa social, como un mandato de la comunidad, que el del legislador ha encauzado:

Debo añadir una consideración general. No hay nada que lamente más que la utilización de la Decimocuarta Enmienda más allá de la estricta fuerza de sus palabras para evitar la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, como manifiesta en los distintos estados, aunque esos experimentos puedan parecerme a mí y a aquellos cuya opinión más respeto fútiles o incluso nocivos. Estoy de acuerdo con las exposiciones más elaboradas de mis colegas Pitney y Brandeis y con su conclusión de que la sentencia debería ser ratificada¹⁰¹³.

¹⁰¹² Traducción de Arjona en Arjona Sebastia, C., *Los votos... Op. Cit.*, pp. 162-165.

Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921) *Mr. Justice Holmes, dissenting*:

The dangers of a delusive exactness in the application of the Fourteenth Amendment have been adverted to before now. Louisville & Nashville R. Co. v. Barber Asphalt Paving Co., 197 U. S. 430, 197 U. S. 434. Delusive exactness is a source of fallacy throughout the law. By calling a business "property," you make it seem like land, and lead up to the conclusion that a statute cannot substantially cut down the advantages of ownership existing before the statute was passed. An established business no doubt may have pecuniary value and commonly is protected by law against various unjustified injuries. But you cannot give it definiteness of contour by calling it a thing. It is a course of conduct, and, like other conduct, is subject to substantial modification according to time and circumstances both, in itself and in regard to what shall justify doing it a harm. I cannot understand the notion that it would be unconstitutional to authorize boycotts and the like in aid of the employees' or the employers' interest by statute when the same result has been reached constitutionally without statute by courts with whom I agree. See The Hamilton, 207 U. S. 398, 207 U. S. 404. In this case, it does not even appear that the business was not created under the laws, as they now are. Denny v. Bennett, 128 U. S. 489.

¹⁰¹³ Arjona Sebastia, C., *Los votos... Op. Cit.*, pp. 162-165.

G) *Adkins*¹⁰¹⁴

En 1918, el Congreso aprobó una ley reguladora del salario mínimo para mujeres y niños (the Minimum Wage Act) del distrito de Columbia (Washington D. C.)¹⁰¹⁵. Dicha norma proveía la creación de una Junta de tres miembros (compuesta en la medida de lo posible por trabajadores, empresa y público), que se encargaría de implementar las medidas necesarias para llevar a efecto la ley.

En el presente caso, una empresa de mantenimiento de un hospital infantil del distrito de Columbia empleaba a varias mujeres en distintas tareas y trabajos. Todas ellas pactaron libremente un salario que, no obstante, resultaba menor al salario mínimo establecido por una orden de la Junta dictada en cumplimiento de la referida ley. La empresa inicia entonces un proceso judicial, para impedir la ejecución de la orden (*instant suit to restrain the board from enforcing or attempting to enforce its order*) ante los tribunales, por entenderla contraria a la cláusula de un proceso debido, contenida en la Quinta Enmienda.

Finalmente, en 1923, el caso *Adkins* alcanzó el Tribunal Supremo, con la National Consumers League (NCL), y Felix Frankfurter como asesor (*of counsel*)¹⁰¹⁶, defendiendo la constitucionalidad de la ley cuestionada¹⁰¹⁷. A propósito de lo cual, Frankfurter ideó una defensa, a semejanza de los casos *Bunting*¹⁰¹⁸ y *Stettler*¹⁰¹⁹, sobre la base de experiencias comparadas e informes de expertos¹⁰²⁰.

Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921), *Mr. Justice Holmes, dissenting*:

*I must add one general consideration. There is nothing that I more deprecate than the use of the Fourteenth Amendment beyond the absolute compulsion of its words to prevent the making of social experiments that an important part of the community desires, in the insulated chambers afforded by the several states, even though the experiments may seem futile or even noxious to me and to those whose judgment I most respect.*¹⁰¹⁴ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923).

¹⁰¹⁵ The Minimum Wage Act of Sept. 19, 1918, c. 174, 40 Stat. 960.

¹⁰¹⁶ Frankfurter, F., *District of Columbia Minimum Wage Cases*, Brief for Apellants, Of counsel. October term, 1922, n.º 795 and 796. University of Toronto. Disponible en:

<https://archive.org/details/districtofcolumb02franuoft>. Consultado 20/5/2016.

¹⁰¹⁷ Gillman, H., Graber, M. A., Whittington, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, pp. 319-320.

¹⁰¹⁸ *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

¹⁰¹⁹ *Stettler v. O'Hara*, 243 U.S. 629 (1917).

¹⁰²⁰ Lamentablemente, solo Holmes, en su voto particular, atendió a estos argumentos:

El criterio de constitucionalidad no es si noso-tros creemos que la ley favorece el bien común. Ciertamente no podemos estar preparados para ne gar que una persona sensata puede razonablemente creerlo a la vista de la legislación de Gran Bretaña, de Victoria y de unos cuantos Estados de esta Unión. Esa creencia está reforzada por un notable número de documentos presentados en favor de los apelantes, los cuales son pertinentes aquí solo para mostrar que la creencia puede ser mantenida razonablemente. En Australia le fue concedido a un tribunal el poder de fijar un salario mínimo en caso de conflictos laborales que exceden la jurisdicción de un Estado, y su Presidente publicó un interesantísimo informe sobre su operación.

Con lo que el caso Adkins bien podría considerarse como el ejemplo más claro de la elección judicial de una opción moral, el estricto respeto a la libertad individual, por encima de los valores sociales que el legislador entendió merecedores de protección.

Y es que el coste de vida –según refería la sentencia–, y los ingresos necesarios para preservar la salud y la moral, se concretan en una cuestión individual, que deberá resolverse por cada persona, sin atender a «una fórmula general prescrita por una agencia legislativa»¹⁰²¹.

Asimismo, el Juez Sutherland, ponente de la decisión mayoritaria, desechó la apelación de Frankfurter a la moralidad de la norma y los efectos adversos en caso de declararse su inconstitucionalidad. Afirmando el Juez que aquello suficiente para proporcionar el coste de vida necesario de una mujer trabajadora, mantener su buena salud y proteger su moral, no es obviamente una suma exacta e invariable. Y todo ello, dado que la relación entre salario y moral no puede estandarizarse, al descansar la moral sobre otras consideraciones distintas al salario¹⁰²². Por lo que concluye que la clasificación de mujeres trabajadoras frente a mujeres no trabajadoras, u hombres trabajadores, no resultar una distinción razonable y, consecuentemente, la limitación a la libertad de contratación debe inferirse inconstitucional. Además, Sutherland consideró que la norma trasladaba al empresario una carga social, que ignoraba la dinámica de los negocios, y suponía una

Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes, Dissenting. En traducción de Arjona, Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, pp. 175-176.

¹⁰²¹ Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923):

For these reasons, and others which might be stated, the inquiry in respect of the necessary cost of living and of the income necessary to preserve health and morals, presents an individual, and not a composite, question, and must be answered for each individual considered by herself, and not by a general formula prescribed by a statutory bureau.

¹⁰²² Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923):

What is sufficient to supply the necessary cost of living for a woman worker and maintain her in good health and protect her morals is obviously not a precise or unvarying sum – not even approximately so. The amount will depend upon a variety of circumstances: the individual temperament, habits of thrift, care, ability to buy necessaries intelligently, and whether the woman live alone or with her family. To those who practice economy, a given sum will afford comfort, while to those of contrary habit the same sum will be wholly inadequate. The cooperative economics of the family group are not taken into account though they constitute an important consideration in estimating the cost of living, for it is obvious that the individual expense will be less in the case of a member of a family than in the case of one living alone. The relation between earnings and morals is not capable of standardization. It cannot be shown that well paid women safeguard their morals more carefully than those who are poorly paid. Morality rests upon other considerations than wages, and there is, certainly, no such prevalent connection between the two as to justify a broad attempt to adjust the latter with reference to the former. As a means of safeguarding morals the attempted classification in our opinion, is without reasonable basis. No distinction can be made between women who work for others and those who do not; nor is there ground for distinction between women and men, for, certainly, if women require a minimum wage to preserve their morals men require it to preserve their honesty.

restricción arbitraria de la libertad¹⁰²³. Con lo que, a estos efectos, vino a recuperar los precedentes de *Lochner*, *Adair* y *Coppage*.

Adviértase, sin embargo, que la posición mayoritaria iba en contra de los actos propios del Tribunal, al entenderse vigente, a fecha de resolución del caso *Adkins*, la doctrina *Bunting*. Como así lo expuso con brillantez el Juez Taft, señalando que la decisión en *Bunting* había revocado *sub silentio* a *Lochner*¹⁰²⁴, al resultar ambas argumentaciones jurídicamente irreconciliables y dictarse *Bunting* posteriormente en el tiempo¹⁰²⁵. E incluso, a mayor abundamiento, la ley cuestionada en *Bunting* alcanzaba, en su ámbito material, a todo trabajo industrial, por lo que el trabajo en panaderías discutido en *Lochner* debía entenderse también incluido¹⁰²⁶.

También Holmes, en otro excelente voto particular, retomaba este argumento, declarando que no entendía las diferencias en el tratamiento de una regulación que incidía en los salarios (*Adair*), frente a una limitación legal de las horas de trabajo (*Bunting*):

...las distinciones jurídicas son distinciones de grado, pero no hay diferencia alguna en el tipo o grado de interferencia con la libertad, que es lo único que nos concierne, entre un caso y el otro.¹⁰²⁷

Además, destacaba la autoridad del Congreso como fuente originaria de su potestad legislativa:

Cuando tantas personas inteligentes, que han estudiado el asunto más de lo que cualquiera de nosotros puede hacerlo, han considerado que esos medios son efectivos y valen el precio que se paga por ellos, me parece imposible negar que esa creencia puede ser razonablemente mantenida por personas sensatas¹⁰²⁸.

¹⁰²³ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, pp. 170-171.

¹⁰²⁴ Al respecto, y por su parte, Holmes manifestará que pensaba que se había permitido a *Lochner* un merecido descanso, en *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes, Dissenting.

¹⁰²⁵ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), Mr. Chief Justice Taft, Dissenting:
Then followed a number of cases, beginning with Muller v. Oregon, 208 U. S. 412, sustaining the validity of a limit on maximum hours of labor for women, to which I shall hereafter allude, and, following these cases, came Bunting v. Oregon, 243 U. S. 426. In that case, this Court sustained a law limiting the hours of labor of any person, whether man or woman, working in any mill, factory or manufacturing establishment to ten hours a day with a proviso as to further hours to which I shall hereafter advert. The law covered the whole field of industrial employment, and certainly covered the case of persons employed in bakeries. Yet the opinion in the Bunting case does not mention the Lochner case. No one can suggest any constitutional distinction between employment in a bakery and one in any other kind of a manufacturing establishment which should make a limit of hours in the one invalid and the same limit in the other permissible. It is impossible for me to reconcile the Bunting case and the Lochner case, and I have always supposed that the Lochner case was thus overruled sub silent.

¹⁰²⁶ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), Mr. Chief Justice Taft, Dissenting.

¹⁰²⁷ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes, Dissenting. En traducción de Arjona, Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, p. 174.

¹⁰²⁸ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes, Dissenting.

Finalmente, Holmes también denunció abiertamente lo que se había convertido en el «dogma de la libertad de contratación», al resultar contrario a la propia dinámica del Derecho que consiste en prohibir a las personas hacer cosas que desean hacer, siendo que los contratos no están menos sujetos al Derecho que otros actos¹⁰²⁹. En este sentido, se posicionó, expresamente, a favor de la no aplicación de la libertad de contratación en las relaciones laborales¹⁰³⁰.

Por lo tanto, cabe afirmar que el caso Adkins recuperó plenamente la doctrina Lochner, dando lugar a una renovada, y más agresiva, aplicación de esta¹⁰³¹. A este respecto, la NCL a través de su Secretaría General, una combativa Florence Kelley calificó la sentencia como un nuevo caso Dred Scott¹⁰³², uno que otorgaba a las mujeres trabajadoras no cualificadas, ni asociadas, un nuevo derecho de rango constitucional: el derecho a morir de hambre¹⁰³³.

Es más, Adkins muestra perfectamente la tendencia de ciertos tribunales a rechazar argumentos, calificándolos como teorías morales. Según ya indicó Felix Cohen al sostener que ciertos tribunales generalmente se inclinan a identificar como teorías morales aquellas teorías morales que no aceptan; siendo que las teorías con las que

When so many intelligent persons, who have studied the matter more than any of us can, have thought that the means are effective and are worth the price, it seems to me impossible to deny that the belief reasonably may be held by reasonable men. If the law encountered no other objection than that the means bore no relation to the end or that they cost too much, I do not suppose that anyone would venture to say that it was bad.

En traducción de Arjona, Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, p. 172.

¹⁰²⁹ Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes, Dissenting. En traducción de Arjona, Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, p. 173.

¹⁰³⁰ Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923), Mr. Justice Holmes, Dissenting.

If a legislature should adopt what he thinks the doctrine of modern economists of all schools, that "freedom of contract is a misnomer as applied to a contract between an employer and an ordinary individual employee," ibid. 25, I could not pronounce an opinion with which I agree impossible to be entertained by reasonable men. If the same legislature should accept his further opinion that industrial peace was best attained by the device of a Court having the above powers, I should not feel myself able to contradict it, or to deny that the end justified restrictive legislation quite as adequately as beliefs concerning Sunday or exploded theories about usury.

¹⁰³¹ Currie, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The Second Century 1888-1986... Op. Cit.*, pp. 143-146:

When maximum-hour legislation for factory workers was approved in 1917 without so much as a citation to Lochner v. New York, the earlier decision seemed thoroughly discredited (Bunting v. Oregon). When a minimum wage law for District of Columbia women succumbed to a due process assault in Adkins v. Children's Hospital in 1923, however, Lochner formed the cornerstone of Justice Sutherland's opinion.

¹⁰³² Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856). No resulta, en absoluto, una comparación descabellada y nos remitimos a este respecto a lo referido en el apartado II.1. «Entre la libertad y la necesidad».

¹⁰³³ Storrs, Landon R. Y., *Civilizing Capitalism, The National Consumers' League, Women's Activism, and Labor Standards in the New Deal Era*, The University of North Carolina Press, 2003, pp. 48-49.

acordamos las calificamos como hechos, mientras que los hechos que no aceptamos devienen teorías¹⁰³⁴.

En otro orden de cosas, ya para terminar, obsérvese que resulta verdaderamente revelador el dato que aporta Powell, al afirmar que, entre los casos *Bunting* y *Adkins*, múltiples Estados convalidaron distinta legislación regulando salarios mínimos¹⁰³⁵. Dado que, en total, e incluyendo a los miembros del Tribunal Supremo, la estadística confirma que la legalidad de las normas fue declarada por 32 jueces, mientras que, únicamente, nueve se opusieron a la misma.

Por lo que, en definitiva, cabe colegir que el caso *Adkins*, recuperando la discutida doctrina *Lochner*, inclinó la balanza de la razonabilidad jurídica en contra de las nuevas normas sociales y, consecuentemente, acabó por desequilibrar, y herir de muerte, las relaciones laborales.

H) Conclusiones

Queda demostrado, tal y como han señalado varios autores¹⁰³⁶, que la sentencia *Lochner* no inició «un reino de terror para la legislación laboral». En una primera etapa, prolongada hasta el caso *Adkins*, el Tribunal Supremo se mantuvo dividido, momento a partir del cual una mayoría conservadora consolida su poder y decisiones. Siendo entonces cuando se retoma entonces el caso *Lochner* como doctrina relevante, una suerte de *stare decisis* resucitado.

Así las cosas, se ha comprobado que no toda la normativa laboral fue cuestionada y las decisiones sobre su constitucionalidad fueron variando en función de la mayoría, conservadora o liberal, del Tribunal Supremo. Advirtiéndose, no obstante, que, tras *Adkins*, la tendencia del Tribunal es claramente contraria a la legislación laboral; constituyendo un claro ejemplo el poco conocido caso *Ribnik v. McBride*¹⁰³⁷, relativo al control de las agencias de empleo, que Kahn-Freund sitúa al mismo nivel de *Adkins*¹⁰³⁸. Resultando en dicho caso, donde se cuestionó la validez de una ley del Estado de Nueva Jersey que regulaba los importes cobrados por las agencias privadas de colocación, dada

¹⁰³⁴ Cohen, F. S., «Judicial Ethics», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, 1960, p. 169.

¹⁰³⁵ Powell, T. R., «The Judiciality of Minimum-Wage Legislation», en *Harvard Law Review*, March 1924, Vol. 37, n.º 5, pp. 545-573.

¹⁰³⁶ Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court...*, Op. Cit., p. 51.

¹⁰³⁷ *Ribnik v. McBride*, 277 U.S. 350 (1928).

¹⁰³⁸ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law», en *Cambridge Law Journal*, 35 (2), 1976, p. 264.

la existencia de abusos ante la situación de los desempleados. Respecto a lo cual, el TS declaró la inconstitucionalidad de la norma, al equiparar estas agencias a cualquier otro negocio privado¹⁰³⁹. Declaración que, un año después, bien pudiera haber parecido aproximarse a la obscenidad, cuando Estados Unidos se sumergió en la gran depresión, con un número de desempleados nunca antes visto¹⁰⁴⁰.

Ocurre, sin embargo, que la inexistencia de una desregulación completa de las relaciones laborales durante la era Lochner no enerva el hecho de que no se dañaran gravemente las mismas. Estimándose, a este respecto, que 197 leyes (no solo de naturaleza laboral), tanto estatales como federales, fueron declaradas inconstitucionales e invalidadas por el Tribunal Supremo hasta la revocación de la sentencia Lochner en 1937¹⁰⁴¹. Por lo que, a fin de cuentas, la caracterización popular de este periodo de tiempo como era Lochner no resulta desacertado¹⁰⁴².

Más aún, el anterior dato referido deviene especialmente preocupante si se piensa en la cantidad de iniciativa legislativa que pudo acabar aprobándose, pero fue detenida por efecto contagio¹⁰⁴³. Apuntando así Brandeis hacia un efecto negativo, considerablemente más profundo y preocupante, consistente en la pérdida de iniciativa en la experimentación legislativa¹⁰⁴⁴, como consecuencia de la aplicación irrestricta de la cláusula del proceso debido, que sirve como triste, pero luminoso, epílogo a este periodo:

La denegación del derecho a experimentar puede acarrear graves consecuencias para la nación. Uno de los aspectos positivos del sistema federal es que un solo Estado valiente pueda, si así lo desean sus ciudadanos, servir de laboratorio; y probar experimentos sociales y económicos novedosos sin riesgo para el resto del país. Este Tribunal tiene el poder de prevenir un experimento. Podemos invalidar la norma que lo incorpora sobre la base de que, en nuestra opinión, la medida es arbitraria, caprichosa o irrazonable. Tenemos poder para hacerlo, porque la cláusula del proceso debido ha sido declarada por el Tribunal aplicable a las cuestiones de derecho sustantivo, así como a las cuestiones de procedimiento. Sin embargo, en el ejercicio de este enorme poder, debemos estar siempre en guardia para no

¹⁰³⁹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions...* Op. Cit., p. 319.

¹⁰⁴⁰ Véase, a este respecto, el apartado VI.1 «Un new deal».

¹⁰⁴¹ Eliasoph, I. H., «A "switch in time" for the european community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe»... Op. Cit., p. 473.

¹⁰⁴² Véase a este respecto la definición dada en Eliasoph, I. H., «A "switch in time" for the european community... Ibid., p. 471:

The «Lochner era» refers to the period spanning from the late 1890s until 1937 in which the Supreme Court developed and applied doctrines that insulated the market place from constraints imposed by legislatures or collective action. Substantive due process, the subject of the Lochner case itself, was only one such doctrine.

¹⁰⁴³ Fairman, C., *American Constitutional Decisions...* Op. Cit., p. 319.

¹⁰⁴⁴ Véase, a este respecto, el apartado III.2.3 «La libertad perdida».

erigir nuestros prejuicios en principios jurídicos. Si queremos guiarnos por la luz de la razón, debemos dejar que nuestras mentes sean audaces¹⁰⁴⁵.

4.2 La restricción de lo colectivo

La interpretación de la cláusula del comercio interestatal, utilizada como canon de constitucionalidad, sirvió a unos mismos fines que la Decimocuarta Enmienda, pues, tal y como sugiere Kahn-Freund, ambas doctrinas aparecen íntimamente conectadas¹⁰⁴⁶. De hecho, se vislumbra una misma visión económica por parte del Tribunal Supremo, que completa, de esta manera, el alcance del control constitucional de las leyes federales, junto al ejercido a través de la Quinta Enmienda.

Precisamente, la competencia del Congreso a la hora de regular estas materias se incardina dentro de la cláusula del comercio interestatal de la Constitución Americana¹⁰⁴⁷: «[El Congreso tendrá facultad] [...] para reglamentar el comercio [...] entre los diferentes Estados y con las tribus indias». Consecuentemente, los Tribunales federales se atribuirán jurisdicción sobre estos ámbitos, y el TS americano, el control último de estas cuestiones. La duda resultante radica en determinar si el comercio interestatal presenta un alcance laboral, que permitiría entonces regular las relaciones laborales, y, en tal caso, el sentido restrictivo o expansivo del control judicial.

A) *Adair*¹⁰⁴⁸

En un primer momento posterior a *Lochner*, merece detenerse, de nuevo, en el caso *Adair*. Esta vez para analizarlo desde la perspectiva del comercio interestatal.

Así, el Juez Harlan comenzaba la sentencia señalando que el caso ponía en tela de juicio determinadas disposiciones del Erdman Act¹⁰⁴⁹ relativas a transportistas, que desarrollan sus servicios dentro del ámbito del comercio interestatal y a sus trabajadores.

La importancia de la interpretación del término «comercio» como medio para limitar la intervención federal a nivel legislativo resultaba la clave de un caso, donde Harlan despachó rápido el problema criticando, en primer lugar, que el Congreso propiciara una legislación «de clase», favoreciendo la protección de un grupo concreto de

¹⁰⁴⁵ *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), Mr. Justice Brandeis, dissenting.

¹⁰⁴⁶ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law»..., *Op. Cit.*, p. 265.

¹⁰⁴⁷ Constitución de los Estados Unidos de América, 1787. Artículo 1, 8ª Sección, 3ª Cláusula. *Op. Cit.*

¹⁰⁴⁸ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908). A fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo ya referido en el apartado anterior «La expansión de lo privado» en relación al caso *Adair*.

¹⁰⁴⁹ Act of Congress of June 1, 1898, 30 Stat. 424, c. 370

trabajadores, los sindicatos, frente al resto de trabajadores por cuenta ajena. Para seguidamente afirmar que, regular una cuestión estrictamente laboral dentro del comercio interestatal, excedía los poderes del Congreso, y que, para aceptar la competencia federal en esta materia, debía existir una relación directa con el comercio interestatal. En resumidas cuentas, debía producirse una conexión real o sustancial con el comercio regulado.

Sin embargo, a criterio de Harlan, las organizaciones laborales no tienen, «en sí mismas, ni a ojos de la ley, una repercusión directa en el comercio». Al contrario, su objetivo queda limitado a la defensa de los intereses de los trabajadores, y a la mejora de sus condiciones de vida; finalidad ajena a la regulación comercial¹⁰⁵⁰. Por todo ello, concluye que no puede sostenerse una conexión entre el comercio interestatal y la pertenencia a un sindicato; de tal forma que permita al Congreso prohibir el despido de un trabajador por motivo de su sindicación.

Frente a esta posición, se alza el voto particular de Holmes, que considera constitucional la ley discutida, y a la sindicación como una materia que entra dentro del comercio interestatal:

Como todos sabemos, existen sindicatos específicos para trabajadores empleados al servicio de empresas de transportes. Tales sindicatos ejercen una influencia directa sobre el empleo de mano de obra en ese negocio, sobre los términos de dicho empleo y sobre el negocio mismo. Su propia existencia está específicamente dirigida al negocio, y su conexión con el mismo es cuando

¹⁰⁵⁰ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908):

The decision on this point was placed on the ground that a rule of that character would have direct reference to the conduct of interstate commerce, and would, therefore, be within the competency of Congress to establish for commerce among the States, but not as to commerce completely internal to a State. Manifestly, any rule prescribed for the conduct of interstate commerce, in order to be within the competency of Congress under its power to regulate commerce among the States, must have some real or substantial relation to or connection with the commerce regulated. But what possible legal or logical connection is there between an employee's membership in a labor organization and the carrying on of interstate commerce? Such relation to a labor organization cannot have, in itself, and in the eye of the law, any bearing upon the commerce with which the employee is connected by his labor and services. Labor associations, we assume, are organized for the general purpose of improving or bettering the conditions and conserving the interests of its members as wage-earners – an object entirely legitimate and to be commended, rather than condemned. But surely those associations, as labor organizations, have nothing to do with interstate commerce as such. One who engages in the service of an interstate carrier will, it must be assumed, faithfully perform his duty, whether he be a member or not a member of a labor organization. His fitness for the position in which he labors and his diligence in the discharge of his duties cannot, in law or sound reason, depend in any degree upon his being or not being a member of a labor organization. It cannot be assumed that his fitness is assured, or his diligence increased, by such membership, or that he is less fit or less diligent because of his not being a member of such an organization. It is the employee as a man, and not as a member of a labor organization, who labors in the service of an interstate carrier.

menos tan estrecha e importante [...] como la responsabilidad del empleador en relación con el empleado, materia sobre la que se admite que el Congreso puede legislar en la medida en que concierna al comercio entre los estados. Supongo que difícilmente se negará que algunas de las normas de las empresas ferroviarias que afectan a los sindicatos a los que pertenecen sus trabajadores están tan estrechamente relacionadas con ese comercio como para justificar que el Congreso legisle. En tal caso, la legislación para impedir la discriminación que sufren sus trabajadores afiliados a dichos sindicatos a la hora de ser contratados cae dentro de ese ámbito¹⁰⁵¹.

B) *Loewe*¹⁰⁵²

Con posterioridad a *Adair*, resulta digno de consideración el ya referido caso *Loewe*, también conocido como el *Danbury Hatters Case*.

Formalmente, se caracteriza por una interpretación extensiva, y disruptiva, de la Ley *anti-trust* existente (*Sherman Anti-Trust Act*¹⁰⁵³), al alcanzar las relaciones laborales, superando, de este modo, los precedentes jurídicos y los ámbitos de aplicación originariamente pensados para la mismas. Al extender la *Sherman Act* a las relaciones de trabajo, el Tribunal asumía una interpretación con un marcado carácter político-económico, de forma similar a como había actuado en *Lochner*.

A este respecto, adviértase que, a pesar de notables victorias frente a los monopolios¹⁰⁵⁴, al finalizar la primera década del s. XX, la sensación pública respecto a la *Sherman Act* era de fracaso¹⁰⁵⁵. En particular, se denunciaba que la interpretación jurisprudencial dada se aplicaba estrictamente al comercio, dejando fuera las actividades productivas, tales como la industria, la agricultura y las minas, que escapaban al control

¹⁰⁵¹ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del Juez... Op. Cit.*, pp. 82-85.

Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908). MR. JUSTICE HOLMES, dissenting:

I also think that the statute is constitutional, and, but for the decision of my brethren, I should have felt pretty clear about it.

As we all know, there are special labor unions of men engaged in the service of carriers. These unions exercise a direct influence upon the employment of labor in that business, upon the terms of such employment and upon the business itself. Their very existence is directed specifically to the business, and their connection with it is at least as intimate and important as that of safety couplers, and, I should think, as the liability of master to servant, matters which, it is admitted, Congress might regulate, so far as they concern commerce among the States. I suppose that it hardly would be denied that some of the relations of railroads with unions of railroad employees are closely enough connected with commerce to justify legislation by Congress. If so, legislation to prevent the exclusion of such unions from employment is sufficiently near.

¹⁰⁵² *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908).

¹⁰⁵³ *Sherman Act*, 26 Stat. 209.

¹⁰⁵⁴ Véase, a este respecto, el apartado v.1 «En defensa de *Lochner*».

¹⁰⁵⁵ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 128.

judicial, justamente «los sectores controlados por los grandes *trusts* que el Congreso había querido regular»¹⁰⁵⁶.

Precisamente, este aspecto ha sido el más criticado de la decisión en *Loewe*, ya que la *Sherman Act* fue aprobada como consecuencia de la necesidad generalizada de control sobre los fondos financieros y los monopolios empresariales. Un sentimiento compartido por todo el país, hasta el punto de que los dos grandes partidos prometieron, en la campaña presidencial de 1888, la aprobación de leyes antimonopolio; siendo posteriormente ratificada la *Sherman Act*, en 1890, con un solo voto en contra en el Senado (51 votos a favor), y unánimemente en el Congreso (242 votos).

En el caso *Loewe*, el sindicato (*United Hatters of America*) había emprendido una campaña de afiliación general en el sector de fabricación de sombreros; con la finalidad de «unionizar» a todas las empresas dedicadas a esta especial producción, igualando al alza los salarios (y también el precio final del producto), al hacer desaparecer el *union wage differential*, entre empresas sindicadas y no sindicadas¹⁰⁵⁷.

Cumpliendo con el objetivo impuesto, los sindicalistas afiliaron a la mayoría de los trabajadores de la empresa *Loewe & Co.* y solicitaron el reconocimiento del sindicato como interlocutor colectivo. Ante la negativa de la empresa, se inició una huelga que derivó en un boicot general auspiciado por la *American Federation of Labor (AFL)*. La Federación ordenó que todo trabajador sindicado prescindiese de comprar los sombreros de *Loewe*, con la consiguiente, y muy significativa, reducción de ventas en la empresa¹⁰⁵⁸.

Así las cosas, la empresa demandó al sindicato por vulnerar la *Sherman Act*, reclamando una indemnización de daños y perjuicios. Llegado el supuesto ante el Tribunal de Apelación (*Circuit Court of Appeals, Second Circuit*), este preguntó al Tribunal Supremo si se podía considerar al sindicato *Hatters Union* como un monopolio y la huelga convocada como una «conspiración para restringir el comercio» (*conspiracies in restraint of trade*). El Tribunal Supremo confirmó esta posición por unanimidad, declarando que una huelga, o boicot, que interfiriese con el traslado de mercancía entre Estados, afectaba al comercio interestatal, resultando por ello competentes los tribunales federales para su control. Seguidamente, determinó que el concepto *association*, incorporado a la *Sherman Act*, alcanzaba también a los sindicatos, concluyendo que las

¹⁰⁵⁶ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos... Op. Cit.*, p. 29.

¹⁰⁵⁷ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 128.

¹⁰⁵⁸ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Ibid.*, p. 129.

medidas de huelga o boicot contra una empresa vulneran la referida norma, en tanto en cuanto suponen una conspiración restrictiva de la producción¹⁰⁵⁹. En otras palabras, el Tribunal prohíbe la huelga por su propia naturaleza y finalidad, consistente en interferir en el normal desarrollo de la producción.

El Tribunal posibilitó entonces a la empresa Loewe & Co perseguir dicha conducta sindical en aplicación de la Sherman Act. Una vez amparada la acción de la empresa, se celebró un nuevo juicio en el que dos abogados de la Asociación americana antiboicot, Walter Merritt y Daniel Davenport, asumieron la defensa de la empresa. Merritt, a la sazón, explicó al jurado que no se trataba de ningún conflicto entre un patrón y sus trabajadores, sino de la aplicación de un principio fundamental a la libertad individual, concretado en el derecho a desarrollar libremente un negocio¹⁰⁶⁰:

En estos momentos, señores del jurado, tratamos con los principios más vitales, principios que de alguna manera involucran los problemas más preocupantes que conciernen a este país hoy en día, el principio de la libertad individual... Pero no organizarán a los hombres contra mí para arruinar mi negocio. Tengo derecho a dirigir este negocio y usted no tiene derecho a destruirlo.

Finalmente, el sindicato fue condenado a abonar 220.000 USD, en concepto de daños y perjuicios, y aunque ganó la apelación, volvió a perder el nuevo juicio que, unos años más tarde, acabaría dirimiéndose, de nuevo, ante el Tribunal Supremo¹⁰⁶¹.

La respuesta del gobierno federal a esta línea jurisprudencial fue contundente. El Congreso de los Estados Unidos aprobó en 1914 la Clayton Act¹⁰⁶², que regulaba y autorizaba, en los propios términos legales, a llevar a cabo pacíficamente boicot, piquetes y huelgas. Así pues, surgió una suerte de Bill of Rights de naturaleza laboral, que incorporó derechos laborales básicos al ordenamiento jurídico americano. Sin embargo, ni la claridad de la norma, ni su jerarquía, son impedimento para continuar declarando

¹⁰⁵⁹ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Ibid.*, p. 129:

El término association empleado por la sección 8 de la Sherman Act comprendía a los Sindicatos.

La actividad sindical promoviendo un boicot o una huelga contra una determinada empresa o contra sus productos, constituía una conspiración restrictiva de la producción de las previstas por la ley.

Una huelga de naturaleza local, en cuanto impedía el traslado de mercancías del Estado en que se producían a otros Estados, afectaba al comercio entre ambos Estados, y por ello mismo atribuía jurisdicción a los Tribunales federales para conocer en tales casos.

¹⁰⁶⁰ Merritt, W. G., «Summation for the plaintiffs in the Danbury Hatters Cases»... *Op. Cit.*, pp. 525-526:

Now, gentlemen of the jury, we are dealing with the most vital principles; principles which in a way involve the greatest problems that concerns this country today, the principle of individual liberty... But you shall not organize men against me to ruin my business. I have a right to conduct that business and you have no right to destroy it.

¹⁰⁶¹ *Lawlor v. Loewe*, 235 U.S. 522 (1915).

¹⁰⁶² Clayton Antitrust Act, October 15 1914, 38 Stat. 730.

inconstitucionales ciertas acciones laborales amparadas por esta. A estos efectos, resulta significativo, y sirve como apropiado ejemplo de la reluctancia del Tribunal, el caso a continuación referido¹⁰⁶³.

C) *Duplex Printing Company*

En 1921, la empresa Duplex Printing Company¹⁰⁶⁴ era la última, de entre los grandes fabricantes de máquinas de imprimir, que se mantenía como no sindicada. Consecuentemente, se beneficiaba de unos salarios más bajos, y otras condiciones de trabajo (principalmente, jornada), que abarataban sus costes de producción, situándola en una mejor posición frente a sus competidores sindicados, quienes decidieron, entonces, presionar a los sindicatos para que «unionizaran» Duplex. Sin embargo, la empresa se negó, y la reacción sindical fue convocar una huelga que derivó en un boicot generalizado. De tal manera que los miembros de otros sindicatos se negaron a instalar y transportar la maquinaria producida por la compañía y amenazaron, además, con la huelga, a aquellas empresas que para lo sucesivo la utilizaran¹⁰⁶⁵.

Ante esta situación, la empresa requirió el cese inmediato del boicot, mediante la correspondiente *injunction*, llegando el asunto ante el Tribunal Supremo. En

¹⁰⁶³ A este respecto, con carácter previo, resulta también relevante referir brevemente el caso *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

En este supuesto, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional el Keating-Owen Act. Se trataba de una Ley del Congreso de 1916 que regulaba el trabajo infantil a través de la restricción del transporte interestatal de objetos fabricados, mediante el empleo de menores de 14 años o menores de 16 años que trabajaban en nocturnidad o más de 48 horas por semana. El Tribunal consideró que dicha ley excedía la capacidad del Gobierno Federal para regular el comercio interestatal e invade una competencia propia, y exclusiva, de los estados:

The grant of power to Congress over the subject of interstate commerce was to enable it to regulate such commerce, and not to give it authority to control the States in their exercise of the police power over local trade and manufacture.

The grant of authority over a purely federal matter was not intended to destroy the local power always existing and carefully reserved to the States in the Tenth Amendment to the Constitution.

No obstante, tras este argumento formal se esconde toda una filosofía económica que el tribunal expresa en duros términos, al calificar la actuación del gobierno federal como «constitucionalmente repugnante» y declarar que «la libertad de comercio podría llegar a su fin»:

Thus, the act in a two-fold sense is repugnant to the Constitution. It not only transcends the authority delegated to Congress over commerce, but also exerts a power as to a purely local matter to which the federal authority does not extend. The far-reaching result of upholding the act cannot be more plainly indicated than by pointing out that, if Congress can thus regulate matters entrusted to local authority by prohibition of the movement of commodities in interstate commerce, all freedom of commerce will be at an end, and the power of the States over local matters may be eliminated, and, thus, our system of government be practically destroyed.

¹⁰⁶⁴ *Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 254 U.S. 443 (1921).

¹⁰⁶⁵ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 134-135.

ese momento, el Tribunal optó por recuperar la doctrina preexistente, relativa a las restricciones del comercio interestatal, y la función de la *injunction*, en aplicación de la Sherman Act, que entendía modificada, pero vigente, por no resultar contradictoria con la Clayton Act¹⁰⁶⁶. No obstante, el Tribunal se veía obligado a reconocer la literalidad de la sección 20 de la Clayton Act, que prohibía expresamente las *injunctions* laborales, esto es, las concernientes a las disputas entre empleador-trabajador. Siendo así que, para mantener la validez de la *injunction*, el Tribunal declaró que la finalidad prohibitiva de la norma se limitaba a los conflictos particulares, imponiéndose únicamente sobre las partes «directa y sustancialmente» afectadas¹⁰⁶⁷, es decir, a la empresa y sus trabajadores¹⁰⁶⁸. Con lo que, de esta forma, el TS autorizaba aquellas *injunctions* laborales destinadas a refrenar un conflicto que sobrepasase el estricto ámbito empresarial.

Frente a esta resolución, Brandeis elaboró un voto particular, con el que Holmes y Clarke concurrieron, en el que recordaba que el poder legislativo había, expresamente, modificado las decisiones judiciales previas. De esta suerte, con la Ley Clayton, se reconocía que las relaciones entre los empleadores y los trabajadores eran competitivas, que la competencia organizada no resultaba perjudicial, y que la misma competencia justificaba las lesiones que, necesariamente, se infligían durante su desarrollo¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U.S. 443 (1921):

That complainant's business of manufacturing printing presses and disposing of them in commerce is a property right, entitled to protection against unlawful injury or interference; that unrestrained access to the channels of interstate commerce is necessary for the successful conduct of the business; that a widespread combination exists, to which defendants and the associations represented by them are parties, to hinder and obstruct complainant's interstate trade and commerce by the means that have been indicated; and that, as a result of it, complainant has sustained substantial damage to its interstate trade, and is threatened with further and irreparable loss and damage in the future – is proved by clear and undisputed evidence. Hence, the right to an injunction is clear if the threatened loss is due to a violation of the Sherman Act as amended by the Clayton Act.

¹⁰⁶⁷ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 135.

¹⁰⁶⁸ Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U.S. 443 (1921):

Full and fair effect will be given to every word if the exceptional privilege be confined – as the natural meaning of the words confines it – to those who are proximately and substantially concerned as parties to an actual dispute respecting the terms or conditions of their own employment, past, present, or prospective. The extensive construction adopted by the majority of the court below virtually ignores the effect of the qualifying words. Congress had in mind particular industrial controversies, not a general class war. "Terms or conditions of employment" are the only grounds of dispute recognized as adequate to bring into play the exemptions, and it would do violence to the guarded language employed were the exemption extended beyond the parties affected in a proximate and substantial, not merely a sentimental or sympathetic, sense by the cause of dispute.

¹⁰⁶⁹ Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U.S. 443 (1921), MR. JUSTICE BRANDEIS, dissenting, with whom MR. JUSTICE HOLMES and MR. JUSTICE CLARKE, concur:

By 1914, the ideas of the advocates of legislation had fairly crystalized upon the manner in which the inequality and uncertainty of the law should be removed. It was to be done by

En todo caso, si bien Brandeis reconocía las facultades, y competencia, del legislador, lo cierto es que terminaba su alegato con una cierta deferencia crítica hacia la discrecionalidad legislativa en los ámbitos laborales¹⁰⁷⁰:

... tanto el *common law* de un Estado, como una ley de los Estados Unidos, reconocen el derecho de los combatientes industriales a llevar su lucha hasta los límites de la justificación del interés propio (...) Las condiciones desarrolladas por la industria pueden ser tales, que quienes se vean envueltos no puedan continuar su lucha sin peligro para la comunidad. Sin embargo, no corresponde a los jueces determinar si tales condiciones se producen, como tampoco es su función establecer los límites permisibles de la contienda o declarar los deberes que la nueva situación exigiría. Esa es la función del poder legislativo, que, limitando los derechos individuales y colectivos de agresión y defensa, puede sustituir los procesos de justicia por el método más primitivo del juicio por combate¹⁰⁷¹.

D) Conclusiones

En primer lugar, cabe afirmar que la conclusión material de la argumentación del TS lleva a reconocer la primacía de las libertades de mercado, mediante una interpretación

expressly legalizing certain acts regardless of the effects produced by them upon other persons. As to them, Congress was to extract the element of injuria from the damages thereby inflicted, instead of leaving judges to determine according to their own economic and social views whether the damage inflicted on an employer in an industrial struggle was damnum absque injuria, because an incident of trade competition, or a legal injury, because in their opinion, economically and socially objectionable. This idea was presented to the committees which reported the Clayton Act. The resulting law set out certain acts which had previously been held unlawful, whenever courts had disapproved of the ends for which they were performed; it then declared that, when these acts were committed in the course of an industrial dispute, they should not be held to violate any law of the United States. In other words, the Clayton Act substituted the opinion of Congress as to the propriety of the purpose for that of differing judges, and thereby it declared that the relations between employers of labor and workingmen were competitive relations, that organized competition was not harmful, and that it justified injuries necessarily inflicted in its course.

¹⁰⁷⁰ Mason, A.T., «Mr. Justice Brandeis and the Constitution», en *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 80, Issue 6, p. 812.

¹⁰⁷¹ *Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 254 U.S. 443 (1921), MR. JUSTICE BRANDEIS, dissenting, with whom MR. JUSTICE HOLMES and MR. JUSTICE CLARKE, concur:

Because I have come to the conclusion that both the common law of a state and a statute of the United States declare the right of industrial combatants to push their struggle to the limits of the justification of self-interest, I do not wish to be understood as attaching any constitutional or moral sanction to that right. All rights are derived from the purposes of the society in which they exist; above all rights rises duty to the community. The conditions developed in industry may be such that those engaged in it cannot continue their struggle without danger to the community. But it is not for judges to determine whether such conditions exist, nor is it their function to set the limits of permissible contest and to declare the duties which the new situation demands. This is the function of the legislature, which, while limiting individual and group rights of aggression and defense, may substitute processes of justice for the more primitive method of trial by combat.

generalizada, ajena a los usos y espíritu de las propias leyes *antitrust*, y contraria a los nuevos derechos laborales aprobados por las legislaciones estatales o federales¹⁰⁷².

En particular, repárese en que, una vez más, las demandas laborales encuentran oposición en la libertad individual, fundamento de las leyes comerciales preexistentes, siendo la Sherman Act el ejemplo más claro, aunque no fuesen pensadas para cumplir con este propósito. Y, singularmente, nótese que los obstáculos a la producción, las injerencias frente a la libertad de empresa, en definitiva, son rechazados por el Tribunal, aunque las mismas amparen una práctica laboral consustancial al asociacionismo, como es la huelga.

Tratándose éste de un razonamiento que presenta francas similitudes con la doctrina Viking/Laval del TJUE, dictada un siglo más tarde¹⁰⁷³. Y, precisamente, a este respecto, en una declaración actualizada cien años después por el TJUE en las referidas sentencias, el Tribunal Supremo declaraba prohibidas (por contrarias a leyes *antitrust*) aquellas acciones laborales que, en esencia, obstruyan el libre comercio entre estados o restrinjan la libertad del empresario a comerciar¹⁰⁷⁴.

De manera similar, también la construcción jurisprudencial de la huelga, en términos de apariencia y realidad, que se aprecia, por ejemplo, en los Coronado Cases de 1922¹⁰⁷⁵ y 1925¹⁰⁷⁶, muestra paralelismos con el razonamiento seguido, años más tarde, en Viking/Laval por el TJUE. Resultando significativo que, ante la imposible prohibición taxativa de la huelga, por motivos sociales, el TS americano optase por reconocer este fenómeno para, seguidamente, limitarlo según los efectos (directos o indirectos) que causara sobre el comercio. Por lo que el Tribunal Supremo lo fiaba todo al elemento intencional, de absoluta discrecionalidad judicial, para diferenciar entre «huelgas

¹⁰⁷² A este respecto, y a modo de ejemplo, nos remitimos al caso *American Steel Foundries, American Steel Foundries v. Tri-City Trades Council*, 257 U.S. 184 (1921).

Al igual que en el caso *Duplex Printing*, el TS interpreta restrictivamente distintos términos de la Clayton Act, para terminar desamparando la acción laboral cuestionada, consistente un *picketing*, y, por tanto, declararla como una restricción ícita del comercio interestatal.

¹⁰⁷³ Véase, a este respecto, el apartado IV.6 «Una jurisprudencia desproporcionada».

¹⁰⁷⁴ *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908):

In our opinion, the combination described in the declaration is a combination "in restraint of trade or commerce among the several States," in the sense in which those words are used in the act, and the action can be maintained accordingly.

And that conclusion rests on many judgments of this court, to the effect that the act prohibits any combination whatever to secure action which essentially obstructs the free flow of commerce between the States, or restricts, in that regard, the liberty of a trader to engage in business.

¹⁰⁷⁵ *United Mine Workers v. Coronado Coal Co.*, 259 U.S. 344 (1922).

¹⁰⁷⁶ *Coronado Coal Co. v. United Mine Workers*, 268 U.S. 295 (1925).

buenas», aquellas en las que no existe intención de controlar los precios o la oferta, y «huelgas malas», en las que el ánimo de los sindicatos era incidir en los precios u oferta¹⁰⁷⁷. Y este exclusivo elemento, francamente inescrutable, salvo para el TS, determinó la legalidad de la huelga en el primer caso Coronado frente a la ilegalidad en el segundo, ante un mismo supuesto de hecho¹⁰⁷⁸.

En otro orden de cosas, adviértase también que la Clayton Act suponía el reconocimiento recíproco de unas relaciones de mercado que, hasta el momento, solo operaban unidireccionalmente, entre empleador-trabajador. Así, la negativa a reconocer, y trasladar, los fundamentos de la competencia, a través de las legítimas medidas de presión colectiva, a los trabajadores suponía implementar una visión parcial del mercado. Verbigracia, las *injuctions* laborales constituyen, en este sentido, una clara intervención frente a la autorregulación de la ley de la oferta y la demanda laboral.

A mayor abundamiento, frente a la progresión legislativa, personificada en la aprobación de la Clayton Act, se constata una regresión judicial. Un fenómeno que sustrajo de «toda virtualidad práctica» dicha norma, durante la siguiente década a su aprobación (1920-1930)¹⁰⁷⁹.

A estos efectos, sirva de ejemplo el *O'Shea Conspiracy Case* (1924), un caso menor juzgado por el Tribunal Criminal del Condado de Cook (Chicago), que parece un retorno a los años duros de la Sherman Act. En este supuesto, el tribunal declaró la responsabilidad penal de los trabajadores, condenando al pago de diferentes multas a Thomas O'Shea, y otros cuatro trabajadores, por su participación en un boicot pacífico a diversas empresas. Llamando particularmente la atención el alegato del fiscal Michael Romano, el 25 de febrero de 1924, donde vuelve a manifestarse el individualismo americano como fundamento del sistema, hasta el punto de servirse de este para reconducir la decisión del jurado a una cuestión de mero patriotismo:

¿Estamos insatisfechos con el esfuerzo individual, con la cosecha del éxito de un individuo a través del esfuerzo honesto y el trabajo? ¿Entienden ustedes la democracia solo con palabras? ¿Es su patriotismo hacia una forma representativa de gobierno, como la nuestra, solo de palabra, o está arraigado en sus corazones y conciencias?¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos» (II), en *Revista de estudios políticos*, n.º 71, 1953, pp. 43-46.

¹⁰⁷⁸ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos (II)» ... *Ibid.*, pp. 45-46.

¹⁰⁷⁹ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 137.

¹⁰⁸⁰ Romano, M. A., «Summation for the people in the O'Shea Conspiracy Case», en Hicks, F., *Famous American Jury Speeches...* *Op. Cit.*, p. 988:

Por otra parte, resulta también pertinente indicar que, al igual que sucede hoy en día con el TJUE¹⁰⁸¹, se cuestionaba abiertamente la actuación del Tribunal Supremo en ámbitos públicos y de manera expresa, como muestra el siguiente discurso del Senador La Follette:

Estos son solo unos pocos de los casos en los que, durante los últimos años, el Tribunal, al usurpar el poder legislativo, ha anulado las leyes del Congreso. El veto judicial, en prácticamente todos estos casos, se ha aplicado a medidas progresistas que enunciaban una norma contraria a las creencias económicas o políticas de la mayoría de los hombres que conforman el Tribunal Supremo.¹⁰⁸²

De esta manera, adviértase que la problemática había alcanzado tintes políticos, lo cual, sin duda, minaba tanto la legitimidad como la autoridad del Tribunal, que, sin ser competente en cuestiones legislativas, pese a todo, resolvía mediante criterios jurídicos, una elección de valores que correspondía decidir, libremente, a la soberanía popular.

5. O.W. HOLMES, LA FE DEL SOLDADO

Abogado y filósofo, profesor y soldado, historiador y juez¹⁰⁸³. Frank decía que en él se encontraba «un vasto conocimiento de la historia legal diferenciado de una esclava

Are we dissatisfied with individual endeavor, with the reaping of success by an individual through honest effort and toil? Do you subscribe to democracy merely in word? Is your patriotism to a representative form of government, such as ours, merely one of the lips, or is it rooted in your hearts and consciences?

¹⁰⁸¹ Véase, a este respecto, el apartado IV.6 «Una jurisprudencia desproporcionada».

¹⁰⁸² Discurso del Senador La Follette el 18 de septiembre de 1924, Nueva York, según aparece en Warren, C., *The Constitution and The Supreme Court... Op. Cit.*, pp. 131-132:

These are only a very few of the cases wherein during the last few years the Court, by usurping legislative power, has nullified Acts of Congress. The judicial veto in practically all these cases has been levelled at progressive measures which enunciated a rule contrary to the economic or political beliefs of a majority of the men who happen to make up the Supreme Court.

¹⁰⁸³ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del... Op. Cit.*, pp. 11-12:

Oliver Wendell Holmes nació en Boston, Massachusetts, el 8 de marzo de 1841. De su padre heredó además de idéntico nombre, la pasión literaria, que aquél, poeta aficionado, compartía con su profesión como médico. Después de luchar en la Guerra Civil, durante la que resultó herido en tres ocasiones, Holmes estudió Derecho en la Harvard Law School y empezó a trabajar como abogado, oficio al que se dedicó durante más de quince años compaginándolo con docencia y frecuentes publicaciones. Tras un brevísimo paso por la academia, fue su tarea como juez la que consolidó su nombre como uno de los indiscutiblemente más grandes de la historia jurídica norteamericana. Primero, en 1882, entrando a formar parte de la Corte Suprema de Massachusetts, donde a partir de 1899 actuó como Chief Justice. Luego, en 1902, siendo nombrado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que sirvió hasta su retiro en 1932. Contaba entonces noventa años de edad y medio siglo de historia judicial. En marzo de 1935, dos días antes del que hubiera sido su nonagésimo cuarto aniversario, Holmes falleció en Washington D. C.

veneración del pasado, una gran sensibilidad por las necesidades de hoy sin un rechazo irracional por las concepciones del ayer, un profundo respeto por la utilidad del razonamiento silogístico unido a una recurrente insistencia en revisar sus premisas sobre un paciente estudio de los hechos...»¹⁰⁸⁴.

Su doble paso por Harvard¹⁰⁸⁵, aunque de la facultad de Derecho no albergara buenos recuerdos¹⁰⁸⁶, propició una amistad con William James que les llevó, unos años más tarde, a la conformación del Metaphysical Club (1872), junto con Charles S. Pierce y Chauncy Wright¹⁰⁸⁷. Naciendo, de esas charlas, el embrión de un pragmatismo que tanto James como Holmes desarrollarán en su pensamiento; el primero en su filosofía y el segundo en unas decisiones que precedieron al movimiento realista.

Un pragmatismo jurídico que, unos años más tarde, definiría John Dewey, sobre las propias ideas de Holmes, como una lógica relativa a las consecuencias en lugar de a los antecedentes, una lógica de predicción de probabilidades, en lugar de una deducción de certezas¹⁰⁸⁸.

Precisamente, este pensamiento se manifestará en la desconfianza de Holmes frente a las certezas, y también frente a los absolutos. De modo que el escepticismo, vertido sobre cualquier esquema mental preconcebido, será su *modus operandi* y el motor de resistencia en la minoría de los distintos tribunales. Holmes se muestra, particularmente, consciente de la tendencia del ser humano hacia lo superlativo, que aparece al final del esfuerzo del filósofo para probar las verdades absolutas¹⁰⁸⁹. Y, sin embargo, el Derecho no puede consagrar un modelo ético absoluto¹⁰⁹⁰, sea cual sea el

¹⁰⁸⁴ Frank, J., *Law and the modern mind...* Op. Cit., p. 253.

¹⁰⁸⁵ Harvard College, 1857-1861.

Harvard Law School 1864-1866.

¹⁰⁸⁶ White, G. E., *Introduction* en Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. xiv: «[...] almost a disgrace to the Commonwealth of Massachusetts».

¹⁰⁸⁷ Para más información, véase Hollinger, D. A., Capper, C., *The American Intellectual Tradition. Volume II. 1865 to the Present...* Op. Cit., 2016.

¹⁰⁸⁸ Dewey, John, *Logical Method and Law*, *The Cornell Law Quarterly* 17 (1914-1925), p. 26:

«[...] it must be a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties».

¹⁰⁸⁹ Holmes, O. W., «Natural Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 32, n.º 1, 1918, p. 40:

It is not enough for the knight of romance that you agree that his lady is a very nice girl - if you do not admit that she is the best that God ever made or will make, you must fight. There is in all men a demand for the superlative, so much so that the poor devil who has no other way of reaching it attains it by getting drunk. It seems to me that this demand is at the bottom of the philosopher's effort to prove that truth is absolute and of the jurist's search for criteria of universal validity which he collects under the head of natural law.

¹⁰⁹⁰ Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner...* Op. Cit., p. 47.

valor que ampare, y privilegie frente al resto. Tampoco un individualismo, o una concepción viciada del mismo, convertido en dogma. De esta manera, las decisiones de Holmes incidirán, precisamente, en la crítica de la aceptación de esta doctrina con un valor absoluto, en su consiguiente aplicación automática y generalizada, y, finalmente, en la constitucionalización de la libertad individual como un canon excluyente.

A la vista de todo lo cual, Charles Fairman le describe como un hombre de duda, pero también de fe: «un juez que ha alcanzado esa calma filosófica está dispuesto a aceptar que la democracia aprenda de sus errores, siempre que los mismos no sean irreparables»¹⁰⁹¹. De ahí, que difícilmente podamos ver a Holmes como un escéptico, en la acepción filosófica del término. Si acaso, igual que a muchos de los realistas que le seguirán, se le puede considerar, más bien, un humanista pragmático. Sirva el voto particular del caso *Lochner* como muestra de este carácter.

Y es que, efectivamente, la duda de Holmes existe, pero proviene de un respeto máximo al pensamiento ajeno, que le aleja de cualquier planteamiento categórico. Durante la guerra vio cómo otros soldados luchaban ciegamente por una convicción contraria, resultando una lección inolvidable: «No es que no vayamos a luchar y morir [por nuestras creencias] sino que hemos aprendido a reconocer que otros lucharán y morirán para conseguir un mundo diferente con igual sinceridad y fe»¹⁰⁹². Desde ese momento, se regirá por el axioma de la constricción, que trasladará al ámbito jurídico a través de la *self-restraint*. Al mismo tiempo, se vislumbra un modelo ético tras sus escritos –posiblemente el mismo que le impulsó a alistarse–, siempre expresado con prudencia.

En definidas cuentas, la fe nace de la duda¹⁰⁹³. Es la fe del soldado. Aquella que le hace desconfiar de lo que se dice verdadero, del sentido último de las cosas, pero que, «en el medio de la duda, en el colapso de los credos», le permite moverse en pos de «una obligación aceptada ciegamente», de un futuro mejor¹⁰⁹⁴. La fe posibilita que la duda no se convierta en inacción, en inmovilismo. Es «una fe combativa», en acertada expresión de Llewellyn¹⁰⁹⁵, y a partir de la duda se erige una sólida construcción jurídica:

¹⁰⁹¹ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 317.

¹⁰⁹² Holmes, O. W., «Natural Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 32, n.º 1, 1918, p. 41: «Not that we would not fight and die for it if important –we all, whether we know it or not, are fighting to make the kind of a world that we should like– but that we have learned to recognize that others will fight and die to make a different world, with equal sincerity or belief».

¹⁰⁹³ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 317.

¹⁰⁹⁴ Holmes, O. W., «The Soldier's Faith», en *Speeches, Little, Brown, and Company*, 1896, p. 59.

¹⁰⁹⁵ Llewellyn, K. N., «Some Realism about Realism: Responding to Dean Poun», en *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, p. 1235: «[...] a fighting faith in their methods of attack on legal problems».

No sé qué es verdad. No conozco el significado del universo. Pero en medio de la duda, en el colapso de los credos, hay una cosa que no dudo, que ningún hombre que viva en el mismo mundo con la mayoría de nosotros puede dudar, y es que la fe es verdadera y divina, lo que lleva a un soldado a dar su vida por obediencia a un deber ciegamente aceptado, en una causa que entiende poco, en un plan de campaña del que tiene poca noción, bajo tácticas que no ve la utilidad¹⁰⁹⁶.

La flexibilidad de Holmes incide también en su visión de una Constitución inmutable en su forma, pero permeable a los cambios. En suma, si la Constitución no da cabida a las nuevas demandas sociales, si la Constitución se ancla en interpretaciones pasadas sin ofrecer protección a los nuevos necesitados, la ruptura se producirá. No se trata de una mera hipótesis, sino de una realidad dolorosa, imborrable del espacio de experiencia. Dred Scott¹⁰⁹⁷ precipitó la brutal y sangrienta guerra. Por tres veces herido, en Ball's Bluff, Antietam y Chancellorsville, Holmes conservaba todavía su casaca como una dolorosa lección. Décadas después de terminado el conflicto, en su correspondencia con el diplomático Lewis Einstein, todavía recordaba las consecuencias: «tras la Guerra Civil, el mundo nunca volvió a ir bien del todo otra vez»¹⁰⁹⁸.

Con lo que, de esta suerte, quiere significarse que la interpretación judicial debe garantizar una Constitución flexible, que madure con la sociedad, proteica en su alma, pero firme en su finalidad. Respetando unos objetivos originarios que, sin embargo, se muestran dúctiles al paso del tiempo. De esta manera, cabrá integrar las nuevas demandas en el ordenamiento jurídico, a fin de relegar cualquier reclamación por la fuerza.

Siendo, precisamente, aquí donde aparece la idea de una «Constitución viva» (*Living Constitution*)¹⁰⁹⁹, como solución acomodaticia. Al amparo de esta interpretación, ciertas conductas constitucionalmente protegidas en el pasado pueden ser objeto de regulación, y limitación, legítima en el presente¹¹⁰⁰. Este concepto evoca fuertemente la

¹⁰⁹⁶ Holmes, O. W., *The Soldier's Faith*, en *Speeches*, Little, Brown, and Company, 1896, p. 59:

I do not know what is true. I do not know the meaning of the universe. But in the midst of doubt, in the collapse of creeds, there is one thing I do not doubt, that no man who lives in the same world with most of us can doubt, and that is that the faith is true and adorable which leads a soldier to throw away his life in obedience to a blindly accepted duty, in a cause which he little understands, in a plan of campaign of which he has little notion, under tactics of which he does not see the use.

¹⁰⁹⁷ Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

¹⁰⁹⁸ White, G. E., *Introduction* en Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. xiii: «[...] after the Civil War the world never seemed quite right again».

¹⁰⁹⁹ Dorado Porras, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional...* *Op. Cit.*, pp. 13-14.

¹¹⁰⁰ Gillman, H., Graber, Mark A., Whittington, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, p. 301.

noción francesa de atender al espíritu de la norma cuando la letra puede matar. La ley suprema debe también adaptarse cuando las necesidades y las prácticas sociales cambian.

Este concepto cobró todo su sentido en el caso *Lochner*, al abordarse la problemática de reconocimiento, e incorporación, de unos nuevos derechos laborales al ordenamiento jurídico. Y la posición de Holmes salió derrotada. En 1914 tuvo la ocasión de resarcirse, al redactar la decisión del Tribunal en el segundo caso *Gompers*¹¹⁰¹: «las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas... su significado es vital, no formal; se reúne, no simplemente acudiendo a las palabras con un diccionario, sino considerando su origen y su línea de crecimiento». En esta misma línea, años más tarde, en el caso *Holland*¹¹⁰², se expresó brutalmente:

Bastante es que los constituyentes creasen o esperasen haber creado un organismo; ha costado un siglo, y mucho sudor y sangre a sus sucesores, probar que se creó una nación. El caso presentado debe resolverse a la luz de toda nuestra experiencia y no simplemente con lo que se dijo cien años atrás.

A esta manera de pensar, se debe añadir la preocupación de Holmes respecto al papel del juez. En realidad, fue el primero en trasladar el centro del Derecho de la ley a las decisiones judiciales, solicitando un mayor y más consciente reconocimiento sobre la función legislativa de los tribunales. Al mismo tiempo, fue muy respetuoso respecto al proceso legislativo, «convertido en una reacción consciente de una sociedad organizada buscando deliberadamente determinar su destino»¹¹⁰³.

Finalmente, en su última etapa, en 1930, con casi 90 años, había sido paulatinamente apartado y descargado de sus funciones judiciales. El juez Hughes, quien sucediera a Taft en la presidencia ese año, solo le encargaba la redacción de muy escasos

¹¹⁰¹ *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914):

But the provisions of the Constitution are not mathematical formulas having their essence in their form; they are organic, living institutions transplanted from English soil. Their significance is vital, not formal; it is to be gathered not simply by taking the words and a dictionary, but by considering their origin and the line of their growth.

¹¹⁰² *State of Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920):

With regard to that we may add that, when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience, and not merely in that of what was said a hundred years ago.

¹¹⁰³ Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Little, Brown, and Company, 1946, p. 118.

y sencillos fallos, advirtiéndole que las fuerzas le iban fallando, aun cuando la mente le acompañaba todavía.

En esos momentos, Holmes tuvo tiempo de dejar una certera última reflexión en relación a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. El gran disidente se despedía así con un mensaje para el Tribunal relativo a la Decimocuarta Enmienda, que nunca tuvo la intención de dar carta blanca para encarnar nuestras creencias morales o políticas en sus prohibiciones¹¹⁰⁴.

Todas estas características, unidas a una escritura original y brillante, directa pero erudita, dan como resultado los votos particulares de Holmes. Debiéndose tener bien en cuenta que, respecto al caso *Lochner*, toda una completa filosofía se recoge en tres párrafos, siendo muchos quienes conocen este texto de memoria¹¹⁰⁵. Encontrándose también a la altura las opiniones disidentes en *Adair*, *Coppage* y *Truax*. Por su significación histórica y su concisión, se han reproducido ya, y comentado previamente, las referidas opiniones, junto al análisis de cada caso. De manera prácticamente íntegra *Lochner*, y parcialmente el resto, por lo que a ellas nos remitimos¹¹⁰⁶. Si bien para comprender mejor estos votos particulares, hemos entendido necesario explicar dos precedentes: los casos *Vegelahn* y *Plant*. Correspondiéndose con sendos votos particulares emitidos durante su estancia previa en el Tribunal Supremo de Massachusetts.

A) *Vegelahn*

En 1896, formando parte del Tribunal Supremo de Massachusetts, Holmes cuestionó, en un voto disidente del caso *Vegelahn v. Guntner*¹¹⁰⁷, la concepción de los derechos laborales básicos frente a la libertad de contratación. Ocurrió entonces que una asociación de trabajadores de la madera organizó un piquete frente a una empresa fabricante de muebles en Boston, con el fin de agrupar a los trabajadores, mejorar su posición negociadora y finalmente aumentar los salarios. A lo que el propietario de la empresa, Frederick O. *Vegelahn*, se negó, despidiendo además al representante de los

¹¹⁰⁴ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography of Franklin D. Roosevelt*, Doubleday & Company, 1957, p. 400: «it seemed to him incredible that the Fourteenth Amendment “was intended to give us carte blanche to embody our moral or political beliefs in its prohibitions”».

¹¹⁰⁵ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 315: «An entire philosophy is compressed into three paragraphs. Many men know those sentences by heart».

¹¹⁰⁶ Ver, a este respecto, los dos apartados anteriores: «El veto de *Lochner*» y «La era *Lochner*».

¹¹⁰⁷ *Vegelahn v. Guntner*, 167 Mass. 92 (1896).

trabajadores (George Guntner). Inmediatamente, todos los trabajadores se declararon en huelga y comenzó un boicot contra los productos de Vegelah. En pleno conflicto, los trabajadores frustraron el intento de sustitución de los huelguistas mediante nuevas contrataciones, todo ello a través de patrullas creadas al efecto. Por su parte, Vegelah decidió solicitar, judicialmente, el cese del piquete y del boicot (*injunction*)¹¹⁰⁸.

Así las cosas, el Tribunal Supremo de Massachusetts dio la razón a Vegelah, en una sentencia redactada por el juez Allen. Si bien, Holmes disintió, abriendo entonces la puerta de la libre competencia a la asociación de trabajadores (*combination*), equiparándolos con cualquier otra empresa, y advirtiendo que resultaba vano oponerse a una tendencia inevitable, a menos que los axiomas fundamentales de la sociedad, e incluso las condiciones fundamentales de vida, cambien¹¹⁰⁹. Estableció en su voto particular una verdadera «tesis sobre las relaciones industriales»¹¹¹⁰, logrando canalizar legalmente los medios de presión propios del colectivismo obrero, huelga y piquetes pacíficos, dentro del derecho de competencia¹¹¹¹. Así, en una reflexión inmortal, definió respectivamente al capital y al trabajo como dos fenómenos colectivos opuestos, que merecían una misma consideración (y aceptación) legal:

La asociación, por un lado, es patente y poderosa. La asociación, por el otro lado, es la necesaria y deseable contrapartida, si queremos que la batalla se desarrolle de una manera justa y equitativa¹¹¹².

¹¹⁰⁸ White, G. E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, 1995, p. 287.

¹¹⁰⁹ Vegelah v. Guntner, 167 Mass. 92 (1896):

But it is not necessary to cite cases; it is plain from the slightest consideration of practical affairs, or the most superficial reading of industrial history, that free competition means combination, and that the organization of the world, now going on so fast, means an ever increasing might and scope of combination. It seems to me futile to set our faces against this tendency. Whether beneficial on the whole, as I think it, or detrimental, it is inevitable, unless the fundamental axioms of society, and even the fundamental conditions of life, are to be changed.

¹¹¹⁰ White, G. E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, 1995, p. 288.

¹¹¹¹ Vegelah v. Guntner, 167 Mass. 92 (1896): «A combination among persons merely to regulate their own conduct is within allowable competition, and is lawful, although others may be indirectly affected thereby [...]».

¹¹¹² Vegelah v. Guntner, 167 Mass. 92 (1896):

One of the eternal conflicts out of which life is made up is that between the effort of every man to get the most he can for his services, and that of society, disguised under the name of capital, to get his services for the least possible return. Combination on the one side is patent and powerful. Combination on the other is the necessary and desirable counterpart, if the battle is to be carried on in a fair and equal way.

Y finalizaba su razonamiento recordando la evolución del Derecho, con la previsible inclusión de nuevos fenómenos como la huelga, que resultaron, en un primer momento, rechazados y perseguidos:

Puedo recordar cuando mucha gente pensaba que, más allá de la violencia o el incumplimiento de contrato, las huelgas eran malas, al entenderse como negativas organizadas a trabajar. Supongo que, hoy en día, economistas y legisladores conscientes han renunciado a esa noción. Estoy completamente seguro de que abandonarán igualmente la idea de que es ilegal una negativa organizada por los trabajadores a mantener trato social con el hombre que se identificará como su antagonista en el trabajo, si la misma se disocia de cualquier amenaza de violencia, y si se hace con la sola finalidad de imponerse, si es posible, en la contienda con su empleador sobre la tasa de salarios¹¹¹³.

B) *Plant*¹¹¹⁴

Este segundo caso, resuelto por el Tribunal Supremo de Massachusetts, se planteó un conflicto entre dos sindicatos de una misma rama de actividad (pintores y decoradores), con unas mismas reglas de constitución y de funcionamiento. El sindicato demandante, Lafayette Union, fue fundado por trabajadores escindidos del sindicato demandado, Baltimore Union, en 1897. En septiembre de 1898, Baltimore Union declaró que aquellos trabajadores no afiliados a su sindicato debían ser considerados como trabajadores no-sindicalizados. De manera que los representantes de este sindicato se desplazaron a los diferentes talleres, en los que prestaban sus servicios los trabajadores de Lafayette Union, conminando a los respectivos empresarios a que instaran a sus trabajadores a solicitar el reingreso al sindicato de origen. Si bien los empresarios señalaron que las visitas y peticiones se realizaron de manera educada, sin amenaza o violencia expresa, no resultó menos cierto que los enviados de la Baltimore Union dejaron entrever consecuencias negativas para el desarrollo del negocio, en el supuesto de que los trabajadores se negasen a solicitar el reingreso y el empresario les mantuviese en el empleo.

¹¹¹³ *Vegeahn v. Guntner*, 167 Mass. 92 (1896):

I can remember when many people thought that, apart from violence or breach of contract, strikes were wicked, as organized refusals to work. I suppose that intelligent economists and legislators have given up that notion to-day. I feel pretty confident that they equally will abandon the idea that an organized refusal by workmen of social intercourse with a man who shall enter their antagonist's employ is wrong, if it is dissociated from any threat of violence, and is made for the sole object of prevailing if possible in a contest with their employer about the rate of wages.

¹¹¹⁴ *PAUL J. PLANT & others v. HENRY K. WOODS & others* 176 Mass (1900).

Pues bien, respecto de tales hechos, el debate jurídico se centró en la existencia o no de coerción por parte del sindicato demandado (Baltimore Union) y el posible daño a la propiedad de las empresas, ante un eventual boicot o huelga. El juez Hammond fue el encargado de redactar la opinión mayoritaria, y, lejos de limitarse a resolver sobre la autoridad del precedente caso *Vagelahn*, asumió la tesis minoritaria de Holmes, tanto en dicho asunto, como en un artículo doctrinal previo «*Privilege, Malice, and Intent*»¹¹¹⁵, para terminar confrontando la libertad de trabajo y la libertad de sindicación (desde una perspectiva de libre competencia), en un ejercicio de ponderación¹¹¹⁶.

Sin embargo, Holmes, que agradeció el punto de partida del análisis del Tribunal, volvió a disentir. Su opinión parte de una concepción del sindicato, y sus objetivos, ciertamente rompedora, considerando que existe una finalidad preliminar y otra última. La primera es fortalecerlo, lo que necesariamente pasa por cohesionar, concentrar y reforzar el sindicato. De esta manera, el primer objetivo se convierte, a su vez, en medio para poder alcanzar la finalidad sindical última de mejora salarial y social. Por donde deduce Holmes que, si las medidas de boicot o huelga son válidas para alcanzar el fin último, deberán ser igualmente reconocidas como adecuadas cuando se utilizan como medios previos y preparatorios, necesarios para llegar al objetivo final. En mejores palabras, «la unidad en la organización es necesaria para lograr un efectivo conflicto laboral y los sindicatos pueden legítimamente emplear en su preparación los mismos medios que utilizarán en el conflicto final»¹¹¹⁷.

¹¹¹⁵ Holmes, O. W., «*Privilege, Malice, and Intent*». *En Harvard Law Review*, Vol. 8, n.º 1 (Apr. 25, 1894), pp. 1-14.

¹¹¹⁶ White, G. E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, 1995, pp. 289-290.

¹¹¹⁷ Por su indudable interés, reproducimos el final del voto particular de Holmes en *PAUL J. PLANT & others v. HENRY K. WOODS & others* 176 Mass (1900).

6. ROOSEVELT CONTRA EL TRIBUNAL SUPREMO

We know that courts are, at least in this country, a generally conservative social force, and more like a brake than a motor in the social mechanism.

Felix S. Cohen

6.1 Un «nuevo acuerdo»

Llegados a este momento, conviene detenerse un instante y obtener una imagen de la situación real de Estados Unidos en 1932, en plena aplicación de la doctrina Lochner por parte del Tribunal Supremo, e inmediatamente antes de las elecciones presidenciales de ese noviembre. Solo entonces se tomará la verdadera medida a las decisiones analizadas. Para ello, cualquier intento de resumen o recolección de datos palidecería frente a la vívida descripción del historiador Dexter Perkins, quien habla no solo desde el estudio concienzudo, sino también desde el recuerdo y la experiencia propia:

El año 1932 fue uno de los más tristes de la historia de la república. Millones de obreros industriales inundaron las calles de nuestras ciudades, y en Nueva York los desempleados trataban de ganarse una vida miserable vendiendo manzanas en la Quinta Avenida. Las líneas de pan se formaban en los distritos más pobres, y cientos de personas indigentes esperaban pacientemente por una limosna miserable de comida; familias enteras, desalojadas de sus hogares, dormían en chozas rudamente construidas o incluso en entradas y en el suelo. Los agricultores y granjeros bloqueaban las carreteras y paraban los camiones de leche en protesta contra la caída del precio de su producto, o se resistían a la autoridad del sheriff cuando los desahuciaba de sus hogares. En los pisos Anacostia en Washington acamparon los llamados «bonus Marchers», que llegaban a Washington en busca de ayuda de su gobierno, hasta que fueron desalojados por las tropas federales comandadas por el general MacArthur en pleno uniforme¹¹¹⁸.

¹¹¹⁸ Perkins, D., *The new age of Franklin Roosevelt 1932-1945*, The University of Chicago Press, 1957, p. 4:

The year 1932 was one of the gloomiest in the history of the republic. Millions of industrial workers out of job tramped the streets of our cities, and in New York unemployed men were trying to earn a miserable living by selling apples on Fifth Avenue. Bread lines were forming in the poorer districts, and hundreds of indigent people waited patiently for a pitiful handout of food; whole families of people, evicted from their homes, were sleeping in rudely constructed shacks or even in doorways and on the ground. Farmers were blocking highways and stopping milk trucks in protest against the fall in the price of their product, or they were resisting the authority of the sheriff, come to drive them from their homes. On the Anacostia flats in Washington were encamped the so-called bonus marchers, come to Washington to seek aid from their government, until evicted by federal troops commanded by General MacArthur in full uniform.

Por su parte, Cortez Ewing comparte la crudeza de la imagen y recuerda el momento en que Hoover, candidato republicano frente a Roosevelt en 1932, se presentaba a una reelección después de haber gobernado toda una primera legislatura bajo la crisis más grave –hasta ese momento– de EE. UU.:

Herbert Hoover apenas se había asentado en la Presidencia presidencial cuando el «Viernes Negro» destruyó cualquier posibilidad de una administración exitosa [...]. Todo se desplomó, y especialmente el espíritu de la década enigmática que siguió a la guerra. El optimismo de 1928 salió por las ventanas de decimoterceros pisos en los bolsillos de especuladores atrapados a corto en el mercado. Banqueros que, con seriedad, y tal vez honestidad, habían procurado colocar el dinero de los depositantes a rendir interés, no tuvieron más alternativa que cerrar los bancos cuando los clientes reclamaron sus ahorros. Las fábricas estaban cerradas, y los cultivos no valían el costo de la cosecha. Los ejércitos de desempleados caminaban por las calles en busca de trabajos que sabían no existían. Sencillamente, América quedó aturrida. Los líderes empezaron a decir la verdad¹¹¹⁹.

Quienes pedían una normativa social, digna y sensible, ante una situación casi desesperada, eran al fin una mayoría y comenzaban a agruparse. Se contaban entonces quince millones de parados forzosos¹¹²⁰. Parados forzosos a quienes Roosevelt prestó su voz. Siguiendo a los grandes presidentes que conformaron la personalidad del país (Washington, Jefferson, Lincoln y Wilson), se esforzó por crear, no una máquina nueva, sino una pasión¹¹²¹.

Las elecciones llegaron y Hoover apeló a estadísticas y gráficas. Roosevelt se instaló en la esperanza. Los votantes desconfiaban del primero, en quien la asociación con la crisis era sencilla y casi inevitable. Hoover se revelaba como un líder «cerebral», mientras que Roosevelt se mostró apegado al «del corazón» y, ante un electorado

¹¹¹⁹ Ewing, Cortez A. M., *Presidential elections. From Abraham Lincoln to Franklin D. Roosevelt*. Greenwood Press, Publishers, 1940, pp. 39-40:

Herbert Hoover has scarcely settled himself in the presidential chair when “Black Friday” destroyed any possibility for a successful administration... The bottom dropped out of everything, and especially out of the spirit of the enigmatic decade which followed the war. The optimism of 1928 went out of thirty-story windows in the pockets of speculators caught short in the market. Bankers who had earnestly, and perhaps honestly, sought to put the depositors’ money to work for hire, had no alternative to closing their banks when the depositors called for their savings. Factories were closed, and crops were not worth the cost of harvesting. Armies of unemployed walked the streets in search for jobs they knew did not exist. To put it simply, America was stunned... Leaders begin to speak the truth.

¹¹²⁰ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos (II)» ... *Op. Cit.*, p. 60.

¹¹²¹ Faÿ, B., *Roosevelt et son Amérique*, Librairie Plon, 1933, p. 55.

desesperado, este último resultó el favorito natural¹¹²², ganando las elecciones de 1932 con una amplia mayoría:

Conocimos la América imperial e industrial de Theodor Roosevelt, la América idealista y democrática de Wilson, la América burguesa y bancaria de Coolidge, la América técnica y deprimida de Hoover. Ahora, Franklin Roosevelt sonriendo nos presenta una América joven, liberal y un poco caprichosa¹¹²³.

Su legitimidad, que se identificaría también con las de sus futuras reformas, era incuestionable¹¹²⁴.

Así las cosas, con la llegada a la presidencia de Roosevelt, la visión jurídica planteada por el Tribunal Supremo se topó con un nuevo gobierno, impulsor de una actividad política amplia e innovadora, muy preocupada por las cuestiones sociales. El choque devino inevitable. Y, ante este escenario, Roosevelt intentó apelar al sector progresista del Tribunal. De manera que, en su discurso inaugural de 1933¹¹²⁵, el Presidente empleó, deliberadamente, la expresión «*other people's money*», evocando el título del libro del Juez Brandeis, y retomando así los problemas que el magistrado había denunciado 20 años atrás acerca de la ausencia regulatoria¹¹²⁶.

Asimismo, el Congreso, con mayoría demócrata, estaba dispuesto a refrendar las políticas de Roosevelt mediante la aprobación de la correspondiente legislación. Y es que, en los tiempos de transición y nacimiento de una conciencia de clase¹¹²⁷, la historia del Derecho, aún con cierto retraso, también se ve afectada.

Se trata, en definitiva, de un cambio trascendental respecto al mandato previo de Hoover, quien siempre mostró una profunda desconfianza hacia un gobierno federal fuerte, lo que generó una restricción (o autorrestricción) del poder ejecutivo. Desconfianza convertida en oposición entre los dos candidatos, a lo largo de la campaña

¹¹²² Ewing, Cortez A. M., *Presidential elections... Op. Cit.*, pp. 39-40: «Hoover was a leader “of the head”, Roosevelt one “of the heart”, and in such an unequal contest the latter was naturally the fair-haired favorite of a desperate electorate».

¹¹²³ Faÿ, B., *Roosevelt et son Amérique... Op. Cit.*, p. I.

¹¹²⁴ Shapiro, M., *Chief Justice Rehnquist and the Future of the Supreme Court* (ed. D. Grier Stephenson), Greenwood Press, 1991, p. 145:

In 1932 the United States experienced what political scientists call a realigning election. The Democratic party won the presidency by a landslide and gained overwhelming majorities in Congress. Moreover, a permanent shift in voter allegiance occurred that has left the Democratic party the majority party in terms of voter registration even until this day.

¹¹²⁵ Roosevelt, F. D., *Inaugural Address March 4, 1933*, The American Presidency Project. *Online access*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15360>. Consultado: 16/10/2018.

¹¹²⁶ Brandeis, L. D., *Other peopel's money and how the bankers use it*, Mansfield Centre, Martino Publishing, 2009.

¹¹²⁷ Pound, R., *Interpretations of Legal History... Op. Cit.*, p. 53.

presidencial de 1932, habiendo Hoover acertadamente anticipado que Roosevelt expandiría los poderes del gobierno federal en la búsqueda de lo había denominado su «filosofía de justicia social»¹¹²⁸:

Si estas medidas, estas promesas que he debatido..., esta actitud de ánimo, significasen algo, entonces significarían la enorme expansión del gobierno federal; referirían el crecimiento de la burocracia como nunca hemos visto en nuestra historia¹¹²⁹.

Resulta asimismo de interés indicar que una de las ideas que aparece constantemente en el pensamiento de Roosevelt a lo largo de su vida, desde sus inicios políticos (e. g. discurso del People's Forum of Troy, 3 de marzo de 1912, Nueva York) hasta su consagración (discursos de la campaña presidencial de 1932), es la noción de una libertad colectiva merecedora de protección. Plasmándose finalmente esta idea en la ley federal Norris-LaGuardia (Norris-LaGuardia Act)¹¹³⁰, que consagra la inmunidad jurisdiccional ante las reclamaciones por responsabilidades civiles colectivas durante la huelga¹¹³¹, a fin de proteger e incentivar de esta manera la acción sindical. Adviértase así también cómo, al calor de la normativa federal, numerosos Estados aprobaron leyes semejantes, denominadas *little Norris-La Guardia Acts*¹¹³², lo que propició el reconocimiento general, y pleno, del fenómeno sindical en Estados Unidos.

Sucede, por lo demás, que los derechos de los trabajadores se desarrollaron efectivamente desde esa noción de libertad colectiva que, sin embargo, chocó con una muy arraigada individualidad americana y su desarrollo constitucional, mediante los macroderechos a la propiedad y la libertad. A pesar de ello, la gran depresión supuso un

¹¹²⁸ Fusfeld, D. R., *The Economic Thought of Franklin D. Roosevelt and the Origins of the New Deal*, Columbia University Press, 1956, p. 250: «Hoover correctly saw that Roosevelt would expand the powers of the Federal government in seeking to achieve what F. D. R. had called his “philosophy of social justice”».

¹¹²⁹ Hoover, H. C., Coolidge, C., *Campaign Speeches of 1932*, Doubleday, Doran, 1933, p. 190: «If these measures, these promises which I have discussed; or these failures to disavow these projects; this attitude of mind, mean anything, they mean the enormous expansion of the Federal Government; they mean the growth of bureaucracy such as we have never seen in our history».

¹¹³⁰ Act of March 23, 1932, 47 Stat. 70.

¹¹³¹ Martínez Girón, J., *La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana...* *Op. Cit.*, pp. 700-701: [...] *el legislador norteamericano supo y pudo, frente a los jueces, resolver el problema de la exigencia de responsabilidades civiles colectivas por huelga –actuadas, recuérdese, mediante interdictos–, con la promulgación en 1932 de la llamada Ley Norris-La Guardia, cuyas dos piezas maestras fueron: 1) la prohibición de que los jueces federales emanasen órdenes interdictales «en cualquier caso que constituya o se derive de un conflicto laboral»; y 2) una generosa definición de este tipo de conflicto, según la cual, literalmente, «la expresión “conflicto laboral (labor dispute)” incluye cualquier controversia relativa a términos o condiciones de empleo, o a la asociación o representación de personas para negociar, fijar, mantener, cambiar o tratar de acordar términos o condiciones de empleo, aunque la relación que medie entre quienes sean parte en la controversia no sea la de empresario y trabajador».*

¹¹³² Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 149.

punto de inflexión para la mentalidad americana en lo relativo a la concepción de la libertad, habida cuenta de las miserables condiciones de vida de una gran mayoría de ciudadanos y de la escasa probabilidad de reversión sin una intervención estatal. Confirmándose así que las políticas de Roosevelt fueron fruto de una necesidad de la nación y no de una imposición presidencialista, lo que sin duda no pasaría desapercibido a los magistrados del Supremo.

Como objetivo político más ambicioso y significativo, Roosevelt ideó un programa de recuperación nacional, fomentando las obras públicas a lo largo y ancho de EE. UU. Todo ello vinculado a unas condiciones mínimas de trabajo y garantías sindicales inexistentes hasta ese momento. Al tiempo que también incidía en la fijación de ciertos precios e intervención estatal en el control de productos. De esta forma, el Congreso aprobó el National Industrial Recovery Act (NIRA), el 16 de junio de 1933, que establecía una serie de competencias en favor del ejecutivo delegadas por el Congreso, y, a la postre, fue el detonante del conflicto institucional, creándose también el NRA (National Recovery Administration) como organismo encargado de su puesta en marcha.

Desde una perspectiva laboral, la sección 7 del NIRA preveía la protección de los derechos de negociación colectiva¹¹³³, pero resultaba de complicada aplicación. Así las cosas, el 5 de agosto de 1933 nace el National Labor Board (NLB), sustituido el 29 de junio de 1934 por el National Labor Relations Board (NLRB), que quedó, a su vez, completado normativamente con la aprobación el 5 de julio de 1935 del National Labor Relations Act (NLRA o Ley Wagner). Esta norma reconocía una desigualdad de posición entre trabajadores y empresarios que afectaba directamente al comercio. La Ley Wagner optaba entonces por favorecer abiertamente la sindicación y la negociación colectiva a través de representantes designados al efecto¹¹³⁴. En particular, regulaba, «un verdadero

¹¹³³ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos (II)» ... *Op. Cit.*, p. 59: *Un año más tarde (16 de junio de 1933) era promulgada la National Industrial Recovery Act. Y ésta, al regular en su Sección 7 a) el contenido de los «códigos de competencia leal» establecía como condiciones que necesariamente habían de contenerse en los mismos:*
 1) *Que los trabajadores «tienen el derecho a organizarse y a contratar colectivamente a través de representantes de su propia elección» libres de toda interferencia, restricción o coerción por parte de los empresarios.*
 2) *Que a ningún trabajador o persona que busque trabajo puede exigírsele como condición de su empleo el que se afilie a ninguna company union ni el que deje de afiliarse,... al Sindicato de su propia elección».*

¹¹³⁴ National Labor Relations Act, Section 1. The National Labor Relations Board. *Online access*. Disponible en: <https://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act-nlra>. Consultado: 14/02/2018. [...] *The inequality of bargaining power between employees who do not possess full freedom of association or actual liberty of contract and employers who are organized in the corporate or other forms of ownership association substantially burdens and affects the flow of*

modelo de derecho de huelga» (*right to strike*)¹¹³⁵, a través de una *presunción favorable* al ejercicio del derecho, reconociendo que «nada en esta Ley se interpretará en el sentido de interferir, o impedir o disminuir de ningún modo el derecho de huelga»¹¹³⁶. Además, los piquetes, como actividad huelguística esencial y controvertida, quedaban *implícitamente comprendidos*, y protegidos por la norma: «los trabajadores tendrán derecho a autoorganizarse, a formar, unirse o ayudar a sindicatos, a negociar colectivamente a través de representantes de su propia elección, y a comprometerse en actividades concertadas, a efectos de la negociación colectiva o de otra ayuda o protección mutuas»¹¹³⁷.

A este respecto, a modo de conclusión, retomamos la reflexión de Martín Valverde sobre el cambio en el modelo de relaciones laborales introducido por Roosevelt:

[...] la Ley Wagner trajo consigo la sustitución del liberalismo individualista anterior por un liberalismo colectivo muy singular, gestionado por un organismo de Administración independiente (el National Labor Relations Board), que atribuía un papel protagonista a la representación sindical de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo y empleo¹¹³⁸.

commerce, and tends to aggravate recurrent business depressions, by depressing wage rates and the purchasing power of wage earners in industry and by preventing the stabilization of competitive wage rates and working conditions within and between industries.

¹¹³⁵ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Derecho Crítico del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 235-236.

Para más información respecto al modelo norteamericano, Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Coruña, Netbiblo, 2007.

¹¹³⁶ Arufe Varela, A., «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el derecho español», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 191, pp. 95-128.

¹¹³⁷ Arufe Varela, A., «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual... *Ibid.*», pp. 95-128.

¹¹³⁸ Martín Valverde, A., *Prólogo* en Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, 2012, p. XI.

6.2 No dimite nunca y raramente muere

*We know that courts are, at least in this country, a generally conservative social force, and more like a brake than a motor in the social mechanism*¹¹³⁹.

Felix S. Cohen

La gran mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo americano han destacado por un longevo ejercicio en el cargo, bien por una entrada tardía, bien por una salida demorada en el tiempo, en diversas ocasiones coincidente con el fallecimiento, lo que, en última instancia, ha dificultado la renovación del organismo.

El TS con el que Roosevelt se encontró no fue ninguna excepción y la avanzada edad de los magistrados propició el apodo de los «*nine old men*». El Tribunal presentaba una mayoría conservadora, una fuerte división ideológica y jurídica entre los magistrados, y una minoría liberal, integrada por tres de los mejores juristas de la historia. A la vista de lo cual la prensa calificó a los cuatro jueces conservadores como «los cuatro jinetes», siendo algo más benévola con los liberales –«los tres mosqueteros»–. Emergiendo, en el medio, dos figuras que a la postre resultaron fundamentales: el juez presidente Hughes y el juez Roberts:

En el extremo derecho estaban los cuatro torios duros: Willis J. Van Devanter, Pierce Butler, James Clarck McReynolds y George Sutherland. En el extremo izquierdo estaban los tres liberales: Harlan Fiske Stone, Louis Dembitz Brandeis y Benjamin N. Cardozo. En el centro estaban Owen J. Roberts y, sobre todo, el Presidente del Tribunal Supremo, Charles Evans Hughes¹¹⁴⁰.

Pues bien, el tinte conservador de las decisiones del Tribunal, contrario a los nuevos tiempos, unido a los conflictos internos entre conservadores y liberales, mutaron la expresión a la mordaz «*nine scorpions in a bottle*». A todo ello, se le añade el carácter vitalicio del nombramiento, que permite perpetuar las tesis del Tribunal a través de sus

¹¹³⁹ Cohen, F. S., *Transcendental nonsense and the functional approach... Op. Cit.*, p. 845.

¹¹⁴⁰ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography of Frankin D. Roosevelt*, Doubleday & Company, 1957, pp. 386-387:

At the far right were the four hard torios: Willis J. Van Devanter, Pierce Butler, James Clarck McReynolds y George Sutherland. At the far left were the three liberals: Harlan Fiske Stone, Louis Dembitz Brandeis, and Benjamin N. Cardozo. In the center were Owen J. Roberts and, above all, the Chief Justice, Charles Evans Hughes

longevos miembros. Como irónicamente afirmaba Duverger, el problema reside en que «un miembro del Tribunal Supremo no dimite nunca y raramente muere»¹¹⁴¹.

Una vez brevemente presentado contexto y protagonistas, adviértase que existe una imagen más elaborada de la situación, que permite comprender muy bien la relación entre la Presidencia y el Tribunal Supremo: la soledad del Presidente. Así, derivado de la concienzuda separación de poderes referida, se obtiene, al menos en el plano abstracto, un presidente aislado:

Difícilmente encontraremos hombre en la tierra más aislado [...] Para vigilarlo, dotamos el sistema con el más atento de los carceleros, el Tribunal Supremo [...] Para fustigarlo, el más incansable de los enemigos, el Congreso ¹¹⁴².

Bien es cierto que, durante los tres primeros años de la legislatura, ninguna medida federal (a excepción de la derogación del Gold Standard Act de 1900, acordada por el Congreso en 1933) se vio sometida al control judicial. Hasta el punto de que muchos confundieron esta inacción con una relajación en la aplicación y extensión de la doctrina *Lochner*. Cuando lo cierto es que nada quedaba más lejos de la realidad¹¹⁴³, por más que tanto el Tribunal como el Gobierno intentaran retrasar la confrontación¹¹⁴⁴.

Finalmente, en mayo de 1935, el Tribunal Supremo mostró su verdadera cara, aunque esta vez sin recurrir al proceso debido de la Decimocuarta Enmienda. Concretamente, el 6 de mayo, el Tribunal Supremo ofreció, de nuevo, una interpretación muy restrictiva de la cláusula constitucional del comercio interestatal, que atribuía al Congreso facultades sobre la materia, declarando contrario a la misma el sistema de pensiones obligatorio, aprobado para los trabajadores ferroviarios a nivel federal. Se trató del caso *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.* 295 U. S. 330 (1935).

Tres semanas más tarde, el 27 de mayo de 1935, en el denominado *Black monday* por los partidarios de Roosevelt, el Tribunal Supremo falló de forma unánime contra la administración Roosevelt en los casos *Humphrey's Executor v. United States*¹¹⁴⁵, *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*¹¹⁴⁶ y *Schechter Poultry Corp. v. United States*¹¹⁴⁷. Este último será el que se aborde en detalle.

¹¹⁴¹ Duverger, M., *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Ariel, 1980, pp. 351-352.

¹¹⁴² Faÿ, B., *Roosevelt et son Amérique...* *Op. Cit.*, pp. 201-202.

¹¹⁴³ Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court...*, *Op. Cit.*, p. 219: «By the time 1934 ended, the Court had thus provided strong evidence of a tendency to relax a variety of preexisting limitations on social and economic legislation. For anyone who thought the bad old days were over, however, 1935 was to serve a strong dose of cold water».

¹¹⁴⁴ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos...* *Op. Cit.*, p. 33.

¹¹⁴⁵ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

¹¹⁴⁶ *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U.S. 555 (1935).

¹¹⁴⁷ *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

En el caso *Schechter Poultry Corp.*, el Tribunal Supremo enjuiciaba la legalidad de un Código de Justo Comercio (*Code of fair competition*), de carácter federal, promulgado por el presidente para regular el precio, las condiciones laborales y de sanidad en la industria cárnica (pollería). El Presidente disponía de dicha facultad en virtud de la delegación de poderes contenida en el NIRA y aprobado por el Congreso. El Tribunal declaró entonces la inconstitucionalidad del código, en virtud de la excesiva delegación de poderes acordada por el Congreso en el Presidente, y sobre la base de un uso desmedido de las competencias federales en la regulación del comercio interestatal. A mayor abundamiento, el Tribunal decidió no detenerse en tal declaración, cuestionando el NIRA, como acto último que facilitaba dicho empoderamiento (*empowerment*) al Presidente. En última instancia, el National Industrial Recovery Act (NIRA) no superó el control de legalidad:

Para resumir y concluir este punto: la sección 3 de la Recovery Act carece de precedentes. No suministra estándares para ningún comercio, industria o actividad. No se compromete a prescribir normas de conducta que deban aplicarse a situaciones determinadas por un procedimiento administrativo apropiado. En lugar de prescribir reglas de conducta, autoriza la elaboración de códigos para prescribirlas. Para esa empresa legislativa, el § 3 no establece normas, más allá de la declaración de objetivos generales de rehabilitación, corrección y expansión descritos en la sección uno. Habida cuenta del alcance de esa amplia declaración, y de la naturaleza de las pocas restricciones que se imponen, la facultad del Presidente en la aprobación o prescripción de códigos y, por tanto, la promulgación de leyes para el gobierno del comercio y la industria en todo el país, es prácticamente irrestricta. Creemos que la facultad reglamentaria conferida es una delegación inconstitucional del poder legislativo¹¹⁴⁸.

Con lo cual, puede decirse que, de un plumazo, el Tribunal Supremo acabó con la mayor acción política de Roosevelt. Bien es cierto que el enfrentamiento no se limitaba a dos concepciones políticas o económicas enfrentadas –una más progresista y otra más

¹¹⁴⁸ A. L. A. *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935):

To summarize and conclude upon this point: Section 3 of the Recovery Act is without precedent. It supplies no standards for any trade, industry or activity. It does not undertake to prescribe rules of conduct to be applied to particular states of fact determined by appropriate administrative procedure. Instead of prescribing rules of conduct, it authorizes the making of codes to prescribe them. For that legislative undertaking, § 3 sets up no standards, aside from the statement of the general aims of rehabilitation, correction and expansion described in section one. In view of the scope of that broad declaration, and of the nature of the few restrictions that are imposed, the discretion of the President in approving or prescribing codes, and thus enacting laws for the government of trade and industry throughout the country, is virtually unfettered. We think that the code-making authority thus conferred is an unconstitutional delegation of legislative power.

conservadora—, sino a la propia idea de separación e independencia de poderes, lo cual requería un sistema de *checks and balances* efectivos. De forma tal que el TS entendía que la delegación de poderes contenida en el NIRA, otorgada por el Congreso al Presidente, rompía el equilibrio legislativo y concentraba en unas mismas manos un poder preocupante. De esta manera, el Tribunal Supremo al completo reconocía el riesgo, y los tres jueces liberales Brandeis, Cardozo y Stone se alineaban con la mayoría conservadora.

Cardozo¹¹⁴⁹ redactó entonces una opinión concurrente de suma elegancia según cabe apreciar en la nota donde se incorpora. Resultando revelador que quisiese concurrir, en lugar de ratificar la opinión general, más aún cuando cuatro meses antes, en el caso *Panama Refining Co. v. Ryan*¹¹⁵⁰ (7 de enero de 1935), había votado en contra de anular los poderes presidenciales otorgados por el Congreso en relación al comercio del petróleo. El cambio de opinión se produjo, fundamentalmente, ante el riesgo de convertir la delegación de facultades en regla general. A este respecto, repárese en que el Presidente cada vez encontraba nuevos motivos de justificación para su apoderamiento, desvirtuando así un proceso extraordinario, y con ello la provisionalidad de los poderes. De forma tal que, si las causas últimas podían resultar honestas (regular sectores en beneficio de una competencia justa, imponer condiciones de trabajo mínimas...), el cauce de actuación las convertía en inoportunas e inadecuadas («*Delegation in such circumstances is born of the necessities of the occasion*»). Mostrándose, además, el contenido de las facultades otorgadas como excesivo, cuando «lo excesivo no es esporádico o superficial, está bien asentado y arraigado». El Presidente, en definitiva, mediante la delegación del Congreso, había regulado la industria: «El código no se limita a la supresión de los métodos de competencia que se clasificarían como injustos según las normas comerciales o éticas aceptadas. Establece un amplio conjunto de reglas»¹¹⁵¹. Precisamente, Roosevelt

¹¹⁴⁹ Merece la pena reproducir la descripción del juez Cardozo realizada por J. Frank en Frank, Je., *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949, p. 236:

Sus palabras raramente (por no decir nunca) están equivocadas. Quiere terminar con toda mística legal. Querría que no solo los abogados, sino también los profanos, estudiaran la realidad de un proceso judicial, su humanidad esencial. Uno de los grandes jueces americanos, está a la vanguardia de quienes razonablemente afrontan las inevitables incertidumbres de la ley, la realidad de unas decisiones judiciales que crean Derecho.

¹¹⁵⁰ *Panama Refining Co. v. Ryan* 293 U.S. 388 (1935).

¹¹⁵¹ *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), Mr. Justice Cardozo, concurring: «The code does not confine itself to the suppression of methods of competition that would be classified as unfair according to accepted business standards or accepted norm of ethics. It sets up a comprehensive body of rules».

justificaba el carácter general y amplio de la norma por el interés de la industria, siendo el Presidente custodio e intérprete de dicho interés.

El problema radicaba en que los fantasmas contemporáneos de Europa no eran ajenos y asegurar el bienestar de la industria podía resultar un primer paso para promover el de una noción más abstracta, como la nación, sin hacer referencia a normas, tanto éticas como comerciales, que pudieran conocerse o predecirse previamente¹¹⁵². Adviértase que el NIRA había sido ya criticado por sus similitudes con la economía corporativista fascista¹¹⁵³, lo que agravaba los miedos de los magistrados.

Así las cosas, Cardozo tuvo en mente los poderes excepcionales que unos años antes, el 23 de marzo de 1933, un mermado Reichstag¹¹⁵⁴ entregó al canciller Adolf Hitler, mediante la aprobación de la vergonzosa ley habilitante *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* (ley para solucionar las urgencias del pueblo y la nación). En palabras del historiador del Derecho David Currie, «lejos de reflejar hostilidad hacia la regulación federal como tal, la decisión de delegación en Schechter fue un recordatorio saludable de la sabiduría de los Padres Fundadores»¹¹⁵⁵. Por su parte, en una lacónica y lamentablemente cierta reflexión, Cardozo sentenció la cuestión, «*delegation run riot*». En definitiva, aquellos fueron unos años de una paradójica rebelión contra la libertad¹¹⁵⁶.

Con todo, la oposición del Tribunal Supremo al Presidente llegó a su máxima intensidad unos meses después, en el caso *United States v. Butler*¹¹⁵⁷. En dicha sentencia, de 6 de enero de 1936, la mayoría del Tribunal (6-3) declaró inconstitucional el Agricultural Adjustment Act (AAA), aprobado por el Congreso por exceder sus facultades e invadir las competencias de los Estados. En este sentido, resulta muy interesante atender al voto particular del juez Stone, y es que, pocas opiniones disidentes

¹¹⁵² A. L. A. *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), Mr. Justice Cardozo, concurring: «to promote the welfare of the industry, if not the welfare of the nation, without reference to standards, ethical or commercial, that could be known or predicted in advance of its adoption».

¹¹⁵³ Feldman, N., *Scorpions... Op. Cit.*, p. 76.

¹¹⁵⁴ Todos los miembros parlamentarios del partido comunista, y 36 diputados demócratas, habían sido detenidos en aplicación del infame Decreto del incendio del Reichstag [Decreto del presidente del Reich para la Protección del pueblo y del estado / *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*]

¹¹⁵⁵ Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court...*, *Op. Cit.*, p. 219: «Far from reflecting hostility to federal regulation as such, the delegation decision in Schechter was a salutary reminder of the wisdom of the Framers».

¹¹⁵⁶ Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government... Op. Cit.*, p. 7:
Revolutions in our time, whether by Communists, Fascists, or Nazis, have not pretend to overthrow or moderate the power of the state over the individual, but, instead, have each aspired to concentrate in the state a more absolute power over every activity of life and leave nothing but tatters of the "rights of man".

¹¹⁵⁷ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

en la historia del Tribunal han sido tan vigorosas, o han estado tan cargadas de sentimiento como la que ofreció el juez Stone en el caso AAA¹¹⁵⁸. En dicha opinión disidente, Stone reivindicaba una consciencia judicial que tuviese un sentido de constrictión en las decisiones (*self-restraint*), limitándose a ejercer un control de legalidad estricto según el canon de constitucionalidad. En esencia, argumentó que el Tribunal no podía realizar juicios de valor sobre la ley (*wisdom*), al resultar cuestiones ajenas a su función. Los ecos de Holmes resonaban en la opinión de Stone y una forma de realismo jurídico se manifestaba en el Tribunal:

El poder de los tribunales para declarar una norma inconstitucional está sujeto a dos principios rectores de decisión que nunca deben estar ausentes de la conciencia judicial. Uno es que los tribunales solo deben preocuparse por el poder de promulgar leyes, no con su sabiduría. El otro es que, si bien el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno está sujeto al autocontrol judicial (*judicial restraint*), el único control sobre nuestro propio ejercicio de poder es nuestro sentido de autocontrol¹¹⁵⁹.

Stone acabó por afirmar que los tribunales no eran la única institución con capacidad para gobernar, recordando la célebre cita de Holmes en el caso Missouri, Kansas & Texas Ry. Co.¹¹⁶⁰: «Cabe que recordar que los legisladores son los últimos guardianes de las libertades y el bienestar de la gente en un grado tan grande como los tribunales».

A la vista de lo referido en relación al *black monday* (y al resto de los casos referidos y temporalmente cercanos), se podría concluir que surgió una contraposición judicial al centralismo del Presidente, partidario de un fuerte federalismo frente a los Estados de la Unión. También se cuestionaron las políticas sociales, como en la declaración de inconstitucionalidad de las normas que establecía las pensiones en beneficio de los trabajadores ferroviarios (Caso Railroad Retirement Board¹¹⁶¹). Respecto

¹¹⁵⁸ Perkins, D., *The new age of Franklin Roosevelt 1932-1945... Op. Cit.*, p. 45:

«Few dissents in the history of the Court have been so vigorous or so charged with feeling as that with Justice Stone rendered in the AAA case».

¹¹⁵⁹ United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936). Mr. Justice Stone, dissenting:

The power of courts to declare a statute unconstitutional is subject to two guiding principles of decision which ought never to be absent from judicial consciousness. One is that courts are concerned only with the power to enact statutes, not with their wisdom. The other is that, while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of the government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint. For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the courts, but to the ballot and to the processes of democratic government.

¹¹⁶⁰ Missouri, Kansas & Texas Ry. Co. v. May, 194 U.S. 267 (1904): «It must be remembered that legislators are the ultimate guardians of the liberties and welfare of the people in quite as great a degree as the courts».

¹¹⁶¹ Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co. 295 U.S. 330 (1935).

a la intervención federal o estatal para regular materias laborales, siguió prevaleciendo la doctrina Lochner, pero el Tribunal se mostraba cada vez más dividido entre liberales y conservadores. En cualquier caso, una frustrante paralización institucional apareció como un hecho incontestable¹¹⁶².

Detectándose asimismo que, una vez depurados los límites de las facultades presidenciales para garantizar una efectiva separación de poderes, el problema social permanecía sobre la mesa. Una vez abordado por los poderes ejecutivo y legislativo, la pelota había quedado en el tejado de un dividido Tribunal Supremo. Realmente, su división era la de América:

Para los conservadores la cláusula del «proceso debido» significaba que la regulación de los salarios y horas les privaba ilegalmente de su propiedad. Para los sindicalistas, la mención del bienestar significaba que era deber del Gobierno establecer y garantizar un bienestar mínimo; la regulación de los negocios, sostenían, formaba parte del proceso debido. Esta diferencia, tanto como cualquier otra, dividió a los conservadores de los progresistas en los Estados Unidos¹¹⁶³.

6.3 El salario mínimo del Estado de Nueva York

Durante los meses sucesivos y hasta las nuevas elecciones de noviembre de 1936, el Tribunal Supremo debió decidir el caso *Morehead v. Nueva York ex rel. Tiplado*¹¹⁶⁴, en el que, si bien la legislación de la administración Roosevelt no se cuestionaba directamente, el espíritu del New Deal se encontraba plenamente afectado: la posibilidad de regular condiciones laborales. El Estado de Nueva York aprobó una ley que fijaba un salario mínimo para las mujeres empleadas en determinadas industrias, en un momento

¹¹⁶² Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography of Franklin D. Roosevelt*, Doubleday & Company, 1957, p. 389: «Any attempted limitation on industrial or commercial activity was either not “interstate commerce” or it was the taking of property “without due process of law”. By the first test, federal regulation was prohibited; by the second, the states were unable to act. Between the two nothing could be done».

¹¹⁶³ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography of Franklin D. Roosevelt*, Doubleday & Company, 1957, p. 390:

To the conservatives the “due process” clause meant that the regulation of wages and hours illegally deprived them of property. To the unionist the mention of welfare meant that it was the duty of the government to establish and protect a minimum well-being; regulation of business, they contended, was due process. This difference, as much as any other, divided conservatives from progressives in the United States.

¹¹⁶⁴ *Morehead v. New York ex rel. Tiplado*, 298 U.S. 587 (1936).

en el que 17 Estados de la unión, y 21 países en el mundo, habían aprobado leyes parecidas¹¹⁶⁵.

Así las cosas, la ley del Estado de Nueva York se sometía al control de constitucionalidad del Tribunal Supremo y hasta seis Estados presentaron alegaciones en favor de la legalidad de norma, en calidad de *amici curiae*: Connecticut, Illinois, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey y Rhode Island. De nuevo, el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de la norma por regular contraria al derecho a un proceso debido contenido en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución¹¹⁶⁶. Con lo cual, el Tribunal recuperaba sin ambages el caso *Adkins*¹¹⁶⁷ reanimando, a su vez, la doctrina *Lochner*, que reaparecía contundentemente a mediados de 1936:

el derecho a contratar forma parte de la libertad protegida por la cláusula del proceso debido. Encontrándose dentro de esta libertad se encuentran las disposiciones de los contratos entre el empleador y el empleado que fijan los salarios a pagar. De manera que, al celebrar contratos de trabajo, en términos generales, las partes tienen el mismo derecho a obtener de la otra parte las mejores condiciones posibles mediante la negociación privada. Y de forma también que la limitación legislativa de esa libertad solo puede justificarse por la existencia de circunstancias excepcionales. La libertad de contrato es la regla general, y su restricción la excepción¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), Mr. Justice Stone, dissenting.

¹¹⁶⁶ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936):

And in each case, being clearly of opinion that no discussion was required to show that, having regard to the principles applied in the Adkins case, the state legislation fixing wages for women was repugnant to the due process clause of the Fourteenth Amendment, we so held and, upon the authority of that case, affirmed per curiam the decree enjoining its enforcement. It is equally plain that the judgment in the case now before us must also be affirmed.

¹¹⁶⁷ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936):

Upon the face of the Act, the question arises whether the state may impose upon the employers state-made minimum wage rates for all competent experienced women workers whom they may have in their service. That question involves another one. It is whether the State has power similarly to subject to state-made wages all adult women employed in trade, industry, or business other than house and farm work. These were the questions decided in the Adkins case. So far, at least, as concerns the validity of the enactment under consideration, the restraint imposed by the due process clause of the Fourteenth Amendment upon legislative power of the State is the same as that imposed by the corresponding provision of the Fifth Amendment upon the legislative power of the United States.

¹¹⁶⁸ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936):

The right to make contracts about one's affairs is a part of the liberty protected by the due process clause. Within this liberty are provisions of contracts between employer and employee fixing the wages to be paid. In making contracts of employment, generally speaking, the parties have equal right to obtain from each other the best terms they can by private bargaining. Legislative abridgement of that freedom can only be justified by the existence of exceptional circumstances. Freedom of contract is the general rule, and restraint the exception.

En suma, más de treinta años después, la doctrina Lochner continuaba amenazando una precaria legislación laboral. A este respecto, el Juez Butler, encargado de la redacción del voto mayoritario, insistió en que la decisión tenía una afcción general, que alcanzaba a las leyes laborales reguladoras del salario mínimo: «la legislación estatal que fija los salarios de las mujeres resulta contraria a la cláusula del proceso debido de la Decimocuarta Enmienda»¹¹⁶⁹. Sin embargo, la contundencia del Juez Butler no se acompañaba de razonamiento justificativo alguno. Por lo que se desconoce si la inconstitucionalidad de esta ley se debía a que los objetivos perseguidos no eran legítimos o, aun siéndolos, los medios utilizados en su consecución no resultaron apropiados¹¹⁷⁰.

En esta ocasión, la mayoría del Tribunal disminuía de un 6-3 a un 5-4: el Presidente Hughes vacilaba. Si bien no compartió la opinión disidente de los tres liberales (Brandeis, Cardozo y Stone), redactó un voto particular contrario a la mayoría, con un planteamiento inicial rotundo: «No puedo encontrar nada en la Constitución que deniegue al Estado el poder de proteger a las mujeres de ser explotadas frente al abuso de los empleadores que niegan un salario justo como se define en la ley de Nueva York»¹¹⁷¹. En el otro voto particular, Stone –de forma triste y bella– afirmó que se produce una «oscura ironía» al hablar de libertad de contratación de quienes, debido a la necesidad económica, entregan su trabajo «por menos de lo indispensable para mantener cuerpo y alma unidos»¹¹⁷².

Conviene, en definitiva, reparar en que las referidas opiniones disidentes, así como la reducción de la mayoría conservadora, muestran como el cambio de mentalidad americano estaba llegando al Tribunal. Y en que, a fin de cuentas, la libertad individual americana ya no se conceptuaba como un valor absoluto, sino que podía someterse a determinados derechos sociales. La opinión disidente de Stone (seguida por Brandeis y Cardozo) explicó pragmáticamente que, si los efectos sobre las decisiones individuales alcanzaban a la sociedad, dichas decisiones difícilmente podían considerarse individuales:

¹¹⁶⁹ Morehead v. New York ex rel. Tiplado, 298 U.S. 587 (1936):

[...] the state legislation fixing wages for women was repugnant to the due process clause of the Fourteenth Amendment.

¹¹⁷⁰ Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court...*, Op. Cit., p. 232.

¹¹⁷¹ Morehead v. New York ex rel. Tiplado, 298 U.S. 587 (1936), Mr. Chief Justice Hughes, dissenting: *I can find nothing in the Federal Constitution which denies to the state the power to protect women from being exploited by overreaching employers through the refusal of a fair wage as defined in the New York statute and ascertained in a reasonable manner by competent authority.*

¹¹⁷² Morehead v. New York ex rel. Tiplado, 298 U.S. 587 (1936), Mr. Justice Stone, dissenting.

Hemos tenido la oportunidad de percibir más claramente que un salario insuficiente para sustentar al trabajador no provoca consecuencias únicamente sobre él; que pueda afectar profundamente a toda la estructura económica de la sociedad y, en todo caso, que traspasa a todos los contribuyentes, y al propio gobierno, la carga de resolver los problemas de la pobreza, la subsistencia, la salud y la moral de un gran número en la comunidad. Debido a su naturaleza y alcance, estos son problemas públicos. Una generación atrás, el individuo debía resolverlos; hoy son una carga que corresponde a la nación¹¹⁷³.

Sin embargo, la mayoría conservadora todavía marcaba el rumbo del Tribunal, y, por ende, de la sociedad americana. Roosevelt no iba a esperar un cambio natural de la doctrina del Supremo, los americanos progresistas habían tenido suficiente y empezó a crecer entre ellos el sentimiento de «*something must be done*»:

[...] tal y como estaba la situación actual, a los trabajadores se les había negado la legislación laboral, a los agricultores ayudas y rescate, y el sistema de seguridad social había sido puesto en peligro por la prohibición de los regímenes de pensiones obligatorios¹¹⁷⁴.

Pese a todo, ante la inminencia de las nuevas elecciones, Roosevelt decidió ser paciente.

6.4 Court Packing

En noviembre de 1936, el New Deal no se había completado y Roosevelt concurre a unas segundas elecciones con su credibilidad puesta en duda. Su programa y acción política habían sido sometidos a un estricto control de constitucionalidad, férreo escrutinio del Tribunal Supremo del que no salió bien parado. Con todo, finalmente, ganó la contienda electoral, renovando su mandato con una diferencia de votos nunca antes vista.

Tras la reelección presidencial, centró todos sus esfuerzos en garantizar la efectividad de las normas aprobadas. Para ello, señaló abiertamente al Tribunal Supremo. Así, el 5 de febrero de 2017, lanzó un mensaje al Congreso para reorganizar el poder

¹¹⁷³ Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936), Mr. Justice Stone, dissenting: *We have had opportunity to perceive more clearly that a wage insufficient to support the worker does not visit its consequences upon him alone; that it may affect profoundly the entire economic structure of society and, in any case, that it casts on every taxpayer, and on government itself, the burden of solving the problems of poverty, subsistence, health, and morals of large numbers in the community. Because of their nature and extent, these are public problems. A generation ago, they were for the individual to solve; today they are the burden of the nation.*

¹¹⁷⁴ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography... Op. Cit.*, p. 391: «As the situation was now, workers had been refused labor legislation, farmers had been denied relief, and the Social Security System had been put in jeopardy by the prohibition against compulsory pension schemes».

judicial¹¹⁷⁵. Un mes después, el 9 de marzo¹¹⁷⁶, utilizó deliberadamente la radio como medio de difusión masivo, para explicar su propuesta¹¹⁷⁷. La radio representaba, al mismo tiempo, un elemento popular y moderno que marcaba, a las claras, las diferencias con un Tribunal anquilosado y aislado. De esta manera, Roosevelt hacía público el problema, retornando la soberanía final a un pueblo americano que situaba como guardián último de los guardianes constitucionales.

En un discurso directo, con una exposición de hechos franca y sin ambages, explicó su pensamiento político, cómo entendía la Constitución americana, la separación de poderes y el papel del Tribunal Supremo:

Quiero –como todos los estadounidenses quieren– un poder judicial independiente propuesto por los padres fundadores de la Constitución. Eso significa un Tribunal Supremo que hará cumplir la Constitución al pie de la letra, que se negará a enmendar la Constitución por el ejercicio arbitrario del poder judicial –en otras palabras, por que lo diga así el poder judicial–. No significa que un poder judicial sea tan independiente que pueda negar la existencia de hechos universalmente reconocidos¹¹⁷⁸.

Se trataba de la primera alocución radiofónica a la nación tras ganar las segundas elecciones, con un discurso de un valor simbólico innegable. Cuando hablaba por la radio, la nación se detenía.

Cuatro años antes, en el mismo mes de marzo, hablando para la nación por primera vez desde la Casa Blanca, comenzó a ganarse el derecho a un segundo mandato¹¹⁷⁹. Ahora, su New Deal, quizás la reforma política más ambiciosa planteada por ningún presidente americano en la historia, se había visto paralizada o en riesgo continuo de inaplicación por las constantes interferencias del Tribunal Supremo. Gobierno y Congreso habían actuado conjuntamente y las reformas estaban aprobadas. Si bien la

¹¹⁷⁵ Roosevelt, F. D., *Message to Congress on the Reorganization of the Judicial Branch of the Government, February 5, 1937*, The American Presidency Project. *Online access*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15360>. Consultado: 16/12/2016.

¹¹⁷⁶ Roosevelt, F. D., *Fireside Chat*, 9 de marzo 1937, The American Presidency Project. *Online access*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=15381>. Consultado: 11/12/2016.

¹¹⁷⁷ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos*. Oikos-tau, 1971, p. 33: «(Roosevelt) mantendrá el contacto con el pueblo mediante conferencias de prensa y, más directamente, mediante "charlas en torno al hogar" radiadas».

¹¹⁷⁸ Roosevelt, F. D., *Fireside Chat... Op. Cit.:*

I want –as all Americans want– an independent judiciary as proposed by the framers of the Constitution. That means a Supreme Court that will enforce the Constitution as written, that will refuse to amend the Constitution by the arbitrary exercise of judicial power –in other words by judicial say-so. It does not mean a judiciary so independent that it can deny the existence of facts which are universally recognized.

¹¹⁷⁹ Perkins, D., *The new age of Franklin Roosevelt 1932-1945... Op. Cit.*, p. 8: «His radio addresses, his "fireside chats", a feature of his administration were delivered in a warm and vibrant voice that breathed confidence in the future and arrested and held the attention of his listeners».

mayoría quedaron en papel mojado, invalidadas por un Tribunal Supremo convertido *de facto* en un contrapoder político. Otros presidentes rehuyeron la confrontación, tal vez pensaron que las medidas podían esperar, o que salvaguardar el funcionamiento institucional, garantizando una efectiva separación de poderes, ajena a cierto grado de interferencias políticas, era un bien mayor. Incluso pudo pensarse también que el Tribunal modificaría su parecer. Al final y al cabo, dos votos particulares de peso pendían sobre la doctrina Lochner desde sus inicios. Uno de ellos, además, estaba adquiriendo una dimensión histórica, algo que quizás su autor adivinó y tal vez anticipara en la propia redacción. Así, el voto particular de Holmes era un daño a la autoridad de Lochner desde el comienzo y, ahora, con el realismo jurídico en plena expansión, podía servir de base a una futura revocación.

Ciertamente, hacía tiempo que el Tribunal Supremo no decidía los asuntos concernientes al control legislativo unánimemente o por amplias mayorías. Sucediendo además que, Stone, Brandeis, Cardozo no solo eran jueces proclives al cambio, sino tres de los mejores juristas de la historia americana que coincidían en su parecer acerca de las facultades de regulación federales y estatales.

Roosevelt sopesó todos los elementos. Iniciaba un segundo mandato, donde las promesas del primero se habían convertido en leyes y, desgraciadamente, a su vez, las leyes en polvo de escritorio. Había sido paciente y corría el riesgo de haber esperado demasiado, un mandato entero con muchos odios granjeados y la incertidumbre de las nuevas elecciones. Cuatro años atrás –afirmó entonces el Presidente– no se pasó a la acción hasta el último momento y fue prácticamente demasiado tarde. Aún más, era sabedor de la necesidad de las reformas, ante una crisis devastadora cuyos efectos y desigualdades se habían prolongado:

Si aprendimos algo de la depresión, no nos permitiremos dar vueltas en nuevos círculos de discusión y debate fútiles, siempre posponiendo el día de la decisión. El pueblo estadounidense ha aprendido de la depresión. Porque en las últimas tres elecciones nacionales una abrumadora mayoría de ellos votaron un mandato para que el Congreso y el Presidente comenzasen la tarea de proporcionar esa protección –no después de largos años de debate, sino ahora—¹¹⁸⁰.

¹¹⁸⁰ Roosevelt, F. D., *Fireside Chat... Op. Cit.:*

If we learned anything from the depression we will not allow ourselves to run around in new circles of futile discussion and debate, always postponing the day of decision. The American people have learned from the depression. For in the last three national elections an overwhelming majority of them voted a mandate that the Congress and the President begin the task of providing that protection –not after long years of debate, but now.

Se encontraba convencido además de que el camino emprendido era el correcto: la recuperación económica era un hecho tras los cuatro primeros años de mandato. La social y la humana distaba mucho de serlo: «Quiero hablar con ustedes sencillamente sobre la necesidad de actuar en esta crisis, la necesidad de hacer frente al reto, sin respuesta, de un tercio de la nación mal alimentada, mal vestida y mal alojada»¹¹⁸¹. Por otro lado, confiar en el cambio de criterio judicial era confiar en los astros: los jueces podían servir a perpetuidad y el Tribunal Supremo no se renovaba. Por transcurso del tiempo acabaría ocurriendo, pero no tenía por qué suceder durante su mandato. Es más, los jueces se hacían mayores y el conservadurismo de la mayoría decisiva no iba a cambiar con los años. Por otra parte, la confianza en la renovación natural tampoco garantizaba el cambio en la mayoría, el orden de sucesión natural podía afectar a los liberales: Brandeis era el juez de más edad, Stone estaba enfermo¹¹⁸². Así las cosas, se propuso intentar modificar la composición del Tribunal.

Los opositores calificaron la reforma como *court packing*. El alcance y significado de la expresión resulta de difícil de delimitación, pero las connotaciones no eran nada positivas. El propio Roosevelt se preguntaba por este nuevo concepto: «¿Qué quieren decir con el término “*packing the Court*”?». Una traducción fiel podría ser «empacar el Tribunal», en el sentido de colocar u ordenar convenientemente las cosas (empaquetar en el sentido establecido por la Real Academia de la Lengua Española). La genialidad de Roosevelt consistió en asumir dicho concepto matizando el contenido y desechando sus aspectos negativos.

Si con la expresión «*packing the Court*» se infiere que deseo poner en el estrado a títeres sumisos que hagan caso omiso de la ley y decidan casos concretos como yo deseara que se decidieran, yo les respondo que ningún presidente designaría, y ningún senado de honorables hombres confirmaría ese tipo de nombramientos al Tribunal Supremo. No obstante, si con esta expresión se infiere que designaré, y el Senado confirmará, jueces merecedores de sentarse junto a los actuales miembros del tribunal, que entiendan las condiciones modernas, que nombraré jueces que actúen como jueces y no como legisladores, si la designación de estos magistrados puede denominarse como *packing the Courts*, entonces yo, y conmigo una gran mayoría del pueblo americano, estaremos a favor de hacerlo ahora¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ Roosevelt, F. D., *Fireside Chat... Op. Cit. Online access*: «I want to talk with you very simply about the need for present action in this crisis –the need to meet the unanswered challenge of one-third of a Nation ill-nourished, ill-clad, ill-housed».

¹¹⁸² Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 156.

¹¹⁸³ Roosevelt, F. D., *Fireside Chat... Op. Cit.*:

De esta manera, el discurso del 9 de marzo de 1937 fue conocido popularmente como *On Court-packing*. Si bien, como se observará, las cosas no acabaron de salir como Roosevelt esperaba. Primeramente, este discurso generó un debate público sin precedentes, que acabó normalizando el proceso de nominación de los magistrados al Tribunal Supremo. Adviértase que la politización en la nominación resultaba innegable, al hacer recaer la elección en el Presidente y su confirmación por el Senado (*advice and consent*), «sin exigencia de titulación especial jurídica ni de otra índole»¹¹⁸⁴. De igual manera, se aceptaba una intromisión amplia, que alcanzase una idea de país compartida entre políticos y magistrados. Pese a todo ello, Roosevelt no quería *marionetas* en manos del poder ejecutivo, y supo marcar unos límites claros: el Presidente no debía, a través de la designación de los candidatos, imponer anticipadamente resoluciones concretas sobre casos futuros. Para entender el matiz resulta interesante acudir a las consideraciones que, varias décadas más tarde, realizó el entonces abogado general Robert F. Kennedy, tras la nominación del juez White, por elección de su hermano el presidente John F. Kennedy, donde se aprecia una idea compartida acerca de la nominación de los jueces:

Quieres a alguien que generalmente esté de acuerdo contigo sobre qué papel debe desempeñar el gobierno en la vida estadounidense, sobre qué papel debe tener el individuo en la sociedad. No piensas en cómo votaría en un caso concreto de *reapportionment* o en un caso penal. Quieres a alguien que, en el largo plazo, pienses que acabará haciendo lo que creías que era lo mejor. Quieres a alguien que coincida generalmente con tu visión del país¹¹⁸⁵.

En suma, la maniobra de Roosevelt fue sutil pero contundente. Sutil porque decidió incidir en la cuestión ejerciendo una competencia del Congreso indiscutible, vía

If by that phrase «packing the Court» it is charged that I wish to place on the bench spineless puppets who would disregard the law and would decide specific cases as I wished them to be decided, I make this answer: that no President fit for his office would appoint, and no Senate of honorable men fit for their office would confirm, that kind of appointees to the Supreme Court. But if by that phrase the charge is made that I would appoint and the Senate would confirm Justices worthy to sit beside present members of the Court who understand those modern conditions, that I will appoint Justices who will not undertake to override the judgment of the Congress on legislative policy, that I will appoint Justices who will act as Justices and not as legislators – if the appointment of such Justices can be called «packing the Courts»—then I say that I and with me the vast majority of the American people favor doing just that thing—now.

¹¹⁸⁴ Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros...* Op. Cit., p. 222.

¹¹⁸⁵ Clayton, J. E., *The Making of Justice: The Supreme Court in Action*. DUTTON & CO, 1964, p. 52: *You wanted someone who generally agreed with you on what role government should play in American life, what role the individual in society should have. You didn't think about how he would vote in a reapportionment case or criminal case. You wanted someone who, in the long run, you believe would be doing what you thought was best. You wanted someone who agreed generally with yours views of the country.*

reforma legislativa federal y aparentemente neutra¹¹⁸⁶. La reforma proponía una edad de jubilación de los jueces no obligatoria (70 años) y, alcanzada dicha edad, la renovación de los puestos judiciales en caso de jubilación o, en el supuesto de continuidad, la elección de un nuevo juez adscrito al mismo Tribunal¹¹⁸⁷. Todo ello con un alcance general al afectar al ámbito federal, que incluía no solo al Tribunal Supremo sino a tribunales de instancias inferiores. Sin que tampoco supusiera, como bien recordó el propio Roosevelt¹¹⁸⁸, un uso desmedido o extraordinario de las facultades legislativas del Congreso dado que, hasta en cinco administraciones presidenciales distintas, se abordaron cuestiones concernientes a la composición y estructura de los tribunales federales. Así, bajo la presidencia de John Adams, Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abraham Lincoln y Ulysses S. Grant, el Tribunal modificó su composición¹¹⁸⁹.

Por otro lado, la actuación fue contundente ya que en ningún momento se ocultó la problemática de fondo¹¹⁹⁰. El activismo judicial del Tribunal Supremo se había convertido en una preocupación política y Roosevelt manifestó sin paliativos el conflicto. En resumidas cuentas, quiso exteriorizar el problema:

¹¹⁸⁶ Stephenson, G., «Introduction: The Supreme Court in American Government», *An Essential Safeguard. Essays on the United States Supreme Court and its Justices* (ed. D. Grier Stephenson). Greenwood Press, 1991, p. 6:

Congress may also change the size of the Court, but only prospectively. Between 1789 and 1869, Congress changed the number of Justices from six to five, six to seven, seven to nine, nine to ten, ten to seven, and seven to nine—each time with an eye to influencing the Court’s constitutional jurisprudence. This authority was the heart of President Franklin Roosevelt’s “Court Packing” proposal in 1937, which would have enlarged the bench of a maximum of fifteen. Congress never adopted the plan but the Court changed its interpretation of the Constitution to uphold the President’s New Deal program.

¹¹⁸⁷ Feldman, N., *Scorpions... Op. Cit.*, pp. 106-114.

¹¹⁸⁸ Roosevelt, F. D., *Message to Congress... Op. Cit.*

¹¹⁸⁹ Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government... Op. Cit.*, pp. 10, 26:

The political branches also from time to time may alter the number of Justices, and that power was used to influence the course of decision several times before it was again proposed by President Roosevelt... The Court has been sharply attacked by the Presidents Jefferson, Jackson, Lincoln and both Roosevelts. Yet no substantial sentiment exists for any curtailment of the Court’s power. Even President Roosevelt in the bitterest conflict with judicial power in our history suggested only change in the Court’s composition, none in its constitutional prerogatives.

Abraham, H. J., «Can Presidents Really Pack the Supreme Court?», en *An Essential Safeguard. Essays on the United States Supreme Court and its Justices*, ed. D. Grier Stephenson, Greenwood Press, 1991, p. 44:

«It is not surprising that Court packing and the name of President Roosevelt have become synonymous. Yet even such popular heroes as Jefferson, Jackson, and Lincoln followed similar courses of action in the face of what they consider “judicial intransigence and defiance”».

A este respecto, también Warren, C., *The Supreme Court in the United States History*, Little, Brown, and Company, 1922.

¹¹⁹⁰ Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court..., Op. Cit.*, p. 235.

El Tribunal ha estado actuando no como un órgano judicial, sino como un órgano legislativo.

Cuando el Congreso buscaba estabilizar la agricultura nacional, mejorar las condiciones laborales, salvaguardar los negocios frente a la competencia desleal, proteger nuestros recursos nacionales, y de muchas otras maneras, servir a nuestras necesidades claramente nacionales, la mayoría del Tribunal ha estado asumiendo el poder de decidir sobre la prudencia de estos actos del Congreso —y aprobar o desaprobar la política pública escrita en estas leyes—.

Esa no es solo mi acusación. Es la acusación de los más distinguidos jueces de la actual Corte Suprema¹¹⁹¹.

La reforma pretendida suponía una interferencia en la independencia y separación del poder judicial que cuestionaba directamente su autoridad. A los ojos de la administración Roosevelt, el Tribunal actuaba como un contralegislador, invalidando cualquier norma impulsada por el ejecutivo y aprobada por el poder parlamentario¹¹⁹². Paralizaba el buen funcionamiento del gobierno e imponía una visión constitucional que la sociedad había rechazado por dos veces, en dos elecciones presidenciales sucesivas. En realidad, la problemática de fondo resultaba todavía más preocupante, al constatarse un Tribunal cada vez más alejado del pensamiento social prevalente en el país¹¹⁹³.

El dilema entre lo coyuntural, la reforma política inminente, y lo estructural, la salvaguarda institucional, estaba en juego:

Que tal proyecto era constitucional, en el sentido estricto del término, pocos podían cuestionarlo, ya que el derecho del Congreso a fijar el número de miembros del Tribunal había sido reconocido hacía mucho tiempo. Pero, ¿existían consideraciones más profundas?

¹¹⁹¹ Roosevelt, F. D., *Fireside Chat... Op. Cit. Online access:*

[...] since the rise of the modern movement for social and economic progress through legislation, the Court has more and more often and more and more boldly asserted a power to veto laws passed by the Congress and State Legislatures in complete disregard of this original limitation.

In the last four years the sound rule of giving statutes the benefit of all reasonable doubt has been cast aside. The Court has been acting not as a judicial body, but as a policy-making body.

When the Congress has sought to stabilize national agriculture, to improve the conditions of labor, to safeguard business against unfair competition, to protect our national resources, and in many other ways, to serve our clearly national needs, the majority of the Court has been assuming the power to pass on the wisdom of these acts of the Congress - and to approve or disapprove the public policy written into these laws.

That is not only my accusation. It is the accusation of most distinguished justices of the present Supreme Court.

¹¹⁹² Roosevelt, F. D., *Fireside Chat... Op. Cit. Online access:*

The Court in addition to the proper use of its judicial functions has improperly set itself up as a third house of the Congress —a super-legislature, as one of the justices has called it— reading into the Constitution words and implications which are not there, and which were never intended to be there.

¹¹⁹³ Fairman, C., *American Constitutional Decisions... Op. Cit.*, p. 320.

¿Era realmente deseable reformar el Tribunal y socavar su independencia como resultado de una victoria política? O, a la larga, ¿creó tal acción más problemas de los que resolvió?¹¹⁹⁴.

Efectivamente, de aprobarse la medida, el Tribunal no volvería a ser el mismo. Bastaría una dilución de los votos obstruccionistas para cambiar el sentido de las decisiones mayoritarias. A cambio, la legitimidad del Tribunal, que corre en paralelo a su independencia, se debilitaría hasta el extremo de terminar perdiendo su función originaria, como contrapeso dentro del sistema.

7. PARRISH FRENTE AL WEST COAST HOTEL

En los años treinta, Elsie Parrish trabajaba para uno de los hoteles de la compañía West Coast, en el estado de Washington. Camarera de habitación, ganaba menos del salario mínimo profesional establecido para dicho Estado, sin que dicha cuantía fuera, *per se*, excesivamente generosa. Decidió entonces reclamar las diferencias salariales y, con una fuerte convicción, llevó su petición a los tribunales.

El Hotel West Coast se opuso, reconociendo, como punto de partida, que efectivamente el salario abonado era menor al mínimo contemplado en ley estatal de 1913, que regulaba el salario mínimo para las mujeres¹¹⁹⁵. ¿Cómo había sobrevivido esta ley, una de las más antiguas en materia de regulación salarial, durante 23 años en plena era Lochner, resulta un misterio¹¹⁹⁶? Respecto al salario, se decía que ningún trabajador debía ganar por debajo de la cuantía que le permitiera subsistir, remitiendo la concreción a comisiones de expertos bajo supervisión estatal. Así, la Industrial Welfare Committee and Supervisor of Women in Industry había cuantificado el límite en 14,5 dólares/semana por 48 horas de trabajo. Subsistir con menos de 14,5 dólares a la semana resultaba una cuestión de equilibrio imposible. Sin embargo, el contrato de trabajo firmado entre Parrish y el Hotel West Coast era muy claro al fijar una retribución menor. La trabajadora había aceptado y las partes tenían una libertad de contratación constitucionalmente reconocida.

¹¹⁹⁴ Perkins, D., *The new age of Franklin Roosevelt 1932-1945... Op. Cit.*, p. 8:

That such a project was constitutional in the narrow sense of the term few could question, for the right of Congress to fix the size of the Court had long been recognized. But were the deeper considerations involved? Was it fundamentally desirable to reshape the Court and to undermine its independence as a result of a political victory? Or in the long view, did such action create more problems than it solved?

¹¹⁹⁵ Minimum Wages for Women Act, Laws, 1913, c. 174; Remington's Rev.Stats., 1932, § 7623 et seq.

¹¹⁹⁶ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 158.

Así las cosas, a mediados de diciembre de 1936, dos meses antes del discurso radiofónico de Roosevelt, el Tribunal se reunía para deliberar el caso West Coast¹¹⁹⁷. Apenas tres semanas después del mensaje retransmitido a la nación, el 29 de marzo, un Tribunal Supremo, fuertemente dividido y amenazado con ampliar su composición clásica de nueve miembros, dictó sentencia.

El Tribunal Supremo cambiará entonces la doctrina Lochner por un ajustadísimo resultado de cinco votos frente a cuatro¹¹⁹⁸. El Juez Roberts, quien se había alineado con la mayoría conservadora desde su nombramiento, emitió su voto en sentido contrario y con él la decisión mayoritaria cambió de signo: «*The switch in time that saved the nine*». El Tribunal se revocó a sí mismo y modificó la doctrina jurídica respecto a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Finalmente, los derechos laborales amparados por las nuevas leyes encontraban el ansiado amparo constitucional.

Desde un análisis estrictamente temporal, bien es cierto que, tanto la publicación de la sentencia del caso West Coast Hotel (29 de marzo), como probablemente su votación, fueron anteriores al mensaje presidencial al Congreso de 5 de febrero¹¹⁹⁹. En todo caso, la reforma en la composición y número del Tribunal fue anunciada por el ejecutivo tras valorar previamente una posible enmienda constitucional. De esta manera, informes técnicos previos hubieron debido ser solicitados en ambos casos y Roosevelt, estrategia consumado, tantearía, con considerable antelación a la toma de la decisión, tanto a los miembros de su partido como a cierta minoría republicana (dada la necesidad de mayorías cualificadas para la aprobación de la posible enmienda). En definitiva, que el *court packing* no se hiciese público no impide que no fuera conocido por los magistrados. A estos efectos, la cercanía física entre la Casa Blanca y la sede del Tribunal Supremo, así como la coincidencia en posibles actos (públicos o privados) de miembros del Ejecutivo y del Tribunal, o del círculo común compartido entre integrantes del Ejecutivo y del Tribunal, dan buena cuenta de la porosidad de la información. Hasta cabría

¹¹⁹⁷ West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

¹¹⁹⁸ Eliasoph, I. H., «A "switch in time" for the european community?... *Op. Cit.*, pp. 474-475: *A sharply divided Court invalidated a number of these acts on the grounds that the Congress exceeded its commerce powers. Morehead v. New York ex rel Tiplado, the Court also again invalidated a state employment law on grounds of substantive due process. Inter-branch acrimony came to a head in 1937 when Roosevelt threatened to change the Court's composition by adding a number of additional justices to the bench. Under this shadow, the Supreme Court radically reversed course in West Coast Hotel Co. v. Parrish, which upheld the constitutionality of a Washington state minimum wage law for women, a law strikingly similar to the one struck down a year prior in Morehead.*

¹¹⁹⁹ Roosevelt, F. D., *Message to Congress... Op. Cit.*

contemplar la posibilidad de que la fecha de publicación de la sentencia del caso West Coast Hotel no resulte accidental, sino cuidadosamente elegida por el Juez Presidente Hughes para anticiparse a Roosevelt y dejar su reforma vacía de contenido.

No obstante, considerar que el cambio del Tribunal Supremo fue un movimiento de autoprotección –«*The swicht in time that saved the nine*»– podría parecer también reduccionista. El Tribunal Supremo empezó el cambio con el caso Morehead¹²⁰⁰, el 1 de junio de 1936, cuando el Juez Presidente Hughes dejó clara su posición al separarse de la mayoría conservadora, enviando un mensaje a la sociedad de cambio de tiempo. Asimismo, existió otro precedente posterior a Morehead y anterior al caso West Coast, que ha pasado generalmente desapercibido, posiblemente dada la ausencia de una decisión expresa, y que indicaba un cambio de tendencia previo en el Tribunal. Se trataba del caso Andrews¹²⁰¹, de 23 de noviembre de 1936, fallado dos meses antes del discurso de Roosevelt. En dicho caso, el Tribunal Supremo debió decidir acerca de la constitucionalidad del New York Unemployment Compensation Act¹²⁰². Con el juez Stone ausente por enfermedad, parecía que iba a prevalecer más claramente la mayoría conservadora y, sin embargo, el resultado fue cuatro votos a cuatro. Así las cosas, el Tribunal no pudo expresar una opinión al no conformarse la mayoría necesaria y, por lo tanto, no se redactó decisión alguna¹²⁰³. La resolución de la Corte de Apelación de Nueva York, que confirmaba el New York Unemployment Compensation Act, se mantuvo con un lacónico «*Affirmed by an equally divided court*». Ante la falta de decisión escrita sobre el fondo del asunto, algunos advirtieron que algo más importante había sucedido: ¿Quién, entre los conservadores, había cambiado su voto? ¿Se mantendría este cambio a futuro? ¿Por qué se produjo?

Si bien el caso Morehead había ya colmado el vaso y unió a los demócratas y republicanos en una misma indignación¹²⁰⁴. Las opiniones del irreductible núcleo conservador del Tribunal no se sostenían más. En este sentido, baste referir las palabras

¹²⁰⁰ Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936).

Curtis, C. P., *Lions under the throne...* Op. Cit., p. 161.

¹²⁰¹ Chamberlain v. Andrews, 299 U.S. 515, 1936.

¹²⁰² Laws of 1935, ch. 468; Labor Law, art. 18; Cons. Laws, ch. 31.

¹²⁰³ Curtis, C. P., *Lions under the throne...* Op. Cit., p. 156.

¹²⁰⁴ Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government...* Op. Cit., p. 68:

The history of judicial nullification of state social and economic legislation is too well known to justify repetition here. It came to its culmination when the Court wound up the October 1935 Term by declaring that there was no power in either state or nation to enact a minimum wage law, a position repudiated by the conventions of both political parties.

del candidato republicano a las elecciones de 1936, Alf Landon, tras la Convención del Partido Republicano del 9 al 12 de junio, y una vez publicada la decisión del caso Morehead:

Espero que la opinión de la Convención sea correcta en cuanto a que los objetivos que tiene en mente puedan alcanzarse dentro de la Constitución en su forma actual. Pero, si esa opinión resultara ser errónea, quiero que sepan que, si soy elegido, estaré a favor de una enmienda constitucional que permita a los estados adoptar la legislación que sea necesaria para proteger adecuadamente a las mujeres y a los niños en materia de horas máximas, salarios mínimos y condiciones de trabajo¹²⁰⁵.

No obstante, un crítico pueblo americano todavía respetaba profundamente la independencia institucional del Tribunal Supremo.

En ese preciso momento, la figura del Juez Presidente Hughes asomó con fuerza para salvaguardar la institución, garantizando al mismo tiempo el cambio. Abogado y profesor en la New York Law School, ganó la nominación republicana al Estado de Nueva York frente al magnate Randolph Hearst en 1906 y, un año más tarde, fue elegido gobernador de dicho Estado. Tras tres años en el cargo, el presidente Taft le propuso como juez del Tribunal Supremo, siendo seguidamente confirmado por el Senado. Muy popular en su época, la posteridad se rige por otros criterios, y Hughes bien podía acabar, junto a tantos otros nombres, en el olvido. Brillante y ambicioso, en 1916, lo apuesta todo: renunció a su cargo en el Tribunal para presentarse a las elecciones republicanas como futuro candidato presidencial. Apoyado por Theodore Roosevelt y Taft, consigue la nominación. Supo entonces que la historia es caprichosa, y selectiva, que solo acoge a los vencedores. En esta ocasión, y por un escaso margen, le reservó un sitio a Woodrow Wilson, frente a quien perdió las elecciones a la presidencia. Continuó, no obstante, vinculado a la política, llegando a ejercer de Secretario de Estado en el gobierno de Harding, hasta que, poco a poco, fue retirándose de la escena pública. Retornó entonces a la práctica de la abogacía y así envejeció, hasta casi desvanecer.

Sin embargo, un giro del destino le presentó una última oportunidad pública. A los 67 años, el Presidente Hoover le propuso como Juez Presidente del Tribunal Supremo,

¹²⁰⁵ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 154:

I hope the opinion of the Convention is correct that the aims which you have in mind may be attained within the Constitution as it now stands. I But if that opinion should prove to be erroneous, I want you to know that if nominated and elected, I shall favor a constitutional amendment permitting the states to adopt such legislation as may be necessary adequately to protect women and children in the matter of maximum hours, minimum wages, and working conditions.

el hombre más anciano jamás nominado para este puesto. El Senado confirmó esta propuesta el 13 de febrero de 1930:

Ahora es un anciano estadista, un hombre íntegro y de peso, con un carácter inexpugnable y cuya sola presencia bastaba para impresionar a cualquier observador. La comparación con Júpiter, en esos años, aparece frecuentemente, siendo del todo apropiada. Es distante, reservado y digno; su barba y su toga le conforman [...] ¹²⁰⁶.

La presidencia iba a ser su legado y una perenne doctrina Lochner hacía peligrar el recuerdo. El Tribunal estaba dividido, y muy debilitado, la institución se encontraba también cuestionada. Ante tales circunstancias, Hughes afrontó el caso West Coast Hotel como una oportunidad de redención jurídica, que salvaguardara al Tribunal Supremo y su presidencia. De manera que, aun no siendo tarea fácil, el cambio debía mostrarse como interno, sin intromisiones, ni injerencias políticas, y todo ello a pesar de la renuencia de los cuatro conservadores. A mayor dificultad, el cadáver del caso Morehead aún estaba caliente. La actuación requería ser completa y eso exigía tres cosas: neutralizar la reforma de Roosevelt, dejar sin efecto la doctrina Lochner y poner en pie una nueva teoría jurídica en sustitución de la anterior.

El Juez Presidente Hughes empezó por neutralizar la reforma de Roosevelt. Unos días antes de la publicación de la sentencia West Coast Hotel, decidió voluntariamente hacer pública su contestación a las preguntas del senador Burton Wheeler (férreo opositor a la reforma de Roosevelt), acerca del funcionamiento del Tribunal Supremo. A estos efectos, redactó una carta, el 22 de marzo ¹²⁰⁷, con la que desmontaba en veinte breves puntos las razones de ineficiencia y retraso alegadas por Roosevelt para justificar la futura reforma del tribunal. Dejando así la competencia de los jueces fuera de duda ¹²⁰⁸.

Para acometer las otras dos actuaciones se serviría del caso West Coast Hotel. Por más que, tal y como se ha referido, todo dependía del voto moderado del Juez Roberts, un magistrado casi accidental, tranquilo y sin pretensiones. Ejerció de fiscal en Filadelfia, hasta que ganó notoriedad y reconocimiento tras ser designado para investigar el «*Teapot Dome Scandal*», hecho que, a la postre, le valió el nombramiento al Tribunal Supremo ¹²⁰⁹. Así las cosas, el precedente del caso Morehead aparecía como un arma de doble filo. Por

¹²⁰⁶ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography of Franklin D. Roosevelt*, Doubleday & Company, 1957, p. 387.

¹²⁰⁷ Hughes, C. E., *Letter to Senator Wheeler*, New Deal Network, 22 de marzo de 1937.

¹²⁰⁸ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt... Op. Cit.*, p. 405: «The lucid exposition of this statement so conclusively refuted the arguments Franklin had made in his message concerning the Court's work that it ended any chance for passage the bill may have had. Hughes proved that the justices were entirely competent, however much they might be disagreed with».

¹²⁰⁹ Feldman, N., *Scorpions. ... Op. Cit.*, p. 117.

un lado, le brindaba a Hughes un apoyo de autoridad para convencer a Roberts: el Presidente ya se había separado de la posición conservadora lo que facilitaba el camino del cambio. Por otro, sentaba un criterio jurídico difícil de superar en tan breve lapso tiempo. De esta manera, si Roberts decidía cambiar su criterio, sería indispensable explicar por qué modificaba su parecer respecto a Morehead; algo de difícil comprensión dado el tiempo transcurrido, y que podía cuestionar no solo su credibilidad como Juez, sino también la de la propia institución. Sin embargo, atendiendo al referido caso *Andrews*¹²¹⁰, este paso fue más progresivo y sutil de lo que aparenta, ya que, previamente a *West Coast*, la composición del Tribunal había mutado a un engañoso empate, al no contar con la comparecencia del Juez Stone. Cabría pensar entonces que, muy probablemente, Roberts había modificado ya su parecer y este trascendental cambio permaneció inadvertido. Si el Tribunal Supremo había ya cambiado, discretamente, su posición institucional en noviembre de 1936, pedirle una justificación de oportunidad posterior, a fecha del fallo del caso *West Coast Hotel*, resultaría extemporánea. Jurídicamente, sin embargo, la cuestión había quedado abierta en *Andrews*, ante la falta de redactado, y debía afrontarse sin ambages.

Desde un análisis formal, no cabe duda de que Hughes facilitó considerablemente las cosas ofreciendo una redacción sencilla en el caso. La sentencia, exenta de opiniones concurrentes, se desmarcaba del precedente *Morehead* para directamente reexaminar el histórico caso *Adkins*¹²¹¹, del que expresamente se refería la división del tribunal a la hora de tomar de decisión. Sirviéndose de la puntualización del Juez Butler en el caso *Morehead*, al afirmar que el letrado recurrente no había solicitado reconsiderar la doctrina contenida en el caso *Adkins* y aplicar la correlativa vinculación del Tribunal al principio de justicia rogada, Hughes abrió oportunamente una puerta que, esta vez sí, se planteaba expresamente ante el Tribunal: «La disposición constitucional invocada es la cláusula al proceso debido de la Decimocuarta Enmienda, que rige para los Estados, como la cláusula

¹²¹⁰ *Chamberlain v. Andrews*, 299 U.S. 515, 1936.

¹²¹¹ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937):

We think that the question which was not deemed to be open in the Morehead case is open and is necessarily presented here. The Supreme Court of Washington has upheld the minimum wage statute of that State. It has decided that the statute is a reasonable exercise of the police power of the State. In reaching that conclusion, the state court has invoked principles long established by this Court in the application of the Fourteenth Amendment. The state court has refused to regard the decision in the Adkins case as determinative, and has pointed to our decisions both before and since that case as justifying its position. We are of the opinion that this ruling of the state court demands on our part a reexamination of the Adkins case.

al proceso debido invocada en el caso Adkins rige para el Congreso»¹²¹². Con lo que señalaba así, directamente, al corazón de la doctrina Lochner e introducía una nueva actitud valorativa respecto a la legislación laboral¹²¹³. En particular, las leyes de salario mínimo reconocidas a nivel estatal deberían ser consideradas a la luz de las nuevas condiciones económicas sobrevenidas¹²¹⁴.

Respecto al fondo, el Tribunal reconocía finalmente una libertad social que necesariamente requería de una organización en comunidad y de leyes protectoras laborales para garantizarla. Una concepción que se hacía extensible, por igual, a la libertad de contratación, tal y como expresó en el caso: «Esta limitación esencial de la libertad en general alcanza la libertad de contratación en particular»¹²¹⁵. Más aún, llegados a este punto, el Juez Hughes se remontó 25 años atrás, al caso Chicago, Burlington v. McGuire¹²¹⁶, para demostrar la validez y aplicación de dicha idea por el propio Tribunal:

No hay libertad absoluta para hacer lo que uno quiera o para contratar lo que uno quiera. La garantía de libertad no retira de la supervisión legislativa esa amplia rama de actividad que consiste en la contratación, ni tampoco deniega al gobierno la facultad de proporcionar salvaguardias restrictivas. La libertad implica la ausencia de restricciones arbitrarias, y no de inmunidad frente a reglamentos y prohibiciones razonables impuestas en interés de la comunidad¹²¹⁷.

¹²¹² West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937): «The constitutional provision invoked is the due process clause of the Fourteenth Amendment, governing the States, as the due process clause invoked in the Adkins case governed Congress».

¹²¹³ Cohen, F. S., «Field Theory and Judicial Logic», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*. Yale University Press, 1960, p. 132.

¹²¹⁴ West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937):

The importance of the question, in which many States having similar laws are concerned, the close division by which the decision in the Adkins case was reached, and the economic conditions which have supervened, and in the light of which the reasonableness of the exercise of the protective power of the State must be considered, make it not only appropriate, but we think imperative, that, in deciding the present case, the subject should receive fresh consideration.

¹²¹⁵ West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937): «This essential limitation of liberty in general governs freedom of contract in particular».

¹²¹⁶ Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

¹²¹⁷ West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937):

But it was recognized in the cases cited, as in many others, that freedom of contract is a qualified, and not an absolute, right. There is no absolute freedom to do as one wills or to contract as one chooses. The guaranty of liberty does not withdraw from legislative supervision that wide department of activity which consists of the making of contracts, or deny to government the power to provide restrictive safeguards. Liberty implies the absence of arbitrary restraint, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of the community.

A mayor abundamiento, a fin de salvaguardar el cambio del Juez Roberts, Hughes apeló a un argumento de autoridad, con un retorno a los fundamentos del caso *Nebbia*¹²¹⁸, del cual el primero había sido ponente. De hecho, las citas jurisprudenciales del caso *West Coast Hotel* se cierran con varias referencias al caso *Nebbia* que, aparentemente, poca relación mostraba con la legislación laboral. En realidad, en *Nebbia*, el Tribunal examinó la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que fijaba el precio mínimo de la leche. Si bien es cierto que el papel del poder legislativo a la hora de determinar la política legislativa, la presunción de validez de la misma, y el control judicial de carácter restrictivo, «salvo exceso legislativo evidente»¹²¹⁹, que se abordaron en *Nebbia*, iban a reaparecer con fuerza en el caso *West Coast Hotel*.

No obstante, en mi opinión, la referencia al caso *Nebbia* es más sutil y, francamente, brillante. Ocurre que, mediante la misma, Hughes reforzaba sobremanera la posición del Juez Roberts al evocar, veladamente, la actuación de Holmes en 1925 y 1927, cuando concurrió silenciosamente con la mayoría del Tribunal para declarar, respectivamente, la inconstitucionalidad de dos normas reguladoras de salario mínimo de Arizona¹²²⁰ y Arkansas¹²²¹. En este sentido, adviértase que Holmes había redactado un voto particular en el caso *Adkins* (1923), manteniendo su posición ya expresada en *Lochner*, por lo que estas opiniones disidentes deberían haberle apartado de la mayoría conservadora del Tribunal en los casos posteriores referidos. Sin embargo, ante una mayoría consolidada y un Tribunal inmóvil, se sentía obligado a respetar la autoridad institucional a futuro. Hughes señalaba astutamente este hecho en la sentencia: «En 1925 y 1927, normas similares de salario mínimo de Arizona y Arkansas fueron declaradas inconstitucionales bajo la autoridad del caso *Adkins*. Los jueces que habían disentido en ese caso se inclinaron ante la decisión mayoritaria...»¹²²². De esta manera, Roberts se mostraba bajo la misma lealtad institucional que Holmes¹²²³.

¹²¹⁸ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502. (1934)

¹²¹⁹ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934):

Times without number, we have said that the legislature is primarily the judge of the necessity of such an enactment, that every possible presumption is in favor of its validity, and that, though the court may hold views inconsistent with the wisdom of the law, it may not be annulled unless palpably in excess of legislative power.

¹²²⁰ *Murphy v. Sardell*, 269 U. S. 530 (1925).

¹²²¹ *Donham v. West-Nelson Mfg. Co.*, 273 U.S. 657 (1927).

¹²²² *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937): «In 1925 and 1927, the similar minimum wage statutes of Arizona and Arkansas were held invalid upon the authority of the *Adkins* case. The Justices who had dissented in that case bowed to the ruling».

¹²²³ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, pp. 163-164.

A pesar de todos los intentos por suavizarlo, la contrapartida al cambio de rumbo jurídico en el caso *West Coast Hotel* no iba a resultar pequeña. Por un lado, se había moderado formalmente la fuerza del precedente, flexibilizando el *stare decisis*¹²²⁴ como regla rígida, lo que posibilitaba cambios más sencillos en la doctrina del Tribunal Supremo de futuro. Por otro, el Tribunal se mostraba ante el público como una institución cambiante, lo que, en la práctica, equivalía a reconocer un carácter político.

Para terminar, retomando el último de los tres objetivos de Hughes referidos, restaba consolidar la nueva doctrina jurídica. De esta manera, Hughes aceleró y concentró la publicación de sentencias, previamente decididas, con efectos similares a los del caso *West Coast*. Como muestra el hecho de que, apenas cuatro días después de la sentencia *West Coast*, el Tribunal valorase la constitucionalidad del *National Labor Relations Act*, que reconocía los derechos laborales a la asociación colectiva, sindicación y negociación colectiva. El 12 de abril se publicaron dos sentencias cuyo fallo mayoritario, resuelto por 5-4, Hughes redactó. En ambos casos, se cuestionaba la actuación del *National Labor Relations Board*, una suerte de autoridad laboral americana, que actuaba al amparo de la legislación laboral existente, el referido *National Labor Relation Act*, también conocido como el *Wagner Act*. En esencia, las decisiones de los casos *NLRB v. Jones*¹²²⁵ y *NLBR v. Friedman-Harry*¹²²⁶ rechazaron una anterior interpretación de la cláusula constitucional del comercio interestatal, declarando válida, y conforme a la Constitución, la legislación laboral existente (*Ley Wagner* o *National Labor Relations Act*). Y como las limitaciones al comercio interestatal fueron el medio primordial mediante el cual el TS restringió la autoridad federal, puede decirse que las decisiones del día 12 de abril tuvieron el mismo efecto y significación para el Congreso, que el caso *West Coast Hotel* había tenido para

¹²²⁴ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos...* *Op. Cit.*, p. 83: «Es la norma con arreglo a la cual el juez debe atenerse a los principios contenidos en las decisiones precedentes: *stare decisis*».

¹²²⁵ *NLRB (National Labor Relations Board) v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

A este respecto, véase el análisis de Martínez Girón en Martínez Girón, J., *La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana...* *Op. Cit.*, pp. 701-702:

[...] *el supuesto de hecho enjuiciado por el caso NLRB v. Jones and Laughlin Steel Corporation, resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano en 1937 (74), en el que la «acción colectiva denunciada fue el despido de ciertos trabajadores» por causa de «su actividad sindical y para disuadir su afiliación al sindicato»; conducta que el empresario demandado justificaba esgrimiendo su derecho de despedir libremente. Pero el Tribunal Supremo norteamericano rechazó tal defensa, afirmando que «la Ley [Wagner] no interfiere el normal ejercicio del derecho del empresario... de despedir [libremente]», pues lo único que prohíbe –concluyó– es que «el empresario..., al amparo de ese derecho, intimide o coaccione a sus trabajadores con respecto a su auto-organización y representación».*

¹²²⁶ *NLBR v. Friedman-Harry Marks Clothing Co.*, 301 U.S. 58 (1937).

los Estados, el 29 de marzo anterior. Estas decisiones indicaban que el bloqueo legislativo finalizaba, aquí y ahora¹²²⁷.

En particular, el caso Jones, junto al posterior *United States v. Darby*¹²²⁸, que anuló expresamente la doctrina jurisprudencial establecida en *Hammer v. Dagenhart*¹²²⁹, confirmaron que la producción industrial, así como la distribución, se encontraban dentro del ámbito material de la regulación federal de las relaciones laborales. Fundamentalmente, el TS consideró que el peligro de conflictos laborales, por ejemplo, debido a la negativa de los empleadores a negociar colectivamente, o a la discriminación sindical, podía perturbar una empresa y, por lo tanto, obstruir el comercio interestatal¹²³⁰. Además, añadía el TS que la competencia interestatal podría verse también distorsionada por salarios por debajo de los estándares, y otras condiciones de empleo, horas excesivas o trabajo infantil¹²³¹.

Al respecto, Kahn-Freund señaló la transversalidad de esta visión y su particular interés para la legislación europea¹²³². Una intuición que se ha hecho patente tras los casos Viking y Laval, en los que los argumentos referidos bien pudieron haber modulado la libertad de establecimiento reconocida, con un componente interestatal claramente similar a la cláusula americana.

Por todo ello, los casos del Wagner Act no solo superaron la concepción jurisprudencial previa de un federalismo dual, en función de los efectos «directos» o «indirectos» de los actos del Congreso, sino que supusieron «una revolución de la concepción constitucional a la libertad»¹²³³. El Tribunal revocó la doctrina Adair y Coppage, reconociendo el derecho de los trabajadores, protegido por el Wagner Act, a unirse, sindicarse y negociar colectivamente como «un derecho fundamental» que debe ser protegido legislativamente¹²³⁴ y actúa en tanto que límite del despido «a voluntad»¹²³⁵. En este sentido, en el caso Jones, el Tribunal Supremo declaró, a pesar de mantener la

¹²²⁷ Feldman, N., *Scorpions. ... Op. Cit.*, p. 119.

¹²²⁸ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

¹²²⁹ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

¹²³⁰ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law»..., *Op. cit.*, p. 250.

¹²³¹ Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law»..., *Ibid*, p.250.

¹²³² Kahn-Freund, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law»..., *Ibid*, p.250.

¹²³³ Corwin, E. S., *Court over Constitution...Op. Cit.*, p. 124.

¹²³⁴ *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), p. 33:

Employees in industry have a fundamental right to organize and select representatives of their own choosing for collective bargaining, and discrimination or coercion upon the part of their employer to prevent the free exercise of this right is a proper subject for condemnation by competent legislative authority.

¹²³⁵ Martínez Girón, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos... Op. Cit.*, p. 149.

regla general de despido libre, que el empresario «no podía despedir al trabajador por causa de su participación en "actividades concertadas" (*concerted activities*)»¹²³⁶.

Adviértase así que la libertad alcanzó entonces un carácter colectivo, donde no caben discriminaciones o coerciones. Sin que, tampoco, pueda pasar desapercibido cómo esta protección efectiva de un derecho fundamental se vincula a la propia esencia de la libertad. A la vista de lo cual, deberíamos concluir que, lamentablemente, la actual jurisprudencia europea y su interpretación sobre la libertad no superarían una confrontación con los casos del Wagner Act. Siendo así que la actual jurisprudencia europea, salvando un lenguaje más moderado y una adecuación del razonamiento a los usos modernos, recuerda lo peor de la doctrina *Coppage*, retrocediendo a una superada concepción de 1915.

Con todo, la nueva doctrina americana nacía debilitada, a merced de un homogéneo grupo conservador que continuaba votando en bloque y oponiéndose, conformando una inesperada minoría. A este respecto, el destino todavía iba a reservar un nuevo giro en el caso *West Coast Hotel*. Así, la nueva minoría conservadora con Sutherland, Van Devanter, McCreynolds y Butler iba a redactar una opinión disidente conjunta. Habiendo sido Butler el encargado de la ponencia en el caso *Morehead*, la lógica invitaba a que asumiera el mismo rol en *West Coast*. Nada más lejos, Sutherland se adjudicó este papel. Pues bien, treinta años después de haber dado forma escrita al caso *Adkins*, el Juez Sutherland afrontaba simbólicamente¹²³⁷ la primera, pero terminante, derrota y lo hacía justificando la posición del Tribunal Supremo frente a la corriente realista y su *self-restraint*:

El *self-restraint* pertenece al dominio de la voluntad y no del juicio. El control sobre el juez es el impuesto por su juramento en el cargo, por la Constitución y por sus propias convicciones concienzudas e informadas, y puesto que tiene el deber de tomar sus propias decisiones y juzgar en consecuencia, es difícil ver cómo podría darse cualquier otra restricción¹²³⁸.

Por lo que, ante el riesgo que suponía un poderoso, férreo e intelectualmente obstinado bloque conservador, el espíritu político de Hughes volvió a aparecer. En una

¹²³⁶ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Coruña, Netbiblo, 2007, p. 153.

¹²³⁷ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, p. 162.

¹²³⁸ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937):

Self-restraint belongs in the domain of will, and not of judgment. The check upon the judge is that imposed by his oath of office, by the Constitution, and by his own conscientious and informed convictions, and since he has the duty to make up his own mind and adjudge accordingly, it is hard to see how there could be any other restraint.

hábil maniobra, convenció, en el junio siguiente, al recalcitrante juez Van Devanter para que presentara su jubilación. De esta forma, deconstruía «los cuatro jinetes», igualaba las fuerzas entre liberales y conservadores dentro del Tribunal, y, simultáneamente, daba la puntilla a la reforma de Roosevelt, demostrando, con hechos consumados, cómo efectivamente se producía un relevo natural en el Tribunal. Al mismo tiempo, se ofrecía al Presidente Roosevelt una nueva nominación para el Tribunal Supremo¹²³⁹, apaciguándose, definitivamente, la relación con el ejecutivo.

Así y todo, Roosevelt continuó con la reforma del Tribunal Supremo. No obstante, el Congreso la rechazó de plano, le bastaba con que el Tribunal Supremo hubiese firmado la paz con su tiempo. Por su parte, aunque Roosevelt perdió la batalla política, lo cierto es que su perseverancia y paciencia le permitieron nombrar finalmente a nueve jueces, siendo el segundo presidente en la historia en ejercer más veces esta facultad¹²⁴⁰.

¹²³⁹ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt... Op. Cit.*, p. 405: «One of the recalcitrant four of the older justices, Van Devanter, had retired in June, persuaded, it was said, by the Chief Justice».

¹²⁴⁰ Abraham, H. J., «Can Presidents Really Pack the Supreme Court... *Op. Cit.*, p. 41:

History permitted George Washington to appoint fourteen, although only ten actually served. Franklin D. Roosevelt, regarded by the public as the champion "Court packer", stands in second place in frequency of appointments with nine (a figure that includes his elevation of Harlan Fisk Stone, the Court's then lone Republican, to the chief justiceship to succeed the retired Charles Evan Hughes).

IV. HORIZONTE DE EXPECTATIVA DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO

1. EL PASADO ALCANZA A EUROPA¹²⁴¹

La doctrina Lochner resulta un pertinente punto de comparación con la actual situación europea y, particularmente, con la línea jurisprudencial iniciada tras el caso Viking. Máxime cuando la tensión dialéctica referida entre libertad y heteronomía, contrato y norma, y, finalmente, Economía y Derecho, se manifiesta en ambos momentos, y demuestra que estamos ante un conflicto transversal y atemporal.

Respecto al fondo, se debe recordar que la libertad constitucional americana, originariamente concebida, comprendía «el derecho del ciudadano al libre disfrute de todas sus facultades [...] a vivir y trabajar donde quiera [...] y a ese fin poder suscribir todo contrato que entienda adecuado, necesario y esencial»¹²⁴². Una idea que reaparece tras las libertades fundamentales comunitarias, libre circulación de personas, servicios y capitales¹²⁴³. Detectándose, muy especialmente, cómo el TJUE comparte la visión

¹²⁴¹ Adviértase que una prudente delimitación temática aconseja dejar fuera del presente trabajo la legislación del Consejo de Europa y, en particular, los interesantes efectos de la Carta Social Europea de Turín (18/10/1961) y la Carta Social Europea (revisada), Estrasburgo (3/5/1996), en el Derecho europeo. A este respecto, para quien esté interesado, nos remitimos a las investigaciones y estudios de Carmen Salcedo y Luis Jimena Quesada. Ver, entre otros:

Salcedo Beltrán, C., *La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales*. Trabajo y Derecho, N.º 13, 2016, pp. 27-52.

Salcedo Beltrán, C., «Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba (A propósito de la SJS n.º 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013)», en *Revista de Derecho Social*, n.º 64, 2013, pp. 119-134.

Jimena Quesada, L., «El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 29, 2014, pp. 171-189.

Tampoco analizaremos el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la consiguiente contraposición del TJUE y el TEDH a la hora de valorar los derechos laborales colectivos y libertad sindical. Nos remitimos para ello a Ewing, K.D., y Hendy, J., «A Tale of Two Cities. Strasbourg and Luxembourg and the Rights to Collective Bargaining and to Strike. The ECJ Decisions and Trade Union Freedom: Lessons from the United Kingdom», en *Industrial Law Journal*, v.1, 2010.

¹²⁴² *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897):

The "liberty" mentioned in that amendment means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways, to live and work where he will, to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned.

¹²⁴³ Artículo 3 Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea ("TCEE").

El artículo 3.1 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ("TCE"), sucesor del anterior Tratado desde 1992, incorporó también la libre circulación de mercancías.

mercantilista del Derecho articulada por el Tribunal Supremo, y la correlativa concepción del Derecho del Trabajo como un obstáculo o restricción, necesitados de justificación, a la libertad, de contratación (en EE. UU), o de establecimiento y de prestación de servicios (en Europa). Consiguientemente, la libertad se erigirá así un principio convertido en regla jurídica general. Por último, obsérvese como esta regla jurídica será constitucionalizada, respectivamente, a través de la, ya referida en detalle, Decimocuarta Enmienda de la Constitución americana y de los artículos 49 y 56 TFUE (antiguos artículos 43 y 49 TCE en la versión consolidada del Tratado Constitutivo¹²⁴⁴), que servirán de canon interpretativo a los respectivos Tribunales.

En cuanto a la forma, los dos conjuntos de decisiones manifiestan un similar modo de razonamiento y de técnica jurídica; una común aproximación al Derecho material –americano y europeo–, en el sentido de los objetivos prioritarios a proteger por sendos sistemas, y una misma valoración de los derechos subjetivos enfrentados. De manera que, bajo un aparente juicio de proporcionalidad, se esconde en realidad una preferencia aplicativa por valores y principios no exclusivamente jurídicos. Tratándose además de una actuación que se verá siempre predeterminada por la concepción preexistente –y no jurídica– que se haya formado el Tribunal sobre la sociedad, la economía, la ética y la moral... Por más que ambos tribunales insistieran y aún insistan en negarla.

Abordando ya el fondo de la cuestión, repárese que, desde su concepción, el Derecho Social europeo se ha vinculado a una serie de libertades económicas que la comunidad, y posteriormente la Unión Europea, han considerado, ya no solo fundamentales, sino primigenias. Hasta el punto de que esa innegable vinculación entre los derechos sociales y las libertades económicas, genera una problemática respecto a su aplicación práctica o, si se prefiere, un conflicto entre dos intereses –y en última instancia dos valores, *a priori* contrapuestos, que precisa un equilibrio normativo plasmado con claridad en los Tratados, y especialmente en el Tratado Constitutivo¹²⁴⁵–. Por lo que, en

Finalmente, a partir de 2009, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) derogó el artículo 3.1. del TCE.

¹²⁴⁴ Artículos 52 y 59 Tratado CEE.

¹²⁴⁵ Valle Muñoz, F. A., «Un breve recorrido por el Derecho Social Comunitario a través de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20/2006, Ed. Aranzadi.

Para proceder a ello, en 1957 se firmó en Roma el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea³, que tenía entre otros objetivos: los de elevar el nivel de vida de los trabajadores de los países miembros, facilitar su libre circulación por todo el territorio de la Comunidad, establecer una adecuada protección en materia de Seguridad Social,

este sentido, analizaremos cómo las libertades económicas y los derechos sociales se integran formalmente, y conforman materialmente un mismo cuerpo jurídico europeo. Un equilibrio que el TJCE expresó en los asuntos Comisión Europea vs. Reino Unido C-382/92¹²⁴⁶ y C-383/92¹²⁴⁷:

Al armonizar las normas aplicables al mantenimiento de los derechos de los trabajadores [...], el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad.

Se observa así que los últimos 10 años han supuesto un giro de timón en la interpretación de las libertades económicas reconocidas en el Derecho originario de la Unión Europea, y su incidencia sobre el Derecho Social europeo. De forma tal que, su efecto modulador, en un primer momento, ha derivado hacia una confección de estas como estrictamente limitativas de los derechos subjetivos laborales. Fenómeno este que se exterioriza tanto en la jurisprudencia del TJUE como en los mecanismos legislativos implementados por la Unión Europea o, expresado de forma más precisa, en la mutación del procedimiento legislativo.

Precisamente, respecto a este último suceso, se constata un empleo habitual de procedimientos no institucionalizados para la creación del Derecho Social europeo. Bastando, a estos efectos, con advertir cómo la aprobación de Directivas Europeas ha decaído en los últimos años, en pro de una nueva aproximación no legislativa a la política europea a través del MAC («Método abierto de coordinación»)¹²⁴⁸, y de un nuevo *soft*

garantizar el empleo, y conseguir una nivelación de las condiciones laborales en los diferentes países miembros.

¹²⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda Del Norte, C-382/92.

¹²⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda Del Norte, C-383/92.

¹²⁴⁸ Glosario: *Método Abierto de Coordinación*, EUR-Lex, *Online access*. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/open_method_coordination.html?locale=es, Consultado: 6/8/2018:

El método abierto de coordinación (MAC) de la Unión Europea (UE) puede definirse como una forma de «Derecho indicativo». Se trata de una forma intergubernamental de hacer política que no deriva en medidas legislativas de la UE de carácter vinculante ni exige que los países de la UE introduzcan nuevas leyes o modifiquen su legislación.

El MAC, creado inicialmente en la década de los noventa en el marco de la política de empleo y el proceso de Luxemburgo, se definió como un instrumento de la estrategia de Lisboa (2000). En ese momento, la integración económica de la UE avanzaba rápidamente, pero los países de la UE eran reticentes a ceder más competencias a las instituciones europeas.

El MAC ha proporcionado un nuevo marco de cooperación entre los países de la UE con objeto de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar algunos objetivos

*law*¹²⁴⁹ basado en instrumentos no vinculantes como las Recomendaciones o los Dictámenes. Donde también conviene tener presente que la naturaleza de estos procedimientos, y la suplantación de los mecanismos legislativos europeos legítimos, repercuten gravemente en las instituciones europeas y su funcionamiento democrático, así como en la eficacia del objetivo de armonización jurídica inherente a la Unión, según claramente ha advertido la doctrina científica laboral¹²⁵⁰.

El abandono del derecho fuerte (*hard law*), unido a la nueva aproximación del Derecho europeo a través del MAC, genera lo que desde la óptica doctrinal se ha calificado como un «derecho débil»¹²⁵¹, cambiando el marco de juego económico, y generando nuevos espacios que van a ser aprovechados por las empresas. Desde ese momento, el Derecho se transforma en otro producto más del mercado, un auténtico «producto legislativo»¹²⁵². Y, a mayor decepción, nótese que el TJUE pudo perfectamente cambiar toda esta dinámica. Así, donde solo había silencio, legislación desfasada o meras recomendaciones hubiese bastado con dictar resoluciones reconociendo, y dotando de una renovada eficacia a los derechos sociales, para

comunes. En el marco de este método intergubernamental, los países de la UE evalúan a otros («control de grupo») y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia prácticamente no intervienen en el proceso del MAC.

¹²⁴⁹ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico* (coord., Garrido Pérez, E.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, p. 75:

La Unión Europea y sus Estados miembros han descubierto las ventajas de las soft laws, y los estándares se congelan en la misma situación durante años, cuando no desaparecen; los convenios de empresa pasan a tener prioridad sobre los convenios sectoriales, en todos o algunos supuestos, pero aumenta el número de posibilidades otorgadas a los empresarios para incumplir unilateralmente por algunas razones que nada tienen que ver con las que reconoce el Derecho Común para incumplir los contratos.

¹²⁵⁰ López Ahumada, J. E., «Las Recomendaciones Europeas a los mercados de trabajo: una huida del Derecho Social Europeo», en *Temas Laborales*, n.º 131/2015, pp. 65-107:

Junto al carácter informal de las recomendaciones europeas a los mercados nacionales de trabajo debemos destacar la ausencia de publicidad y transparencia. Sin duda, estos caracteres de las recomendaciones laborales repercuten negativamente en la propia idea de democracia social europea, ya que viene a restringir las posibilidades del debate político que permite el contraste de ideas y argumentos. En suma, se produce un debilitamiento de la democracia y del propio funcionamiento de las instituciones europeas en el ámbito laboral, que no puede justificarse por el contexto atípico y excepcional que puede suponer un ciclo económico adverso. Por tanto, se trata de un sistema que intencionadamente ha evitado los mecanismos procedimentales de armonización normativa, debido a la lentitud y a veces a la ineficacia de los mecanismos de transposición de directivas.

¹²⁵¹ Monereo Pérez, J. L., «La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, avaol. 8, n.º. 1, 2018, p. 37.

¹²⁵² Supiot, A., «La pobreza bajo el prisma del Derecho», en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 20, 2014, p. 84.

completar, de este modo, jurisprudencialmente, los ámbitos jurídicos desatendidos por el legislador europeo.

Sin embargo, y lamentablemente, en lugar de propiciar el cambio, detectamos, en los últimos años, un TJUE que ha consolidado una jurisprudencia social europea negadora de toda eficacia a unos derechos sociales, pacíficamente reconocidos por los Estados miembros, cuando los mismos sobrepasan las libertades económicas consagradas en el Tratado. Más aún, se observa en sus resoluciones la reproducción literal de un mismo razonamiento jurídico entre casos de difícil equiparación, a la luz de los hechos y de la distinta naturaleza de los derechos sociales en juego. Con lo cual, esta jurisprudencia, cuyas últimas sentencias retoman fórmulas estándares, permite hablar de la aplicación de una regla general en la que las libertades económicas se han convertido en un principio transversal del Derecho Social europeo, que actúa como límite para la eficacia de los derechos subjetivos laborales. Siendo los supuestos más significativos de este cambio de rumbo jurídico, de este punto de inflexión en palabras de diversos autores¹²⁵³, los casos Viking¹²⁵⁴, Laval¹²⁵⁵ y Rüffert¹²⁵⁶. A ellos nos referiremos.

Ciertamente, esta argumentación contenida en Viking, Laval y Rüffert se ha hecho extensible a todos los ámbitos del Derecho Social europeo, donde sirven como ejemplo los casos USDAW¹²⁵⁷ y Lyttle¹²⁵⁸, en los que el TJUE se decantó por una interpretación restrictiva del «centro de trabajo» como unidad de referencia en el despido

¹²⁵³ Esteve Segarra, A., «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social», en *Revista de Información Laboral*, n.º 6/2015, Ed. Lex Nova, pp. 27-41:

Sin embargo, se produjo un punto inflexión con la trilogía de conocidas sentencias de los casos Viking (sentencia de 11 de diciembre de 2007, C- 438/05), Laval (sentencia de 18 de diciembre de 2007, C- 341-05), y Rüffert (3 de abril de 2008, C-346/06), caracterizadas todas ellas porque el objetivo del tribunal no sería el de ampliar los derechos sociales, sino actuar como garante de que los derechos sociales no alteraran las bases «económicas» de la UE, restringiendo para ello derechos como la negociación colectiva o la acción sindical reconocidos como derechos fundamentales en las constituciones de los estados miembros. El TJ habría actuado como árbitro no neutral, protegiendo a los mercados, es decir, a las libertades económicas.

¹²⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

¹²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, y otros.

¹²⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008, C-346/06, Dirk Rüffert, que actúa como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG y Land Niedersachsen.

¹²⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2015, C-80/2014. Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW), B. Wilson y WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd, Secretary of State for Business, Innovation and Skills.

¹²⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2015, C-182/2013, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.

colectivo¹²⁵⁹. De manera que, en la práctica, estas decisiones supusieron reducir el ámbito de aplicación y protección de la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos¹²⁶⁰. Supuestos ambos en los que el TJUE adujo un límite insalvable: la libertad económica de las empresas como contrapeso a la finalidad protectora de la Directiva. En los dos casos referidos, las obligaciones y cargas que pudieran asumir las empresas, que ya habían servido de base bajo la expresión «obstáculos» para dar prioridad aplicativa a las libertades económicas en los casos Viking y Laval, se extendieron al despido colectivo:

[...] es preciso recordar que esta Directiva no solo pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, sino también, por un lado, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión¹²⁶¹.

Por último, indicar brevemente, por no resultar ello objeto de este estudio, que esta situación afecta también a España de manera directa, aunque con una manifestación bien distinta. Pues bien pudiera afirmarse que, desde el año 2010 y con independencia del ejecutivo gobernante, España ha retomado la esencia de Lochner en sus reformas laborales¹²⁶², todas ellas con un marcado talante económico. Con lo que, resumiendo, donde cabe actuar legislativamente (ámbito nacional), el mercado impone sus pautas a través del legislador; mientras que, donde se constata una paralización o ralentización legislativa (ámbito social europeo), será el máximo Tribunal quien asuma este papel, priorizando las libertades económicas. En definitiva, se observa un doble impulso, en los ámbitos nacional y europeo, de las libertades económicas, a través de actores distintos.

A continuación, se retomará el análisis de la materia estudiada y, específicamente, las características de un TJUE que, en términos globales, le aproximan en su esencia al TS americano.

¹²⁵⁹ Gutiérrez Velasco, I., «Cierre de ¿empresa o centro de trabajo? en el ámbito europeo», en *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 13, 2016, Ed. Wolters Kluwer.

¹²⁶⁰ Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

¹²⁶¹ Respectivamente, apartados 62 y 43 de los Casos USDAW y Lyttle.

¹²⁶² Ver, a este respecto, los apartados «Un universo hecho de números» y «La economía modelizadora». A estos efectos, se tiende a facilitar y simplificar la contratación, a reducir la eficacia de los elementos colectivos de acuerdo, retornando a la empresa como unidad de negociación, y como consecuencia se aproxima cada vez al contrato como instrumento jurídico preferente para la regulación de las relaciones laborales. Asimismo, como la luna tiene dos caras, esa misma libertad de contratación alcanza también al despido, como elemento de ruptura de la misma, que se facilita mediante su concreción. En aras a una seguridad jurídica que todo lo puede, se legisla al detalle el procedimiento y las causas de extinción (individual y colectivas). El legislador español tiene claro dónde está el problema: un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza y que ha venido dando lugar a juicios de oportunidad por parte de los tribunales relativos a la gestión de la empresa. La solución se presenta fácil: convertir al juez nacional en un mero verificador de la ley.

2. EL JUEZ EUROPEO Y AMERICANO

Tal y como señala Pescatore, existe un Derecho común europeo, indudablemente vivo, que se desarrolla principalmente a través de las decisiones judiciales del TJUE; un rol, a estos efectos, semejante al del Tribunal Supremo americano. De manera particular, son las cuestiones prejudiciales las que permiten «irradiar» el Derecho común:

Pero más allá de la autoridad jurídica de las sentencias del Tribunal –que, como todas las decisiones judiciales, son estrictamente vinculantes solo en relación con el asunto de que se trate–, las cuestiones prejudiciales tienen un «efecto de irradiación» que las convierte en directrices de interpretación acatadas en toda la Comunidad. Así pues, se observa que cuando, a petición de un órgano jurisdiccional concreto, se ha resuelto una cuestión de Derecho comunitario, la decisión, traducida y publicada en todas las lenguas oficiales de la Comunidad, es aceptada por todos los órganos jurisdiccionales nacionales como una expresión objetiva del significado del Derecho comunitario. No cabe duda de que esta definición, bajo la égida del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, de una jurisprudencia aceptada como Derecho común por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, tendrá una influencia cada vez mayor en el comportamiento de los Estados miembros¹²⁶³.

Las cuestiones prejudiciales resultan mucho más adecuadas que otras decisiones judiciales para la generalización del Derecho europeo¹²⁶⁴. Esta característica difusora de las cuestiones prejudiciales resulta decisiva en un derecho naciente, y necesitado de consolidación, confirmando que las decisiones prejudiciales «tienen, de hecho, un alcance que excede las contingencias de los casos particulares»¹²⁶⁵. De esta manera, a través de las cuestiones prejudiciales, se introduce en el Derecho europeo el valor del precedente, la teoría del *stare decisis*, de acuerdo a los parámetros anglosajones y americanos. Con lo que el papel del Tribunal encamina el Derecho europeo hacia un auténtico sistema de Common Law. A este respecto, adviértase que, tras la primera

¹²⁶³ Pescatore, Pierre, *The Law of Integration*, Ed. Sijthoff, 1974, p. 100:

But beyond the legal authority of the Court's judgments-which, like all judicial decisions, are strictly binding only in relation to the particular subject matter- preliminary rulings have a "radiation effect" which makes them directives of interpretation observed throughout the Community. It is thus noticeable that when, at the request of a particular court, a point of Community law has been settled, the decision, translated and published in all the official languages of the Community, is accepted by all national courts as an objective expression of the meaning of the Community law. There is no doubt that this definition, under the aegis of the Community Court, of a case law accepted as a common law by all national courts, will come to exert an ever-increasing influence on the behaviour of Member States.

¹²⁶⁴ Pescatore, Pierre, *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Ed. Bruylant, 2006 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1975), p. 177.

¹²⁶⁵ Pescatore, Pierre, *L'ordre juridique des Communautés Européennes, ... Ibid.*, p. 178.

ampliación de las Comunidades Europeas en 1973, con la entrada de Reino Unido e Irlanda (además de Dinamarca), el common law se iba también a incorporar, de forma expresa, al Tribunal de Justicia, con la presencia de los magistrados Cearbhall O'Dalaigh, Alexander Mackenzie Stuart, y el abogado general Jean-Pierre Warner, así como de un razonamiento jurídico propio y cada vez más reclamado¹²⁶⁶.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia es un Tribunal Supremo¹²⁶⁷. De forma tal que, desde su creación, con el Tratado constitutivo de la CECA¹²⁶⁸, y su posterior inclusión en el Tratado CEE¹²⁶⁹, el Tribunal dirimirá las controversias entre Estados surgidas del cumplimiento de las obligaciones del Tratado (art. 170), controlará la legalidad de los actos del Consejo y Comisión (art. 173) e interpretará, con carácter prejudicial, el Tratado y la validez de los actos de las instituciones de la Comunidad (art. 177). Todo lo cual es lo que, en última instancia, le aproxima considerablemente al rol del Tribunal Supremo americano. Quedando integrado en este caso, el canon de constitucionalidad estaría integrado por los Tratados originarios y sus modificaciones/incorporaciones, que actúan en términos jurídico-políticos como una verdadera «constitución material»¹²⁷⁰, de la misma manera que el Tribunal Supremo americano dispone de la Constitución y sus enmiendas e incorporaciones (Bill of Rights).

Mientras que el Derecho europeo secundario, con las Directivas y Reglamentos, podría equipararse a la legislación federal americana, completándose el cuerpo normativo con las leyes estatales dictadas por los Estados miembros de las respectivas uniones. Actuando el TJUE como intérprete último de la normativa europea, desde una especial responsabilidad como «guardián de los Tratados»¹²⁷¹, con un carácter equivalente así al que desempeña el Tribunal Supremo americano respecto a la Constitución. Lo mismo

¹²⁶⁶ Alonso García, R., *Clásicos de la Justicia Europea en el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*, Aranzadi, 2007, p. 11.

¹²⁶⁷ Pescatore, Pierre, L'ordre juridique des Communautés Européennes, ... *Ibid.*, p. 175:

La Cour communautaire est une "Cour suprême".

¹²⁶⁸ *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, 1951, Capítulo IV, art. 34 y ss., EUR-lex, *Online access*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=ES>, Consultado: 1/9/2016.

¹²⁶⁹ *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, 1957, Quinta Parte, Título Primero, Capítulo Primero, Sección Cuarta, art. 164 y ss. (art. 220 y ss Versión Consolidada, art. 251 y ss. TFUE), EUR-lex, *Online access*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES>, Consultado: 18/10/2016.

¹²⁷⁰ Monereo Pérez, J. L., «La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional. *Op. Cit.*, p. 37.

Del mismo autor, Monereo Pérez, J.L., «El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 160 (2013), pp. 17-62.

¹²⁷¹ Supiot, A., «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen... *Op. cit.*, p. 1.

que también ejerce un poder legislativo, en la medida en que dicta sentencias con efectos y alcance generales, superando la problemática de los casos individuales a tratar¹²⁷². Y si bien el funcionamiento, composición¹²⁷³, así como el alcance de las decisiones de ambos Tribunales muestran notables diferencias, lo cierto es que las problemáticas de un federalismo constitucional presentan similitudes que no se pueden pasar por alto. Por lo que, así las cosas, la historia y evolución del Tribunal Supremo americano, con un mayor recorrido tanto temporal como conceptual, puede facilitarnos unas pautas para mejorar la crítica europea y anticipar posibles soluciones.

En lo referido al funcionamiento interno de ambos tribunales, adviértase que el individualismo americano no permanece ajeno al Tribunal Supremo, incidiendo tanto en la deliberación como en la toma de decisión. Resultando a este respecto que el TJUE permite la discrepancia en la deliberación, pero exige una decisión unánime en redacción y sentido del fallo¹²⁷⁴. Con lo que, «la regla "continental" seguida por el Tribunal es que la deliberación es secreta y que no hay opiniones discrepantes»¹²⁷⁵. Sin que se admitan, por lo tanto, ni las opiniones disidentes, ni las concurrentes, como sí acepta el TS americano. Y así, según señalaba R. Jackson a este respecto, el TS funciona como nueve jueces distintos, cada uno de los cuales trabaja en gran medida de forma aislada, salvo cuando decide consultar a otros; unos métodos de trabajo que tienden a favorecer un

¹²⁷² Supiot, A., «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen», ... *Op. Cit.*, p. 1.

¹²⁷³ Un juez de cada país miembro y 11 abogados generales integran el TJUE (www.europa.eu) frente a 9 miembros del TS americano desde 1870 (Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros...* *Op. Cit.*, p. 222).

¹²⁷⁴ Versión consolidada del Protocolo (n.º 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo a los Tratados, modificado por el Reglamento (UE, Euratom) n.º 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012 (DO L 228, de 23 de agosto de 2012, p. 1) y por el artículo 9 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO L 112, de 24 de abril de 2012, p. 21), Curia.Europa, *Online access*. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_es.pdf, Consultado: 1/9/2017. Art. 35:

Las deliberaciones del Tribunal de Justicia serán y permanecerán secretas.

Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (DO L 265 de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DO L 173 de 26.6.2013, p. 65) y el 19 de julio de 2016 (DO L 217 de 12.8.2016, p. 69), Curia.Europa, *Online access*. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_es.pdf, Consultado: 1/9/2017. Art. 32.4: «Las conclusiones adoptadas por una mayoría de Jueces tras el debate final determinarán la decisión del Tribunal».

¹²⁷⁵ Lambert, Christian, «La motivation et le style des arrêts de la Court de Justice de l'Union Européenne» en *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen* (Dir. L. Coutron), Ed. Bruylant, 2012, p. 179.

punto de vista marcadamente individualista¹²⁷⁶. Por el contrario, la decisión del TJUE no se vincula a una autoría concreta¹²⁷⁷. Se genera así un anonimato colectivo que cohesiona la institución, y desincentiva las diferencias entre la corte; pero, al mismo tiempo, tal vez esté privando al Derecho de una mejora y progresión, que exigen una originalidad y atrevimiento que casan mal con una mayoría de consenso. Debiendo tenerse en cuenta, por último, que los distintos idiomas y formación de los jueces, las profundas diferencias entre los sistemas y la cultura jurídica dificulta más si cabe ese consenso, obligando a concesiones que, sin duda, terminan por afectar la claridad de la decisión¹²⁷⁸.

Bien es cierto que la particularidad americana de las opiniones disidentes, y concurrentes, ha facilitado los cambios del Tribunal y la adaptación a los tiempos, al moderar la autoridad de los precedentes, y facilitar al Tribunal la posibilidad de superar el *stare decisis*. Como también, adicionalmente, se favorece una mayor riqueza y visión jurídica. Según líricamente afirmó el juez presidente Hughes, se trata de «una llamada a la amplia cabida de la ley, a la inteligencia de un futuro»¹²⁷⁹. O en palabras de Cardozo, no exentas de radicalidad dado el cuestionamiento de la mayoría: «es el gladiador levantándose una última vez frente a los leones»¹²⁸⁰. Siendo, en todo caso, la calidad de estas opiniones disidentes, la importancia histórica de los casos y su uso controlado

¹²⁷⁶ Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, 1955, pp. 16-17.

¹²⁷⁷ Versión consolidada del Protocolo (n.º 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo a los Tratados, modificado por el Reglamento (UE, Euratom) n.º 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012 (DO L 228, de 23 de agosto de 2012, p. 1) y por el artículo 9 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO L 112, de 24 de abril de 2012, p. 21), Curia.Europa, *Online access*. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_es.pdf, Consultado: 1/9/2017. Art. 36:

Las sentencias serán motivadas. Mencionarán los nombres de los Jueces que participaron en las deliberaciones.

¹²⁷⁸ Lambert, Christian, «La motivation et le style des arrêts de la Court de Justice de l'Union Européenne», en *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen* (Dir. L. Coutron), Ed. Bruylant, 2012, pp. 179-182.

¹²⁷⁹ Hughes, C.E., «The Supreme Court of the United States», en *Columbia University Press*, 1928, p. 68.

¹²⁸⁰ Cardozo, Benjamin, «Law and Literature», en *Law and Literature and Other Essays and Adresses*, Harcourt, Brace, 1931, p. 34:

Comparatively speaking at least, the dissenter is irresponsible. The spokesman of the court is cautious, timid, fearful of the vivid word, the heightened phrase. He dreams of an unworthy brood of scions, the spawn of careless dicta, disowned by the ratio decidendi, to which all legitimate offspring must be able to trace their lineage. The result is to cramp and paralyze. One fears to say anything when the peril of misunderstanding puts a warning finger to the lips. Not so, however, the dissenter... For the moment, he is the gladiator making a last stand against the lions. The poor man must be forgiven a freedom of expression, tinged at rare moments with a touch of bitterness, which magnality as well as caution would reject for one triumphant

(aunque parece que esta costumbre se ha perdido definitivamente en las dos últimas décadas) lo que ha ayudado sobremanera a la construcción del Derecho americano (y del Derecho en general).

Por su parte, el poder judicial europeo desde los inicios de la Comunidad se configura como dinámico, fértil y activo. El sistema otorga un poder al juez europeo enteramente liberado de coerciones e intereses de los Estados miembros, así como de las limitaciones procedimentales y sustantivas de las leyes internas¹²⁸¹. Con lo cual, el juez europeo tiene ante sí un campo en barbecho, en el que desenvolverse plena y libremente. De manera que, a estos efectos, el Tribunal de Justicia y el TS americano presentan una misma configuración. Evidenciándose, como reto de ambos sistemas, evitar caer en un activismo judicial excesivo e inapropiado.

Un problema que, desde mediados de los años ochenta, Hjalte Rasmussen vinculó al riesgo de erosionar la legitimidad del Tribunal¹²⁸². Y que, recientemente, A. Supiot ha retomado al denunciar rol del Tribunal, desde la *prudence juridique*¹²⁸³, al activismo judicial.

El TJUE, refiere Supiot, ha combinado el ejercicio de unos poderes legislativos y judiciales, no controlados por nadie, con gran prudencia, lo que le ha permitido consolidar gradualmente su legitimidad. No obstante, continúa el autor, durante los últimos 15 años, y más concretamente desde sus decisiones Laval y Viking en 2007-

¹²⁸¹ Pescatore, Pierre, *The Law of Integration*, Ed. Sijthoff, 1974, pp. 83-84:

Since the Community Court has been set free from the numerous fetters imposed everywhere on international courts, the judicial element reveals in the Community context extraordinary dynamism and fertility. Without exaggeration, one might speak of a genuine revelation of possibilities of the judicial element, once it is permitted to play fully and freely its proper role in the context of a system of integration. [...]

It is indeed the first time that, within the framework of a group of states, the judge has been allowed to play his part without having to submit to limitations arising either from the inadequacy of the substantive law, or from procedural deficiencies, or from political factors bringing into play the national interest of states. This state of affairs has been highly beneficial to the deployment of the judicial element in the Community system.

¹²⁸² Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer» (Editorial Comments), en *Common Market Law Review*, Volume 52, Issue 4, 881-888, 2015, Ed. Kluwer Law International, pp. 883-884.

¹²⁸³ De acuerdo a la definición de Pescatore en Pescatore, Pierre, *Introduction à la science du droit*, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 354:

Beaucoup dépendra donc des conceptions morales, sociales et économiques du juge. Il se fait ainsi que l'interprétation exige, en plus d'intelligence, une grande honnêteté intellectuelle et morale, sinon elle verse dans l'abus des procédés d'interprétation. C'est sous le vocable de "prudence juridique" qu'on aime réunir les qualités intellectuelles et morales de l'interprète du droit. En effet, les méthodes d'interprétation ne sont que des formes vides qui peuvent être utilisées à la construction ou à la destruction, à la justice ou à l'injustice. Leur emploi est commandé, en dernière analyse, par des considérations qui dépassent le droit.

2008, ha abandonado esta prudencia para imponer la primacía de las libertades económicas sobre los derechos sociales y las libertades colectivas¹²⁸⁴.

Por otro lado, y retomando el método comparativo establecido previamente, repárese en que la idea de estructura, de un sistema completo, aparece tanto en la construcción europea como en el federalismo americano. De manera que John Marshall y Pierre Pescatore pueden reconocerse como los dos grandes referentes en la elaboración de ambas concepciones –americana y europea–, partiendo de una premisa coincidente: unos objetivos comunes supeditan los intereses nacionales generando un nuevo orden federal. Hasta el extremo que la «idea de orden» se impone para asegurar que se forme un todo completo, coherente e inteligible, más allá de una unión parcial de las partes sobre unos objetivos determinados (de carácter económico)¹²⁸⁵.

De manera precisa y erudita, al analizar esta cuestión, Azoulai apunta una diferencia más bien sutil entre ambos que sería conveniente abordar¹²⁸⁶. Así, refiere que, para Marshall, la justificación última de este nuevo sistema de valores que debe prevalecer –el federalismo– proviene del pueblo americano, hecho que justificó detalladamente en los casos *Marbury v. Madison*¹²⁸⁷ y *McCulloch v. Maryland*¹²⁸⁸. El

¹²⁸⁴ Supiot, A., «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen. *Op. Cit.*, p. 1.

¹²⁸⁵ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 87:

Cette notion rapproche l'intégration européenne d'une expérience de type fédéral, du moins dans la version holiste du fédéralisme américain qui domine le discours du juge Marshall dans la célèbre décision de la Cour suprême des États-Unis datant de 1819, McCulloch v. Maryland, laquelle justifia l'extension des pouvoirs de l'État fédéral au détriment des États fédérés. Pour Pescatore de même que pour Marshall, l'Union et son droit constituent un système global, un « tout » dont les États et leurs droits composent les parties. L'Union est plus qu'un ensemble fonctionnel, organisé de moyens en vue d'atteindre des objectifs fixés en commun: c'est une « idée d'ordre à laquelle les participants sont disposés à subordonner leurs intérêts nationaux et leur hiérarchie nationale des valeurs ».

¹²⁸⁶ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, pp. 87-88.

¹²⁸⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803):

The question whether an act repugnant to the Constitution can become the law of the land is a question deeply interesting to the United States, but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it.

That the people have an original right to establish for their future government such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.

¹²⁸⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819):

In discussing this question, the counsel for the State of Maryland have deemed it of some importance, in the construction of the Constitution, to consider that instrument not as emanating from the people, but as the act of sovereign and independent States. The powers of

primer caso ha sido calificado como «*el caso decisivo*», al reconocer por vez primera la posibilidad de revisión judicial de los actos legislativos y ejecutivos, determinando a futuro el alcance de la Constitución¹²⁸⁹.

Mientras que, por su parte, y al afrontar idéntica tarea, Pescatore carece de una entidad constituyente de similares características al pueblo americano. De modo que suple esta ausencia acuñando el concepto de «obra común»¹²⁹⁰, noción poco clara y de innegable origen cristiano. Resultando ser este concepto la consecuencia de una causa previa, la acción de un sujeto colectivo que, aunque omitido, preexiste. Con lo que Pescatore parece atribuir, a la idea de obra, una suerte de fuerza automotora, un movimiento creador que a su vez completa el objeto¹²⁹¹. Aunque también, podría pensarse que Pescatore simplemente presupone la existencia de «un pueblo europeo» que

the General Government, it has been said, are delegated by the States, who alone are truly sovereign, and must be exercised in subordination to the States, who alone possess supreme dominion.

It would be difficult to sustain this proposition. The convention which framed the Constitution was indeed elected by the State legislatures. But the instrument, when it came from their hands, was a mere proposal, without obligation or pretensions to it. It was reported to the then existing Congress of the United States with a request that it might "be submitted to a convention of delegates, chosen in each State by the people thereof, under the recommendation of its legislature, for their assent and ratification."

This mode of proceeding was adopted, and by the convention, by Congress, and by the State legislatures, the instrument was submitted to the people. They acted upon it in the only manner in which they can act safely, effectively and wisely, on such a subject – by assembling in convention. It is true, they assembled in their several States – and where else should they have assembled? No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the States, and of compounding the American people into one common mass. Of consequence, when they act, they act in their States. But the measures they adopt do not, on that account, cease to be the measures of the people themselves, or become the measures of the State governments.

¹²⁸⁹ Maccormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Palestra, 2016, p. 194.

¹²⁹⁰ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, pp. 87-88:

Au nom de quoi peut-on ainsi se prévaloir d'une « idée d'ordre », d'un « tout » ? La réponse de Marshall est connue: au nom du « peuple des États-Unis », autorité constituante. Celle de Pescatore paraît moins aisée. Il n'y a pas de communauté politique naturelle à laquelle imputer l'autorité du droit européen. Il faut donc chercher une autre référence. Pierre Pescatore la trouve dans une forme ancienne. Il y a, à la base de toute la construction, ce qu'il appelle « une idée d'oeuvre commune »

¹²⁹¹ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 88:

Mais c'est aussi l'idée d'une énergie autoproductrice, d'un mouvement créateur qui se donne sa propre fin. La notion se substitue dans la phraséologie de l'intégration à la notion de « plan », laquelle renvoie à des réalisations qui sont déjà entièrement dans un acte et des termes posés initialement. L'Europe institutionnelle elle-même est née d'un plan, le plan Schuman. Or, elle persévère et se développe comme une « oeuvre ». Enfin, l'oeuvre commune évoque, par métaphore, la forme et la force des liens qui attachent les États membres entre eux et leur impose une responsabilité commune pour l'intégration.

es sujeto y causa de la nueva estructura común: la comunidad. Ese pueblo europeo originario se compone de los ciudadanos de cada Estado miembro que suscribe y ratifica el Tratado de Roma. De tal manera que existe un pueblo constituyente, actuando por representación, y también unos Estados que construyen por delegación.

Para terminar con este breve análisis comparativo de los federalismos europeo y americano, conviene detenerse en cómo Neil Maccormick confronta la referida sentencia *Marbury v. Madison*¹²⁹² con la fundamental decisión del TJCE, *Costa vs. Enel*¹²⁹³. Respecto a lo cual, viene a identificar una construcción argumentativa desde una perspectiva pragmática similar, destacando, en ambas decisiones, la argumentación realizada sobre la base de las consecuencias inaceptables de una hipotética resolución alternativa¹²⁹⁴.

Marbury v. Madison:

Quienes niegan el principio de que el Tribunal debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante, tal prohibición, eficaz. Estaría confirmando práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción¹²⁹⁵.

Costa vs. Enel:

Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento;

[...] que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado a que se refiere el apartado 2 del artículo 5, y sin causar una discriminación prohibida por el artículo 7;

¹²⁹² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹²⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Asunto 6-64.

¹²⁹⁴ Maccormick, N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Palestra, 2016, pp. 194-196.

¹²⁹⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

[...] que las obligaciones contraídas mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios¹²⁹⁶.

Adviértase así cómo la construcción jurisprudencial de los sistemas federales, americano y europeo, sobre sus dos sentencias nucleares, parte de la idea de las consecuencias inaceptables de una resolución alternativa, para construir desde ese punto final un razonamiento completo. De manera que el pensamiento pragmático sirve de conexión y encaje entre ambos sistemas jurídicos, conformando un canon hermenéutico inicial desde la perspectiva de las consecuencias de la resolución.

Finalmente, y en otro orden de cosas, parece también importante referir que ambos tribunales siguen un estilo directo en sus textos¹²⁹⁷, que no forzosamente conciso o claro. A destacar a este respecto, la división conceptual de las cuestiones prejudiciales planteadas y la numeración de los apartados de las sentencias del TJUE.

3. LA INTEGRACIÓN

El principal escollo, al que se enfrenta todo jurista interesado en el marco normativo europeo, es poder reconocer la naturaleza jurídica de la Comunidad originaria y de la posterior Unión, con objeto de saber, en definitiva, si se trata de una construcción política o económica. Y ello por cuanto, si se defiende el carácter estrictamente económico de la Unión, el Derecho del Trabajo resultará de muy poco interés al perder todos sus fines propios y quedar relegado a un mero instrumento, o medio, de las políticas económicas. De este modo, las creaciones técnicas del Derecho se adaptarán deliberadamente a los objetivos macroeconómicos perseguidos, llegando a modular, hasta incluso hacer perder su esencia, las instituciones jurídicas. Posición esta que ha sido fuertemente criticada en

¹²⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Asunto 6-64.

¹²⁹⁷ Pescatore, P., *Vade-mecum*, Ed. Bruylant, 2007 (Réimpression de la 3ème édition de l'ouvrage publié en 1976), p. 317:

[...] un style ramassé à l'extrême, au point de friser l'hermétisme. Cet usage a été favorisé par la méthode des "attendus", consistant à rédiger des arrêts en phrases relatives qui se résolvent dans le dispositif, seule phrase directe. Cette camisole de force a été abandonnée en 1979, à la suite d'une prise de conscience de ce qu'il s'agit, pour la Cour, non seulement de trancher des litiges, mais également d'expliquer ses motifs dans une langue compréhensible, tant pour les parties que pour le public général. Depuis cette époque, tout en se gardant de tomber dans le travers de la prolixité, la Cour s'efforce d'offrir un style simple et direct, en utilisant les ressources de la langue commune plutôt que la langue juridique, caractérisée trop facilement par un ésotérisme difficilement compréhensible pour le commun des justiciables.

este trabajo de tesis, como cabe comprobar acudiendo a lo explicado en el apartado titulado *La economía modelizadora*.

Mientras que, por el contrario, si se asume un proyecto político y social desde el origen, con una construcción lenta pero progresiva, entonces puede considerarse que efectivamente se abre, de par en par, la puerta a un proceso de integración, que cambiaría radicalmente la concepción del Derecho en Europa, desde el momento que, forzosamente, la integración se realiza a través del Derecho. Precisamente, el Tratado de Roma¹²⁹⁸ (TFUE, desde las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa¹²⁹⁹), por el que se constituye la Comunidad Económica Europea (CEE) o «mercado común», reconoce, en su preámbulo, que los Estados firmantes tienen «como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos». Seguidamente, en su artículo 2 recoge como finalidad la mejora «acelerada» del nivel y calidad de vida, un objetivo que sirve a Lyon-Caen para confirmar las preocupaciones sociales del Tratado¹³⁰⁰. Además, dedica todo un capítulo a la Política Social de la Comunidad, comenzando, con el art. 117, que identifica, como medio para conseguir la mejora de las referidas condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, la equiparación en el progreso. Y, en su segundo inciso, el mismo artículo precisa que este objetivo no puede provenir exclusivamente del funcionamiento del mercado común, sino de un esfuerzo combinado, por vía de «aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

En vista de lo cual, bien podría afirmarse que el Tratado expone un punto de vista esencialmente coincidente con el pensamiento de Pierre Pescatore, a quien, de nuevo, conviene recordar, dado que, a este respecto, Pescatore (1974) ya afirmaba que la motivación última de los padres fundadores europeos era de naturaleza política, siendo un objetivo heredado por sus continuadores¹³⁰¹. Puntualizando, de acuerdo a los Tratados

¹²⁹⁸ *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, 1957, EUR-lex, *Online access*.

Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES>, Consultado: 18/10/2016.

¹²⁹⁹ Panizza, R.: *El tratado de Lisboa*, Fichas técnicas, Parlamento Europeo, 5/2018, Europarl, *Online access*. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf, Consultado: 5/7/2018:

El «Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» pasa a denominarse «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» y el término «Comunidad» se sustituye por «Unión» en todo el texto. La Unión ocupa el lugar de la Comunidad y la sucede desde el punto de vista jurídico.

¹³⁰⁰ Lyon-Caen, G., *Droit Social Européen*, Paris, Dalloz, 1969, p. 127.

¹³⁰¹ Pescatore, P., *The Law of Integration*, Ed. Sijthoff, 1974, p. 23:

suscritos, que la unión política permanecía en el campo de lo posible, de la potencialidad¹³⁰². Por más que la naturaleza política originaria empuje a los miembros, y futuros miembros, a definir su compromiso hacia la unión política:

Esta consideración reviste una gran importancia a la hora de juzgar las perspectivas de evolución que se derivan de la ampliación del sistema europeo. Se debe pedir a los recién llegados, y especialmente a aquellos que llegan a la Comunidad con el deseo de convertirse en miembros en el sentido más amplio posible, no solo que definan su posición en relación con los objetivos ya definidos y consagrados. Hay que preguntarles también sobre sus intenciones en cuanto a la posibilidad de una evolución definitiva hacia la unión política¹³⁰³.

Como también, unos años antes, en 1963, un observador externo, y por tanto nada sospechoso de partidismo alguno como Leon Lindberg, señaló que el movimiento europeo se encaminaba hacia un fin tanto político y social, como económico¹³⁰⁴:

En Europa occidental hay fuerzas que pueden alterar la naturaleza de las relaciones internacionales y ofrecer la promesa de una vida más plena y próspera para los habitantes de la región... La motivación fundamental es política. Se trata, en palabras del Tratado, de establecer «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos»¹³⁰⁵.

Ante lo cual, difícilmente cabría entonces reducir Europa a una entidad estrictamente económica. Por el contrario, la asunción de la naturaleza económica entrañaría una conclusión falsa por no contemplar todas las premisas que abocaron a esta, desconociendo además las implicaciones de la comunidad aduanera creada, tales como

The deep motivations which inspired the creators of the Communities, and which continue to inspire their successors in the daily working of the common institutions, are of a political nature.

¹³⁰² Pescatore, P., *The Law of Integration... Ibid.*, p. 24:

A second consideration must be added. Whilst it is true that political unification does not form part of the objectives enshrined in formal commitments, such an evolution cannot be left out of the sphere of potentialities. The building of Europe would lose its futures prospects if it renounced in advance the possibilities of political unification..

¹³⁰³ Pescatore, P., *The Law of Integration... Ibid.*, p. 24:

This consideration is of major importance in judging the prospects of evolution consequent on the enlargement of the European system. Newcomers, and especially those who come to the Community with the desire to become Members in the fullest possible sense, must be asked not only to define their position in relation to the objectives already defined and enshrined in firms commitments. They must be questioned also about their intentions as regards the chance of an ultimate evolution towards political union.

¹³⁰⁴ Lindberg, L. N., *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford University Press, 1963, p. 2:

A series of targets is assigned to each stage, and these relate not only to progress in removal of trade barriers, but also parallel measures of economic and social alignment.

¹³⁰⁵ Lindberg, L. N., *The Political Dynamics of European Economic Integration... Ibid.*, p. 4:

Forces are at work in Western Europe that may alter the nature of international relations, as well as offer promise of a fuller and more prosperous life for the inhabitants of the region... The fundamental motivation is political. It is, in the words of the Treaty, to establish "an ever closer union among the European peoples".

la cesión de soberanía, las nuevas relaciones entre Estados miembros en forma y fondo, un marco jurídico propio a fin de solucionar las posibles controversias... Con lo que, en definitiva, la unión económica de la Comunidad, al requiere un consenso político previo, en constante renovación, presenta una dimensión política innegable:

Una excelente indicación de la coherencia política de un sistema de este tipo se deriva del hecho de que la adhesión a una unión aduanera y, *a fortiori*, a una unión económica, se considera generalmente incompatible con el estado de neutralidad. Varios países europeos están midiendo ahora con este criterio la dimensión política de la unificación económica¹³⁰⁶.

Pues bien, una vez reconocido el carácter extraeconómico de la Comunidad Europea conviene detenerse en la integración jurídica. Con respecto a lo cual, cabe recordar que se trató, en su momento, de un novedoso mecanismo de integración a través del derecho que permitió concebir un Derecho europeo diferenciado del Derecho internacional, sin que cupiese una interpretación y solución de los conflictos a través de las reglas conocidas en el ámbito internacional¹³⁰⁷. Diseñándose el Derecho europeo sobre unas «nuevas constelaciones estructurales»¹³⁰⁸, entre las que destaca un Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas que se integra en «un sistema institucional internacional»¹³⁰⁹. Y presentando una característica que resulta de suma importancia, más si se compara con los sistemas internacionales existentes en dicho momento:

Por primera vez, un Tribunal se ha integrado realmente en un sistema institucional internacional; su competencia se ha definido de tal manera que los jueces pueden hacer que el Derecho desempeñe plenamente su papel; por último, se ha creado un vínculo orgánico entre este Tribunal Común y las competencias judiciales nacionales. Por estas características, el Tribunal Comunitario se distingue de los órganos arbitrales y judiciales de la vida internacional, cuya relativa debilidad se deriva precisamente del hecho de que no forman

¹³⁰⁶ Pescatore, P., *The Law of Integration...* *Op. Cit.*, p. 24:

An excellent indication of the political consistency of such a system arises from the fact that the adherence to a customs union, and a fortiori an economic union, is generally considered as incompatible with the state of neutrality. Several European countries are now measuring by this yardstick the political dimension of economic unification.

¹³⁰⁷ Pescatore, P., *The Law of Integration...* *Ibid.*, Préface:

I hope, however, that he (the reader) will be at one with me at recognising a qualitative difference between this «law of integration» now being born and the so called classical international legal order. The recognition will be primarily a warning: anyone who tries to interpret these new realities in the light of the well-born conceptions of international law runs the risk of missing the substance of this special type of relationship between the states.

¹³⁰⁸ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 87.

¹³⁰⁹ Pescatore, P., *The Law of Integration*, *Op. Cit.*, pp. 78-79.

parte de un sistema institucional global (debilidad muy visible, por ejemplo, en el caso de la Corte Internacional de Justicia)¹³¹⁰.

Conviene asimismo reparar en que, dentro del Tribunal, el papel del juez comunitario iba a ir más allá de un mero interprete de reglas comerciales para proteger a la persona, en sus múltiples roles de consumidor, trabajador... De manera que la integración a través del Derecho, desde la previa constitución de una serie de estructuras, planteará y defenderá una concepción particular del hombre. Las palabras y autoridad de Robert Lecourt, quien fuera juez y presidente del Tribunal de Justicia (1962-1976), confirman este extremo:

El juez logrará alcanzar los objetivos de protección de la persona, ocultos tras la aridez técnica del derecho de la competencia. Por lo tanto, las normas de este derecho se considerarán desde la perspectiva del consumidor que debe protegerse, del comerciante desarmado por el rigor de determinados acuerdos y de la propia seguridad. En resumen, desarrollará gradualmente una concepción protectora del hombre a partir de estas reglas. ¿Serían las normas de competencia concebidas en última instancia para proteger a los débiles contra el abuso de los fuertes?¹³¹¹.

Y es que, no por casualidad, fue Lecourt ponente de la sentencia *Costa vs. Enel*¹³¹², considerada piedra angular del Derecho europeo, y donde expresamente refirió el concepto de «integración en el Derecho», definido como un ordenamiento jurídico propio, diferenciado del Derecho internacional:

[...] al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos.

Observándose con ello cómo se origina un sistema legal autónomo, con substantividad propia, que favorece una transformación de los espacios territoriales afectados, sobre la base de un principio de solidaridad aceptado y reconocido:

¹³¹⁰ Pescatore, P., *The Law of Integration... Ibid.*, pp. 78-79.

¹³¹¹ Lecourt, R., *L'Europe des juges*, Ed. Bruylant, 2008 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1976), p. 334:

(Le juge) [...] parviendra à atteindre les finalités protectrices de la personne, dissimulées derrière les sèches techniques du droit de la concurrence. Aussi le verra-t-on considérer les règles de ce droit dans la perspective tantôt du consommateur à protéger, tantôt du commerçant désarmé par la rigueur de certaines ententes, tantôt enfin de la sécurité proprement dite. En bref, il va dégager peu à peu de ces règles une conception protectrice de l'homme. Les règles de concurrence seraient-elles finalement destinées à protéger le faible contre l'abus du fort?

¹³¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Asunto 6-64.

[...] el derecho de integración [...] tiene al menos la capacidad de transformar en profundidad las relaciones entre los Estados en el marco de agrupaciones más restringidas, esencialmente regionales. Dentro de estos límites, es posible forjar los lazos de confianza y solidaridad que conducen a la interpretación entre los Estados y sus pueblos¹³¹³.

Al mismo tiempo, esta integración modifica paulatinamente el status europeo, con el Tratado de Maastricht (TUE)¹³¹⁴ como elemento diferencial del cambio, expresándolo Habermas con contundencia: «El Tratado de Maastricht establece las bases para el desarrollo de una Unión Europea más allá de un status de comunidad económica funcional»¹³¹⁵.

Bien es cierto, asimismo, que la integración requería de unos fundamentos exigentes para su éxito. Quedando fuera de toda duda que la homogeneidad, la igualdad y la inclusión debían aparecer tras toda política legislativa europea, y también, en un momento posterior, como principio en las interpretaciones ofrecidas por el TJCE/TJUE. Lamentablemente, sin embargo, se constata, en el actual proceso de integración, un «aumento de formas de heterogeneidad, desigualdad y exclusión»¹³¹⁶.

Podría así colegirse, de todo ello, que el Derecho europeo, en sus vertientes positiva y judicial, ha tenido buena parte de responsabilidad, por acción, con decisiones como Viking y Laval claramente perjudiciales para los derechos sociales, o por omisión, al no ofrecer una respuesta adecuada a los referidos fenómenos. Hasta el extremo de alcanzar a convertirse en una crisis del proceso de integración, hecho ya preconizado por Pierre Pescatore en su momento y recientemente analizado por Loïc Azoulai:

[...] los recientes acontecimientos en los que el proceso de integración ha sido el teatro han desmentido la forma en que su disciplina lo ha definido: un proceso natural, racional y beneficioso para el mayor número de personas. Es probable que el proceso de

¹³¹³ Pescatore, P., *The Law of Integration... Op. Cit.*, Préface:

Yet it also offers hope, since the law of integration, if it cannot yet penetrate into the major fields of international relations, has at least the capacity to transform in depth the relationships between the states within the framework of more restricted, essentially regional, groupings. Within these limits, it is becoming possible to forge the bonds of confidence and solidarity which lead to interpretation between states and their peoples.

¹³¹⁴ *Tratado de la Unión Europea*, 1992, Diario Oficial n.º C 191 de 29/07/1992 p. 0001 - 0110, EUR-lex, Online access:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=ES>, Consultado: 14/10/2016.

¹³¹⁵ Habermas, J., *Postnational Constellation*, MIT Press Edition, 2001, p. 18.

¹³¹⁶ Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer (Editorial Comments)», en *Common Market Law Review*, Volume 52, Issue 4, 881-888, 2015, Ed. Kluwer Law International, p. 881.

integración esté atravesando su crisis más grave (crisis económica prolongada, crisis de representación política, crisis diplomática, crisis moral)¹³¹⁷.

No puede extrañar, por ello, que siguiendo la idea de integración de Pescatore, se reconozca un sistema de transformación que va más allá de lo económico, para alcanzar una unión política y social¹³¹⁸, básicamente atendiendo a los dos hitos fundamentales, que acaecen durante el año 1972, y que confirman este tránsito europeo. La Opinión de la Comisión de 19 de enero de 1972¹³¹⁹ es el primer acto formal de ampliación de la Comunidad¹³²⁰, en el que se exige a los nuevos países miembros que «acepten sin reservas los Tratados y sus objetivos políticos» y «las características esenciales del ordenamiento jurídico comunitario, a saber, el efecto directo, la primacía del Derecho comunitario y la fuerza vinculante de dichas normas»¹³²¹. Por su parte, la Conferencia de París, del 19 al 21 de octubre de 1972 recoge, en su apartado 6, dedicado a Política Social, el compromiso con la acción social que jefes de estado o de gobierno «reviste la misma importancia que la realización de la unión económica y monetaria», que se concretará en un ambicioso programa social destinado a:

[...] poner en práctica una política coordinada en materia de empleo y de formación profesional, a mejorar las condiciones de trabajo y de vida, a asegurar la colaboración de los trabajadores en los órganos empresariales, a facilitar, fundándose en la situación de los diferentes países, la conclusión de convenios colectivos europeos en los ámbitos apropiados y a reforzar y coordinar las acciones en favor de la protección de los consumidores¹³²².

¹³¹⁷ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 83:

[...] *les évènements récents dont le processus d'intégration a été le théâtre ont démenti la manière dont sa discipline l'a défini: un processus naturel, rationnel et bénéfique pour le plus grand nombre. Le processus d'intégration subit sans doute sa crise la plus grave (crise économique prolongée, crise de la représentation politique, crise diplomatique, crise morale).*

¹³¹⁸ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 86 y ss.

¹³¹⁹ *DICTAMEN DE LA COMISIÓN de 19 de enero de 1972 relativo a las solicitudes de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda, del Reino de Noruega y del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, EUR-lex, Online access. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11972B/AVI/COM&from=EN>, Consultado: 20/10/2016.

¹³²⁰ El 22 de enero siguiente se firma por Dinamarca, Irlanda, Noruega y el Reino Unido de los Tratados de Adhesión a las Comunidades Europeas.

¹³²¹ Pescatore, P., *The Law of Integration...* *Op. Cit.*, pp. 108-109.

¹³²² Déclaration du sommet de Paris (19 au 21 octobre 1972), Bulletin des Communautés européennes, Octobre 1972, n.º 10, *Online access*. Disponible en: <http://www.cvce.eu/obj/declaration-du-sommet-de-paris-19-au-21-octobre-1972-fr-b1dd3d57-5f31-4796>. Consultado: 20/10/2016.

Politique sociale

6. Les chefs d'État ou de gouvernement ont souligné qu'une action vigoureuse dans le domaine social revêt pour eux la même importance que la réalisation de l'union économique et monétaire. Ils considèrent indispensable d'aboutir à une participation croissante des

Es más, considero llegado el momento conveniente para incidir en unos de los objetivos de la Unión que parece en estos momentos desplazado, como es el de armonizar las legislaciones de los Estados miembros por la vía de la aproximación¹³²³. Se trata además de una finalidad consustancial al Derecho europeo, que se remonta al compromiso alcanzado en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 relativa a un programa de acción social¹³²⁴. Siendo realmente, en esencia, la extensión de la forma de armonización de las libertades económicas del art. 2 del Tratado Constitutivo¹³²⁵ a los derechos laborales.

Al anterior análisis legislativo debemos añadir el papel del TJCE en las primeras décadas de construcción comunitaria y referir, muy especialmente, la trilogía de casos Defrenne¹³²⁶. En el caso Defrenne 2, a raíz de la aplicación del principio de igualdad retributiva reconocido en el artículo 119 del Tratado CEE, el TJCE corrobora el doble objetivo económico y social de la Comunidad, señalando que «dicha disposición

partenaires sociaux aux décisions économiques et sociales de la Communauté. Ils invitent les institutions à arrêter avant le 1^{er} janvier 1974, après consultation des partenaires sociaux, un programme d'action, prévoyant des mesures concrètes et les moyens correspondants, notamment dans le cadre du Fonds social, sur la base des suggestions qui ont été présentées par les chefs d'État ou de gouvernement et par la Commission au cours de la conférence.

Ce programme devra notamment viser à mettre en œuvre une politique coordonnée en matière d'emploi et de formation professionnelle, à améliorer les conditions du travail et de la vie, à assurer la collaboration des travailleurs dans les organes des entreprises, à faciliter en se fondant sur la situation des différents pays la conclusion de conventions collectives européennes dans les domaines appropriés et à renforcer et à coordonner les actions en faveur de la protection des consommateurs.

¹³²³ La Directiva 98/59/CE relativa a los despidos colectivos, y la Directiva 75/129/CEE codificada y derogada por la anterior, se refieren a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

¹³²⁴ "Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social", Consejo de las Comunidades Europeas, 12/02/1974, Diario Oficial de la Comunidad:

9. desarrollar la participación de los interlocutores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad;

toma nota del compromiso de la Comisión de someterle, antes del 1 de abril de 1974, propuestas relativas a: [...]

- una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros referentes a los despidos colectivos [...].

¹³²⁵ El artículo 2 del Tratado CEE recoge lo siguiente:

La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los estados miembros.

¹³²⁶ Defrenne 1: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1971, asunto 80/70, Gabrielle Defrenne y État Belge.

Defrenne 2: Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Gabrielle Defrenne y Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena).

Defrenne 3: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1978, asunto 149/77, Gabrielle Defrenne y Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena).

responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos». De esta manera, asume una interpretación sistemática-teleológica que otorga un contenido substantivo, más que meramente declarativo, a la anterior expresión referida en el Preámbulo del Tratado, para procurar la eficacia de los derechos sociales. Asimismo, el TJCE afirma que este precepto debe vincularse al art. 117 del Tratado CEE, «disposición liminar» del capítulo sobre Política Social, que propugna la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación en el progreso. Esta interpretación permite «la integración del artículo 119 en el contexto de la equiparación de las condiciones de trabajo por la vía del progreso». De esta suerte, el Tribunal reconoce, como principio, que el Derecho Social europeo debe alinearse sobre la mejor legislación¹³²⁷.

De este modo, el proceso europeo se asienta sobre las bases de un nuevo orden que funda un espacio económico y social transnacional. Resultando este último elemento primordial para que el proceso de integración halle la legitimidad popular necesaria. De cualquier otra manera, el proyecto europeo devendría extraño, y alejado de la ciudadanía, haciendo peligrar la legitimidad que, en un proceso de cesión de poder voluntario, se manifiesta como un pilar innegociable. Por lo demás, el proyecto europeo, construido sobre unas bases igualmente económicas, políticas y sociales, se subordina a un proceso de integración que puede ser calificado *ab initio* como precario e incluso contradictorio:

Sin embargo, lo que Pescatore sabe muy bien, me parece a mí, es que esta empresa es esencialmente precaria. Se basa en una serie de contradicciones. Permítanos nombrar algunos: la integración pretende transformar las estructuras nacionales, pero depende en gran medida de las estructuras de los Estados miembros; crea una autoridad supranacional poderosa, independiente y amplia, cuyas competencias están formalmente limitadas y que carece de medios de coacción y coerción; confiere a su producción jurídica una autoridad inmediata y uniforme en el territorio de los Estados miembros, pero la eficacia de esta autoridad depende de los órganos jurisdiccionales nacionales sobre los que la Unión no tiene ningún poder jerárquico; desarrolla interpretaciones autónomas de todos los problemas que encuentra cuando depende funcional y fácticamente de contextos de significado arraigados localmente; propone un modelo de «unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa»,

¹³²⁷ Lyon-Caen, G., *Droit Social Européen...* Op. Cit., p. 128.

pero no tiene ninguna de las fuentes tradicionales de legitimidad que forman la base de una comunidad política¹³²⁸.

A la vista de todo lo referido, se detecta que el camino de ese nuevo Derecho europeo, del que pende con sentido propio un Derecho Social, un verdadero Derecho común del Trabajo¹³²⁹, se parece sobremanera al recorrido histórico del Derecho del Trabajo ya explicado¹³³⁰:

Porque la integración europea, a diferencia de los procesos de integración nacional, no es un fenómeno de reproducción social. Tampoco es una revolución. Se ve a sí mismo como un compromiso de transformar, al menos parcialmente («en sectores limitados pero decisivos»), el orden económico, político y social en el que se basan los Estados europeos¹³³¹.

A estos efectos, Lecourt, en su obra *L'Europe des juges* (1976), plantea un razonamiento que rememora el pensamiento de Sinzheimer sobre los fines y los medios en el Derecho del Trabajo, concluyendo que «la Comunidad Europea no podía limitarse a desarrollar un mercado común de mercancías sin preocuparse por las personas»¹³³². No

¹³²⁸ Azoulai, L., *La Communauté désœuvrée. A la recherche des bases intellectuelles du droit de l'Union européenne*. Jobtalk – Sciences Po Paris, 3 Avril 2015 (texte non publié), p. 4:

Or, ce dont Pescatore est bien conscient, me semble-t-il, c'est que cette entreprise est essentiellement précaire. Elle repose en effet sur une série de contradictions. Nommons-en quelques-unes : l'intégration entend transformer les structures nationales mais elle dépend largement pour sa réalisation des structures des Etats membres ; elle crée une autorité supranationale puissante, indépendante et étendue mais dont les compétences sont formellement limitées et qui est dépourvue des moyens de la contrainte et de la coercition ; elle donne à sa production juridique une autorité immédiate et uniforme sur le territoire des Etats membres mais l'effectivité de cette autorité dépend des cours nationales à l'égard desquelles l'Union ne dispose pas de pouvoir hiérarchique ; elle développe des interprétations autonomes sur tous les problèmes qu'elle rencontre alors qu'elle est fonctionnellement et factuellement dépendante des contextes de signification ancrés localement ; elle propose un modèle d'« union sans cesse plus étroite des peuples européens » mais elle ne dispose d'aucun des ressorts traditionnels de légitimité qui fondent une communauté politique.

¹³²⁹ Véase, a este respecto, Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, 1994, pp. 313-317.

También Rivero Lamas, J., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Editorial Libros Pórtico, 1977, pp. 150-151 y Rivero Lamas, J., *El Derecho Común del Trabajo en España*, Cuadernos del Seminario de Derecho del Trabajo, n° 1 (UNIZAR), 1970, p. 23.

¹³³⁰ Véase, a este respecto, el apartado II.4 «La conformación del Derecho del Trabajo».

¹³³¹ Azoulai, L., *La Communauté désœuvrée. A la recherche des bases intellectuelles du droit de l'Union européenne*. Jobtalk – Sciences Po Paris, 3 Avril 2015 (texte non publié), p. 4:

La pensée des structures est clairement exposée dans un livre de Pescatore publié en 1972 et qui a pour titre Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes. Cet ouvrage est issu de cours donnés à l'Institut universitaire des hautes études internationales de Genève en 1971. ... Mais le livre a aussi une ambition plus élevée : poser les bases d'un ordre nouveau, ordre concret fondé sur un espace économique et social transnational. Car l'intégration européenne, à la différence des processus d'intégration nationale, n'est pas un phénomène de reproduction sociale. Ce n'est pas non plus une révolution. Elle se conçoit comme une entreprise de transformation, au moins partielle (« dans des secteurs limités mais décisifs »), des ordres économiques, politiques et sociaux sur lesquels reposent les Etats européens.

¹³³² Lecourt, R. *L'Europe des juges*, Ed. Bruylant, 2008 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1976), p. 334:

desde luego estando tan cerca, temporal y físicamente, Auschwitz-Birkenau, Treblinka, Dachau, Bergen-Belsen, Mauthausen-Gusen... Concluye Lecourt afirmando que la Comunidad se estableció para los hombres, por medio de productos¹³³³, y no al contrario. En particular, respecto al Derecho del Trabajo, precisa que la protección de los trabajadores en la Comunidad es un objetivo, a implementar a través de un Derecho comunitario que es el medio¹³³⁴.

Nótese como Lecourt desarrolla la idea de una Europa social y la extiende, de manera honesta, a lo que fue el papel del juez comunitario en los primeros pasos de la comunidad, y lo que entiende debe ser; analizando, para ello, su actuación a través de los casos más relevantes en el periodo inicial, de 1953 a 1975. El autor no se muestra timorato al declarar que el juez europeo debe ser un juez social que pueda incluso llegar a ofrecer un contrapeso, un asidero, frente a la Europa mercantilista:

Al hacerlo, niega discreta pero perentoriamente la queja que a veces se dirige a las Comunidades de no preocuparse más que de la Europa de los negocios. El trabajo del juez demuestra que también existe una Europa social¹³³⁵.

En atención a lo cual, se debe apuntar que un Derecho europeo sin Derecho Social difícilmente puede llevar a cabo su principal función integradora (*integration through law*). A *sensu* contrario, cuando, legislativamente o a través de decisiones judiciales, se relega al Derecho Social, el Derecho europeo se reduce a una mera herramienta funcional, preocupantemente alejada de su verdadero propósito de lograr una pacífica cooperación y solidaridad:

El derecho no es solo un instrumento funcional, sino la forma cultural y simbólica a través de la cual se puede lograr un nuevo espíritu de cooperación y solidaridad en Europa... La Unión no ha perdido su Derecho, pero parece que ha perdido su Derecho como vector de energía y cohesión¹³³⁶.

La Communauté européenne ne pouvait se limiter à l'aménagement d'un marché commun pour les marchandises sans se soucier des personnes.

¹³³³ Lecourt, R., *L'Europe des juges*, ... *Op. Cit.*, p. 334: «La Communauté était ainsi instituée pour les hommes par le moyen des produits».

¹³³⁴ Lecourt, R., *L'Europe des juges*, ... *Ibid.*, p. 334.

¹³³⁵ Lecourt, R., *L'Europe des juges*, Ed. Bruylant, 2008 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1976), p. 334:

Ce faisant, il dément discrètement mais péremptoirement le grief parfois adressé aux Communautés de se préoccuper uniquement de l'Europe des affaires. L'œuvre du juge atteste qu'il existe aussi une Europe sociale.

¹³³⁶ Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer (Editorial Comments)»... *Op. Cit.* p. 881:

For a long time we, European lawyers, assumed that the law had generated, channelled and transformed the energy required to create a genuine European Union. Law was not only a functional tool, but the cultural and symbolic form through which a new spirit of cooperation

En todo caso, adviértase que, paradójicamente, el TJUE ha reconocido expresamente la dimensión social de Europa en los casos Viking y Laval, declaración que ha reemprendido en sentencias posteriores¹³³⁷. No obstante, y a la vista de la resolución de estas decisiones, se trata de una manifestación meramente formal, sin contenido real:

78 Procede añadir que, con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implica no solamente un «mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales», sino también «una política en el ámbito social». El artículo 2 CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas» y «un alto nivel de empleo y de protección social».

79 Por tanto, dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la Política Social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social¹³³⁸.

A su vez, me parece necesario añadir que, en la construcción europea, destaca la necesidad de «un *transfer* incondicional de lealtad hacia ese nuevo centro de poder»¹³³⁹, cuestión que se debate desde el origen de la comunidad y alcanza nuestros días (materias comunes, grado e intensidad de transferencias competenciales). Con lo que, en definitiva, cabe inferir que el proyecto europeo pretende la creación de un sistema, «es decir, un todo estructurado, organizado y finito»¹³⁴⁰. Resulta así establecido que la concepción de la Comunidad Europea, como un sistema legal unitario, requiere para su efectividad del reconocimiento de la primacía del Derecho europeo, dado que, de otra manera, la parte

and solidarity could be achieved in Europe. What seems to be emerging is a sense that now that it has been created for real, the Union has lost a large part of its dynamism and homogeneity. The Union has not lost its law, but it looks as if it has lost law as a vector of energy and cohesion.

¹³³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15, Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) e Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis.

¹³³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

Ver también apartados 104 y 105 del caso Laval.

¹³³⁹ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 87.

¹³⁴⁰ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Ibid.*, p. 87.

Azoulai desarrolla la idea de Pescatore en Pescatore, P., *The Law of Integration*... *Op. Cit.*

(los Estados miembros) se impondría al todo (la Comunidad), y acabaría por cuestionarse la existencia misma de la Comunidad¹³⁴¹. Una misión que asume, con prontitud, el Tribunal de Justicia, en los casos *Costa vs. Enel*¹³⁴² e *Internationale Handelsgesellschaft*¹³⁴³. En el primer caso, «constitucionaliza» el Tratado Constitutivo, consolidando el orden jurídico emergente¹³⁴⁴. Al tiempo que, en el segundo, declara la primacía del Derecho europeo, frente a provisiones de naturaleza constitucional, contenidos en la Ley Fundamental alemana.

No obstante, el gran reto europeo sigue siendo la culminación de ese sistema. Para ello, resulta indispensable una coordinación eficaz y coherente entre los derechos nacionales y el Derecho europeo, como también entre las decisiones nacionales y las europeas, e incluso entre el propio Derecho europeo (Tratados, Directivas...). Por cuanto, solo la consecución de una nueva estructura europea, independiente y completa, garantizará el pleno reconocimiento de legitimidad a las decisiones europeas. De todo lo cual, se extrae que el Derecho Social no puede dejar de formar parte de ese sistema europeo para que se entienda completo y, por consiguiente, plenamente legitimado. Sin un Derecho del Trabajo firme, frente a los vaivenes políticos, y autónomo, frente a la voluntad de los mercados, difícilmente puede hablarse de un sistema europeo.

¹³⁴¹ Pescatore, Pierre, *The Law of Integration*, ... *Ibid.*, pp. 93-95:

It bases this postulate on the idea of the necessary unity of European law. Between the Community legal order and national legal orders there exists a profound difference, which lies in the fact that Community law is a legal system common to several States; faced with this general legal system, national law must always appear special. It is from this situation, from this relationship between the whole and the part, between the common interest and the private interest, that there arises as a consequence the primacy of that order which has the greater extent. The very existence of the Community system as a unitary legal order would be jeopardized if, in case of conflict, the national order and the national interest could prevail over its full effectiveness. In other words, any impairment of the principle of the primacy of Community law would have the consequence of calling in question the very existence of the Community. From this idea there arises the notion of a clearly defined hierarchy between Community law and national law.

¹³⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Asunto 6-64.

¹³⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Asunto 11-70.

¹³⁴⁴ McCormick, N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Palestra, 2016, p. 196.

4. EL PATRIMONIO DE LA UNIÓN

A mi juicio, la falta de una teoría de valores, o cuando menos, de la formulación de unos claros fundamentos filosóficos, es posiblemente la causa actual del problema europeo. Encontrando su origen en la dialéctica del mercado que hace imposible una adecuada formulación de los mismos, aduciendo una razón sencilla en su lógica, a la par que terrorífica; el resultado justo es incompatible con el resultado eficaz o útil. Se trata de finalidades excluyentes, pudiéndose propugnar una u otra, pero no las dos, y la legislación europea se encamina, mayoritariamente, a favorecer la utilidad para garantizar el buen funcionamiento del mercado común.

Es cierto que, en no pocas ocasiones, una legislación que promueve una finalidad en términos de eficacia puede generar resultados justos. Sin embargo, no cabe confundir ambas nociones, y se debe tener bien en cuenta que los resultados obtenidos, distintos a las finalidades que se pretendían, aparecerán de forma indirecta o tangencial. Todo este proceso, de ausencia de una clara articulación de los «fundamentos filosóficos» de la legislación de la UE, conduce, en última instancia, a la transformación de ciudadanos de pleno derecho de la UE en «ciudadanos de mercado desocializados»¹³⁴⁵.

En consecuencia, y a fin de evitar la patología referida, cabe afirmar que todo Derecho debe partir de un primer fundamento filosófico o moral, un *ethos* compartido que genera la necesidad de regulación. El sistema europeo no resulta una excepción. En última instancia, toda nueva legislación o decisión judicial deberá confrontarse y respetar dicho *ethos*. Ahí, y no en ningún otro lugar, radica el verdadero patrimonio de la Unión.

Ya en este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante también «la Carta»)¹³⁴⁶ alcanzó a referirse, de forma velada, a ese *ethos* europeo al reconocer un «patrimonio espiritual y moral de la Unión», incluyendo expresamente, como un valor universal, la solidaridad. Y, asimismo, lo considera como

¹³⁴⁵ Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer» (Editorial Comments)... *Op. Cit.*, pp. 884-885:

The first claims that EU law fails to achieve its high ideals, notably justice, freedom, democracy and prosperity. It considers that, while EU law is well-designed to serve legitimate interests, especially new forms of individual emancipation, in practice it does not adequately serve these interests. Rather than fully-fledged EU citizens, it produces "de-socialized market citizens". EU law is unable to deliver just or democratic outcomes. This is due to institutional and practical reasons, but also conceptual reasons. What is missing is a clear articulation of what has been called the "philosophical foundations" of EU law.

¹³⁴⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 364 de 18.12.2000, Euro-Parl, Online access. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, Consultado: 22/11/2016.

un valor indivisible junto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad, lo que indudablemente condiciona, y modula, la interpretación de dichos valores, imposibilitando la aplicación prevalente y absoluta de cualquiera de ellos, frente a los otros. Sin embargo, el concepto de solidaridad europea, que comprende la solidaridad civil con el derecho laboral (libertad de asociación y derecho de huelga) a la cabeza, presenta un sesgo negativo, un proceso de "integración negativa"¹³⁴⁷, que desmantela la solidaridad nacional sin conseguir construir una auténtica solidaridad europea¹³⁴⁸.

Nótese que los derechos sociales reconocidos en la Carta han pasado de puntillas por la jurisprudencia europea, si bien es cierto que, precisamente, en los casos Viking y Laval, el TJCE reconoce de manera excepcional¹³⁴⁹, y más formal que materialmente, la integración de la negociación, y acción colectiva, en el Derecho comunitario:

Por tanto, aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho está protegido de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales¹³⁵⁰.

En cualquier caso, el sentido de estas decisiones muestra, a las claras, una prevalencia de las libertades fundacionales, frente a los derechos laborales fundamentales¹³⁵¹, dejando en el aire una sensación de pesimismo:

[...] una sensación imprecisa, dolorosa, porque además tenemos la premonición de que ya no habrá más avances sino retrocesos, y que por ejemplo el reconocimiento a la labor de los sindicatos, el respeto a lo establecido en los convenios colectivos o la licitud de las

¹³⁴⁷ Scharpf, F.W., « The asymmetry of European integration or why the EU cannot be a “social market economy” », en *KFG Working Paper*, n° 6, 2009.

¹³⁴⁸ Supiot, A., «Ni assurance ni charité, la solidarité», en *Le Monde Diplomatique*, Novembre 2014, p. 3.

¹³⁴⁹ Nivard, C., «Un destin divergent : les relations entre l’Union européenne et la Charte sociale européenne», en *Revue de l’Union européenne*, n.º 600, Juillet-Août 2016, p. 418:

À ce titre, les arrêts Laval et Viking font figure d’exception en ce qu’ils fondent expressément sur la Charte -entre autres sources- la consécration du droit de mener une action collective en tant que principe général du droit communautaire. Il n’y a guère qu’une dizaine d’arrêts de la Cour se référant à la Charte sociale européenne dont la plupart l’évoquent à titre surabondant ou confortatif.

¹³⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, y otros.

Apartado prácticamente idéntico aparece previamente en la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

¹³⁵¹ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Derecho Crítico del Trabajo... Op. Cit.*, p. 235.

huelgas paulatinamente serán puestos en entredicho, relativizados y, finalmente, sometidos a estrictos controles¹³⁵².

Cabe recordar que, a fecha de dictarse las sentencias Viking y Laval, la Carta no era una norma con efecto directo¹³⁵³. Siendo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, cuando la Carta se convirtió en un instrumento jurídicamente vinculante en la Unión, con idéntico valor que los Tratados, en su adaptación de 2007¹³⁵⁴. Un hito capital, así reconocido por los académicos¹³⁵⁵. En palabras de nuestra doctrina científica laboral, «los derechos laborales establecidos en la Carta tienen una innegable vocación de erigirse en parámetros de referencia sustancial de las normas comunitarias»¹³⁵⁶. Por lo que, a la vista de lo referido hasta el momento, bien puede concluirse que la construcción europea incluye la justicia social dentro de esa identidad compartida.

¹³⁵² Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico ... Op. Cit.*, p. 54.

¹³⁵³ Marzocchi, O., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fichas técnicas, Parlamento Europeo, 1/3/2018, Europarl, *Online access*. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/search.html?authors=20808>, Consultado: 5/7/2018:

El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza en el año 2000. Tras ser revisada, fue proclamada de nuevo en 2007. No obstante, su proclamación solemne no confirió a la Carta un carácter jurídicamente vinculante.

¹³⁵⁴ *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, 2007, Diario Oficial nº C 306 de 17.12.2007, p. 1/271, EUR-lex, *Online access*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12007L/TXT>, Consultado: 26/10/2016. Art. 6:

1. *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

¹³⁵⁵ Beck, G., «The legal reasoning of the Court of justice of the EU», *Modern Studies in European Law*, Hart Publishing, 2012, p. 176:

The Treaty of Rome of 1957 did not mention human rights, and in line with the economic focus of the original Community the "four freedoms" de facto represented the highest constitutional principles of the EU legal order. When the Treaty of Lisbon formally granted the same legal status to the EU Charter as the EU Treaties, the quasi-constitutional status of the free movement provisions as the fundamental rights of the EU was formally extended to all of Charter rights and any other fundamental rights the Court of Justice has recognized or may recognize in addition to those contain in the Charter.

¹³⁵⁶ Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Ed. Bomarzo, 2016, p. 81.

Resulta así que la Carta eleva los derechos sociales al «estatuto jurídico» de los derechos civiles y políticos, terminando con la «tendencia histórica de diferenciación», y logrando «la garantía de la justiciabilidad de los derechos sociales», que posibilita la toma de medidas necesarias por los jueces competentes, para garantizar su observancia¹³⁵⁷. Razonamiento que ratificó el TJUE, en el caso *Fransson*:

Por lo que respecta a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de su Derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, según jurisprudencia reiterada, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional

En efecto, sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión [...].

De lo anterior resulta que el Derecho de la Unión se opone a una práctica judicial que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la Carta [...]¹³⁵⁸.

No obstante, es igualmente cierto cómo se constata que el propio TJUE ha disminuido el alcance y aplicabilidad de la Carta, al requerir para su invocación que la infracción alegada «se deduzca claramente del texto de dicha Carta o de la jurisprudencia en la materia»¹³⁵⁹. Derivándose la limitación de la propia literalidad del artículo 51.1 al declarar, bajo la rúbrica «Ámbito de aplicación», que las disposiciones de la Carta están dirigidas «a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». A mayor abundamiento, en sus Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, el Praesidium de la Convención Europea aclara que este artículo de la Carta, fruto de la adaptación del documento en 2007, en realidad recoge una

¹³⁵⁷ Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, ... *Ibid.*, p. 81.

¹³⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*.

¹³⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*.

jurisprudencia del TJCE mantenida durante el tiempo¹³⁶⁰. Una línea jurisprudencial «post Fransson» que Valdés Dal-Ré ha sintetizado, a la vista de los casos Siragusa¹³⁶¹, Torralbo Marcos¹³⁶², Julián Hernández y otros¹³⁶³:

[...] el Tribunal de Luxemburgo ha destacado que, para la activación de la Carta, no basta una simple afinidad *rationae materiae* entre los ordenamientos internos y de la Unión. Es necesaria la concurrencia de un vínculo, dotado de una cierta consistencia, que vaya más allá de la proximidad entre las materias a confrontación o de la influencia indirecta de las materias reguladas por los sistemas jurídicos nacional y europeo. En razón de ello, queda así excluida la aplicación de un derecho fundamental enunciado en la Carta cuando: i) el vínculo entre la medida interna y el ejercicio del derecho en cuestión es hipotético; ii) a pesar de la influencia indirecta, las fuentes (nacional y europea) persiguen fines diferentes y iii) el ordenamiento de la Unión no impone obligación alguna al Estado en el supuesto de hecho concreto¹³⁶⁴.

En definitiva, de la anterior doctrina jurisprudencial, cabe concluir que la invocación directa de los derechos laborales lesionados reconocidos en la Carta exigirá una competencia europea en la materia.

Por otra parte, retomando los casos Viking y Laval, se ejemplifica claramente cómo los derechos de sindicación y de huelga quedan excluidos de las competencias compartidas del art. 153 TFUE¹³⁶⁵: «lo que impide el art. 153.5 es que la libertad sindical,

¹³⁶⁰ *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, Diario Oficial n.º C 303 de 14.12.2007, EUR-lex, *Online access*. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32007X1214\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32007X1214(01)), Consultado: 26/10/2016:

En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 Annibaldi, Rec. 1997, p. I-7493). Recientemente, el Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: «Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737, apartado 37). Por supuesto, esta norma tal como se consagra en la presente Carta, se aplica tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión.

¹³⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2014, asunto C-206/13, Cruciano Siragusa contra Regione Sicilia — Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.

¹³⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2014, asunto C-265/13, Emiliano Torralbo Marcos v Korota SA, Fondo de Garantía Salarial.

¹³⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014, asunto C-198/13, Víctor Manuel Julián Hernández y otros/Puntal Arquitectura S.L. y otros.

¹³⁶⁴ Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Ed. Bomarzo, 2016, p. 45.

¹³⁶⁵ Art. 137 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

el derecho de huelga y el cierre patronal puedan ser objeto de un desarrollo legislativo por la Unión, conjuntamente con el que ejerzan los Estados miembros. Dicho en otras palabras, las materias excluidas definen un ámbito vetado al poder de los órganos legislativos de la Unión o, si se prefiere, se definen como materias de la exclusiva competencia de los Estados miembros»¹³⁶⁶. Lo que permite hablar de un auténtico «espacio vedado» al Derecho europeo, que impedirá la protección directa del artículo 28 de la Carta, un derecho a la negociación y acción colectiva cuyos límites y modalidades, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales¹³⁶⁷. Todo ello se justifica por la existencia de modelos nacionales divergentes (España, Francia, Italia y Portugal, por un lado, Alemania, por otro, y en su momento el Reino Unido) explica la ausencia de una regulación europea común¹³⁶⁸. Por más que esta competencia nacional se ve directamente cuestionada con la doctrina Viking.

5. INTERPRETAR LA INTEGRACIÓN

Así las cosas, el camino a recorrer para la invocación de determinados derechos sociales fundamentales, que, en última instancia, permitirán completar una efectiva integración, debe ser otro. Para lo cual, se abre la posibilidad, alternativa o complementaria (en función del derecho en cuestión), de considerar los derechos sociales como principios.

De tal manera que, para perfeccionar la integración a través del Derecho, deviene necesario determinar los principios aplicables al caso concreto. Una conceptualización previa para, en definitiva, interpretar adecuadamente el Derecho europeo.

A este respecto, cabe reparar cómo la integración europea conduce a nuevo Derecho europeo, que demanda una forma de pensar, de expresar el Derecho y e incluso un estilo jurídico, inédito y propio. Se requiere entonces una teorización autónoma que legitime la construcción europea a través del derecho, como claramente se ha formulado: «Era necesario producir nuevos conocimientos, pero sobre todo una nueva forma de conocimiento que pudiera modelar el conjunto de aspectos relativos a la integración»¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, *Op. Cit.*, p. 116.

¹³⁶⁷ *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, Diario Oficial n° C 303 de 14.12.2007, EUR-lex, *Online access*. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32007X1214\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32007X1214(01)), Consultado: 26/10/2016.

¹³⁶⁸ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Derecho Crítico del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 234-235.

¹³⁶⁹ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recombinaison des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 88:

En vista de lo cual, el concepto e idea, que acuñó Pescatore de los «principios estructurales»¹³⁷⁰, resultaba una consecuencia lógica. Así al menos lo cree Azoulai quien afirma que «en el fondo, los juristas europeos tuvieron la ambición esencial de encerrar todas las relaciones políticas, económicas y sociales que componen el proceso de integración en un entramado de principios y fórmulas simples, favorables a la continuación del proceso»¹³⁷¹. Una suerte de «capa conceptual», estable y resistente, a modo de salvaguarda de una construcción institucional europea precaria y sometida a los constantes peligros de la desintegración política, la fragmentación jurídica y el descontento social¹³⁷².

Sin embargo, y dado que la teoría jurídica no soluciona los casos concretos, unas directrices en la interpretación devienen imprescindibles para evitar caer en la discrecionalidad. Por lo que se han propuesto dos principales métodos constructivos de interpretación del Derecho europeo que se superponen desde el inicio¹³⁷³, aunque pudiera dar la impresión de haberse perdido últimamente.

En primer lugar, cabría señalar que el método teleológico que propugna la finalidad de la idea comunitaria, la consideración hacia los objetivos marcados por los Tratados. Una interpretación que se observa en los casos Comisión vs. Italia¹³⁷⁴ y Comisión vs. Luxemburgo y Bélgica¹³⁷⁵. A este respecto, también se ha afirmado que el método teleológico, inspirado en los objetivos comunitarios, mostraba «un éxito particular en el ámbito de las normas sustantivas del mercado común: libre circulación

Légitimer la construction européenne par le droit a consisté à inventer une nouvelle forme d'exposition du droit. On ne pouvait se contenter de puiser dans la réserve de notions juridiques abstraites constituant le patrimoine des juristes occidentaux. Il fallait produire un savoir nouveau mais surtout une forme nouvelle de savoir façonnant l'ensemble des aspects relatifs à l'intégration.

¹³⁷⁰ Azoulai los ejemplifica en los principios de primacía, efecto útil, no discriminación, proporcionalidad, cooperación leal, equilibrio institucional.

En Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 85.

¹³⁷¹ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Ibid.*, p. 88:

Au fond, les juristes européens ont eu pour ambition essentielle d'enfermer l'ensemble des rapports politiques, économiques et sociaux qui composent le processus d'intégration dans un réseau de principes et de formules simples, favorables à la poursuite du processus.

¹³⁷² Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Ibid.*, p. 88..

¹³⁷³ Pescatore, P., *The Law of Integration*... *Op. Cit.*, pp. 86-89.

¹³⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 1961, Comisión de la Comunidad Económica Europea contra República Italiana, Asunto 7/61.

¹³⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1961, Comisión de la Comunidad Económica Europea contra Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica, Asuntos 2/62 y 3/62.

de mercancías, normas de competencia, no discriminación fiscal, normas sociales, etc.»¹³⁷⁶.

En segundo lugar, convendría aludir al método sistemático que se manifiesta en tres casos paradigmáticos desde los comienzos de la construcción europea, *Van Gend & Loos*¹³⁷⁷, *Costa vs. Enel*¹³⁷⁸, *Comisión vs. Consejo*¹³⁷⁹. Con lo cual, esta interpretación permite superar la literalidad del Tratado para hacer valer su redactado a la luz del sistema y objetivos de la Comunidad. Detectándose además que existe un «espíritu» y un «esquema» prioritarios frente a la letra en la interpretación del Tratado. Por cuanto, en definitiva, el Tratado es un todo y como tal debe ser abordado:

[...] el Tribunal se basó esencialmente en consideraciones derivadas de los objetivos de la Comunidad, de la estructura de las instituciones y del sistema general del Tratado. Antepone expresamente a la redacción del Tratado las consideraciones derivadas del «espíritu» y del «esquema», dejando así claro que la redacción solo puede entenderse claramente a la luz del sistema y de los objetivos de la legislación¹³⁸⁰.

Incluso, en tercer lugar, podría referirse un único método teleológico-sistemático, que consistiría en dar voz a los objetivos del Tratado, respetando su estructura y espíritu cuando pudieran resultar contrapuestos. Con lo que se quiere significar que el juez europeo deberá plantearse, ante dos posibles objetivos contrarios (*e.g.* en el supuesto de hecho en *Viking la huelga vs. la libertad de establecimiento*), qué finalidad se adecúa mejor a la idea jurídica europea expresada en los Tratados. Si bien es cierto que resulta un método de interpretación de más fácil delimitación teórica que práctica, al no dejar de entrar dentro de la teoría de la interpretación, su aplicación garantiza el derecho a la integración frente a la paralización o boqueo legislativo/ejecutivo:

A la vista de estos métodos de interpretación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha convertido, en el marco comunitario, en un poderoso factor de desarrollo del Derecho comunitario en la dirección de los objetivos, tanto inmediatos como lejanos,

¹³⁷⁶ Pescatore, P., *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Ed. Bruylant, 2006 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1975), p. 176.

¹³⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, NV (Sociedad Anónima) *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos* contra *Nederlandse Administratie der belastingen* (Administración Tributaria neerlandesa), Asunto 26/62.

¹³⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa* contra *E.N.E.L.*, Asunto 6/64.

¹³⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, *Comisión de la Comunidad Económica Europea* contra *Consejo de las Comunidades Europeas*, Asunto 22/70.

¹³⁸⁰ Pescatore, P., *The Law of Integration... Op. Cit.*, p. 87:

[...] the Court based itself essentially on considerations drawn from the objectives of the the Community, from the structure of the institutions and from the general system of the Treaty. It expressly placed considerations drawn from the «spirit» and the «scheme» of the Treaty before arising from the wording, thus making it clear that the wording can be clearly understood only in the light of the system and the objectives of the legislation.

asignados a la construcción europea. La manifestación de este dinamismo del Derecho comunitario es tanto más notable cuanto que coincide parcialmente con ciertos periodos de crisis y estancamiento en el ámbito de actuación de las instituciones políticas de la Comunidad. Se ha puesto de manifiesto que los jueces, por el mero hecho de ser totalmente independientes en el ejercicio de sus funciones, son más libres de cumplir en cualquier circunstancia la vocación que les asignan los Tratados que, en determinados momentos, las propias instituciones políticas¹³⁸¹.

Siendo precisamente este el método que se vislumbra en las conclusiones de Pedro Cruz Villalón al caso AMS¹³⁸². Un supuesto donde el abogado general incidía en la fórmula, reproducida en varios artículos de la Carta, que exige que los derechos laborales se interpreten «en conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales», para presentar dos argumentos, teleológico y sistemático, sucesivos:

El contenido es tan indeterminado que solo puede interpretarse como un mandato de actuación para que los poderes públicos tomen las medidas necesarias para garantizar un derecho. Así pues, el precepto no define una situación jurídica individual, sino que prescribe a los poderes públicos la determinación de un contenido objetivo (la información y la consulta a los trabajadores) y unos fines (efectividad de la información, representatividad en función de los niveles, suficiente antelación).

Hay también un argumento sistemático. El grupo de derechos incorporado al título «Solidaridad» incorpora mayoritariamente derechos considerados como sociales por lo que hace a su sustancia, respecto de cuyo contenido se da preferencia a fórmulas como las del artículo 27. Esto quiere decir que existiría una fuerte presunción de pertenencia de los derechos fundamentales enunciados en dicho título a la categoría de «principios». Ciertamente es que esta ubicación en la sistemática de la Carta no puede aspirar a otra condición que la de una presunción, pero en el caso del artículo 27 se trata de una característica que se suma a las ya enumeradas con anterioridad¹³⁸³.

¹³⁸¹ Pescatore, P., *The Law of Integration...* Op. cit., pp. 88-89:

In view of these methods of interpretation, the case law of the Court of Justice has become within the Community framework a powerful factor for development of Community law in the direction of the objectives, both immediate and distant, assigned to the building of Europe. The manifestation of this dynamism of Community law is all the more remarkable since it partially coincides with certain periods of crisis and stagnation in the sphere of action of the political institutions of the Community. It has become apparent that the judges, simply because they are completely independent in carrying out their task, are more free to fulfil in all circumstances the vocation assigned to them by the Treaties than is the case at certain moments with the political institutions.

¹³⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros.

¹³⁸³ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, Pedro Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013(1), Asunto C-176/12, Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros, InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *Online access*. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=139684&doclang=ES>, Consultado: 7/11/2016.

Obsérvese cómo esta concepción posibilita una interpretación efectiva de estos derechos laborales, reconvertidos a principios de la Carta, tratándose de un razonamiento que casa perfectamente con la idea de los «principios estructurales»: «Antes de que podamos hablar sobre el contenido de las normas legales, de su sustancia, es necesario ver cuál es la estructura en la que se encuentran estas normas insertadas»¹³⁸⁴. De esta manera, los principios laborales se convertirán en parámetros hermenéuticos de toda legislación europea.

Para profundizar en esta cuestión, se propone, en este trabajo de tesis, vincular el compendio de derechos laborales recogidos en los artículos 27-34 de la Carta¹³⁸⁵, precisamente bajo la acertada rúbrica «Solidaridad», a los valores rectores de «justicia» y «solidaridad», incluidos expresamente como objetivos europeos en el Tratado de Lisboa¹³⁸⁶. En particular, estos derechos sociales básicos –principios en realidad– deben interpretarse a la luz del referido art. 2 del Tratado de Lisboa que, a modo de *Leitnormen*, nos permite hablar de una verdadera, en el sentido de legalmente reconocida y vinculante, «justicia social europea»¹³⁸⁷. Los principios reconocidos legalmente en la Carta, y excepcionalmente por el TJUE¹³⁸⁸, posibilitarán así la implementación de una justicia social, relegada hasta el momento. Todo lo cual conduciría, en definitiva, a introducir una nueva pauta interpretativa en las decisiones del TJUE, obligando a valorar la libertad (de establecimiento, por ejemplo) a la luz de la solidaridad.

¹³⁸⁴ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 88:

Pierre Pescatore fait de cette idée non seulement le fondement de la construction institutionnelle mais également le principe qui doit guider l'interprétation de son droit. Pour lui, les normes juridiques ne prennent sens que sur le fond du cadre objectif et institutionnel qui a déterminé leur production. En 2013, il livrait ce témoignage sur la méthode qui doit prévaloir dans la confection et l'interprétation du droit européen : « [En 1956, Riphagen] m'a appris l'importance de ce qu'on appelle les principes de structure dans le droit. Avant qu'on puisse parler du contenu des normes juridiques, de leur substance, il faut voir quelle est la structure dans laquelle ces normes sont insérées. » Ici apparaît une troisième référence à l'idée de structure : la structure comme catégorie juridique primordiale et comme méthode d'analyse des normes produites par les institutions européennes, qui s'impose à tous les organes d'application du droit européen dans les États membres.

¹³⁸⁵ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, DO C 326 de 26.10.2012, Vigente, EUR-lex, *Online access*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:12012P/TXT>, Consultado: 22/11/2016.

¹³⁸⁶ *Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, 2007, Diario Oficial n° C 306 de 17.12.2007, p. 1/271, EUR-lex, *Online access*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12007L/TXT>, Consultado: 26/10/2016.

¹³⁸⁷ Micklitz, Hans-W, *Introduction en The many concepts of social justice in European Private Law* (Ed. H. Micklitz), Edward Elgar Publishing, 2011, p. 38-40.

¹³⁸⁸ Un extremo que, como hemos referido previamente, el TJCE reconoció, de manera formal, en los casos Viking y Laval.

Resultando, así, ciertamente inquietante la actual deriva del Derecho Social europeo, más preocupado por promover un objetivo político de homogeneización laboral por lo bajo, que por garantizar la eficacia y aplicación de los derechos sociales reconocidos en Tratados, Carta o Directivas. Asimismo, da la impresión de que la legislación europea está concebida prioritariamente para servir a nuevas formas de emancipación individual¹³⁸⁹, frente a modelos colectivos. Hecho que indudablemente perjudica al Derecho Social cuya esencia no es otra que materializar unas necesidades colectivas.

Fiel reflejo de lo antedicho son precisamente los casos Viking y Laval, conformando el inicio de una nueva jurisprudencia europea, que demuestra cómo la libertad individual es un subterfugio y, en última instancia, conduce a la alienación¹³⁹⁰. En los referidos casos, la concepción defendida de la libertad de establecimiento refleja, a las claras, esta realidad:

La supuesta emancipación equivale a una forma de alienación, al subordinar al individuo a criterios de rendimiento económico impuestos y a los fines de la economía de mercado. Al imponer «reformas estructurales» impulsadas por objetivos de integración económica, la legislación de la UE ignora o incluso subvierte las estructuras fundamentales de las sociedades nacionales¹³⁹¹.

6. UNA JURISPRUDENCIA DESPROPORCIONADA

Llegados a este punto, y a la vista de todo lo referido, merece la pena detenerse en los casos Viking, Laval y Rüffert¹³⁹², temporalmente sucesivos (diciembre de 2007 las dos

¹³⁸⁹ Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer» (Editorial Comments), en *Common Market Law Review*, Volume 52, Issue 4, 881-888, 2015, Ed. Kluwer Law International, p. 885.

¹³⁹⁰ Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer» (Editorial Comments)» ... *Ibid*, p. 886.

¹³⁹¹ Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer» (Editorial Comments)» ... *Ibid*, p. 886:

Alleged emancipation amounts to a form of alienation, by subordinating the individual to imposed economic performance criteria and to the ends of the market economy. By imposing "structural reforms" driven by goals of economic integration, EU law ignores or even subverts the fundamental structures of domestic societies.

¹³⁹² En relación al caso Rüffert, se ha optado también por incluir en el resumen, dadas sus similitudes jurídicas, una breve aproximación al caso Bundesdruckerei, permitiendo así contextualizar mejor la particular cuestión relativa a las cláusulas de salario mínimo en las licitaciones públicas.

Esta sucinta digresión se completará con una referencia al caso RegioPost, en el epígrafe b) de las "Consideraciones críticas", al hilo del distinto signo de las sentencias del TJUE en aplicación del juicio de proporcionalidad.

primeras sentencias y abril de 2008 el caso Ruffert), y que generan un auténtico cuerpo jurisprudencial, en defensa de las libertades económicas:

En las tres sentencias se reproduce una situación ya muy frecuente en la mitad norte de la UE: empresas de servicios radicadas o con intención de radicarse en los nuevos Estados miembros de Europa del Este consiguen la adjudicación de contratos de obras o servicios en los Estados miembros más desarrollados y se encuentran con la resistencia sindical –boicots, principalmente– que es secundada en mayor o menor medida por los poderes públicos de país de acogida¹³⁹³.

Por su parte, obsérvese cómo el caso Fonnship¹³⁹⁴ es continuador y heredero de dicha tendencia jurídica.

Con carácter previo a la exposición y análisis de los supuestos mencionados, cabe advertir que, si bien las diferencias fácticas entre los asuntos mencionados resultan evidentes, surge una jurisprudencia, jurídicamente desproporcionada, asentada sobre los paradigmas del libre mercado (eficiencia, competitividad, productividad...) que sustituirán las bases del Derecho Social: la protección al trabajador, el reequilibrio de la relación laboral, la primacía de la autonomía colectiva frente a la autonomía individual, etc. En palabras de Gómez Muñoz, «fallos como los recaídos en la STJUE de 21 de septiembre de 1999, Albany, STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking, o STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, o STJCE de 3 de abril de 2008, Ruffert, vienen a cuestionar la dinámica separada del mercado del marco de derechos básicos para el funcionamiento del propio sistema de relaciones laborales en Europa»¹³⁹⁵.

Una breve exposición de los antecedentes, hechos y resoluciones de los casos referidos, permitirá contextualizar, convenientemente, la cuestión. Antes de ello, conviene advertir que el 8 de marzo de 2016, la Comisión Europea publicó una propuesta de modificación de la Directiva 96/71/CE¹³⁹⁶, que finalmente abocó en la Directiva

¹³⁹³ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*. *Op. Cit.*, p. 61.

¹³⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, Fonnship A/S contra Svenska Transportarbetareförbundet y Facket för Service och Kommunikation (SEKO) y Svenska Transportarbetareförbundet contra Fonnship A/S.

¹³⁹⁵ Véase nota 3, Gómez Muñoz, J. M., *Principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia*, *Op. Cit.*

¹³⁹⁶ *Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, 8/3/2016, EUR-lex, Online access. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52016PC0128>. Consultado: 1/1/2017

2018/957¹³⁹⁷. No tratándose del objeto del presente estudio, nos remitimos a distintos trabajos doctrinales sobre la materia¹³⁹⁸.

A) *Viking*

Viking, una importante empresa de transportes finlandesa, es propietaria y explota, entre otros, el buque Rosella. Dicho buque opera en la ruta marítima entre Tallin (Estonia) y Helsinki (Finlandia) bajo pabellón finlandés. Los trabajadores marinos se encuentran afiliados al sindicato FSU (Finnish Seamen's Union).

A su vez, el FSU está afiliado a la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), con sede en Londres (Reino Unido). Una de las principales políticas desarrolladas por la ITF es su campaña de lucha contra los pabellones de conveniencia¹³⁹⁹.

Viking planeó cambiar su pabellón registrándolo en Estonia¹⁴⁰⁰ con el consiguiente empeoramiento de las condiciones labores para su tripulación. La cuestión laboral reside en la voluntad de Viking de «negociar un convenio colectivo con sindicatos estonios que le permitiera superar el déficit de su ruta marítima entre Helsinki y

¹³⁹⁷ Directiva 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, Diario Oficial n° L 173/16 de 9.7.2018, EUR-lex, *Online access*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12007L/TXT>, Consultado: 12/2/2019.

¹³⁹⁸ Véase, entre otros:

- Marchal Escalona, N, «El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n° 23, N° 62, 2019.

- Rojo Torrecilla, E., «Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. De la Directiva de 1996 a la propuesta aprobada por el PE el 29 de mayo de 2018. Texto comparado de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, de la propuesta de Directiva que la modifica, y del texto aprobado por el PE en primera lectura», en *El Blog de Eduardo Rojo*, junio, 2018, *Online access*.

-García Trascasas, A., *Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales*, en *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea presente y futuro* (Coord. Fotinopoulou Basurko, O.), Barcelona, Atelier, 2017.

¹³⁹⁹ Apartado 8, Caso Viking:

Los objetivos esenciales de esta política son, por una parte, el establecimiento de un nexo genuino entre el pabellón del buque y la nacionalidad del propietario, y, por otra parte, la protección y mejora de las condiciones de trabajo de las tripulaciones de los buques bajo pabellón de conveniencia.

¹⁴⁰⁰ Apartado 9, Caso Viking:

A este respecto hay que decir que mientras el Rosella enarbole pabellón finlandés, Viking está obligada, con arreglo al Derecho finlandés y al convenio colectivo de trabajo aplicable, a pagar a la tripulación los mismos salarios que se abonan en Finlandia. Ahora bien, los salarios que se pagan a las tripulaciones estonias son inferiores a los que perciben las tripulaciones finlandesas.

Tallin»¹⁴⁰¹. El sindicato FSU anunció una huelga y la ITF anuncia un boicot mediante el envío de una circular a sus afiliados para que no negociaran con la empresa Viking.

Dicha empresa solicitó ante los tribunales que se declarara que la medida de la ITF y del FSU infringía el artículo 43 CE, se ordenara la retirada de la circular ITF, y se exigiera al FSU que no obstaculizara el ejercicio de los derechos de Viking con arreglo al Derecho comunitario.

En este supuesto, me parece relevante destacar cómo el TJUE¹⁴⁰² retoma la visión mercantilista del caso Albany para, esta vez, sí reconocer que las medidas de conflicto colectivo laborales se encuentran comprendidas dentro las restricciones a la libertad de establecimiento. De tal manera que el Tribunal resuelve la cuestión mediante una lógica formal amparada en el juicio de proporcionalidad:

[...] [dichas] restricciones pueden estar justificadas por una razón imperiosa de interés general como es la protección de los trabajadores, si bien debe probarse que son adecuados al objetivo pretendido y que no van más allá de lo necesario para lograrlo¹⁴⁰³.

B) *Laval*

Laval un Partneri Ltd. es una sociedad letona que desplazó, entre mayo y diciembre de 2004, a 35 trabajadores a Suecia para la ejecución de distintas obras destinadas a la construcción de una escuela pública, adjudicada a la sociedad sueca Baltic, filial de Laval en el país, sin que la sociedad letona estuviese vinculada por convenio colectivo sueco alguno, ni contara con trabajadores afiliados a sindicatos suecos. Laval se regulaba por ley y convenios colectivos letones.

Ya en junio de 2004, el sindicato sueco Byggettan había iniciado negociaciones con Laval, para la adhesión al convenio colectivo de la construcción, así como para obtener la garantía de que los trabajadores desplazados percibirían un salario por hora de alrededor 16 euros, acorde con el pagado en la región de Estocolmo.

Si bien, dicha negociación no llegó a ningún resultado, y el 2 de noviembre siguiente se inició un bloqueo de las obras, como medida de presión. Por su parte, el 3 de diciembre siguiente, el sindicato sueco Elektrikerna inició una acción de solidaridad, a la

¹⁴⁰¹ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico ... Op. Cit.*, p. 61.

¹⁴⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

¹⁴⁰³ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. Ibid.*, p. 61.

que se sumaron más sindicatos en los días sucesivos. Medida que tuvo como efecto la paralización de las obras, la resolución del contrato y, en última instancia, la quiebra de Baltic.

Tal y como se ha recordado por la doctrina, no debe desconsiderarse que la cuestión en Laval afectaba directamente a la defensa sindical del «modelo de relaciones laborales, lo que ha gener(ó) un fuerte debate doctrinal en torno a la compatibilidad de las normas del mercado interior con la versión nórdica del modelo social»¹⁴⁰⁴.

Ante la referida actuación sindical, Laval, el 7 de diciembre de 2004, presentó una demanda ante un tribunal sueco contra los sindicatos, solicitando la declaración de la ilegalidad del bloqueo y el abono de una indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, el TJUE hubo de dar respuesta al conflicto¹⁴⁰⁵. Cabe remarcar cómo el Tribunal interpretó, en este caso, la protección otorgada a los trabajadores desplazados por la Directiva 96/71 con un contenido mínimo¹⁴⁰⁶, situando toda medida colectiva que tienda a la superación de este como una restricción a la libre prestación de servicios:

[...] el derecho de las organizaciones sindicales de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene algunas cláusulas que difieren de las disposiciones legales al establecer condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71 y otras cláusulas que se refieren a materias no previstas en dicha disposición, puede hacer menos

¹⁴⁰⁴ Llobera Vila, M., «Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del tje: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2015, 5 (1), p. 94.

¹⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, y otros.

¹⁴⁰⁶ Apartados 76 y 77, Caso Laval.:

Por otra parte, esta misma norma tiene por objeto asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección mínimas del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro.

El reconocimiento de tal protección mínima tiene como consecuencia, cuando el nivel de protección derivado de las condiciones de trabajo y empleo otorgado a los trabajadores desplazados en el Estado miembro de origen, en relación con las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, es inferior al nivel de protección mínima reconocido en el Estado miembro de acogida, que esos trabajadores puedan disfrutar de mejores condiciones de trabajo y empleo en este último Estado.

interesante, e incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco y constituye, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE¹⁴⁰⁷. Concluye Supiot afirmando que el TJUE «trata los mínimos de protección social como máximos y los subordina a las libertades económicas»¹⁴⁰⁸.

C) *Rüffert (y Bundesdruckerei)*

Por lo que refiere al caso Rüffert¹⁴⁰⁹, sucedió que, tras un proceso de licitación, el Land Niedersachsen alemán adjudicó un contrato de obra para la construcción de un centro penitenciario a la empresa Objekt und Bauregie, con el compromiso de observar lo establecido en los convenios colectivos de aplicación (convenio colectivo «Edificios y obras públicas») y, en particular, asumiendo el deber de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el Land.

El adjudicatario subcontrató los servicios de una empresa polaca, que incumplió con las condiciones establecidas en la adjudicación: abonar un salario inferior al previsto en el convenio colectivo, pagando a los 53 obreros empleados en la obra únicamente el 46,57% del salario mínimo fijado. El Land procedió a resolver el contrato.

Siendo así que los tribunales alemanes, en sucesivas instancias, debieron analizar si los compromisos laborales, derivados de los convenios colectivos aplicables en el lugar de efectiva prestación de servicio, obligan a las empresas constructoras de otros Estados miembros a adaptar los salarios pagados a sus trabajadores¹⁴¹⁰. En definitiva, si la ley del Land, por la que se extinguió el contrato adjudicado, iba en contra de la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 CE.

Sentados los anteriores hechos, el TJUE hubo de resolver la referida cuestión jurídica. A tal fin, el Tribunal retomó las consideraciones del caso Laval respecto a la Directiva 96/71 para concluir que dicha norma no ampara al Estado de acogida para «supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas

¹⁴⁰⁷ Apartado 99, Caso Laval.

¹⁴⁰⁸ Supiot, A., «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen... *Op. Cit.*, p. 1.

¹⁴⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008, C-346/06, Dirk Rüffert, que actúa como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG y Land Niedersachsen.

¹⁴¹⁰ Apartado 14, Caso Rüffert:

La exigencia redundante en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos. Por lo tanto, la obligación de respetar los convenios colectivos representa un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de estados miembros distintos de la República Federal de Alemania.

de protección mínima»¹⁴¹¹. Y que, por lo tanto, no cabe exigir, en el caso concreto, a empresas establecidas en otros países miembros un salario mayor como el contemplado en el convenio colectivo «Edificios y obras públicas». Con lo cual, la Directiva 96/71 debe interpretarse a la luz del artículo 49 CE, «ya que el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado»¹⁴¹². Termina el Tribunal, reproduciendo en este punto las reflexiones del abogado general, al señalar que la imposición de un mayor salario supone:

[...] una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 CE¹⁴¹³.

La línea jurisprudencial abierta con caso Ruffert se retomó, años más tarde, tras un aparente silencio, en el caso Bundesdruckerei¹⁴¹⁴. En dicha sentencia, se discutió los términos de licitación de un contrato público de la ciudad alemana de Dortmund, para digitalizar documentos y otras actividades, donde se establecía un salario mínimo de 8,62 Euros/hora. Este requisito venía impuesto por el Derecho alemán (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen / Ley contra las restricciones a la competencia): *los contratos públicos de servicios solo podrán adjudicarse a empresas que, en el momento de presentar la oferta, se hayan comprometido por escrito, mediante una declaración a la entidad adjudicadora, a pagar a su personal [...], por la ejecución de la prestación, un salario mínimo por hora de al menos 8,62 euros*. A dicho licitación se presentó la empresa Bundesdruckerei que, seguidamente, manifestó ante la Stadt Dortmund que, en caso de adjudicación, las prestaciones objeto del contrato se llevarían a cabo exclusivamente en Polonia, por un subcontratista establecido en ese mismo Estado, indicando además que «dicho subcontratista no podría comprometerse a respetar el

¹⁴¹¹ Apartado 33, Caso Ruffert.

¹⁴¹² Apartado 36, Caso Ruffert.

¹⁴¹³ Apartado 37, Caso Ruffert.

¹⁴¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, entre Bundesdruckerei GmbH y Stadt Dortmund.

Para un mayor análisis del caso véase Miranda Boto, J.M. y Fotinopoulou Basurko, O, *Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores en El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea presente y futuro* (Coord. Fotinopoulou Basurko, O.), Atelier, 2017, pp. 211 y ss..

Y también Llobera Vila, M., «Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del tje: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2015, 5 (1).

salario mínimo impuesto por las disposiciones de la TVgG-NRW, ya que tal salario mínimo no estaba previsto por convenios colectivos o por la legislación de ese Estado miembro y el pago de tal salario mínimo tampoco era habitual allí habida cuenta de las condiciones de vida» de Polonia¹⁴¹⁵.

Finalmente, la sentencia consideró contraria al Tratado la norma alemana discutida. En particular, el TJUE retomó los argumentos ya esgrimidos en el caso Rüffert, apelando, nuevamente, al concepto de carga económica obstructiva:

A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia Rüffert, EU:C:2008:189, apartado 37)¹⁴¹⁶.

El Tribunal concluyó entonces su razonamiento aplicando un lacónico, y autojustificativo, juicio de proporcionalidad, para acabar entendiendo que la normativa alemana no podía superarlo ya que privaba a los subcontratistas polacos de una ventaja salarial competitiva¹⁴¹⁷:

la normativa nacional controvertida en el litigio principal resulta desproporcionada, dado que su ámbito de aplicación se extiende a una situación como de la que se trata en el litigio principal, en la que los trabajadores ejecutan un contrato público en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que la cuantía del salario mínimo es inferior¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁵ Apartado 10, Caso Bundesdruckerei.

¹⁴¹⁶ Apartado 30, Caso Bundesdruckerei.

¹⁴¹⁷ Apartado 34, Caso Bundesdruckerei:

En efecto, esta normativa, al imponer, en tal situación, un salario mínimo fijo correspondiente al necesario para garantizar una remuneración adecuada a los trabajadores del Estado miembro de la entidad adjudicadora a la vista del coste de la vida en ese Estado miembro, pero que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público de que se trata y que privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, va más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores.

¹⁴¹⁸ Apartado 33, Caso Bundesdruckerei.

D) *Fonnship*¹⁴¹⁹

En este último caso al que atendemos, Fonnship, sociedad noruega, es la empresa propietaria del buque M/S Sava Star, buque granelero con pabellón panameño, con una tripulación compuesta por cuatro oficiales polacos y dos marineros rusos.

En dicho barco, los salarios de la tripulación estaban regulados por un convenio colectivo celebrado entre la empresa y un sindicato ruso. Atracado el buque Sava Star en Suecia, en octubre de 2001, un sindicato de transporte sueco exigió a Fonnship que se adhiriera a un convenio colectivo aprobado por la IFT. Si bien, la negativa de Fonnship propició la adopción de medidas de conflicto colectivo que consistían, entre otras, en obstaculizar la descarga y la carga de dicho buque.

De manera que, finalmente, Fonnship y el sindicato sueco firmaron un convenio colectivo pese a la protesta formal del capitán, y de los miembros de la tripulación que expresaron su oposición a la actuación sindical.

Sin embargo, en el 2003, con el Sava Star de nuevo atracado en Suecia, resurgió un conflicto laboral de idéntica naturaleza con otro sindicato sueco, resuelto finalmente con la suscripción de un segundo convenio colectivo que permitió a Fonnship abandonar puerto.

Mientras que, durante los años siguientes, Fonnship y los sindicatos suecos debieron emprender acciones cruzadas; solicitando la empresa, por un lado, que se abonara una indemnización en compensación de los daños y perjuicios sufridos y, por otro, el sindicato reclamando las diferencias entre los salarios percibidos por los trabajadores y los pactados en el convenio colectivo.

Judicializadas las cuestiones, en un primer momento, el Tribunal sueco consideró que la cuestión de la legalidad de las medidas de conflicto colectivo resultaba decisiva para la resolución de los litigios principales y que, para resolverla, debería apreciar si el Derecho sueco, en materia de medidas de conflicto colectivo, es compatible con las normas del Derecho de la Unión relativas a la libre prestación de servicios¹⁴²⁰.

Por su parte, el TJUE resolvió la cuestión declarando, en su apartado 41, que «cualquier restricción que, sin justificación objetiva, haya podido prohibir, obstaculizar o restar interés a la prestación de dichos servicios debe ser declarada incompatible con el

¹⁴¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2014, C-83/13, Fonnship A/S y Svenska Transportarbetareförbundet, Facket för Service och Kommunikation (SEKO), y Svenska Transportarbetareförbundet y Fonnship A/S.

¹⁴²⁰ Apartado 22, Caso Fonnship.

Derecho de la Unión». Es decir, a mi modo de ver, el TJUE, en realidad, extendía la aplicación del principio de libre prestación de servicios a los buques con pabellones de conveniencia, y por lo tanto radicados fuera de la Unión, siempre que la empresa propietaria estuviese establecida en un Estado parte del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y destinara sus servicios a Estados parte de dicho acuerdo, pero distintos al de la empresa.

A este respecto, adviértase también que no se puede dejar de lado el *espiguelo* jurídico aparecido en el caso Fonnship que sin duda resta valor al razonamiento formal del TJUE¹⁴²¹:

Los derechos derivados de la libre prestación de servicios son plenamente aplicables gracias a la conexión con el Estado operador, pero nada se dice de todo el acervo social comunitario. Antes bien, se niega veladamente su aplicabilidad, puesto que la referencia a Laval es una indicación de que las medidas adoptadas por los sindicatos suecos deben marchitarse ante la sequía que trae la libre prestación de servicios.

Asimismo, ocurre, por otra parte, que no solo estaríamos ante un *dumping* social¹⁴²², sino que ello parezca preocupar en exceso al Tribunal¹⁴²³, sino ante un *dumping* mercantil, que ciertamente quebraría la lógica interna de las sentencias hasta la fecha, y obligaría a replantearse el alcance jurídico dado a la libre prestación de servicios en el Derecho europeo¹⁴²⁴. En particular, no se toma en consideración que, con esta sentencia, el resultado práctico es que el tipo de empresas que utilizan las banderas de conveniencia

¹⁴²¹ Miranda Boto, J. M., «La sentencia Fonnship o el extraño incidente del perro por la noche», en *Revista de Información Laboral*, n.º 10/2014, Ed. Lex Nova, p. 253-260.

¹⁴²² Guamán Hernández, A., «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20/20085/2008, Ed. Aranzadi, p.. 47-59.

En todos ellos, el conflicto se ha producido a raíz de una estrategia empresarial orientada a aprovechar las diferencias entre los estándares sociales establecidos en los estados miembros de la Unión Europea, haciendo uso para ello de las libertades de circulación reconocidas por el Tratado de la Comunidad Europea. Como demuestran los supuestos de hecho de los tres casos señalados, esta elección empresarial se puede materializar en un doble sentido: bien, como ocurre en el caso Viking Line, mediante un desplazamiento del establecimiento de la empresa de un Estado con estándares laborales altos a uno con niveles más reducidos; o bien, y este es el supuesto de los asuntos Laval y Rüffert, desplazando los servicios, y con ellos evidentemente la mano de obra, hacia un Estado con condiciones laborales o salariales más elevadas, sin variar los bajos costes sociales de origen al ejecutar la prestación.

¹⁴²³ Algo que pareció aceptar ya en el caso Laval, véase a este respecto Llobera Vila, M., «Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del tjue: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2015, 5 (1), p. 96:

Así, en Laval el Tribunal se negará a considerar la prevención del dumping social como un objetivo comunitario. A este respecto, debe recordarse que las disposiciones que podrían amparar dicho objetivo, esto es, los artículos 151 y 153 TFUE, en materia de política social, no tienen en la jurisprudencia comunitaria la función de evitar el dumping social.

¹⁴²⁴ Cruz Villalón, J., «Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Temas Laborales*, n.º 131/2015, pp. 13-46.

se benefician de su condición de extracomunitarios, a los efectos de poder eludir la aplicación de las cargas y obligaciones derivadas de la normativa europea en materia laboral, al mismo tiempo que igualmente se benefician de su condición de comunitarias a efectos de poder disfrutar de las ventajas derivadas de la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios garantizadas por el Derecho de la Unión.

Por todo lo cual, resulta que el celo mostrado por el TJUE para preservar la libertad de prestación de servicios se podría tornar en contra de su finalidad natural: proteger las empresas europeas garantizando una igualdad y homogeneización de sus obligaciones y cargas.

E) Consideraciones críticas

Una vez explicados los supuestos más relevantes, y referidos los hechos que los propiciaron, conviene detenerse, momentáneamente, para obtener una visión, y valoración, de conjunto.

Así, este ejercicio mostrará dos principales vertientes críticas de la jurisprudencia del TJUE. Por un lado, la manifestación de un activismo judicial en pro de las libertades económicas. Por otro, la plasmación de dicho activismo a través de un razonamiento sustentado, esencialmente, en una lógica formal concretada en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Repárese, finalmente, en cómo ambas consideraciones críticas fueron, precisamente, también, objeto de denuncia y discusión jurídica durante la era *Lochner*¹⁴²⁵.

a) El activismo judicial del TJUE, fiel reflejo del seguido por el TS durante la era *Lochner*, se materializa a través de una libertad de establecimiento y de prestación de servicios que decanta el carácter del «derecho a trabajar» hacia su componente liberal frente al social, «pues remite ante todo a la libertad de trabajo y al derecho a la libre elección de profesión u oficio»¹⁴²⁶. Tratándose de un fenómeno que, nuevamente, nos aproxima a los fundamentos jurídicos previos a *Lochner*, ya desde los *Slaughterhouse cases*¹⁴²⁷.

¹⁴²⁵ Véase, a este respecto, el apartado III.4 "La era *Lochner*".

¹⁴²⁶ López Insua, B.M.; Monereo Pérez, J.L., «Una política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 173, p. 150.

¹⁴²⁷ Véase, a este respecto, el apartado III.3.1 "¿Cuándo un proceso legal es «debido»?".

En esencia, las libertades de establecimiento y prestación de servicios permiten desligar legislativamente el lugar del desarrollo efectivo de la actividad y el de la sede o registro formal de la empresa. De manera que la contraposición entre el país de origen y el de destino cobra una especial relevancia en la nueva dialéctica jurídica europea. Un principio que, en esencia, determina que las condiciones de trabajo sean las del país de origen y que se había intentado introducir legislativamente en el Proyecto Bolkestein, finalmente rechazado en la versión definitiva de la Directiva 2006/123 por la fuerte oposición suscitada¹⁴²⁸. Lo que ocurre es que esta ficción jurídica daña directamente la solidaridad entre Estados que preside la Unión Europea y también los mecanismos de solidaridad interna de los Estados miembros, en la medida que determinadas empresas no participan según sus verdaderas posibilidades:

No hay derecho a la solidaridad sin deber de solidaridad y todas las personas cubiertas por un sistema de solidaridad son igualmente acreedoras y deudoras de ese sistema. En esta perspectiva, no es la pobreza la que genera un derecho a ser asistido, sino la participación en un sistema de solidaridad en el que cada uno puede ser alternativamente acreedor y deudor, en proporción a sus necesidades y recursos. Esto es lo que distingue el Derecho Social moderno de las instituciones caritativas y hace de él un instrumento de igual dignidad de los seres humanos. Este montaje se ve amenazado cada vez que cedemos a la tentación de volver a la caridad, reduciendo el ámbito de sus beneficiarios a los pobres. Pero lo es también cuando, sustituyendo el Rule of law por el Law shopping, se permite a los operadores económicos elegir el domicilio en el «entorno fiscal y reglamentario» de su preferencia, y sustraerse así al financiamiento de los sistemas de solidaridad de los que se benefician en los países donde operan¹⁴²⁹.

Siendo entonces cuando, de todas las anteriores resoluciones, una desoladora conclusión se percibe: el Derecho europeo, y en particular el Derecho Social europeo, no pueden impedir el buen funcionamiento del mercado, ni su libre desarrollo¹⁴³⁰. Más aún,

¹⁴²⁸ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico ... Op. Cit.*, p. 60.

¹⁴²⁹ Supiot, A., «La pobreza bajo el prisma del Derecho», en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 20, julio 2014, p. 86.

¹⁴³⁰ Marzal, T., *La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé*, Archives de philosophie du droit, Tome 58, pp. 267-279.

Le droit ne constitue pas le marché, mais en empêche le fonctionnement. Ou encore, plus récemment, la Cour a étendu l'application des libertés de circulation à quasiment toute intervention étatique ou associative: citons ici les fameux arrêts Viking et Laval (considérant que l'action collective des travailleurs constitue une telle entrave), ou les arrêts Commission/Italie, Commission/Portugal et Mickelsson et Roos rendus en 2009 (les réglementations sur l'utilisation d'un certain produit constituent aussi des entraves à la libre circulation), ou l'arrêt Jany concernant la réglementation de la prostitution (la prostitution

se aprecia, en los casos analizados, como la libertad de prestación de servicios ha quedado etiquetada como un «derecho fundamental de primer nivel»¹⁴³¹. De donde necesariamente resulta que existirá un sometimiento del Derecho del Trabajo a los designios del mercado, en una clara dialéctica derecho-obstáculo. Por lo que, desde este instante, la integración pasa a tener un carácter económico prioritario y preferente. Pareciera entonces cierto que el TJUE esté convencido que el respeto a las distintas legislaciones laborales nacionales conlleva una suerte de «pecado económico, una externalidad negativa que obstaculiza la libertad de circulación»¹⁴³².

La deslocalización, junto a las migraciones de trabajadores, y los desplazamientos de residencia son los vectores de esta nueva integración europea, pero también internacional, ya que esta supera cualquier límite territorial a través de la competencia¹⁴³³. Respecto a lo cual, Laval y Dardot apuntan al respecto que «ya no se trata de fabricar el orden de la competencia mediante la legislación europea, sino de fabricar la legislación europea mediante el libre juego de la competencia»¹⁴³⁴. Y esta inquietante inversión del orden clásico, entre legislación y mercado, provoca que la armonización se materialice a través del intercambio, como una consecuencia del propio

est considérée comme une « activité commerciale », protégée en tant que telle par les libertés de circulation, même lorsqu'interdite, puisqu'elle « consiste en une activité par laquelle le prestataire satisfait, à titre onéreux, une demande du bénéficiaire sans produire ou céder des biens matériels »). Tous ces arrêts ont en commun de concevoir les règles de droit comme un obstacle au marché, au lieu d'un élément constitutif de celui-ci. Les droits subjectifs des individus puisent ainsi leur source, selon l'approche de la Cour, dans le marché lui-même, imaginé comme déjà institué dans un état de nature qui précède à l'application du droit.

Ver también, entre otros, González de Rivera i Serra, X., *Conversaciones entre norma internacional y la norma interna en Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional* (coord. Fargas Fernández, Josep), Ed. Huygens, Barcelona, 2016, pp. 85-120.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Relaciones Laborales* n.º 10, 2014, pp. 1-13.

¹⁴³¹ Llobera Vila, M., «El “efecto sustitución” del legislador laboral y de la autonomía colectiva en la aplicación del juicio de proporcionalidad por parte del TJUE», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2016, 6 (2), p. 58:

De modo que el problema no es la falta de reconocimiento del Derecho colectivo del trabajo, sino la expansión del contenido de la libertad de prestación de servicios, que queda catalogada como derecho fundamental de primer nivel. El TJUE establece que la libre prestación de servicios (garantizada por el artículo 56 TFUE) permite limitar el ejercicio por parte de los sindicatos del derecho de acción colectiva, pues esta libertad comunitaria “correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público”.

¹⁴³² Porta, J., «Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?», en *Montesquieu Law Review*, 2015, Issue 3, Octubre, p. 4.

¹⁴³³ Treviño Pascual, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado, p. 6.

¹⁴³⁴ Laval, C.; Dardot, P., *La nueva razón del mundo, Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2013, p. 269.

mercado y no como un elemento anterior a él. Generando entonces una armonización que no viene de arriba (el legislador), sino de abajo, por el libre funcionamiento de los mercados¹⁴³⁵.

A modo de conclusión, nótese cómo se desplaza la competencia entre empresas, que presupone unas mismas reglas jurídicas, por una competencia entre sistemas que posibilita una elección normativa o, en acertada expresión de Supiot, un «mercado de productos legislativos», verdadero *law shopping*¹⁴³⁶, abierto a la elección de individuos libres de situarse bajo la ley que les resulte más favorable¹⁴³⁷. De tal suerte que el sistema europeo, entendido como un conjunto de reglas completo, pasa a diluirse, o desintegrarse, propiciado por el *laissez faire* del TJUE, en un marco etéreo que acaba por confundirse con el propio mercado. Dejando entonces de existir un mercado común, que requiere de competencia entre empresas y solidaridad entre Estados, para convertirse en un mercado total, que implica el desmantelamiento de cualquier obstáculo a la libre circulación de capitales y mercancías, lo que supone arruinar la solidaridad entre Estados, y trasladar a la Unión misma la competencia entre derechos nacionales¹⁴³⁸.

De esta manera, a mi juicio, la lucha entre legislaciones sociales y fiscales de los Estados trae consigo una auténtica lógica de la competencia, jurídicamente amparada por el TJUE y orientada a la creación de un «orden de competencia», medio privilegiado para alcanzar el fin de una perfecta integración económica¹⁴³⁹. De este modo, «el Estado de Derecho se sustituye por el mercado de Derecho, con lo que la ley se coloca bajo la égida de un cálculo de utilidad, en lugar de que el cálculo económico se coloque bajo la égida de la ley»¹⁴⁴⁰. Se produce así una verdadera carrera por la consecución de unas normas

¹⁴³⁵ Treviño Pascual, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado, *Op Cit.*.

¹⁴³⁶ Supiot, A., «La pobreza bajo el prisma del Derecho», en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 20, julio 2014, pp. 84-85:

[...]la creencia más general según la cual los derechos nacionales serían «productos legislativos» en competencia en un mercado mundial de las normas, y que es conveniente facilitar por lo tanto el Law shopping de los operadores económicos. Así se piensa poder eliminar progresivamente las legislaciones menos aptas para responder a las expectativas de los mercados financieros.

¹⁴³⁷ Supiot, A., *El Espíritu de Filadelfia*, Península, 2011, p. 67.

¹⁴³⁸ Supiot, Alain, *El espíritu de...*, op. cit., pp.110-111.

¹⁴³⁹ Treviño Pascual, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado, *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁴⁴⁰ Supiot, A., «Et si l'on refondait le droit du travail...», en *Le Monde Diplomatique*, Octubre 2017, p. 22:

Le propre du néolibéralisme — ce qui le distingue du libéralisme à l'ancienne — consiste à traiter le droit en général et le droit du travail en particulier comme un produit législatif en compétition sur un marché international des normes, où la seule loi qui vaille est la course au moins-disant social, fiscal et écologique. À l'État de droit (rule of law) est ainsi substitué le marché du droit (law shopping), en sorte que le droit se trouve placé sous l'égide d'un calcul

sociales, fiscales y ecológicas más bajas, más degradadas; y aparece entonces la competición no por el mejor Derecho, sino por el más débil, encontrando este fenómeno un respaldo jurídico con la doctrina Viking¹⁴⁴¹. Tratándose así de un verdadero proceso evolutivo, o involutivo si se acepta la crítica, en la creación del Derecho Social europeo que cambia de paradigmas para consagrar «la primacía del derecho económico y del derecho de la competencia como marco de contraste del armazón jurídico del Espacio Social europeo»¹⁴⁴². Y lo que es peor, dada la primacía del Derecho Europeo, se aprecia lo que se calificó, con acierto, como la impotencia de los Derechos nacionales del Trabajo¹⁴⁴³, forzosamente sometidos a la lógica de la competencia transnacional. Con lo que, paulatinamente, nos acercamos al ideal de una «sociedad de derecho privado», que fue desde el principio un anhelo del neoliberalismo:

La aspiración a que los Estados tengan que aplicarse a sí mismos las reglas del derecho privado encuentra una forma de culminación en esta proposición de hacer del principio de la competencia el principio de armonización de las legislaciones nacionales y, en consecuencia, el principio de elaboración de la legislación europea misma. Una tendencia semejante indica, de ahora en adelante, que ciertas fuerzas en el propio seno del neoliberalismo europeo pretenden vaciar la democracia liberal de toda su substancia, quitando a los poderes legislativos sus principales prerrogativas¹⁴⁴⁴.

Por otra parte, la doctrina científica laboral ha situado el punto de inflexión, e inicio de este proceso, en el caso Albany¹⁴⁴⁵, viniendo a afirmar que la sentencia sigue el camino iniciado previamente por el Derecho europeo de un *race to the top*, mediante la aprobación de Directivas que elevaron los estándares del trabajo, al excluir la negociación colectiva del campo de la competencia mercantil, como una suerte de excepción *ratione materiae*¹⁴⁴⁶. Si bien, el TJUE se había encargado ya de señalar que los acuerdos

d'utilité, au lieu que le calcul économique soit placé sous l'égide du droit. Pareille métamorphose s'avère lourde de conséquences et éclaire l'obésité et l'instabilité de nos codes, au premier rang desquels le code fiscal et celui du travail.

¹⁴⁴¹ Monereo Pérez, J. L., «La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional... *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁴⁴² Gómez Muñoz, J. M., *Principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXVII Jornades Catalanes de Dret Social, 17 y 18 de marzo de 2016. *Online access*. Disponible de: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2016/>, Consultado: 12/5/2016.

¹⁴⁴³ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., «La nueva dimensión del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, 2002, 7, p. 4.

¹⁴⁴⁴ Treviño Pascual, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado *Op. Cit.* p. 7.

¹⁴⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96, Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.

¹⁴⁴⁶ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico ... Op. Cit.*, pp. 59-73.

colectivos generan unos inherentes efectos restrictivos en la competencia, por lo que su reconocimiento en el caso Albany, en realidad, supone imponer una visión mercantilista del Derecho europeo, e introducir una dialéctica económica en las relaciones laborales, lo que representa una auténtica infiltración del Derecho de la competencia¹⁴⁴⁷ en el Derecho del Trabajo. Remarcándose en consecuencia, desde la óptica doctrinal, que este reconocimiento de excepcionalidad comporta un «pecado de origen», al desdeñar «la función primigenia del convenio como norma autónoma que aplica en cada ámbito la prohibición de competencia desleal» y pasar a ser contemplado como simple medida restrictiva de la competencia¹⁴⁴⁸.

Con lo cual, a partir de ese momento, la finalidad de la norma dejará de ser combatir las posibles discriminaciones entre trabajadores extranjeros y locales, para concentrarse en facilitar el movimiento de trabajadores en el mercado interior, eliminando todo desincentivo que pueda aparecer¹⁴⁴⁹.

Y, de hecho, el TJUE, en el caso Viking, parte de la decisión de Albany para, confirmando previamente la no inclusión de los acuerdos colectivos dentro de la libre competencia (artículo 85, apartado 1, del Tratado), declarar no obstante «que este razonamiento no puede extenderse a las libertades fundamentales establecidas en el título III de dicho Tratado»¹⁴⁵⁰.

Pareciendo así que esta jurisprudencia certifica la renuncia al cumplimiento del objetivo comunitario, mediante la equiparación en el progreso, al calificar los derechos sociales europeos como estándares de protección mínima que, en virtud de un nuevo principio de reconocimiento recíproco, «descubierto por el Tribunal para beneficio de la causa»¹⁴⁵¹, no podrán sobrepasarse por el país de acogida si los mismos se cumplen en el país de origen. De esta triste manera, cabe colegir que el estándar mínimo europeo se ha

¹⁴⁴⁷ Giubboni S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Il Mulino, Bologna 2003.

Giubboni S., *Social Rights And Market Freedom In The European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge Studies on European Law and Policy, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

¹⁴⁴⁸ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico ... Op. Cit.*, p. 60.

¹⁴⁴⁹ Treviño Pascual, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado, *Op. Cit.*, p. 2.

¹⁴⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

¹⁴⁵¹ Supiot, A., «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen... *Op. Cit.*, p. 4.

transformado en un máximo, olvidando la idea de armonización por lo alto, consustancial al Derecho Europeo desde el Tratado de Roma¹⁴⁵².

Asimismo, estas decisiones presentan un grave déficit democrático, al prohibir el ejercicio de la huelga, y otras formas de acción sindical, socialmente aceptadas y reconocidas, no por exceder sus propios límites intrínsecos, sino por su capacidad para obstaculizar el desarrollo del «orden espontáneo del mercado»¹⁴⁵³, convertido en un límite extrínseco de los derechos fundamentales¹⁴⁵⁴; todo ello, en sometimiento de las organizaciones sindicales al Derecho comercial, con la consiguiente violación del principio de «libre ejercicio del derecho sindical», garantizado por el Convenio núm. 87 OIT¹⁴⁵⁵.

Precisamente, en relación a este Convenio núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, la propia OIT señaló, «con grave preocupación», a raíz del conflicto de BALPA¹⁴⁵⁶, que, a la vista de la doctrina Viking y Laval, los

¹⁴⁵² Lyon-Caen, G., *Droit Social Européen...* Op. Cit., p. 137.

¹⁴⁵³ Término utilizado por Hayek en Hayek, F., *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2: *Le mirage de la justice sociale* [1976], PUF, 1981, p. 198.

A su vez, concepción muy criticada por Supiot en Supiot, A., *El Espíritu de Filadelfia*, Península, 2011, y Supiot, A., «La pobreza bajo el prisma del Derecho», en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 20, 2014, pp. 78-87.

Respecto a la «espontaneidad», ver Monereo Pérez, J. L., «La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional... Op. Cit., p. 37:

Un orden espontáneo que en realidad no lo es tanto porque es impulsado y construido en gran medida desde las políticas neoliberales impulsadas por las instituciones políticas de la Unión europea basándose en el control de gasto público [...].

¹⁴⁵⁴ Ojeda Avilés, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico ... Op. Cit., pp. 63-64.*

¹⁴⁵⁵ Treviño Pascual, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado, Op. Cit., p. 3.

¹⁴⁵⁶ OIT, *Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010)*, Online access.

Disponible en <https://www.ilo.org>. Consultado: 3/7/2018:

BALPA explica que había decidido ir a la huelga, tras una decisión de su empleador, British Airways (BA), para establecer una compañía subsidiaria en otros Estados de la Unión Europea. Si bien se habían realizado esfuerzos para negociar este asunto, en particular el impacto que la decisión ejercería en sus términos y condiciones de empleo, todos los intentos habían sido infructuosos y los miembros de la BALPA habían votado por abrumadora mayoría el ir a la huelga. Las acciones de huelga se vieron, sin embargo, efectivamente obstaculizadas por la decisión de BA de presentar ante los tribunales una solicitud de interdicto judicial, basado en el argumento de que las acciones serían ilegales con arreglo a Viking y Laval. Además, BA sostenía que, en caso de que tuviese lugar un paro laboral, reclamaría daños y perjuicios por 100 millones de libras al día. En esas circunstancias, la BALPA no prosiguió con la huelga, declarándose que se correría el riesgo de quiebra si se requiriera el pago de daños y perjuicios que reclamaba BA. La BALPA expresó su honda preocupación de que la aplicación de Viking y Laval por parte de los tribunales del Reino Unido derivara en requerimientos judiciales contra las acciones laborales (y el despido de trabajadores), si se determinara judicialmente que el impacto de una huelga en el empleador fuese mayor que el beneficio para los trabajadores.

obstáculos a un efectivo derecho de huelga de los trabajadores de la BALPA, generados por la amenaza omnipresente de una acción por daños y perjuicios, que pudiera incluso potencialmente llevar a la quiebra al sindicato, supone una infracción del Convenio. Al mismo tiempo, advierte, en un contexto de globalización, sobre un posible efecto contagio, para concluir, sin ambages, que la doctrina formulada en estas sentencias del TJUE, probablemente, ejercerá un significativo efecto restrictivo en la práctica del ejercicio del derecho de huelga, en clara contradicción con el Convenio¹⁴⁵⁷. De este modo, una reactualizada «cuestión social», de ámbito global, en sus conexiones, causas y efectos, se hace patente¹⁴⁵⁸.

b) Llegados a este momento, conviene focalizar el análisis en la segunda crítica anunciada, y relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad. Con carácter previo, obsérvese que esta técnica, utilizada tanto por el TJUE como por el TS americano en épocas y lugares distintos, no ofrece una base fiable para la toma de decisiones¹⁴⁵⁹.

El TJUE ha venido aplicando este principio, sustentado exclusivamente en una lógica formal, que conduce a resultados diferentes. Dado que una misma dinámica formal aplicativa puede conducir a un resultado, o a su contrario. Por lo que, basta confrontar los casos Schmidberger¹⁴⁶⁰ y Omega Spielhallen¹⁴⁶¹ frente a los casos Viking¹⁴⁶² y Laval¹⁴⁶³, para observar un resultado contrario no justificado. Todas las decisiones parten del reconocimiento y aplicación de los derechos fundamentales como legítimas restricciones a las libertades comunitarias¹⁴⁶⁴, siempre que las medidas implementadas sean

¹⁴⁵⁷ OIT, *Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010)*, Online access.

Disponible en <https://www.ilo.org>. Consultado: 3/7/2018.

Véase también García Trascasas, A., *Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales*, en *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea presente y futuro* (Coord. Fotinopoulou Basurko, O.), Barcelona, Atelier, 2017, p. 291.

¹⁴⁵⁸ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., Carril Vázquez, X.M., *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 103.

¹⁴⁵⁹ Beck, Gunnar, «The legal reasoning of the Court of justice of the EU», *Modern Studies in European Law*, Hart Publishing, 2012, p. 176.

¹⁴⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich.

¹⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

¹⁴⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

¹⁴⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, y otros.

¹⁴⁶⁴ Apartado 74, Caso Schmidberger:

Por tanto, al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho

proporcionadas¹⁴⁶⁵. Siendo así que los derechos fundamentales pueden constituir una restricción a las libertades comunitarias, *per se*, por su propia naturaleza y reconocimiento en el ordenamiento europeo. De donde resulta que dicha restricción estará justificada si la medida en cuestión resulta proporcionada, es decir, si supera el test de proporcionalidad del Tribunal. Residiendo el problema en la falta de concreción y seguridad jurídica en la aplicación por el TJUE del test de proporcionalidad, cuando una misma técnica y razonamiento conducen a resultados distintos:

comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías.

Apartado 35 Caso Omega Spielhallen

Al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios.

Apartado 77, Caso Viking:

A este respecto, debe observarse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

Apartado 93, Caso Laval:

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías.

¹⁴⁶⁵ Apartado 82, Caso Schmidberger:

No obstante, procede verificar si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios son proporcionadas a la finalidad legítima perseguida, a saber, en el caso de autos, la protección de los derechos fundamentales.

Apartado 36 Caso Omega Spielhallen

Sin embargo, procede señalar que las medidas restrictivas de la libre circulación de servicios solo pueden estar justificadas por razones de orden público si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y solo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas.

Apartado 87, Caso Viking:

En relación con la cuestión de si la medida de conflicto colectivo controvertida en el asunto principal no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido, corresponde al tribunal remitente examinar, en particular, por una parte, si, con arreglo a la legislación nacional y al Derecho derivado de los convenios colectivos aplicable a esta medida, el FSU no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida.

Apartado 101, Caso Laval:

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que, dado que la libre prestación de servicios constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad (véanse, en especial, las sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Francia, 220/83, Rec. p. 3663, apartado 17, y Comisión/Dinamarca, 252/83, Rec. p. 3713, apartado 17), una restricción a dicha libertad solo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más de lo necesario para lograrlo.

[...] el Tribunal simplemente resolvió que la protección de los derechos fundamentales puede justificar una restricción de las libertades fundamentales, dependiendo de si la restricción cumple el test de proporcionalidad y no va más allá de lo necesario para garantizar la protección de los derechos en cuestión. La imprecisión inherente y la flexibilidad resultante del test de proporcionalidad son tales que, en el caso de Viking y Laval, el TJCE pudo dar prioridad a los derechos de libre circulación sobre los derechos sociales en conflicto, en particular el derecho fundamental a la huelga, sobre la base de, más o menos, un mismo razonamiento que en el caso de Omega y Schmidberger, llevado, no obstante, en una dirección contraria por divergencias en la valoración de la proporcionalidad sobre los hechos¹⁴⁶⁶.

Pues bien, este problema de técnica jurídica se observa también cuando confrontamos el ya referido caso Bundesdruckerei, con el posterior caso RegioPost¹⁴⁶⁷. Así, un año después del caso Bundesdruckerei, el TJUE, compuesto por tres de los magistrados originales (y dos jueces más)¹⁴⁶⁸, debió resolver el caso RegioPost. En esencia, se reproducía la misma cuestión jurídica que en el caso Bundesdruckerei: el ayuntamiento alemán de Landau exigía, para la adjudicación de un contrato público de servicios postales, el abono del salario mínimo a los trabajadores que finalmente ejecutasen los servicios contratados. A este respecto, el ayuntamiento aplicaba el derecho del Land de Renania-Palatinado, en concreto la Ley del Land de Renania-Palatinado de garantía de la observancia de los convenios colectivos y del salario mínimo en el marco de la adjudicación de contratos públicos (Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben o «LTTG»).

Y, a diferencia del caso Bundesdruckerei, ante una misma alegación de desproporción de una normativa social con idéntica finalidad, el TJUE entendió que, si

¹⁴⁶⁶ Beck, G., «The legal reasoning of the Court of justice of the EU», en *Modern Studies in European Law*, Hart Publishing, 2012, p. 177:

[...] the Court merely decided that the protection of fundamental rights may justify a restriction upon fundamental freedoms; whether it does, depends on whether the restriction meets the proportionality test and does not go beyond what is necessary to secure the protection of the rights engaged. The inherent imprecision and resultant flexibility of the proportionality test are such that in Viking and Laval the ECJ was able to accord precedence to free movements rights over the conflicting social rights, in particular the fundamental right to strike, on the basis of more or less the same reasoning process as in Omega and Schmidberger taken in a different direction, however, by divergent proportionality assessments on the facts.

¹⁴⁶⁷ Sentencia del Tribunal De Justicia de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, entre RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz, con intervención de PostCon Deutschland GmbH, Deutsche Post AG.

Para un mayor análisis del caso véase Marchal Escalona, N, «Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿Son contrarias al Derecho comunitario?», en *Bitácora Millennium DIPr*, Num 3º/2016.

¹⁴⁶⁸ Miranda Boto, J.M. y Fotinopoulou Basurko, O, *Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores en El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea presente y futuro* (Coord. Fotinopoulou Basurko, O.), Atelier, 2017, p. 229.

bien la norma controvertida podía constituir una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE (citando el apartado 30 de la sentencia *Bundesdruckerei*)¹⁴⁶⁹, la misma se justificaba, en este caso, por cumplirse el objetivo de la protección de los trabajadores (no así en *Bundesdruckerei*):

(...) la cuantía de salario mínimo impuesta por la norma controvertida en el asunto principal está fijada por una disposición legal que, como norma imperativa de protección mínima, se aplica, en principio, de modo general a la adjudicación de todo contrato público en el Land de Renania-Palatinado, con independencia del sector de que se trate.

Además, esta disposición legal confiere una protección social mínima dado que, en el momento de los hechos del asunto principal, ni la AEntG ni ninguna otra normativa nacional imponían un salario mínimo de nivel inferior en el sector de los servicios postales.¹⁴⁷⁰

A mayor abundamiento, lamentablemente, se aprecia la inexistencia de un razonamiento de fondo que justifique el criterio mantenido por el Tribunal en los casos *Viking* y *Laval*, más allá de la mera discrecionalidad. Por más que, respecto a *Viking*, el TJUE reconozca insistentemente la facultad del Tribunal remitente para valorar el objetivo perseguido y la adecuación y necesidad de la medida implementada para lograrlo¹⁴⁷¹, no deja, sin embargo, de limitar extraordinariamente el objetivo legítimo, de acuerdo al Derecho europeo, de protección de los trabajadores. En particular, el TJUE restringe esta protección al supuesto que los empleos, o las condiciones de trabajo, estén comprometidos, o seriamente amenazados.

Además, también se detecta que el TJUE desatiende la práctica sindical en la huelga, que requiere de inmediatez y acción y revierte la presunción de legalidad de las medidas de conflicto colectivo, obligando al sindicato a una prueba casi diabólica: demostrar *a posteriori* que «no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con *Viking* y, por otra parte, [que] no había agotado estos medios antes de emprender dicha medida».

¹⁴⁶⁹ Apartado 69, Caso *RegioPost*.

¹⁴⁷⁰ Apartados 75 y 76, Caso *RegioPost*.

¹⁴⁷¹ Apartados 83 y 84, Caso *Viking*:

83 [...] corresponde al tribunal remitente determinar si los empleos o las condiciones de trabajo de los miembros de ese sindicato que pudieran verse afectados por el cambio de pabellón del *Rosella* estaban comprometidos o seriamente amenazados.

84 [...] dicho tribunal también tendrá que comprobar si la medida de conflicto colectivo adoptada por este sindicato es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo.

Concretamente, en el caso Laval, el TJUE se había limitado a afirmar que las medidas de conflicto colectivo no pueden justificarse «con arreglo al objetivo de interés general mencionado», ante un contexto normativo nacional difuso que dificulta a la empresa «determinar las obligaciones que debe cumplir en materia de salario mínimo»¹⁴⁷². De modo que bien podría decirse, por ello, que la justificación fáctica de este resultado, la concreción individual del test, y la explicación, en definitiva, de por qué el obstáculo que un bloqueo supone a la libre prestación de servicios no puede justificarse a la luz del objetivo de protección de los trabajadores, ha quedado desierta.

Y precisamente, en este sentido, de manera sumamente lúcida, T. Marzal desentraña las diferencias entre lo que «el Tribunal dice que hace y lo que el Tribunal hace»¹⁴⁷³, confrontando los términos de apariencia y realidad. A estos efectos, el TJUE genera una apariencia que termina por definir las libertades de circulación con un carácter fundamental, respetuosas de las competencias de los Estados miembros, a ponderar con otros valores no estrictamente económicos, y, finalmente, concretadas en un simple control técnico de eficiencia de las medidas restrictivas, «lo que conduce solo a descartar las medidas que no benefician a nadie»¹⁴⁷⁴. Lamentablemente, la realidad no concuerda con la apariencia.

En primer lugar, el TJUE proclama ciertos valores sociales como propios y fundamentales. Sin embargo, esta declaración solemne, y extensa, carece de toda consecuencia práctica a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad, y resolver la cuestión a favor de las libertades comunitarias. Así, tanto en Viking como en Laval, el Tribunal había afirmado, en esencia, y con carácter previo a la resolución final ya referida en detalle, que «la Unión tiene una doble finalidad, una económica y otra social, y que el derecho de huelga merece tanta consideración como la libre circulación»¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷² Apartado 110, Caso Laval:

No obstante, no pueden justificarse medidas de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal con arreglo al objetivo de interés general mencionado en el apartado 102 de la presente sentencia cuando la negociación salarial que pretenden imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribe en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones, cualquiera que sea su naturaleza, que sean suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debe cumplir en materia de salario mínimo.

¹⁴⁷³ Marzal, T., «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades COMUNITARIAS», en *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social* (VV. AA., coord. Gutiérrez Velasco, I.), Tirant lo Blanch, 2017, p. 14.

¹⁴⁷⁴ Marzal, T., «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades COMUNITARIAS», ... *Ibid.*, p. 23.

¹⁴⁷⁵ Marzal, T., «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades COMUNITARIAS... *Ibid.*, pp. 21-22.

Apreciándose así una doble dimensión en las sentencias del TJUE, entre lo meramente declarativo y lo eficaz. Tratándose de una característica que tampoco ha pasado inadvertida para Veneziani, quien la considera un auténtico caballo de Troya jurídico, al ofrecer unos derechos laborales fundamentales para, seguidamente, introducir una visión mercantilista en el Derecho del Trabajo¹⁴⁷⁶, que imposibilita *per se* la aplicación de cualquier derecho subjetivo no económico. Y, como un moderno Laocoonte, advierte Veneziani frente a los regalos de los griegos: *timeo Danaos et dona ferentes*.

Nótese, además, que la alocución relativa a la Europa social, y repetida en todos los supuestos analizados, no modificó el razonamiento del Tribunal en ninguno de estos casos (Viking, Laval...). Tomando en consideración, a modo de ejemplo, el caso Laval, observamos con claridad el *modus operandi* del Tribunal:

el derecho fundamental a nivel nacional adquiere el carácter de excepción, frente a libertades fundamentales de carácter “federal”. Conforme a lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante, CDFU o “la Carta”), los derechos fundamentales reconocidos en la Carta pueden someterse a limitaciones cuando sea necesario por el interés general reconocido en la Unión. Así, una vez dotados los derechos de solidaridad de un estatuto jurídico vinculante, a la posible continuidad del conflicto actual entre el nivel estatal y el comunitario en su diferente comprensión de los derechos fundamentales, se suma la obligatoria ponderación de valores económicos y sociales constitucionales de acuerdo con el significado que se les ha atribuido en la CDFU¹⁴⁷⁷.

Sin embargo, si ampliamos el espectro y lo situamos fuera del ámbito estrictamente laboral, encontramos ejemplos con resultado de signo contrario. En este sentido, T. Marzal¹⁴⁷⁸ confronta el razonamiento en Viking con un caso tan distinto como el del *Olympique lyonnais c. Newcastle*¹⁴⁷⁹, concerniente a un problema de libre circulación de trabajadores, jóvenes jugadores de fútbol que cambian de club, donde se alegó un interés formativo para poder solicitar una indemnización, por parte del club de

¹⁴⁷⁶ Veneziani B., *La Corte di Giustizia ed il cavallo di Troia*, en *Scritti in onore di E. Ghera* (VV. AA.), Bari, Cacucci, 2008, vol. II, p. 1281 y ss.

¹⁴⁷⁷ Llobera Vila, M., «El “efecto sustitución” del legislador laboral y de la autonomía colectiva en la aplicación del juicio de proporcionalidad por parte del TJUE», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2016, 6 (2), p. 56.

¹⁴⁷⁸ Marzal, T., «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades COMUNITARIAS», ... *Op. Cit.*, pp. 24-26.

¹⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard y Newcastle UFC*.

En dicho asunto, los jugadores «promesa» formados por el club francés estaban sometidos a un régimen que les obligaba a pagar una indemnización a este último si, al término de su período de formación, no firmaban por dicho club, sino por otro de otro Estado miembro (en este caso, el Newcastle). El Tribunal, tras concluir que tal régimen indemnizatorio constituye una restricción a la libre circulación de trabajadores, acepta que...

origen, a la finalización del contrato del futbolista. Respecto a lo cual, el TJUE entendió apropiada la indemnización, como restricción a la libre circulación, por «el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores». Nótese que, en este supuesto, el Tribunal argumentó sobre la base de la «importancia social» del fútbol, declaración que recuerda a la trascendente consideración dada al derecho de huelga. Y cabe entonces concluir que, en ambas sentencias, Viking y Olympique lyonnais, encontramos un mismo esquema argumental que, no obstante, conduce a un resultado distinto:

El hecho de que uno de los intereses tenga más importancia que el otro no tiene repercusión alguna. En ambos casos, el TJUE se limita simplemente a controlar que la medida en cuestión es apropiada y necesaria para alcanzar su objetivo (en el caso *Viking*: ¿la huelga emprendida sirve efectivamente para proteger a los trabajadores? ¿Disponían estos de medidas alternativas menos gravosas para el empresario? Y en el caso *Olympique*: ¿el régimen indemnizatorio facilita la formación de jóvenes promesas? ¿No podrían los clubes facilitar dicha formación por vías menos restrictivas e igual de eficaces?). Dicho de otro modo, el Tribunal no se muestra más comprensivo en su examen de la justificación por tener más importancia el objetivo alegado¹⁴⁸⁰.

A la vista de tantos interrogantes, cabe dolorosamente colegir que la indiferenciación de los objetivos por parte del Tribunal conlleva la banalización del Derecho Social, que, en última instancia, se convertirá en un sistema jurídico estrictamente aparente, entendido como un obstáculo para las libertades económicas, y a salvar por el Tribunal, de manera muy sencilla, con su mera proclama previa.

Concluyendo así G. Beck, con acierto, que el TJUE dispone de un verdadero margen de discrecionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad, y tiende a ejercerlo con sujeción a los factores de estabilidad extralegales, fuera del razonamiento judicial¹⁴⁸¹. Aunque también se ha sostenido que, en la práctica, este mecanismo se erige

¹⁴⁸⁰ Marzal, T., «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades COMUNITARIAS», ... *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁴⁸¹ Beck, Gunnar, «The legal reasoning of the Court of justice of the EU», *Modern Studies in European Law*, Hart Publishing, 2012, p. 177:

Unfortunately, however, not all the ECJ's decisions fit this general description, and in Laval and Viking the Court has suggested that proportionate interferences with the right to collective actions under Article 28 EU Charter may be justifiable in the interests of protecting the freedoms of establishment and to provide services. The Court, it may be concluded, has genuine discretion in the application of the principle of proportionality, and tends to exercise it subject to the extra-legal steadying factors of judicial reasoning.

como límite a la acción y derechos laborales colectivos¹⁴⁸². Una crítica que incluso ha podido extenderse a la aplicación general de este método en el Derecho del Trabajo al originar «un excesivo casuismo, fruto en gran parte de la subjetivación de los distintos juicios de comprobación que aquel impone»¹⁴⁸³.

Con lo que cabe considerar, en definitiva, que los casos Viking y Laval, al igual que la jurisprudencia sucesiva, muestran un TJUE que abandona su rol como garante e impulsor de la integración europea, a través del Derecho, función que exige un escrupuloso respeto al Derecho europeo, sus objetivos y valores, para propugnar una renovada y radical integración económica, con la ayuda de una nueva, pero hábilmente ocultada, escala de valores. De manera que, al amparo del juicio de proporcionalidad, el TJUE ofrece una lógica formal incuestionable y, sin embargo, los valores europeos reconocidos por los Tratados se ven pervertidos.

Todo ello, sin perjuicio de que también aparecen autores que, reconociendo el activismo del Tribunal, consideran, no obstante, de forma favorable los pronunciamientos de Viking y Laval como ejemplo de reconciliación entre dos objetivos aparentemente opuestos: «la justicia social» y «la economía de mercado». Hasta el punto de que la integración de ambos daría como resultado «la economía social de mercado altamente competitiva», reconocida en el artículo 3.3. del Tratado de Lisboa:

El activismo judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la protección de la no discriminación y la integración social de los ciudadanos de la UE que ejercen sus libertades de mercado en la UE y reclaman el acceso a los servicios universales, en las sentencias del TJCE (como por ejemplo, en los asuntos Viking y Laval), sobre la necesidad de reconciliar («equilibrar») las «libertades de mercado» de la CE con los derechos de los sindicatos, ilustra que –en disputa por la justicia social– el ejercicio del poder judicial y el razonamiento judicial deben justificarse garantizando el debido respeto a los «principios de justicia» reconocidos, como el nuevo compromiso de Lisboa con una «economía social de mercado altamente competitiva» (artículo 3 TUE) o «los derechos a la dignidad» protegidos en el Título I de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸² Zahn R., *The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement*, Web Journal of Current Legal Issues 3 (2008), *Online access*. Disponible en: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2008/issue3/zahn3.html> consultado: 28/3/2017..

¹⁴⁸³ Treviño Pascual, M., *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Editorial Bomarzo, 2016, p. 77.

¹⁴⁸⁴ Petersmann, E.-., «Constitutional Justice and the perennial task of “constitutionalizing” law and society through “participatory justice”», en *The many concepts of social justice in European Private Law* (Ed. H. Micklitz). Edward Elgar Publishing, 2011, p. 115:

The judicial activism of the European Court of Justice in protecting non-discrimination and social integration of EU citizens exercising their EU market freedoms and claiming access to universal services, like the ECJ judgments (for example, in the Viking and Laval cases) about the need for reconciling (“balancing”) the EC “market freedoms” with the rights of trade

V. CONCLUSIONES FINALES: crítica del espacio de experiencia, tendente hacia un nuevo horizonte de expectativa

1. EN DEFENSA DE LOCHNER

La simplificación más peligrosa, y popular, respecto a Lochner consiste en equiparar dicha doctrina a la defensa de un interés de clase, el empresarial. Esta idea resulta, a mi parecer, errónea, tal y como se expone a continuación.

A este respecto, los ya explicados fundamentos jurídicos, que abocan en la doctrina Lochner, ratifican la idea de que detrás de la misma se encuentra un concepto profundo y arraigado de la libertad individual. Aunque no por ello menos criticable. Así, la conclusión de una aplicación lógica de esta teoría, en las distintas formas o manifestaciones referidas previamente, es clara: la coerción debía ser reducida a lo «absolutamente necesario para una coexistencia armoniosa de lo individual con el todo»¹⁴⁸⁵. Aparece así una confianza, casi dogmática, en todas las decisiones del TS que declararon inconstitucionales las nuevas normas de carácter social. Una creencia que no es sino la aceptación jurídica de la teoría legal de Maine, de la teoría económica de Spencer¹⁴⁸⁶.

Pues bien, nuestra crítica se centra precisamente en la noción de libertad individual utilizada, que se entiende como reduccionista, anacrónica y rígida. Y como tal, también excluyente, al negar cabida a los intereses sociales y colectivos, muy necesitados de su tiempo, manteniendo una interpretación muy restrictiva del canon tradicional: individualismo-libertad. Asimismo, se denuncia una interpretación adulterada, en su esencia, al confundir independencia y libertad: «Hay que entender bien qué es la independencia, qué es la libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiese hacer lo que prohíben, no habría más libertad porque el resto tendría también ese poder»¹⁴⁸⁷.

unions, illustrates that –in dispute over social justice- the exercise of judicial power and judicial reasoning must be justified with due regard to agreed “principles of justice”, such as the Lisbon Treaty’s new commitment to a “highly competitive social market economy” (Article 3 TEU) or “the dignity rights” protected in Title I of the EU Charter of Fundamental Rights.

¹⁴⁸⁵ Lioy, D., *La philosophie du droit*, Chevalier-Marescq, 1887.

¹⁴⁸⁶ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado III.2.1 «Evolución o revolución».

¹⁴⁸⁷ Montesquieu, *L’esprit des lois* (1748), Classiques Garnier, 2011, Livre XI, Chapitre III.

Aunque tampoco se puede aceptar que, detrás de *Lochner*, se vislumbre la defensa de un interés de clase, por una serie de motivos que se expondrá subsiguientemente de forma concisa. Así, con carácter previo, y sin entrar en caracterizaciones peligrosas sobre los habitantes de una nación, resulta innegable como un individualismo acentuado modela de una cierta manera la personalidad. Ese propio individualismo repulsa, en esencia, la conciencia de clase, más aún en una nación joven. A estos efectos, según Fay, el sentimiento de clase no existía en un país nuevo, donde todo ciudadano por ingenuidad, orgullo o tradición, se creía capaz de llegar por él mismo a la cima de la escala social, trabajando y con fortuna¹⁴⁸⁸. Por otro lado, los propios hechos que rodean el caso *Lochner* desmontan el trasfondo de una lucha de clases¹⁴⁸⁹, bastando recordar en estos momentos que Joseph *Lochner* no era ningún gran empresario, o rico propietario, sino que regentaba una pequeña panadería/pastelería en la ciudad de Utica (NY). Lamentablemente, estos hechos se han perdido en el propio transcurso del tiempo. Además, en ocasiones, los prolisos análisis y estudios sobre el tema han dado preferencia, equivocadamente, al material más cercano frente a la propia fuente directa, alejándonos de la realidad histórica. Todo ello ha propiciado, en definitiva, la mitificación de un conflicto de clases, como trasfondo de la sentencia, que debe ser oportunamente apartado por reduccionista.

Finalmente, nótese también que las decisiones coetáneas al caso *Lochner*, y con afección a los intereses empresariales, muestran una salomónica actuación del Tribunal Supremo a la hora de sancionar, por igual, a trabajadores y empresarios. A este respecto, resulta muy oportuno traer a colación las reflexiones de Roscoe Pound cuando señalaba que, por cada limitación impuesta a los trabajadores en interpretación de las normas, se podía encontrar una equivalente a los empresarios¹⁴⁹⁰.

Un claro ejemplo aparece en relación al comercio entre Estados, siendo una facultad de regulación constitucionalmente reconocida a favor del Congreso, concretada, entre otras normas, en la Sherman Act, e interpretada judicialmente limitando el ejercicio real del comercio¹⁴⁹¹. Principalmente, se controlaron los monopolios y concentraciones empresariales, de acuerdo a una concepción histórica y tradicional, completamente

¹⁴⁸⁸ Fay, B., *Roosevelt et son Amérique... Op. Cit.*, p. 101.

¹⁴⁸⁹ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado III.3.2 «El caso *Lochner*».

¹⁴⁹⁰ Pound, R., *Jurisprudence*, West Publishing Co. 1959. Vol. I, p. 244.

¹⁴⁹¹ En esta misma línea se expresa también C. Warren en Warren, C., *Congress, The Constitution and the Supreme Court... Op. Cit.*, pp. 229-230: «That the decisions of the Court are not always “on the side of the wealthy and powerful” is shown by the fact that, for every one case holding a labor union, there have been at least eight cases holding business combinations, to be violative of the Sherman Act.

desfasada. De esta suerte, si el empresario decidía asociarse con empresas de otros Estados para comercializar sus productos mutuamente, el Tribunal simplemente les decía que dicho acuerdo no tenía cabida legalmente. Esos pactos continuaban rigiéndose por el antiguo *consortium* romano. En este sentido, el TS de *Lochner* presentaba una composición prácticamente idéntica al Tribunal que, un año antes, en el caso *Northern Securities Co.*¹⁴⁹², había declarado ilegal el mayor monopolio ferroviario del país (compuesto por las compañías *Great Northern*, *Northern Pacific* y *Chicago, Burlington and Quincy Railroad*), que, consecuentemente, se vio obligado a dividirse, y a operar, en empresas independientes¹⁴⁹³. Asimismo, unos años más tarde, en concreto, el 15 de mayo de 1911, el Tribunal declaró también ilegal el monopolio petrolero de la *Standard Oil Co. of New Jersey*¹⁴⁹⁴, afirmando, respecto a la aprobación de la *Sherman Act*, que «resultaba una convicción universal en los Estados Unidos, el hecho que el país se hallaba ante el evidente peligro de tener que caer en una nueva forma de esclavitud, considerando como tal la que habría de resultar de la concentración de capitales en manos de unos pocos individuos y sociedades capaces de controlar en su exclusivo beneficio toda la economía del país, incluida la producción y venta de los bienes necesarios para la vida»¹⁴⁹⁵. El 29 de mayo siguiente, el TS adoptó una decisión similar, esta vez concerniente a la *American Tobacco Co.*¹⁴⁹⁶, sociedad que englobaba una serie de empresas tabacaleras. El Tribunal consideró que la asociación empresarial suponía una restricción al libre comercio, y un intento de monopolio, lo que condujo finalmente a la disolución de la compañía, y su posterior división en cuatro empresas diferenciadas.

Por otro lado, desde un análisis estrictamente laboral, repárese también en que la interpretación dada a la libertad de comercio, por el TS, alcanzó, por igual, a trabajadores y empresas. Así se puede corroborar una vez confrontados, respectivamente, el primer caso *Gompers*¹⁴⁹⁷, un boicot por medio de cartas, circulares, etc. (en definitiva, una lista

¹⁴⁹² *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

¹⁴⁹³ Warren, C., *Congress, The Constitution and the Supreme Court... Op. Cit.*, pp. 269-270:
Labor attacked the Court in 1908, because its decision in the Danbury Hatters Case, and claimed that this case and the New York Bakers Ten-Hour Law Case (Lochner v. New York) proved that the Court favored the capitalist and the employer. And yet these cases were decided by a Court composed of practically the identical Judges who decided the Northern Securities Company Case, in 1904, in which a great capitalist holding company was dissolved.

¹⁴⁹⁴ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁴⁹⁵ Traducción de Alonso Olea, en Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 126.

¹⁴⁹⁶ *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

¹⁴⁹⁷ *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911).

negra de empresas), frente al caso *Prudential Ins. Co.*¹⁴⁹⁸, en el que se analizaba una norma del estado de Missouri tendente a acabar con las listas negras de trabajadores. En el caso *Gompers*, el Tribunal confirmó la validez de la *injunction* dictada por el tribunal de instancia que ordenaba cesar las actuaciones sindicales, mientras que en el caso *Prudential Ins. Co.* confirmó la constitucionalidad de la ley estatal que prohibía las prácticas empresariales referidas. En los dos supuestos, el TS americano estableció unos límites similares ante actuaciones laborales recíprocas, en su grado e intensidad, así como una visión homogénea de la libertad de comercio, como una forma de propiedad¹⁴⁹⁹. Ambas decisiones delimitaron los derechos laborales, y las facultades empresariales, con una lógica interna coherente, alcanzando por igual a las dos partes de la relación laboral.

Consecuentemente, y si bien se puede atacar dicha lógica, sobre la base de la desigualdad de partes, entre otros argumentos, resultaría desmedido imputar al Tribunal un posicionamiento de clase. A este respecto, nos adscribimos a las palabras de Pound, al afirmar que, si los tribunales decimonónicos no hubiesen sido más que las boquillas, a través de las cuales los hombres de negocios dictasen decisiones de interés propio, estos

Alonso Olea resume brillantemente los hechos relativos a las prácticas del sindicato American Federation of Labor, y su presidente Samuel Gompers, que venía publicando una lista negra de empresas, poco limpias (*unfair*) desde la perspectiva sindical:

En esta lista fue incluida en un determinado momento la Bucks Stove Range Company. Naturalmente, la We don't patronize list era una forma de boycott (31), por cuanto venía a recomendar a los sindicatos de cualesquiera Sindicatos y al público en general que se abstuvieran de adquirir los productos de una empresa que no hacía juego limpio, a juicio de la Federación; la Compañía solicitó y obtuvo de los Tribunales una injunction, por virtud de la cual se ordenaba a la A. F. L. dejar de incluir en su lista negra el nombre de aquélla. Gompers se negó a cumplir la orden del Tribunal (alegando que tal decisión violaba su derecho constitucional de libertad de expresión), y fue desde luego declarado reo de y condenado por el delito de contempt.

Según aparece en Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 123.

¹⁴⁹⁸ *Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530 (1922).

En este caso, una ley del Estado de Missouri requería al empresario entregar una carta al trabajador que extinguía su contrato en la que se indicara la razón de su salida y el tipo de trabajo desarrollado. El trabajador Robert T. Cheek demandó a la compañía aseguradora Prudential al negarse a facilitarr la carta y acordar, con otras compañías de seguros, la no contratación de trabajadores que abandonasen su empleo.

¹⁴⁹⁹ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos»... *Op. Cit.*, p. 123:

Es necesario a nuestros efectos llamar la atención en cuanto a este caso (que es interesante desde otros muchos puntos de vista), además de sobre la rapidez operativa de la acción judicial y su fuerte sanción a través del contempt, sobre la extensión objetiva que ya había alcanzado la injunction, resultando ésta utilizable en prácticamente todos los casos en que el interés de un empresario se viera de cualquier modo amenazado u ofendido, y así puede expresarse con toda corrección, con referencia a aquella época. como lo hace Lester (32), que «puesto que las relaciones y oportunidades de mercado son consideradas por los Tribunales como una forma de propiedad, los interdictos en materia laboral tienen generalmente por finalidad proteger las relaciones de negocios y las expectativas de beneficios de los empresarios».

hechos habrían llegado a su fin hace largo tiempo¹⁵⁰⁰. Podemos entonces colegir que el problema presentaba un sesgo, sutilmente, distinto.

De este modo, Fairman¹⁵⁰¹, en EE. UU., o Scrutton¹⁵⁰², en Reino Unido, identificaron la posición y origen social (personal y profesional) de los magistrados como uno de los grandes problemas, al resolver cuestiones de Derecho Social. A modo de ejemplo, resultaba notoria la relación entre el Juez Field y el magnate de los ferrocarriles, Leland Stanford, siendo el primero quien abrió la puerta a la interpretación sustantiva del proceso debido, con el consiguiente beneficio para las compañías ferroviarias del segundo. Y, sin embargo, se ha señalado que el resultado de esta conexión se debe más a compartir unas mismas vivencias californianas, y la convicción relativa al carácter de toda persona, consistente en la necesidad de fuerza, destreza, coraje, capacidad de adaptación, y fortuna, que a cualquier suerte de acuerdo insidioso¹⁵⁰³.

Además, la mera pertenencia a una clase social no implicaba la defensa automática de ese interés. Sin ir más lejos, Theodore y Franklin D. Roosevelt dieron buena muestra en el ámbito político de este hecho y, en el caso que aquí se trata, la existencia de una minoría disidente en el TS, que sin duda proviene de un mismo origen, o cuanto menos de un mismo círculo social y profesional, bastaría para desmontar la teoría de la defensa de un interés de clase.

¹⁵⁰⁰ Pound, R., *Jurisprudence, ... Op. Cit.*, p. 244: «If nineteenth-century courts had been but the mouthpieces through which the business men of America promulgated formulations of their self-interests, these things would have come to an end long ago».

¹⁵⁰¹ Fairman, C., *Justice Samuel F. Miller. A Study of a Judicial Statesman*, *Political Science Quarterly*, Vol. 50, n.º 1, 1935, pp. 15-44:

It is in vain to contend with judges who have been at the bar the advocates for forty years of rail road companies, and all the forms of associated capital, when they are called upon to decide cases where such interests are in contest. All their training, all their feelings are from the start in favor of those who need no such influence.

¹⁵⁰² Scrutton, E.T., «The Work of the Commercial Courts», en *The Cambridge Law Journal*, Vol. 1, n.º 1, 1921, pp. 6-20.

The other word I used was «impartiality». This is rather difficult to attain in any system. I am not speaking of conscious impartiality; but the habits you are trained in, the people with whom you mix, lead to your having a certain class of ideas of such a nature that, when you have to deal with other ideas, you do not give as sound and accurate judgments as you would wish. This is one of the great difficulties at present with Labour. Labour says: «Where are your impartial Judges? They all move in the same circle as the employers, and they are all educated and nursed in the same ideas as the employers. How can a labour man or a trade-unionist get impartial justice?». It is very difficult sometimes be sure that you have put yourself into a thoroughly impartial position between two disputants, one of your own class and one not of your class. Even in matters outside trade-unionist cases (to some extent in workmen's compensation cases) it is sometimes difficult to be sure, hard as you have tried, that you have put yourself in a perfectly impartial position between the two litigants.

¹⁵⁰³ Kens, P., *Lochner v. ... Ibid.*, p. 104.

Sin embargo, se debe discernir entre el interés de clase, que se manifestaría en una actitud conscientemente deshonesto y continuada en el tiempo, de los posibles prejuicios de los jueces de la época. Situando las descripciones referidas de los jueces de la época en este último campo. En definitiva, se trata de una actitud que se puede vincular a un modo de pensar, convertido en una corriente irrefutable –«el perfume letárgico del progreso»¹⁵⁰⁴ –, unido a lo que Holmes había señalado como la incidencia inconsciente del miedo en el Derecho¹⁵⁰⁵, un miedo a las mayorías populares¹⁵⁰⁶, que se encuentra en la base del sistema constitucional americano y en la construcción de la noción de «pueblo»¹⁵⁰⁷. De esta forma, se crea un sustrato colectivo imbuido de una autoridad incontestable, relacionada con el hecho de haber recibido una educación, y poseer una experiencia profesional muy por encima de la media.

En ese momento, los prejuicios en el Tribunal Supremo cobran la dimensión de aceptar como dogma una filosofía particular, sin plantear cuestionamiento alguno que permita confirmar si se trata de la tesis correcta a aplicar al caso, o de una simple creencia compartida por los miembros del Tribunal, pero ajena a la cuestión. Señalaba, a estos efectos, Freund que existía un significativo núcleo de acuerdo en el «viejo Tribunal», a la hora de determinar los valores a proteger y, especialmente, en la concepción de la libertad y el reconocimiento de la libertad de contratación¹⁵⁰⁸.

Por su parte, Holmes ya había advertido, previamente, sobre esta cuestión, en su discurso *The Path of Law*¹⁵⁰⁹ en 1897, y la señaló, de nuevo, por dos veces, de forma célebre en el voto particular del caso *Lochner*¹⁵¹⁰: «Este caso se ha resuelto sobre la base de una teoría económica que una gran parte de este país no comparte» y «la Decimocuarta

¹⁵⁰⁴ Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos (II)» ... *Op. Cit.*, p. 50.

¹⁵⁰⁵ «The Path of the Law (1897)», en *Holmes... Op. Cit.*: «When socialism first began to be talked about, the comfortable classes of the community were a good deal frightened. I suspect that this fear has influenced judicial action both here and in England, yet it is certain that is not a conscious factor in the decisions to which I refer».

¹⁵⁰⁶ Corwin, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment* (1909)... *Op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁰⁷ A este respecto, nos remitimos a lo referido en el apartado III.1.1 «La revolución política», en relación a las reticencias de los constituyentes americanos en lo tocante a las mayorías parlamentarias.

¹⁵⁰⁸ Freund, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Little, Brown and Comany, 1950, pp. 10-11.

¹⁵⁰⁹ «The Path of the Law (1897)» en *Holmes... Ibid.*:

I think that something similar has led people who no longer hope to control the legislatures to look to the courts as expounders of the Constitution, and that in some courts new principles have been discovered outside the bodies of those instruments, which may be generalized into acceptance of the economic doctrines which prevailed about fifty years ago [...].

¹⁵¹⁰ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado III.3.2 «El caso *Lochner*».

Enmienda no convalida la aplicación de las estadísticas sociales de Herbert Spencer»¹⁵¹¹. Adviértase cómo la flexibilidad de Holmes se opone, mediante redactados sutiles, a la porfía de los restantes miembros del Tribunal. A este respecto, la pertinacia de la mayoría de los magistrados está en las cosas que aman y veneran. Holmes reconoce la honestidad en el pensamiento individualista del resto del Tribunal, pero se niega a aceptarlo como verdad natural, ya que él lo entiende más cerca de las preferencias generadas por «asociaciones tempranas» (*early associations*)¹⁵¹², que de un pensamiento autónomo y terminante.

Años más tarde, el juez Stone, en la ya referida opinión disidente del caso *Morehead*¹⁵¹³, confirmaba el problema:

Es difícil imaginar otras razones, más allá de nuestras propias predilecciones económicas, para afirmar que el contrato de trabajo resulta un objeto legislativo menos apropiado que muchos otros en los que este Tribunal ha mantenido que los legisladores pueden restringir la libertad individual en aras del interés público¹⁵¹⁴.

En suma, las predilecciones e inclinaciones intelectuales de los magistrados, sus filias y fobias filosóficas, trufan el razonamiento jurídico. En particular, la idea de la supervivencia del más fuerte, la atracción natural hacia las ideas de Spencer y Sumner, en lo económico y social, de Maine y Cooley, en el ámbito jurídico, resultan evidentes en la jurisprudencia del Tribunal, pero, no por ello, dudamos de la honestidad de sus resoluciones. Simplemente, no compartimos la referida filosofía, y como tal, la criticamos.

Lamentablemente, estos elementos resultan muy fácilmente extrapolables al TJUE, como vigente también se mantiene la reflexión de André Tunc respecto a la sentencia *Lochner*, que muestra hasta qué punto hombres de buena fe pueden ser

¹⁵¹¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). HOLMES, J., Dissenting Opinion: «This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. [...] The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics».

¹⁵¹² Holmes, O. W., «Natural Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 32, n.º 1, 1918, p. 43: «But I do agree with them in believing that one's attitude on these matters is closely connected with one's general attitude toward the universe. Proximately, as has been suggested, it is determined largely by early associations and temperament, coupled with the desire to have an absolute guide. Men to a great extent believe what they want to - al- though I see in that no basis for a philosophy that tells us what we should want to want»

¹⁵¹³ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado III.6.3 «El salario mínimo del Estado de Nueva York».

¹⁵¹⁴ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936):

It is difficult to imagine any grounds, other than our own personal economic predilections, for saying that the contract of employment is any the less an appropriate subject of legislation than are scores of others in dealing with which this Court has held that legislatures may curtail individual freedom in the public interest.

prisioneros de su época y de su medio social y adoptar decisiones que, contempladas desde la actualidad, nos pueden parecer chocantes¹⁵¹⁵.

2. LEONES BAJO EL TRONO

El rol de los magistrados, el papel institucional de los tribunales en el sistema, y las concretas funciones y potestades de los jueces del TS, a caballo entre lo judicial y lo político, han salido a colación a lo largo del trabajo¹⁵¹⁶ y merecen, por tanto, una reflexión conclusiva.

Desde una perspectiva histórica, Montesquieu fue el primero en plantear abiertamente una fuerte crítica al activismo judicial, y proponer una organización alternativa del poder judicial. En este sentido, la célebre idea de separación de poderes que presenta en el *Espíritu de las leyes*, reflejado en el posterior *checks and balances* americano, incluye vaciar de cualquier capacidad interpretativa al juez. No elimina la justicia como poder, necesario para afianzar el equilibrio del sistema, sino al juez. Siendo, así, sustituido el magistrado por el jurado, un poder efímero y puntual, ejercido por los ciudadanos de forma provisional, sin vincular dicho poder a un grupo particular de personas o a una profesión concreta. Con lo cual, de esta manera, explica el autor, se temería la justicia en lugar de los jueces, invisibles e inexistentes hasta el momento de juzgar, para seguidamente desaparecer. Lo cierto es que esta noción, francamente innovadora al conceptualizar un poder latente y discontinuo, ejercido directamente por el pueblo y entre el pueblo, quedó, sin embargo, reducida a la célebre fase relativa a la función del juez: «Los jueces de la nación son, como hemos dicho, solo la boca de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni rigor»¹⁵¹⁷.

Medio siglo después, Portalis, como heredero de la idea política de Montesquieu, matizó y corrigió el desajuste metodológico del primero, atribuyendo la facultad interpretativa de la ley al juez. Reequilibraba, de este modo, los poderes legislativo y judicial, a través de facultades complementarias:

Son el magistrado y el jurisconsulto, concedores del espíritu general de las leyes, quienes han de guiar su aplicación.

¹⁵¹⁵ Tunc, A., *El Derecho en Estados Unidos... Op. Cit.*, p. 31.

¹⁵¹⁶ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado III.6. «Roosevelt contra el Tribunal Supremo».

¹⁵¹⁷ Montesquieu: *L'esprit des lois* (1748), Classiques Garnier, 2011, Livre XI, Chapitre VII, p. 176: «Les juges de la nation ne sont, comme nous l'avons dit, que la bouche de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur».

De ahí que en todas las naciones civilizadas se vea siempre formarse, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de máximas, de decisiones y de doctrina, depurado diariamente por la práctica por el choque de los debates judiciales, que crece sin cesar gracias al conocimiento adquirido y que siempre se ha considerado como el auténtico complemento de la legislación [...] ¹⁵¹⁸.

Por lo que, en definitiva, fue Montesquieu quien planteó acertadamente los contornos del problema actual, a saber, que la justicia no puede convertirse en un poder político. No obstante, optó por una solución radical, de difícil, o imposible, aplicación práctica, dadas las limitaciones técnico-jurídicas, y de implementación, de un jurado continuo. Mientras que Portalis, por su parte, se inclinó por salvaguardar la autoridad de los tribunales, como la auténtica institución encargada de la efectiva administración de justicia. De tal modo que, para garantizar una efectiva separación de poderes no propuso un cambio institucional, sino una profunda diferenciación conceptual, a través de un método científico innovador, «una ciencia para los legisladores» y «una ciencia para los magistrados», completamente diferenciadas:

La ciencia del legislador consiste en hallar en cada materia los principios más favorables al bien común. La ciencia del magistrado es poner esos principios en acción, ramificarlos, extenderlos mediante una aplicación prudente y razonable a las hipótesis privadas ¹⁵¹⁹.

Aceptada pues la institución, quedará lo más difícil, la tarea de definir el rol del juez. Un trabajo que, en los casos del TS y del TJUE, requiere un esfuerzo adicional, desde el momento en que ambos tribunales presentan una dimensión constitucional y, por tanto, política ¹⁵²⁰, como interpretes respectivos de la Constitución y sus Enmiendas, y de los Tratados ¹⁵²¹. La interpretación constitucional resulta, además, una función imperativa y decisiva. Tal y según sostenía con acierto Robert Jackson, parece difícil que las disposiciones de un documento escrito hace 150 años puedan tener vitalidad si no existe alguna institución permanente que las traduzca en mandatos actuales, y se ocupe de su aplicación moderna ¹⁵²². Para concluir afirmando que el Tribunal regula los ciclos de

¹⁵¹⁸ Portalis, J.-É.-M., *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Universidad Carlos III, 2014, p. 14.

¹⁵¹⁹ Portalis, J.-É.-M., *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil... Ibid.*, p. 18.

¹⁵²⁰ Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros... Op. Cit.*, p. 221:

En su raíz, si bien se mira, la clave política del Tribunal Supremo está en que es él quien preside el acomodamiento constitucional y el que en buena medida vigila y sanciona -o deniega la sanción- el que se realiza por los demás poderes...

¹⁵²¹ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado IV.2. «El Juez europeo y americano».

¹⁵²² Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, 1955, p. 26:

interpretación de la Constitución en relación con las condiciones políticas y económicas (del periodo)¹⁵²³.

De la anterior reflexión, cabe inferir que los contornos de la crítica se circunscriben a la intromisión del Tribunal en aspectos políticos, más allá de la interpretación constitucional de las normas. Es decir, evitar la dimensión política exclusiva, o excesiva, del Tribunal, que lleva aparejada la apropiación de competencias correspondientes a otros poderes. En definitiva, se trata de impedir que el Tribunal reine sobre el legislador, y que se traslade a la sala la batalla legislativa¹⁵²⁴. Precisamente, en este sentido, Holmes ya señalaba que el crecimiento de la ley es competencia parlamentaria¹⁵²⁵, optando por una valiente limitación de las facultades judiciales en un sistema de *common law*.

Pese a lo cual, a lo largo del trabajo, se ha podido comprobar la existencia de un exceso y apropiación competencial por parte del TS durante la era Lochner y, lamentablemente, también, su reproducción en la Europa actual, a través del rol similar del TJUE.

Respecto a la situación norteamericana, baste referir, a modo de resumen, que tras el cambio de parecer en el caso West Coast Hotel del juez Roberts, a quien había precedido el presidente Hughes en el caso Morehead¹⁵²⁶, la nación tuvo la sensación de que el Tribunal Supremo se había convertido en una entidad más política que jurídica:

Es un enfoque político. Sin embargo, no hay manera de interpretar el cambio en la actitud del Tribunal en 1937 frente a 1935, excepto atribuyendo precisamente el mismo razonamiento al presidente del Tribunal Hughes y al juez Roberts. Sin admitir abiertamente que se estaba haciendo, ellos solemnemente, y con toda la parafernalia de la exposición legal, se revocaron [...]. No existe un argumento sofisticado capaz de hacer que este cambio sea otra cosa que lo que fue: una decisión política¹⁵²⁷.

It is difficult to see how the provisions of a 150-year-old written document can have much vitality if there is not some permanent institution to translate them into current commands and to see to their contemporary application.

¹⁵²³ Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, 1955, p. 23.

En traducción de Alonso Olea, M., *Los Estados Unidos en sus libros. Op. Cit.*, p. 221.

¹⁵²⁴ Kens, P., *Lochner v. ... Op. Cit.*, p. 100.

¹⁵²⁵ Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. 34.

¹⁵²⁶ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado III.7. «Parrish frente al West Coast Hotel».

¹⁵²⁷ Tugwell, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography... Op. Cit.*, p. 396:

It is a politician approach. Yet there is no way to interpret the change in the Court's attitude in 1937 as contrasted with 1935 except by the attributing precisely the same reasoning to Chief Justice Hughes and Mr. Justice Roberts. Without admitting openly that it was being done, they solemnly, and with all the paraphernalia of legal exposition, reversed themselves

Y, sin duda, esta apreciación social, relativa a la naturaleza política agravada del TS, resultaba una crítica razonable, no tanto por el cambio final del Tribunal ya analizado, sino por los efectos de la postura que mantuvo durante las tres décadas anteriores. Por lo demás, el ejercicio del poder judicial, mediante una asunción de competencias indebida, no solo quebraba el equilibrio entre poderes, sino la efectiva igualdad política de los ciudadanos. Gervinus opinaba que, si la igualdad política no es simplemente una expresión diferente de opresión despótica, requiere de la voluntad del pueblo para la decisión de la mayoría, requiere también que la legislación provenga de las necesidades sociales, unas necesidades que deben determinarse por el propio colectivo¹⁵²⁸.

Por su parte, en relación al TJUE, ya en septiembre de 2008, el expresidente alemán Roman Herzog escribía, junto a Lüder Gerken, un durísimo artículo contra las resoluciones del entonces TJCE. Un hecho que, muy certeramente, se ha descrito como el traslado de la crítica del activismo judicial de lo académico a lo político, en suma, a los lugares comunes. De forma tal que este proceso muestra, en última instancia, la pérdida de legitimidad, ya pronosticada por Rasmussen¹⁵²⁹, del TJUE. Hasta el extremo, incluso, de conducir inexorablemente a la ruptura:

Los casos descritos muestran que el TJCE ignora deliberada y sistemáticamente los principios fundamentales de la interpretación occidental de la ley, que sus decisiones se basan en argumentos descuidados, que ignora la voluntad del legislador, o incluso la convierte en lo contrario, e inventa principios jurídicos que sirven de base para sentencias posteriores¹⁵³⁰.

A estos efectos, reflexionaba, siglos atrás, Francis Bacon, en *Sobre la Judicatura*, sosteniendo que los jueces debían recordar el principio romano *Salus populi suprema lex*, y que las leyes, salvo concebidas para esa finalidad, «no son sino cosas capciosas y oráculos mal inspirados»¹⁵³¹. Recordaba, subsiguientemente, la configuración del trono de Salomón, sujetado a ambos lados por leones, reclamando a los jueces que «fuesen leones, pero leones bajo el trono»¹⁵³². Charles P. Curtis recuperó este pensamiento para

[...]. *There is no sophistical argument capable of making this change anything but what it was-a political decision.*

¹⁵²⁸ Según aparece en Habermas, J., *Postnational Constellation... Op. Cit.*, p. 15.

¹⁵²⁹ Según aparece en Azoulai, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer» (Editorial Comments... *Op. Cit.*, pp. 883-884.

¹⁵³⁰ Herzog, R.; Gerken, L., *Stop the European Court of Justice*, euobserver, 10 September 2008, *Online access*. Disponible en: Consultado: 5/3/2018.

¹⁵³¹ Bacon, F., *Of Judicature*, Authorama Public Domain Books. *Online access*. Disponible en: <http://www.authorama.com/essays-of-francis-bacon-56.html>. Consultado 12/10/2017.

¹⁵³² Bacon, F., *Of Judicature*, Authorama Public Domain Books. *Ibid.*, Consultado 12/10/2017.

aplicarlo críticamente al Tribunal Supremo de la era Lochner, y afirmar que la lealtad de los jueces era triple: *Sub Deo et Lege* pero también *sub Republica*¹⁵³³.

En vista de lo cual, bien cabría, desde nuestra óptica actual, preguntarnos ¿qué sucedería si las normas aprobadas por el Congreso hubiesen tenido un signo contrario? Es decir, ¿si fuesen tendentes a reducir derechos laborales básicos? ¿Dónde se situaría, entonces, la defensa de los trabajadores? Pues bien, retrocediendo, por un momento, al año 1914, en pleno debate sobre la aprobación de la Clayton Act, el Senador McCumber¹⁵³⁴ animaba, a este respecto, a los trabajadores a detenerse sobre la conveniencia de privar al Tribunal de sus competencias de control, y a preguntarse entonces quién sería el custodio de sus libertades si en un futuro, como ya ocurriera en el pasado, un poder tiránico decidiera. Surge entonces con fuerza la idea de protección de una minoría, difícilmente eficaz si se pretende hacer depender ésta de la buena voluntad de la mayoría electa y gobernante.

En ese momento, los *checks and balances* cobran un nuevo y verdadero sentido. Recuperando, así, el Tribunal Supremo su versión original, como garante de unos derechos constitucionales, que parecen provenir de unos principios naturales y, por tanto, tan inmutables como resistentes a los vaivenes y cambios políticos (provengan del ejecutivo, o del legislativo).

Por todo ello, la respuesta equilibrada, entre el activismo judicial y la protección judicial de las minorías, pudiera estar en las siguientes palabras de Portalis, que definen la función del magistrado en el sentido de estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata; y no exponerse al riesgo de ser, alternativamente, esclavo y rebelde y de desobedecer por espíritu servil¹⁵³⁵.

3. COMUNIDAD VS. INDIVIDUALISMO

Alcanzado este punto, recuérdese que la primera crítica teórica a la ya explicada idea romanista acerca de la concepción del trabajo¹⁵³⁶, que, con distinta forma, pero una misma

¹⁵³³ Curtis, C. P., *Lions under the throne... Op. Cit.*, pp. 164-165: «Sub Deo et Lege. Right. But sub Republica, too. The Court's allegiance is triple not dual».

¹⁵³⁴ Discurso ante el 63 Congreso de los Estados Unidos, 13 de agosto de 1914. Tal y como aparece en Warren, C., *Congress, The Constitution and the Supreme Court... Op. Cit.*, 1925, p. 245.

¹⁵³⁵ Portalis, J.-É.-M., *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Universidad Carlos III, 2014, p. 18.

¹⁵³⁶ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado II.1. «Entre la libertad y la necesidad».

esencia, había alcanzado al momento preindustrial¹⁵³⁷, provino de Alemania. Como contraposición al individualismo y su manifestación jurídica en la preferencia del contrato, diversos juristas, con Gierke a la cabeza, rehabilitaron la comunidad como fuente viva del Derecho, «la fuente última de todo derecho es siempre la conciencia común¹⁵³⁸, la comunidad laboral (*Arbeitsgemeinschaft*) con un destino común (*Schicksalsgemeinschaft*)»¹⁵³⁹. Por lo que puede parecer, de entrada, que el comunitarismo presenta una bondad frente al mercantilismo al inhibir la cosificación que trae consigo el contrato¹⁵⁴⁰.

A este respecto, Sinzheimer hablaba de una progresión del Derecho del Trabajo, que «jerárquico primero, contractual y colectivo después, entra finalmente en una tercera fase», convertido en un derecho de comunidad¹⁵⁴¹. Se trata de una concepción que hace recaer el peso de la relación laboral no en la forma o manifestación jurídica elegida —el contrato—, sino en la propia relación entre personas. Asimismo, como se encargó de señalar S. Weil, la idea de comunidad desplaza el salario como única causa jurídica del trabajo asalariado y al dinero como razón del trabajo para situar, como primer motivo del trabajador, la adhesión voluntaria a la realización de una obra colectiva¹⁵⁴². Precisaba Supiot, a este respecto, con mucho acierto, que la comunidad no excluye la subordinación,

¹⁵³⁷ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado II.2. «La economía modelizadora».

¹⁵³⁸ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 33-34:

En su versión más radical, esta concepción conduce a repudiar la referencia al contrato en el análisis jurídico de la relación de trabajo. Esta última se concibe entonces como una relación comunitaria, que nace por el solo hecho de la integración del trabajador en la comunidad de trabajo. La pertenencia de hecho (Tatbestand) a la empresa es la verdadera fuente de la relación jurídica de trabajo, la que confiere al trabajador el estatuto de miembro de la comunidad. El trabajador asalariado se halla, pues, en una posición estatutaria, y no contractual. Dicho estatuto confiere un conjunto de derechos y de obligaciones, cuyo alcance depende de la función que ocupa el trabajador en el seno de la comunidad. No todos los juristas alemanes han defendido una versión tan radical de la concepción institucional y comunitaria, como la que sostenía, por ejemplo, Nikisch. Pero dicha visión ha dominado el pensamiento alemán, en la medida en que los debates sobre la relación de trabajo han girado en torno a ella, al plantearse la cuestión de saber cómo, y hasta qué punto, volver a introducir el contrato en el juego de este análisis de la relación de trabajo.

¹⁵³⁹ Gil Alburquerque, R., *El Derecho del trabajo democrático...Ibid.*, p. 95.

¹⁵⁴⁰ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p. 34:

La cultura jurídica germanista concibe, pues, la relación laboral como una situación de pertenencia personal a una comunidad, y sitúa así esta relación en la órbita del estatuto de las personas. Por oposición al análisis contractual, que privilegia la relación de los hombres con las cosas para hacer posible el intercambio de un trabajo así objetivado por salario, la cultura germanista restituye a la relación entre las personas el puesto primero que le correspondía en el análisis jurídico preindustrial de la relación de trabajo.

¹⁵⁴¹ Sinzheimer, H., *Le problème des sources du Droit Positif*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 74.

¹⁵⁴² Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011, p. 6.

sino que puede significar inscribirse libremente en un orden, cuya necesidad se reconoce y acepta¹⁵⁴³.

No obviamos, desde luego, la retorcida aplicación de estas teorías en el nacionalsocialismo alemán, vinculadas a una concepción política donde la individualidad, y consecuentemente el hecho diferencial, resulta anulado (incluso físicamente) y sometido. Ahora bien, se plantea en este trabajo, siguiendo a S. Weil, la posibilidad de una subordinación «verdaderamente libre y no humillante»¹⁵⁴⁴, lo que excluye de lleno la anterior aberración. Así, la subordinación contemplada requiere poder referirse a la realización de una obra común, que al mismo tiempo la justifique y limite. De manera tal que no sea concebida como una relación dual, de tipo dominante/dominado, precisamente porque la realización de esta obra se impone tanto a los jefes como a los subordinados. Debiendo, al mismo tiempo, ser un proyecto verdaderamente humano¹⁵⁴⁵.

Adviértase que interesa la comunidad, no como fuente de Derecho, sino como base de un modelo alternativo de relaciones laborales. Así las cosas, no existiría oposición alguna entre comunidad y contrato, por el contrario, se trataría de elementos complementarios y sucesivos, materia y forma. En este orden de cosas, el contrato sucede y regula una relación laboral preexistente o simultánea (nunca posterior); es el elemento formal que eleva la relación de hecho a forma jurídica (Savigny). No obstante, la relación laboral podrá existir cualquiera que sea la forma, y calificación, que las partes le hayan otorgado, siempre y cuando se den sus requisitos sustantivos. En todo caso, resulta indudable que el contrato de trabajo es el origen más frecuente de la relación laboral, pero no el único¹⁵⁴⁶. De manera que la relación laboral albergará vínculos de tipo jurídico y ético, generando, al mismo tiempo, un nexo patrimonial y personal¹⁵⁴⁷.

Cabe colegir, entonces, que las relaciones laborales terminarán conformando una comunidad de trabajo similar a la comunidad política de Habermas, construida sobre la

¹⁵⁴³ Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), *Ibid.*, p. 7.

¹⁵⁴⁴ Según aparece en Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), *Ibid.*, p. 7.

¹⁵⁴⁵ Según aparece en Supiot, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), *Ibid.*, p. 7.

¹⁵⁴⁶ No se comparte, a este respecto, la posición de Suárez González (en *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*. Cuadernos de Política Social, N° 48, 1960) y Montalvo Correa (en *Fundamentos de Derecho del Trabajo... Op. Cit.*).

¹⁵⁴⁷ A este respecto, véase Pérez Botija, E., *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, Instituto Editorial Reus, 1942.

existencia de una «conciencia de pertenencia colectiva»¹⁵⁴⁸. Comunidad caracterizada, en esencia, como un «plexo de vida ético» que permite integrar a través de la solidaridad:

Constituye el medio en el que los miembros de comunidades solidarias de carácter cuasi-natural se tornan conscientes de su recíproca dependencia, y prosiguen y configuran con voluntad y conciencia, transformándolas en una asociación de ciudadanos libres e iguales, esas relaciones de reconocimiento recíproco con que se encuentran. Con ello la arquitectónica liberal del Estado y sociedad sufre un importante cambio: junto con la instancia de regulación jerárquica que representa la jurisdicción del Estado y la instancia de regulación descentralizada que representa el mercado, es decir, junto al poder administrativo y al interés privado, aparece la solidaridad como una tercera fuente de integración social¹⁵⁴⁹.

Así pues, de la misma manera que se acepta una comunidad política como marco regulador del poder político, se debe admitir la existencia de un poder económico e industrial que debe necesariamente ser regulado, en el seno de una comunidad laboral o de trabajo. En este sentido, la «comunidad laboral» sería un reflejo particular, y concreto, de la «comunidad política» más amplia. Y, siendo los procesos de democracia y reconocimiento de derechos los que permiten mejorar los mecanismos de solidaridad e integración en la comunidad política¹⁵⁵⁰, se propone, en definitiva, trasladarlos a la «comunidad laboral»/empresa. Concretamente, lograr que la sociedad política y la sociedad civil recorran unos mismos pasos, a través del traslado y la exigencia de cumplimiento de las reglas democráticas en la empresa, incluida la idea de libertad que debe ser bidireccional y alcanzar también a los trabajadores. En cualquier otro supuesto, se estaría amparando que el simple derecho de propiedad, o la estructura resultante en organizaciones atomizadas, se constituyesen como un derecho/poder ilimitado, excluido del control democrático. Por lo que todo gira en torno a democratizar la empresa, partiendo del concepto de comunidad. Una tarea urgente a la vista de las características de la empresa moderna, «cerrada a toda forma de democracia y a todo espacio de libertad»¹⁵⁵¹. A fin de cuentas, la diplomacia económica tiene comúnmente lugar por encima de quienes se ven más afectados por ella¹⁵⁵².

Debiéndose tener bien presente que esta práctica sigue, desgraciadamente, muy vigente hoy en día, con unos trabajadores excluidos, ya no solo de cualquier toma de decisión, sino alejados también del conocimiento real de su propia empresa. Basta con

¹⁵⁴⁸ Habermas, J., *Postnational Constellation... Op. Cit.*, p. 18.

¹⁵⁴⁹ Habermas, J., *Tres modelos de democracia... Op. Cit.*, p. 2.

¹⁵⁵⁰ Habermas, J., *Postnational Constellation... Op. Cit.*, p. 15.

¹⁵⁵¹ Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público, ... Op. Cit.*, p. 81.

¹⁵⁵² Tawney, R. H., *Equality...Op. Cit.*, pp. 181-192: «[...] the diplomacy of business, like that of governments before 1914, is still commonly conducted over the heads of those most affected by it».

solo observar cómo, de entre los derechos laborales fundamentales, el de información y consulta de los trabajadores (art. 27 de la Carta) resulta probablemente uno de los menos aplicados, cuando es, en realidad, uno de los más necesarios. De hecho, el reconocimiento, y aplicación práctica, de estos derechos permite avanzar de un escenario de confrontación hacia un contexto participativo, a través de un proceso de integración de intereses. En particular, desde un punto de vista estrictamente legislativo, se debería garantizar un equilibrio real entre las facultades empresariales orientadas a garantizar el «principio de rendimiento» y aquellos derechos laborales enmarcados dentro del «principio de protección»¹⁵⁵³. A mayor abundamiento, cerrando el círculo, la efectiva implementación de estos derechos fundamentales permitirá reconstruir la dialéctica entre sociedad política y sociedad civil¹⁵⁵⁴, a través de los referidos mecanismos de solidaridad e integración, construyendo un modelo de empresa participada¹⁵⁵⁵.

En otro orden de cosas, repárese además en que la idea de comunidad de trabajo permite entender, de forma más sencilla, el concepto de libertad colectiva que late tras las normas sociales, lo que hubiera podido conciliar el conflicto entre autonomía y heteronomía o, al menos, haber acercado posturas bajo una modalidad de libertad distinta a la estrictamente individual. Así lo entendió el Juez Jackson, según un *obiter dicta* contenido en su voto particular al caso Hunt¹⁵⁵⁶, cuando vinculó los derechos sociales, no como una cuestión individual del trabajador, sino como «un problema que toda comunidad organizada debe resolver, si quiere sobrevivir»¹⁵⁵⁷. En estos casos, la ley laboral constituye el medio técnico que permite crear un espacio de libertad colectiva, objetivo último de la norma. Por lo que cabe entender que, cuando el Estatuto de los Trabajadores regula el Convenio Colectivo Estatutario, los requisitos de contratación individual, las modificaciones durante el desarrollo de la relación laboral e incluso la ruptura de esta..., no limita la libertad individual, sino que la delimita. De modo que se genera un terreno donde puede operar la libertad, una comunidad propiamente, al aportarle un sentido de pertenencia a ese espacio de convivencia colectiva.

Pues bien, los confines de ese espacio deben establecerse a través de la norma laboral, se corresponden con los límites ontológicos que cualquier comunidad posee. Esos

¹⁵⁵³ Monereo Pérez, J. L., *Los despidos ... Op. Cit.*, p. 21.

¹⁵⁵⁴ Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público*, Editorial Comares, 2017, p. 82.

¹⁵⁵⁵ Monereo Pérez, J. L., *Los despidos ... Op. Cit.*, p. 22.

¹⁵⁵⁶ Hunt v. Crumboch, 325 U.S. 821 (1945).

¹⁵⁵⁷ En traducción de Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos... *Op. Cit.*, p. 110.

límites constituyen, sin duda, una libertad negativa (intervención legislativa e interferencia en la autonomía de la voluntad), pero, al mismo tiempo, resulta también la fuente y garantía, precisamente, de las libertades individuales positivas, como son poder decidir y responsabilizarse de ello, y en el ámbito social, poder dar forma, y confeccionar, libremente, la relación laboral. Prueba de lo cual viene a ser que el contrato no ha desaparecido como instrumento jurídico a la hora de regular la relación laboral. Al contrario, se ha integrado en dicha comunidad, bajo la naturaleza de un contrato de trabajo, confirmando que «cuando esta empresa se convierte en una fuente de identificación y de espacio social, se crea también un espacio de contractualización»¹⁵⁵⁸. Así, el contrato de trabajo despliega efectos dentro de esos límites legales que sostienen la idea de un conjunto social que da cabida a cada relación laboral singular, conformándose lo que se podría calificar como un «singular colectivo»¹⁵⁵⁹. Por todo ello, pensamos que esa comunidad social (distinta a la empresa, como lo abstracto lo es a lo concreto) es una idea compartida que no debe abandonarse, al descansar sobre la misma el equilibrio en la relación laboral.

En definitiva, se debe repensar la empresa desde una perspectiva integradora, que confronte los intereses opuestos, en «una especie de *Aufhebung* hegeliana»¹⁵⁶⁰, para finalmente conciliarlos en un espacio común, y compartido, de comunidad.

4. PODER, COERCIÓN Y REEQUILIBRIO

*El problema del desarrollo histórico está directamente ligado al «poder» que algunos hombres ejercen sobre otros*¹⁵⁶¹.

Isaiah Berlin

Incluso el más acérrimo defensor de la libertad individual reconocerá que existe una situación peor a la coerción del Derecho, la coerción sin Derecho. Una situación que, en sus consecuencias prácticas, se asemeja a la del estado totalitario, donde el Derecho,

¹⁵⁵⁸ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., «La huida Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, 1992, 12, p. 2.

¹⁵⁵⁹ Koselleck, R., *Futuro Pasado... Op. Cit.*, p. 75.

¹⁵⁶⁰ Marzal, A., «Prólogo», en *Empresa y Derecho Social ... Op. Cit.*, p. 12.

¹⁵⁶¹ Berlin, I., *El erizo y la zorra... Op. Cit.*, p. 66.

desnudado de sus fines, sirve de medio al propósito de la coerción. En ambos casos, la creación del Derecho se traslada a un estado que, por omisión, en el primer supuesto, y por una acción totalizadora y uniformizadora en el segundo, aniquilará todo «impulso creativo», siempre proveniente de «la vida espontánea de las fuerzas colectivas». Concluía al respecto Sinzheimer con un triste corolario, «el sacrificio del porvenir en beneficio de la dominación actual»¹⁵⁶².

La coerción sin Derecho traslada a un escenario de estado de naturaleza, respecto del cual, Felix Cohen, brillantemente, apuntó que la noción hobbesiana no describe una concepción espacial y temporal concreta, un momento en la historia¹⁵⁶³. Se trata, por el contrario, de una noción abstracta, que puede producirse si se dan unas determinadas circunstancias. Siendo, efectivamente, la posibilidad de ejercer un poder relativo de unos individuos sobre otros, lo que genera ese estado de naturaleza, con la consecuencia evidente de falta de libertad real para los individuos sometidos. En virtud de lo cual, sostenía Isaiah Berlin que «coaccionar a un hombre es privarle de la libertad» para acabar preguntándose: «¿qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla?»¹⁵⁶⁴. Pudiéndose concluir entonces que no se trataría más que de una mera entelequia.

En dichos supuestos, aparece un ámbito de poder no regulado, donde la libertad individual se manifiesta siempre de forma condicionada. Además, se debe reconocer que el poder no se presenta bajo una única manifestación política, sino que es poliforme. Alcanza, por igual, los ámbitos económicos y los industriales, precisando, a estos efectos, R.H. Tawney que el poder sobre la comunidad es poder público, y no deja de serlo simplemente porque personas privadas estén autorizadas para comprar y vender, adueñarse o disponer, según entiendan más beneficioso¹⁵⁶⁵. Más aún, en este campo, la apuesta absoluta por lo privado, a través de un sacrosanto derecho de propiedad, resulta signo indiscutible de una crisis del espacio público, que es el soporte natural de las conquistas democráticas, tal y como la historia ha demostrado¹⁵⁶⁶.

En el ámbito laboral, el ejemplo resulta recurrente: cuando una entidad organizada dispone de un capital y medios de producción suficientes, alcanza un poder indudable a

¹⁵⁶² Sinzheimer, H., *Le problème des sources...* *Op. Cit.*, p. 77.

¹⁵⁶³ Cohen, F. S., *Transcendental nonsense...* *Op. Cit.*, pp. 836-837.

¹⁵⁶⁴ Berlin, I., «*Dos conceptos de libertad*», en... *Op. Cit.*, p. 194.

¹⁵⁶⁵ Tawney, R. H., *Equality...* *Op. Cit.*, pp. 181-192: «Power over the public is public power. It does not cease to be public merely because private persons are permitted to buy and sell, own and bequeath it, as they deem most profitable».

¹⁵⁶⁶ Le Goff, J., «L'offensive libérale contre le monde du travail», en *Le Monde Diplomatique*, Avril 1988, p. 17.

la hora de regir la incorporación de una persona a la misma, y determinar sus futuras condiciones de trabajo (coerción). Además, y salvo en casos excepcionales, el desequilibrio existente entre la oferta y la demanda, para una gran mayoría de puestos de trabajo, agrava la posición de ventaja en la relación empresario-trabajador, en favor de los primeros.

Esta situación de poder, y subordinación, que, Simone Weil ya había intuido, tras un amplio trabajo en fábricas, no es ya consecuencia del régimen de propiedad, sino de la estructura empresarial¹⁵⁶⁷. Lo que recuerda, enormemente, la crítica trostkysta de las estructuras de poder sin propiedad (privada), y las sombras del axioma «el Estado soy yo»¹⁵⁶⁸, que solo cobra efectiva realidad en boca del poderoso. Esta manera de pensar se ha trasladado a la empresa, como estructura de poder generadora de nuevas relaciones sociales¹⁵⁶⁹, superando las relaciones contractuales clásicas de propiedad, y consagrando la renovada, e igualmente falsa y sesgada, idea de «la empresa soy yo».

Además, se trata de un fenómeno que atañe por igual a los sistemas comunistas y capitalistas, convertidos en economías de mercado¹⁵⁷⁰. A este respecto, la separación del poder económico de la propiedad ha resultado en la creación de auténticos "imperios" empresariales, con lo que forzosamente decae el mito americano de la iniciativa individual y, tanto propietarios como trabajadores, se diluyen en estas nuevas estructuras¹⁵⁷¹. La constatada pérdida de individualidad, y de libertad personal, debería cuestionar toda decisión jurídica que ampare la libertad empresarial sobre estos principios.

Ese poder interno, desarrollado en la relación empresario-trabajador, presenta también un carácter externo, desde el momento en el que los empresarios se agrupan en asociaciones, y actúan con unidad de decisión y representación. Surge entonces un poder económico real, pero difuso, que incidirá indudablemente en la legislación laboral¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁷ Según aparece en Treviño Pascual, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público*, .Op. Cit., p. 86.

¹⁵⁶⁸ Trotsky, L., *La revolución traicionada. ¿Qué es y adónde va la URSS?*, Fundación Federico Engels, 2001, pp. 178-181.

¹⁵⁶⁹ Marzal, A., *Empresa y democracia económica...* Op. Cit. p. 47.

¹⁵⁷⁰ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado IV.6. «Una jurisprudencia desproporcionada».

¹⁵⁷¹ Berle, A.A., Means, G. C., *The modern corporation and private property*, The MacMillan Company, 1933, pp. 124-125.

¹⁵⁷² Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. 304: «[...] the employers have had the power and have been the law-makers».

A la vista de lo referido, se debe asumir que, en el mundo del trabajo, la coerción se manifestará siempre. Expresa o tácita, en grado mínimo o de forma violenta, dependerá de la voluntad o elegancia de la parte fuerte. Aun en el supuesto hipotético de que la empresa no quisiera hacer valer esa ventaja competitiva, la coerción también aparecería, al ser un condicionante insalvable en la propia negociación. Y es que, al fin y al cabo, las personas necesitadas no son libres¹⁵⁷³.

Más aún, repárese en que ni el Tribunal Supremo entonces, ni el TJUE ahora, han sabido (o querido) reconocer ese carácter del Derecho Social que hubiera podido reconciliarlo con la abstracta libertad alegada: un sistema de reequilibrio, de contra poder. Cuando, además, la libertad no puede disfrutarse a expensas de terceros, a costa de la alienación de otros individuos, recordando Berlin que «si mi libertad, o la de mi clase o nación, depende de la miseria de un gran número de otros seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inmoral»¹⁵⁷⁴.

Cualquier otra configuración del Derecho del Trabajo supondría no reconocer la libertad como valor jurídico, sino la libertad del capital, decantando la balanza en la relación laboral hacia la empresa:

La propiedad del capital, así (concebida) excesiva e independiente, adquiere atributos análogos a los de la propiedad de la tierra en la sociedad feudal. Lleva consigo, si no de derecho, sí de hecho, la disposición de una autoridad cuasi-gubernamental. Sus propietarios poseen, lo que en «la edad oscura» se hubiese llamado jurisdicción privada, y la relación con sus dependientes, aunque contractual en su forma, se parece más a la del soberano y súbdito que a una unión comercial entre partes en igualdad¹⁵⁷⁵.

Según se expresaba, de manera muy acertada e incisiva, la *Rerum Novarum*¹⁵⁷⁶, el desequilibrio de poder es la base de la cuestión social, y de ese suelo deriva la necesidad de darnos –en cuanto sociedad– un Derecho del Trabajo que actúe a modo de contrapeso:

Añádase a esto que no solo la contratación del trabajo, sino también las relaciones comerciales de toda índole, se hallan sometidas al poder de unos pocos, hasta el punto de que

¹⁵⁷³ En expresión de un canciller decimonónico, recordada por Roscoe Pound en Pound, R., *Interpretations of Legal History...* Op. Cit., p. 64.

¹⁵⁷⁴ Berlin, I., *Dos conceptos de libertad* en *Cuatro ensayos...* Op. Cit., pp. 187-244.

¹⁵⁷⁵ Tawney, R. H., *Equality...* Op. Cit., pp. 181-192:

Property in capital, thus inflated and emancipated, acquires attributes analogous to those of property in land in a feudal society. It carries with it the disposal, in fact, if not in law, of an authority which is quasi-governmental. Its owners possess what would have been called in the ages of darkness a private jurisdiction, and their relations to their dependents, though contractual in form, resemble rather those of ruler and subject than of equal parties to a commercial venture. The liberty which they defend against the encroachments of trade unionism and the State is most properly to be regarded, not as freedom, but as a franchise.

¹⁵⁷⁶ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado II.4.1 «Una cuestión social».

un número sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios¹⁵⁷⁷.

Además, la referida encíclica añadía admirablemente, en su apartado 32, como difícilmente se puede abrazar la libre voluntad de las partes construida sobre una desigualdad:

Si el obrero, obligado por la necesidad o acosado por el miedo de un mal mayor, acepta aun no queriéndola una condición más dura, porque la imponen el patrono o el empresario, esto es ciertamente soportar una violencia, contra la cual reclama la justicia¹⁵⁷⁸.

Así las cosas, cabe concluir que el desequilibrio de poder, unido a la mercantilización del trabajo, genera una violencia –no física, sino jurídica– en la parte débil del contrato, reduciendo al trabajador al estado de «cosa indefensa»¹⁵⁷⁹. A este respecto, recordaba R. H. Tawney los peligros que engendra la libertad irrestricta del fuerte con un ejemplo sencillo pero muy gráfico: en un estanque, lago, o aquello que se quiere imaginar, «la libertad del lucio es la muerte del pez pequeño»¹⁵⁸⁰. Esta representación se entiende fácilmente en el mundo laboral, y especialmente a la hora de firmar el contrato de trabajo.

Precisamente, la era *Lochner* resulta representativa de esa coerción sin el contrapeso del Derecho. Un fenómeno muy criticado por la doctrina americana, ya que, desde el momento que cualquier organización, o combinación de individuos, sea una corporación empresarial, sindicato, o cualquier otra entidad, obtiene una ventaja económica o legal de tal magnitud que pueda controlar, o de hecho gobernar, las vidas de otras personas, debe someterse al control del Gobierno¹⁵⁸¹. Es más, el Gobierno no puede tener rival en el terreno de la coerción, siendo este hecho indispensable para garantizar

¹⁵⁷⁷ León XIII, *Carta encíclica Rerum Novarum...* Op. Cit.

¹⁵⁷⁸ León XIII, *Carta encíclica Rerum Novarum...* Ibid.

¹⁵⁷⁹ Balibar, É., *Violence and Civility. On the limits of political philosophy*, Columbia University Press, 2016, p. 131.

¹⁵⁸⁰ Tawney, R. H., *Equality*, George Allen & Unwin Ltd., 1952, pp. 181-192:

If liberty means, therefore, that every individual shall be free, according to his opportunities, to indulge without limit his appetite for either, it is clearly incompatible, not only with economic and social, but with civil and political, equality, which also prevent the strong exploiting to the full the advantages of their strength, and, indeed, with any habit of life save that of the Cyclops. But freedom for the pike is death for the minnows. It is possible that equality is to be contrasted, not with liberty, but only with a particular interpretation of it.

¹⁵⁸¹ Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government...* Op. Cit., pp. 68-69:

I think the Fourteenth Amendment has been considerably abused... It is my basic view that whenever any organization or combination of individuals, whether in a corporation, a labor union or other body, obtains such economic or legal advantage that it can control or in effect govern the lives of other people, it is subject to the control of the Government, be it state or federal.

una efectiva libertad, que requiere que la coerción a los individuos no sea aplicada por otros individuos, sino por el Gobierno tras una justificación plena de la misma¹⁵⁸².

Con lo que el Derecho del Trabajo encuentra, aquí, su único y verdadero sentido: ser un instrumento de reequilibrio en las relaciones laborales. A sensu contrario, difícilmente podría consagrarse la libertad individual en un ámbito en el que la misma estuviese fuertemente coaccionada por un poder existente. Aparece entonces una función clásica de la norma, no como «confinamiento», sino como creadora de espacios de libertad; una ley que «nos preserva de pantanos y precipicios», para terminar concluyendo irremediabilmente que «donde no hay ley no hay libertad»¹⁵⁸³. Por lo que, en estos casos, no existiría conflicto alguno entre autonomía individual y heteronomía, sino que, precisamente, la norma serviría para garantizar la libertad individual dentro de ese nuevo espacio de convivencia creado, la comunidad social.

Retomamos, en este momento, las conclusiones del apartado anterior relativas a la comunidad social¹⁵⁸⁴, entendida como un nuevo espacio que permite un reequilibrio de la libertad, entre las partes de la relación laboral. La comunidad funciona través de un mecanismo consistente en una ficción previa: el reconocimiento de la figura del «trabajador», de su correspondiente estatus, que supone el necesario traspaso y concentración de libertad por parte del legislador a esa nueva categoría.

Como primer corolario, parece evidente, pero conviene igualmente ser recordado, que «el Derecho del trabajo no es un Derecho entre iguales» y que, por lo tanto, nunca existirá una libertad real, salvo que se reequilibre la relación laboral. Siendo así que el desequilibrio de las partes fue finalmente reconocido en el Derecho norteamericano por el National Labor Relation Act (Wagner Act) que pretendía «restaurar la igualdad en los poderes contractuales de trabajadores y empresarios»¹⁵⁸⁵. Una vez cuestionada la

¹⁵⁸² Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government... Ibid.*, pp. 68-69: *(...) the Government can suffer no rivals in the field of coercion. Liberty requires that coercion be applied to the individual not by others individuals but by the Government after full inquiry into the justification.*

¹⁵⁸³ Locke, J., *Second Treatise of Government*, The Project Gutenberg Ebook, 2010. *Don't think of the law as confining: it is wrong to label as 'confinement' something that hedges us in only from bogs and precipices! So, however much people may get this wrong, what law is for is not to abolish or restrain freedom but to preserve and enlarge it; for in all the states of created beings who are capable of laws, where there is no law there is no freedom. Liberty is freedom from restraint and violence by others; and this can't be had where there is no law.*

¹⁵⁸⁴ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado V.3. «Comunidad vs. Individualismo».

¹⁵⁸⁵ En traducción de Alonso Olea, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos. *Op. Cit.*, p. 110.

constitucionalidad de esta norma, el Tribunal Supremo acabó por aceptar su finalidad, en los ya referidos casos del Wagner Act (NLRB *v.* Jones¹⁵⁸⁶ y NLBR *v.* Friedman-Harry¹⁵⁸⁷), donde apareció, con nitidez, una concepción activa de la libertad que interesa retomar. En definitiva, la misma consistía en que no bastaba con evitar intromisiones, sino que, en determinados ámbitos, resultaba también necesario intervenir para salvaguardarla. «Reconociendo el peligro para la libertad en otras fuerzas (distintas al Gobierno) y la necesidad de protección del Gobierno frente a ellas», el Derecho americano superó entonces la era Lochner, resultando una doctrina de indudable interés en nuestra actualidad europea. A modo de conclusión, citaba Corwin la célebre frase de Burke, «la libertad, cuando el hombre actúa en cuerpos, es poder», para inferir que resultaba igualmente cierta para el capital y los trabajadores¹⁵⁸⁸.

De lo cual se deduce que imponer una libertad coaccionada conducirá siempre a reconocer una igualdad entre partes desiguales, injusta en esencia. Siendo un efecto contrario al modelo aristotélico de equidad, expresado en la regla de Lesbos, y respecto al cual, las sentencias del TS y del TJUE, resueltas por un juicio de proporcionalidad, no debieran permanecer ajenas. En concreto, nótese que el mecanismo del Derecho del Trabajo, auténtica regla de Lesbos contra la desigualdad de los contratantes, consiste en generar «gobierno» (regulación democrática). Se entiende por crear «gobierno», un proceso de negociación humano, basado en el mutuo consenso, pero ponderado por el poder relativo de los individuos o grupos en conflicto¹⁵⁸⁹. Este proceso aboca finalmente en una decisión consensuada y libre, en forma de ley o convenio colectivo, que pone fin al estado de naturaleza. De manera tal que se obtiene una regulación que actúe sobre los espacios de poder ilimitados, para evitar su conversión automática en espacios de coacción: «[...] cuando la verdadera causa de la opresión está en el mero hecho de la acumulación misma de poder, esté donde esté, ya que la libertad se pone en peligro por la mera existencia de la autoridad absoluta como tal»¹⁵⁹⁰.

Adviértase que este planteamiento tiene un fundamento filosófico evidente: la salida del estado de naturaleza y el Derecho como herramienta clave. Así pues, se debe

¹⁵⁸⁶ NLRB (National Labor Relations Board) *v.* Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937).

¹⁵⁸⁷ NLBR *v.* Friedman-Harry Marks Clothing Co., 301 U.S. 58 (1937).

¹⁵⁸⁸ Corwin, E. S., *Court over Constitution...Op. Cit.*, p. 125.

¹⁵⁸⁹ Cohen, F. S., *Transcendental nonsense and... Op. Cit.*, p. 837: «The process by which government is created and its commands formulated is a process of human bargaining, based upon mutual consent but weighted by the relative power of conflicting individuals or groups».

¹⁵⁹⁰ Berlin, I., «Dos conceptos de libertad»... *Op. Cit.*, p. 234.

recuperar la verdadera esencia de ese estado como una situación extraterritorial, atemporal y proteica. Siendo que una de sus múltiples caras aparece nítidamente con la desregulación laboral y afectará, no solo a la contratación inicial, sino también al propio desarrollo de la relación laboral, al concentrar un poder sin contrapeso en la empresa.

Por su parte, cabe también señalar que los pronunciamientos del TJUE nos acercan al «absolutismo industrial»¹⁵⁹¹, descrito por Brandeis, y que tan bien refiere los momentos anteriores a *Lochner* (desgraciadamente perpetuados por esta doctrina): «empresas que se describen como un negocio, pero, de hecho, son una tiranía»¹⁵⁹². Este modelo se sostiene, como ya se ha referido, sobre una racionalidad económica y una aparente libertad individual¹⁵⁹³. En realidad, el dominio colectivo del hombre, desde el momento en que descendemos a la escala del individuo, se transforma en una suerte de servidumbre moderna, y, en particular, en una coacción brutal y despiadada, en lo que concierne al trabajador¹⁵⁹⁴.

En esos casos, el sistema prima el pacto individual sobre cualquier regulación. Hasta el punto de que lo que esté expresamente aceptado por las partes regirá la relación y aquello sobre lo que no se hubiese pactado no podrá afectar a las partes. Tal y como hemos visto a lo largo del trabajo, *Lochner*, *Viking*, *Laval*, etc., resultan un fiel ejemplo de este esquema, en el cual el Tribunal da validez al pacto sobre la base de una libertad aparente y formal, el mutuo consenso, sin cuestionar si el mismo se presta bajo unas condiciones adecuadas. Sucediendo así que la voluntad se confunde con la libertad, o, dicho de otra manera, la consecuencia se transforma en causa. Y ello, en definitiva, porque la voluntad –materia–, el consentimiento –forma–, son la consecuencia de unas

¹⁵⁹¹ Véase, a este respecto, lo referido en el apartado IV.6. "Una jurisprudencia desproporcionada".

¹⁵⁹² Tawney, R. H., *Equality*, George Allen & Unwin Ltd., 1952, pp. 181-192:

In such conditions business may continue in its modesty, since its object is money, to describe itself as business; but, in fact, it is a tyranny. «The main objection to the large corporation», remarks Mr. Justice Brandeis, who, as a judge of the Supreme Court, should know the facts, «is that it makes possible—and in many cases makes inevitable—the exercise of industrial absolutism».

¹⁵⁹³ Véase, a este respecto, los apartados II.1 "Entre la libertad y la necesidad" y II.2 "La economía modelizadora".

¹⁵⁹⁴ Weil, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale...* Op. Cit., p. 151:

Enfin il semble que nous soyons parvenus à cette époque prédite par Descartes où les hommes emploieraient « la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres et de tous les autres corps » en même façon que les métiers des artisans, et se rendraient ainsi maîtres de la nature. Mais, par un renversement étrange, cette domination collective se transforme en asservissement dès que l'on descend à l'échelle de l'individu, et en un asservissement assez proche de celui que comporte la vie primitive. Les efforts du travailleur moderne lui sont imposés par une contrainte aussi brutale, aussi impitoyable.

condiciones de libertad. De modo que cuando se dan, el consentimiento manifiesta una voluntad plena, pudiéndose entonces hablar de una libertad real.

En caso contrario, el consentimiento sería una simple manifestación formal, sin una causa válida que lo amparase. En esencia, el pacto tendría forma, pero carecería de sustancia. En estas situaciones, se produciría una mera ilusión de libertad. En otras palabras, una libertad deshumanizadora. Repárese en que los efectos de esta situación se mostraron, con desoladora claridad, con la aplicación de la doctrina *Lochner*. A estos efectos, resulta relevante la descripción realizada por un escritor y político republicano del peso de Russell Davenport: «hemos proclamado principios de libertad individual pero la economía libertaria no ha trabajado para el bien de todos sino el de unos pocos [...], demasiada gente ha sufrido la degradación de un esclavismo económico»¹⁵⁹⁵. Y es que esos «principios de libertad individual» proclamados, realmente no fueron tales. Tal y como afirma Davenport, no se puede aceptar una libertad que esclaviza. Concluimos, así, señalando la ruptura entre las declaraciones del Tribunal Supremo americano –tendientes a reforzar la libertad individual– y los efectos de estas –desprotección sistemática a un colectivo–. El individualismo, o al menos la versión adulterada del mismo aplicada por el TS, se demostró un fracaso, y se corre el riesgo de concluir lo mismo sobre las teorías defendidas por el TJUE.

5. JURISPRUDENCIA MECÁNICA

Se trata de una acertada expresión de Pound, quien calificaba la «jurisprudencia mecánica» como científica, en el peor sentido de la palabra, al exhibir un esquema rígido de deducciones desde conceptos apriorísticos¹⁵⁹⁶. El nadir de esta técnica, continuaba explicando, se alcanza cuando esos conceptos no se utilizan como premisas sobre las que razonar, sino como últimas soluciones¹⁵⁹⁷. En definitiva, cuando una técnica de resolución de conflictos se aplica de manera automática, con independencia del fondo del litigio y

¹⁵⁹⁵ Davenport, R., *This would be victory*, Fortune, 1941, p. 45. Tal y como aparece en Frank, J., *If men were angels...* Op. Cit., pp. 16-17.

¹⁵⁹⁶ Pound, R., «Mechanical Jurisprudence», en *Columbia Law Review*, Vol. 8 1908, p. 608: «I have referred to mechanical jurisprudence as scientific because those who administer it believe it such. But in truth it is not science at all. We no longer hold anything scientific merely because it exhibits a rigid scheme of deductions from a priori conceptions».

¹⁵⁹⁷ Pound, R., *Mechanical Jurisprudence*, ... *Ibid*, pp. 620-621: «The nadir of mechanical jurisprudence is reached when conceptions are used, not as premises from which to reason, but as ultimate solutions».

excluyendo cualquier otro argumento apriorísticamente, entonces nos encontramos ante la «jurisprudencia mecánica».

Si bien, lo más preocupante de la «jurisprudencia mecánica» resulta, en palabras de Felix Cohen, que uno podría sospechar de aquel Tribunal que se esconde repetidamente tras una barrera de «sinsentido transcendental», ya que no ocurriría tal cosa si los criterios de sus decisiones fueran tales que pudieran ser presentados ante el público sin vergüenza alguna¹⁵⁹⁸.

Precisamente, la interpretación de la libertad de contratación propuesta durante la era Lochner responde a ese esquema, siendo inicio y fin del razonamiento. En particular, el mecanismo utilizado por el Tribunal Supremo, para incorporar la referida libertad individual al Derecho, consistió en la aplicación de un juicio de proporcionalidad. Una técnica que se representaba de una manera similar en otras ramas sociales, como «un imaginario canon científico que distingue entre hechos y valores muy nítidamente»¹⁵⁹⁹. Hoy en día, se puede encontrar una situación con preocupantes similitudes en Europa, observándose cómo el método de resolución de conflictos utilizado por el TJUE coincide con el empleado durante la era Lochner por el Tribunal Supremo americano. En concreto, el TS retomó un juicio de razonabilidad, aparentemente inocuo, en los dos casos históricos previamente comentados de *Muller v. Oregon* (1908) y *Adkins v. Children's Hospital* (1923)¹⁶⁰⁰, cuando realmente dicho juicio de razonabilidad escondía una discrecionalidad alarmante en manos del juzgador.

Ciertamente, en ambos casos, se cuestionaba una norma laboral intervencionista, con una misma finalidad protectora hacia las mujeres. Así, dos prestigiosos juristas, que más tarde devinieron magistrados del Tribunal Supremo (Brandeis y Frankfurter, respectivamente), defendieron la constitucionalidad de las normas, utilizando una misma técnica probatoria (innovadora en dicho tiempo): la presentación de informes de terceros, con autoridad suficiente, en distintos campos de especialización, que acreditaban la necesidad de las reformas laborales. Pues bien, mientras que las opiniones favorables de terceros sirvieron para mantener las horas máximas de trabajo femenino en el estado de

¹⁵⁹⁸ Cohen, F. S., *Transcendental nonsense and the functional approach...Op. Cit.*, p. 820: «And one may suspect that a court consistently hide behind a barrage of transcendental grounds of its decisions were such as could be presented to the public».

¹⁵⁹⁹ Berlin, I., *Historical Inevitability...Op. Cit.*, p. 62: «We are told that we should practise such austerities out of respect for some imaginary scientific canon which distinguishes between facts and values very sharply [...]».

¹⁶⁰⁰ Véase, a este respecto, el apartado III.4.1 "La expansión de lo privado".

Oregón (Muller), la ley laboral del distrito de Columbia, que fijaba un salario mínimo para las mujeres, fue anulada en el caso *Adkins*. En este último asunto, el Tribunal se limitó a constatar que también se podía recabar un elevado número de opiniones desfavorables¹⁶⁰¹, sin entrar a discutir los argumentos esgrimidos.

El TS, en el caso *Adkins*, regresaba a la justificación a través de la argumentación estrictamente jurídica, desdeñando las opiniones de expertos en la materia, proceso que situaba la decisión en la poco recomendable categoría de la «jurisprudencia mecánica» y en el centro de la crítica realista. A este respecto, F. Cohen señalaba que, «incluso en los reinos más modernos del desarrollo legal, uno encuentra el pensamiento de los tribunales y de los académicos yendo en círculos y epiciclos, sin parar a descansar en el suelo del hecho verificable», para concluir que «justificar o criticar las normas en términos puramente jurídicos es siempre un círculo vicioso»¹⁶⁰².

Repárese que, anteriormente, por su parte, Holmes ya había advertido sobre la «falacia de la lógica», es decir, el riesgo que un sistema predeterminado pueda funcionar como un ente matemático, sobre unos axiomas generales de conducta¹⁶⁰³. Habiendo, además, definido el Derecho como el resultado de un conflicto entre la lógica y el sentido común; la primera esforzándose por llevar la ficción hacia resultados consistentes, el otro refrenando y finalmente superando ese esfuerzo cuando los resultados devienen manifiestamente injustos¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰¹ *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923):

We have also been furnished with a large number of printed opinions approving the policy of the minimum wage, and our own reading has disclosed a large number to the contrary. These are all proper enough for the consideration of the lawmaking bodies, since their tendency is to establish the desirability or undesirability of the legislation; but they reflect no legitimate light upon the question of its validity, and that is what we are called upon to decide. The elucidation of that question cannot be aided by counting heads.

¹⁶⁰² Cohen, F. S., «Transcendental nonsense and the functional approach», en *Columbia Law Review*, n.º 6, 1935, p. 814:

To justify or criticize legal rules in purely legal terms is always in a vicious circle. (...) Even in the most modern realms of legal development one finds the thought of courts and of legal scholars trapezing around in cycles and epicycles without coming to rest on the floor of verifiable fact.

¹⁶⁰³ Holmes, O. W., *The path of the law* en Holmes, O. W., Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Higginbothams, 1974, p. 79:

The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct. This is the natural error of the schools, but it is not confined to them. I once heard a very eminent judge say that he never let a decision go until he was absolutely sure that it was right. So judicial dissent often is blamed, as if it meant simply that one side or the other were not doing their sums right, and if they would take more trouble, agreement inevitably would come.

¹⁶⁰⁴ Holmes, O. W., *Collected Legal Papers*, Peter Smith, 1952, p. 50.

Un pensamiento compartido por Pescatore¹⁶⁰⁵, a través de quien se ha podido filtrar al Derecho europeo. En esencia, a modo de resumen, la jurisprudencia mecánica se manifiesta cuando el Tribunal Supremo, en su momento, y el TJUE, ahora, acuden a la razonabilidad como técnica legal y fundamento de las sentencias; o, dicho de otra manera, cuando la forma íntegra totalmente el fondo de la decisión. Resultando la decisión, siempre, en estos casos, aparentemente lógica, con el empleo de un esquema meramente formal, «un proceso autónomo de deducción lógica pura, a partir de premisas inmutables»¹⁶⁰⁶. Con lo cual, de esta manera, partiendo de la inmutabilidad de una libertad cuasi absoluta, se aplica un juicio de proporcionalidad que termina por abocar en el reconocimiento práctico de un derecho sustantivo. En Estados Unidos se trató de la libertad de contratación¹⁶⁰⁷, en Europa de la libertad de establecimiento y prestación de servicios¹⁶⁰⁸.

Obsérvese, con todo ello, que, en realidad, tras esa lógica formal, el TS y el TJUE hacen recaer la decisión en un conjunto de valores. A saber, sus propios valores. Parece entonces claro que la validez del concepto de ley, interpretado por los tribunales, recae en un ámbito de valores, que no termina de coincidir con la realidad social¹⁶⁰⁹. De este modo, la transformación de la cláusula del proceso debido en un derecho sustantivo, incorporando a dicho concepto la libertad de contratación, supuso dar preferencia a los valores morales del TS, o de sus integrantes –para ser más precisos –, frente a los aprobados por el pueblo americano a través de sus representantes electos¹⁶¹⁰. Idéntica conclusión cabe extrapolar respecto a las decisiones analizadas del TJUE, en materia de libertad de establecimiento frente a los derechos sociales.

Por lo tanto, cabe sostener que la finalidad del razonamiento jurídico no es encontrar la solución exacta, es decir, la solución que esté en perfecta armonía lógica

¹⁶⁰⁵ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit*, ... *Op. Cit.*, pp. 350-351.

¹⁶⁰⁶ Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del...* *Op. Cit.*, p. 21:

La jurisprudencia mecánica, que domina la actuación de los tribunales norteamericanos durante el siglo XIX y comienzos del XX, se caracteriza por una concepción formalista del razonamiento judicial, según la cual este consiste en un proceso autónomo de deducción lógica pura a partir de premisas inmutables.

¹⁶⁰⁷ Véase, a este respecto, el apartado III.3.1 "¿Cuándo un proceso legal es debido?".

¹⁶⁰⁸ Véase, a este respecto, el apartado IV.6 "Una jurisprudencia desproporcionada".

¹⁶⁰⁹ Cohen, F. S., «Transcendental nonsense and the functional approach»... *Op. Cit.*, pp. 837-838: «It is clear, however, that the validity of this concept of law ("the perfection of the reason") lies in a realm of values, which is not identical with the realm of social actualities».

¹⁶¹⁰ Jackson, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government...* *Op. Cit.*, p. 70: «by including in the concept by interpretation all other constitutional provisions not literally incorporated in the Fourteenth Amendment, and, in the alternative, by incorporating into all of our ideas of decency, even to the point of making a constitutional issue of rulings upon evidence».

con el contenido de las premisas. Señalaba, a este respecto Pescatore, que el propósito del razonamiento jurídico es lograr un resultado útil, práctico, justo y equitativo¹⁶¹¹, marginando la lógica jurídica hasta el punto de aseverar, decididamente, que cuando la lógica condujese a la injusticia, la justicia podría resultar del sofisma¹⁶¹². En clara conexión, así, con los realistas americanos, ya referidos a lo largo del trabajo.

A mayor abundamiento, se puede sustentar que la actuación del TS comportó la traición a la propia esencia americana de la libertad, cuyo último custodio es el pueblo (*the people*), en una acepción histórica reconocida en la que el pueblo es autor y guardián último de la libertad constitucional¹⁶¹³. Produciéndose entonces la desgraciada paradoja de una libertad liberticida: el Tribunal consagra la libertad de contratación elevándola a credo inatacable, y desdeñando los otros valores que, libre y democráticamente, se habían querido situar por encima de esta.

Ocurre, además, que se confunde independencia y libertad, utilizando esta segunda en el sentido de la primera. De esta manera, el razonamiento del TS lleva, en última instancia, a negar la libertad más pura, su aspecto negativo: el consentimiento a renunciar a determinados espacios o dimensiones de esta. En suma, la capacidad para ceder ámbitos de libertad individual en pos de una libertad colectiva. *Unus homo, nullus homo*. Aquello que Montesquieu definió como la virtud más elevada de la democracia y,

¹⁶¹¹ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit... Op. Cit.*, p. 361:

Or, le but du raisonnement juridique consiste non pas à trouver la solution exacte, c.-à-d. la solution qui se trouve en parfaite harmonie logique avec la teneur des prémisses; le but du raisonnement juridique consiste à aboutir au résultat utile, pratique, juste, équitable.

¹⁶¹² Pescatore, P., *Introduction à la science du droit, ... Ibid.*, p. 361: «En ce sens on peut dire que, lorsque la logique conduirait à l'injustice, la justice peut résulter du sophisme».

¹⁶¹³ Madison, J., *National Gazette, February 6, 1792*. National Archives. *Online access*. Disponible en <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-14-02-0203>. Consultado: 3/11/2016:

In bestowing the eulogies due to the particular and internal checks of power, it ought not the less to be remembered that they are neither the sole nor the chief palladium of constitutional liberty. The people who are authors of this blessing must also be its guardians. Their eyes must be ever ready to mark, their voice to pronounce, and their arms to repel or repair, aggressions on the authority of their Constitutions.

Este razonamiento encuentra dos límites esenciales: el respeto a las minorías y a los derechos fundamentales. En ambos casos las facultades de intervención del Tribunal no deben someterse a restricción alguna (*judicial restraint*). En cualquier caso, resultan mecanismos de interpretación perfectamente compatibles y separados por la materia a enjuiciar. La regla general sería la auto-restricción (*selfrestraint*) mientras que se exceptonaría únicamente en los casos referidos. Si el juez identifica una vulneración de derechos fundamentales o una situación en el que los derechos de una minoría pueden ponerse, deberá actuar sin demora y con contundencia invalidando cualquier norma que ampare dichas actuaciones.

al mismo tiempo, la más dolorosa, resulta también consustancial a la libertad: la renuncia a uno mismo¹⁶¹⁴. Siendo, lamentablemente, este olvido igualmente imputable al TJUE.

Llegados a este punto, queremos incidir en el muy llamativo traslado del pragmatismo americano al Derecho europeo, hecho que ya hemos apuntado ante la existencia de un mismo nexo argumental en las decisiones *Marbury v. Madison*¹⁶¹⁵ y *Costa vs. Enel*¹⁶¹⁶, así como con la anunciada conexión conceptual entre Holmes y Pescatore, que se desarrollará a continuación, al proponer ambos una construcción teórica del Derecho desde su resultado: las decisiones judiciales¹⁶¹⁷.

Pues bien, el primero definió crudamente el Derecho, desde la perspectiva pragmática del «hombre malo», como «las profecías de lo que harán los Tribunales»:

Plantéense la pregunta fundamental, ¿qué es el Derecho? Encontrarán algunos autores que les dirán que es algo diferente de lo que deciden los Tribunales de Massachusetts o Inglaterra, que es un sistema de razón, que es una deducción desde principios éticos o axiomas aceptados, o no, que puede o no coincidir con las decisiones judiciales. Pero si tomamos el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo, encontraremos que a él no le importa nada los axiomas, ni las deducciones, sino que quiere saber qué es lo que resolverán en realidad los tribunales de Massachusetts o los tribunales ingleses. En general, comparto esta idea. Las profecías de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso, es lo que entiendo yo por Derecho¹⁶¹⁸.

Por su parte, Pescatore acuñó la noción de «control de la interpretación por su resultado práctico», concepto que retomaba la relevancia de las decisiones judiciales propugnado por Holmes:

Es esencial considerar y evaluar el resultado práctico al que debe encaminarse una concreta interpretación. Cuando el texto admite varias interpretaciones, se compara el resultado práctico de cada una de estas posibles interpretaciones; a menudo una u otra parecerá

¹⁶¹⁴ Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), Classiques Garnier, 2011. Livre XI, Chapitre VII, p. 41: «[...] la vertu politique est un renoncement à soi même, qui est toujours une chose très pénible».

¹⁶¹⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁶¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Asunto 6-64.

¹⁶¹⁷ Véase, a este respecto, el apartado IV.1 "El juez europeo y americano".

¹⁶¹⁸ Holmes, O. W., *The path of the law* en Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Higginbothams, 1974, p. 75:

Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.

insostenible, dado que conducirá a resultados indeseables, injustos, antisociales, antieconómicos... En el caso extremo, la apreciación de las consecuencias prácticas permite "reducir al absurdo" una interpretación determinada. Es un argumento casi infalible, siempre que sea correctamente establecido¹⁶¹⁹.

Así las cosas, cabe concluir que, para Holmes y Pescatore, lo que importa verdaderamente es el «valor social del resultado» en la decisión, por encima de las construcciones teóricas y de la lógica jurídica de la sentencia. Por lo que la aplicación práctica de las «valoraciones sociales» resulta la verdadera función de la lógica jurídica:

[...] cuando la norma jurídica que constituye la base del razonamiento es defectuosa, cuando resulte, por ejemplo, inapropiada, antieconómica o incluso injusta, un razonamiento perfectamente lógico solo servirá para amplificar el mal de la norma original. Los juicios finales en esta situación no serán juicios lógicos, sino juicios de valor. El sistema jurídico no es, en el fondo, un sistema de propuestas teóricas, sino un sistema de «valoraciones sociales»¹⁶²⁰.

Nótese, de este modo, que, si se confronta esta teoría con la interpretación del TJUE en los casos analizados, cabe colegir que la doctrina Viking no supera un control del resultado práctico. Y, precisamente, retomando este último caso, netamente se distingue como los efectos generados por la sentencia resultan injustos, al causar una desprotección a un colectivo particular, como los trabajadores. Igualmente, cabría considerar estos efectos antisociales, desde el momento en que la valoración del elemento colectivo en el Derecho queda completamente relegada. E incluso, también, contrariamente a lo que pudiera pensarse, antieconómicos, ya que el TJUE centra, y reduce, el foco del perjuicio económico a las empresas prestadoras de servicios que se ven sometidas a ciertas restricciones, olvidando que una gran parte del bienestar económico de los países radica en el normal desarrollo de las relaciones, y sistema,

¹⁶¹⁹ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit...* Op. Cit., pp. 350-351:

Il est essentiel d'envisager et d'évaluer le résultat pratique auquel doit aboutir une interprétation déterminée. Lorsque le texte admet plusieurs interprétations, on compare le résultat pratique de chacune de ces interprétations possibles; souvent l'une ou l'autre interprétation apparaîtra comme intenable, étant donné qu'elle aboutirait à des résultats indésirables, injustes, asociaux, anti-économiques... Dans le cas extrême, l'appréciation des conséquences pratiques permet de "réduire à l'absurde" une interprétation déterminée. C'est un argument presque infallible, à condition qu'il soit correctement établi.

¹⁶²⁰ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit, ... Ibid.*, p. 361:

Ce qui importe c'est la valeur sociale du résultat: lorsque la règle de droit qui forme la base du raisonnement est déficiente, lorsqu'elle est p.ex. inadaptée, antiéconomique ou même injuste, un raisonnement parfaitement logique ne servira qu'à amplifier le mal de la règle initiale. Les jugements définitifs, dans cette situation, ne seront pas des jugements logiques, mais bien des jugements de valeur. Le système juridique n'est pas, au fond, un système de propositions théoriques –mais un système de "valuations sociales". Appliquer au réel ces "valuations" de l'ordre juridique, voilà la vraie fonction de la logique juridique.)

bilaterales (empresas-trabajadores o patronal-sindicatos), así como en su equilibrio a través de la negociación colectiva.

Por lo tanto, del razonamiento expuesto hasta el momento, se infiere que la relación entre la lógica jurídica y el juicio de valores debe consistir en poner la primera al servicio del Derecho, convirtiéndose entonces ésta en un instrumento formal para encauzar el mencionado juicio. El corolario, que se comprueba tanto en *Lochner* como en *Viking/Laval*, es que una lógica jurídica perfecta puede conducir a una mala resolución, si se otorga preferencia al valor equivocado, creando entonces un resultado injusto, asocial, antieconómico... Sintetizado, todo ello, así, en el contundente axioma de *Pescatore*, que perfectamente habría suscrito *Holmes*, «la lógica solo juega el papel de servidora de la ley»¹⁶²¹.

¹⁶²¹ *Pescatore, P., Introduction à la science du droit, ... Ibid.*, p. 360: «La logique ne joue que le rôle d'une servante du droit».

VI. EPÍLOGO

Es hora de recapitular.

Llegados a este momento de la tesis, tras haber presentado una visión crítica de conjunto en el apartado anterior, válida a modo de resumen valorativo del trabajo, conviene concluir hacia adelante.

Para lo cual, en un primer momento, y sin pretender ofrecer respuesta alguna definitiva, lamentablemente lejos de las capacidades de quien escribe, retomaremos la cuestión abierta en el final del apartado anterior, relativa a los valores defendidos por el Tribunal, y su opción preferente por una visión mercantilista del Derecho. Tratándose además de una problemática común al TS americano de la era *Lochner*, y al actual TJUE, parece ser el *quid* oculto por los razonamientos judiciales, sustentados en una lógica formal estricta.

En último lugar, se dará por concluso el presente estudio a través de una compendiosa reflexión acerca del tiempo en el Derecho del Trabajo, mediante la cual se pretende aunar el método de análisis histórico utilizado y la materia abordada en la tesis; y con ello, en definitiva, integrar la forma con el fondo.

1. ELECCIÓN DE VALORES

Con respecto a los valores defendidos por el Tribunal, bien puede afirmarse que el activismo del TS no solo merecía crítica desde una perspectiva institucional, por la invasión y exceso competencial. En efecto, el reproche principal viene dado por la incapacidad de dar acomodo constitucional a un interés colectivo necesitado de protección. La falta de flexibilidad del Tribunal al encontrar, interpretar y aplicar las reglas que hubiesen permitido incorporar al ordenamiento el nuevo Derecho Laboral naciente. Algo que Roscoe Pound resumía, con una gran dosis de sentido común, recordando que lo que hubiese sido una privación de libertad, inaceptable 50 años atrás, puede convertirse hoy en una regulación razonable a la vista de las circunstancias actuales¹⁶²². Advirtiendo así la necesidad de realizar una interpretación constitucional de

¹⁶²² Pound, R., *Liberty of contract*, Yale Law Journal, Vol. 18, 1908-1909, p. 469.

la libertad individual actualizada, hecho que, en última instancia, hubiese llevado a reconocer una *Living Constitution*¹⁶²³.

Queda también patente la fría lógica del TS, ya analizada, rigorista, exenta de cualquier tipo de compromiso y aparentemente neutra que, en realidad, ocultaba una preferencia electiva, como bien supo sintetizar Corwin: «En resumen, vemos que el Tribunal afronta el problema de constitucionalidad de la legislación del New Deal y también apreciamos que se decanta por la perspectiva del *laissez-faire*»¹⁶²⁴.

De manera que se terminó por dotar, a una cláusula de garantías procesales como la Decimocuarta Enmienda de la Constitución americana, con un contenido material, de carácter económico, vinculado imperiosamente a la propiedad privada, consagrando así una vertiente, cerrada y excluyente, del derecho constitucional a la libertad individual. Con lo que la moralidad pivotaba entonces sobre la noción de individuo, desconsiderando los aspectos sociales y colectivos de ésta: «la ética moderna afirma su soberanía garantizando a los propietarios el mandamiento inquebrantable del *laissez faire*»¹⁶²⁵. A este respecto, años más tarde, Owen Fiss todavía señalaba reminiscencias de este fenómeno, a razón de las *structural injunctions*, explicando cómo el derecho a un proceso debido servía, de nuevo, como puerta de entrada a concepciones Kantianas de la libertad individual¹⁶²⁶.

Ya, por su parte, en la teoría jurídica europea, Pescatore recalcó que la interpretación siempre se filtra en la forma lógica del argumento, sea cual fuere este (subsunción, distinción, analogía, argumento *a pari*, *a fortiori*, a contrario, inducción, etc.)¹⁶²⁷. Tratándose, en realidad, de un juicio de valor que, repetido cada vez, se oculta bajo los distintos procesos de interpretación. De manera que, tal y como hemos referido, desde un punto de vista lógico, todos estos procesos resultan solo aproximaciones:

¹⁶²³ Ver a este respecto lo referido en el apartado III.5 «La fe del soldado».

¹⁶²⁴ Corwin, Edward S., *Court over Constitutio... Op. Cit.* pp. 122-123: «In shorts, we see that the Court confronted the problem of the constitutionality of the New Deal legislation... and we see also that it chose the “laissez-faire” point of view».

¹⁶²⁵ Cohen, Felix S., *The socialization of Morality... Op Cit.*, p. 340.

¹⁶²⁶ Fiss, O., *The Allure of Individualism... Op. Cit.*, pp. 978-979:

That kind of individualism springs from a conception of individual autonomy which does not allow sacrifices of that kind of the of some individuals to advance the rights (much less the welfare) of other individuals. It is Kantian in nature and gives to each individual total control over his or her rights, a certain kind of veto power. The structural injunction departs from that kind of individualism-it is, most emphatically, a collective instrument-but that does not doom it as a matter of due process.

¹⁶²⁷ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit, ... Op. Cit.*, p. 354.

El fundamento real de los diferentes procesos de interpretación y la verdadera razón que determina en el caso concreto la elección entre varias interpretaciones posibles no es un juicio lógico, sino un juicio de valor¹⁶²⁸.

Así, sentado lo anterior, la interpretación deberá orientarse en función del valor del resultado que se persiga, lo que en última instancia demuestra la necesidad e importancia del referido «control de la interpretación por su resultado práctico». Fundamentalmente porque los juristas tienden a olvidar las consecuencias del Derecho. En no pocas ocasiones, la abstracción ha servido de autoprotección, valorándose la corrección de un razonamiento, o la oportuna aplicación de un concepto, desde un punto de vista estrictamente formalista. En todos esos casos aparecen, de forma expresa, los márgenes (amplios) de interpretación, como facultad del juzgador. Todo esto se aprecia con claridad, en las malas sentencias: aquellas donde la coherencia se sostiene sobre una sucesión de silogismos formales (carentes de una premisa adecuada) o recae en la mera aplicación a los hechos de disposiciones de carácter general (sin mayor explicación o justificación de la relación causal).

Debiéndose así afrontar el peligro de la jurisprudencia mecánica, aquello que silencia y oculta¹⁶²⁹. Puesto que todo lenguaje va a representar finalmente la moral de una sociedad particular, la carga ética de las palabras, o conceptos, debe aflorar tanto durante el proceso, como finalmente en la sentencia. De cualquier otra manera desconoceríamos los motivos reales del fallo. Por lo que, difícilmente, podría aceptarse una decisión judicial construida, exclusivamente, sobre una lógica formal, si detrás de esa lógica quedase oculto un juicio de valor irrestricto:

[...] la forma y el método de la Lógica satisfacen esa ansia de incertidumbre y de reposo que alberga toda mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que ilusión y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso¹⁶³⁰.

¹⁶²⁸ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit, ... Ibid.*, p. 354.

¹⁶²⁹ En este sentido, ver Pound, R., *Mechanical Jurisprudence...* en traducción de Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del... Op. Cit.*, p. 22:

El peligro de esta concepción no radica tanto en la simplificada y desfigurada representación que ofrece del proceso judicial sino más bien en todo lo que silencia y oculta. Peligro de ocultación que se redobra por la ambición del modelo. En efecto, lo peor de la jurisprudencia mecánica era su auto proclamada pretensión de ser científica.

¹⁶³⁰ Traducción en Arjona Sebastià, C., *Los votos discrepantes del... Op. Cit.*, p. 23.

Ciertamente, la ética y la moral conforman el patrón de valores humanos sobre el que se construye el Derecho y deben formar parte de la discusión jurídica de la sentencia. Se trata, en suma, de que estos salgan a la luz sin ambages, que no se escondan tras juicios de proporcionalidad de difícil comprensión, y deficiente puesta en práctica. Retomando las resumidas palabras de Pound, nuestra ingeniería social resultará más efectiva cuanto más claramente reconozcamos qué hacemos y por qué¹⁶³¹. De ahí entonces, toda sentencia que evite las construcciones lingüísticas, o semánticas, sobre conceptos morales adopta también un enfoque moral particular¹⁶³², que simplemente permanece encubierto.

Ya en *The Common Law*, Holmes reparaba en que los jueces rara vez mencionaban sus consideraciones sobre política legislativa y, de hacerlo, siempre con una disculpa, cuando en realidad las mismas «son la raíz secreta de la que la ley extrae todos los jugos de la vida»¹⁶³³.

Por lo que resulta exigible un razonamiento judicial claro, en el que aparezcan expresamente los valores en cuestión, a fin de garantizar que la elección final no recaiga en la discrecionalidad de los jueces, consciente o inconsciente, y muchas veces escondida tras fórmulas o mecanismos de «estricta legalidad». Esta necesidad alcanza también al TJUE, y «de ahí que la doctrina científica exija que la comparación entre bienes jurídicos en seno el juicio de proporcionalidad “no se realice en términos abstractos y generales, sino a partir de una ponderación de carácter necesariamente concreto, es decir, a partir de

Holmes, O. W., *The path of the law* en Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Higginbothams, 1974, p. 80:

The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding.

¹⁶³¹ Pound, R., *Interpretations of Legal History*, Cambridge Studies in English Legal History, 1923, p. 157: «In other words, our social engineering will be the more effective the more clearly we recognize what we are doing and why».

¹⁶³² Berlin, I., *Historical Inevitability... Op. Cit.*, p. 63: «...but neither can they avoid the use of normal language with all its associations (p.164) and ‘built in’ moral categories. To seek to avoid this is to adopt another moral outlook, not none at all».

¹⁶³³ Holmes, O. W., *The Common Law*, John Harvard Library, 2009, p. 34:

The very considerations which judges most rarely mention and always with an apology, are the secret root from which the law draws all the juices of life, I mean, of course, considerations of what is expedient to the community concerned. Every important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less definitely understood views of public policy; most generally, to be sure, under our practice and traditions, the unconscious result of instinctive preferences and inarticulate convictions, but none the less, traceable to views of public policy in the last analysis.

las específicas circunstancias del caso, lo que impide extraer pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles"»¹⁶³⁴.

Siendo así que, a este respecto, la inclusión en la sentencia de una visión economicista y mercantilista del Derecho del Trabajo, muchas veces oculta bajo la aceptación de inofensivas prácticas cotidianas, supone la decantación del juez por los valores que esconden dichas doctrinas. Solo que en este supuesto estas corrientes de pensamiento no llevan aparejadas la consecución de un valor determinado¹⁶³⁵, sino una devaluación general de valores que alcanza indefectiblemente al trabajo. La economía centra su estudio en la producción y el intercambio, de modo que el pensamiento, tras esta visión, se limita a una exclusiva defensa de las libres relaciones entre sus miembros: «la incompatibilidad entre “ideas” tradicionales, que como unidades trascendentes se usaron para reconocer y medir pensamientos y acciones humanos, y la sociedad moderna, que había desintegrado todas esas normas en relaciones entre sus miembros, definidas como “valores” funcionales»¹⁶³⁶.

Esta percepción economicista no acepta el absoluto de los valores clásicos («justicia», «bien», «igualdad», «libertad», etc.), cuyo significado se relativiza y adapta a las necesidades del comercio en un primer momento histórico, del mercado en nuestros días. Considerando que, de otra manera, las libres relaciones de intercambio se podrían ver afectadas. Dichos conceptos ya no son propios y autónomos «sino que, como otros productos, solo existen en la relatividad cambiante de los nexos y el comercio sociales»¹⁶³⁷. En definitiva, este sistema convierte a los valores en productos sociales cambiantes.

Así las cosas, llegados a este extremo, ante el riesgo de una preferencia electiva velada, la primera salvaguarda debiera provenir del propio juez, empezando por la necesidad de reconocer la falibilidad del factor humano en la toma de decisiones. Pound, Frank, Cohen... entendieron la diferencia entre el deber ser –la imparcialidad–, y el ser

¹⁶³⁴ Llobera Vila, M., «El “efecto sustitución” del legislador laboral y de la autonomía colectiva en la aplicación del juicio de proporcionalidad por parte del TJUE», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2016, 6 (2), p. 54. Con cita de GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano (Navarra), Aranzadi., p. 40 y ss.

¹⁶³⁵ Se ha demostrado que la libertad no alcanzó en este sistema una verdadera libertad de trabajo, quedando limitada a una libertad para producir. Véase a este respecto el apartado III.2 «La libertad y el Derecho del Trabajo».

¹⁶³⁶ Arendt, H., *La tradición y la época moderna... Op. Cit.*, p. 55.

¹⁶³⁷ Arendt, H., *La tradición y la época moderna en...Op. Cit.*, p. 55.

–la imperfección humana–. Siendo el primero un ideal al que todo juez debe aproximarse, un faro para guiar las resoluciones. Empero, precisamente como ideal, resulta de incompleta realización: «En asuntos humanos, la completa separación del elemento emocional no puede conseguirse»¹⁶³⁸. Así lo señaló también Pescatore, recuperando para el Derecho europeo el pensamiento pragmático americano y proponiendo a modo de solución, como método interpretativo, la *prudence juridique*, aproximación europea a la *judicial restraint* americana:

Por lo tanto, mucho dependerá de los conceptos morales, sociales y económicos del juez. Así, la interpretación requiere, además de inteligencia, una gran honestidad intelectual y moral, de lo contrario aboca a un abuso de los métodos de interpretación. Bajo la denominación *prudence juridique* (prudencia jurídica) se reúnen las cualidades intelectuales y morales del intérprete del Derecho. De hecho, los métodos interpretación son solo formas vacías que pueden ser utilizadas para la construcción o la destrucción, para la justicia o la injusticia Su uso está impulsado en última instancia por consideraciones que van más allá del Derecho¹⁶³⁹.

Superar, en la medida de lo posible, estos prejuicios, exige al juez reconocerse, recuperar la inscripción del pronaos del templo de Apolo «conócete a ti mismo». No se trata de recrearse en la falibilidad humana, sino asumirla valientemente. La solución no pasa, ni mucho menos, por reducir la justicia a un mecanismo automático de subsunción legal, a una fría aplicación de técnicas. Por el contrario, al aflorar el factor humano se evita que la discrecionalidad se esconda, de forma deshonesta, tras una lógica desapasionada o bajo reglas legales «indudables»¹⁶⁴⁰. De ahí que el juez deba ser consciente de sus filias y fobias, de sus debilidades, para –armado de ese conocimiento– discernir si el valor defendido en la sentencia tiene una legitimidad y origen mayor que el de uno mismo. O en palabras de Cohen: «Una vez reconozcamos las distorsiones personales que nos afectan, [...] una vez reconozcamos los puntos ciegos que todos tenemos cuando aparecen cosas emocionalmente cercanas, habremos dado un primer paso hacia un entendimiento mutuo sobre cuestiones morales»¹⁶⁴¹. En definitiva, solo el juez será capaz de anular sus propios prejuicios.

Este ejercicio permitiría obtener una imperfecta imparcialidad, para aproximarse, lo más humanamente posible, al ideal buscado. Cualquier otra opción conduciría a la

¹⁶³⁸ Pound, R., «Justice according to law», en *Columbia Law Review*, 1913, Vol. 13, n.º 8, p. 696-713.

¹⁶³⁹ Pescatore, P., *Introduction à la science du droit*, ... *Op. Cit.*, p. 354.

¹⁶⁴⁰ Frank, J., *If men were angels...* *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁶⁴¹ Cohen, F. S., «Judicial Ethics», en *The Legal Conscience...* *Op. Cit.*, p. 169.

apoteosis de unos jueces que, finalmente, se acabarán desvelando humanos, recordando Frank¹⁶⁴², en este sentido, las nefastas consecuencias que este descubrimiento produjo en unos desventurados Carnehan y Dravot: «¡Ni Dios ni diablo, sino hombre!»¹⁶⁴³.

Es bien cierto, sin embargo, que nada de lo antedicho resuelve los conflictos de interpretación aparecidos en las decisiones del Tribunal Supremo y del TJUE. En última instancia, el juez seguirá teniendo que escoger entre varios valores en conflicto. Realizando, a estos efectos, un juicio de ponderación que el propio TJUE reconoció en el caso Schmidberger¹⁶⁴⁴:

En tales circunstancias, es preciso ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses. [...] Si bien la autoridad nacional competente ha de intentar limitar en lo posible los efectos que sobre la libertad de circulación no deja de tener una manifestación en la vía pública, no es menos cierto que le corresponde ponderar este interés con el de los manifestantes, que pretenden llamar la atención de la opinión pública sobre los objetivos de su actuación.

A nuestro juicio, en la ponderación recae la verdadera tarea juzgadora, ahí reside la interpretación legal definitiva: «Prácticamente toda legislación comporta una ponderación de intereses públicos frente a deseos privados y, del mismo modo, una ponderación relativa de valores sociales»¹⁶⁴⁵. En este sentido, se ha criticado al TJUE la falta de coherencia de sus decisiones por una aplicación errónea, o parcial, de la ponderación. Por cuanto, reconociéndose el ejercicio de ponderación como el método adecuado para lograr la coherencia judicial, el mismo debe incluir tanto las razones jurídicas como las morales, para finalmente sopesar todas ellas¹⁶⁴⁶. Así, la ausencia de razones morales en los pronunciamientos del TJUE lleva a una coherencia aparente o formal, que permitiría justificar la elección de cualquiera de los valores en disputa. Con

¹⁶⁴² Frank, J., *Courts on Trial*, *Op. Cit.*, p. 315.

¹⁶⁴³ «El hombre que pudo reinar», en Kipling, R., *Relatos*, Acantilado, 2008.

¹⁶⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich.

¹⁶⁴⁵ A este respecto véase el voto particular de Louis Brandeis en *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921): *Nearly all legislation involves a weighing of public needs as against private desires, and likewise a weighing of relative social values. Since government is not an exact science, prevailing public opinion concerning the evils and the remedy is among the important facts deserving consideration, particularly when the public conviction is both deep-seated and widespread, and has been reached after deliberation.*

¹⁶⁴⁶ Murenzi, S., «La cohérence dans le raisonnement des juges européens», en «Le juge en droit européen et international» (Dir. S. Besson et A. Ziegler), LGDJ éditions et Schulthess éditions romandes, 2013, pp. 173-192.

lo que, en estos supuestos, la resolución sobre la ponderación dependerá, en última instancia, de las preferencias subjetivas de los jueces¹⁶⁴⁷.

A este respecto, Azoulai señala que existe una corriente crítica con el Derecho europeo precisamente por ser incapaz de afianzar los valores que reconoce: prosperidad, justicia y libertad¹⁶⁴⁸. Apunta la falta de un modelo y de una teoría de justicia en el ordenamiento europeo y requiere a los operadores jurídicos europeos (legislador y TJUE) para que la desarrollen. En esencia, les insta a promover, por sí mismos, unos criterios claros de justicia que rijan la interpretación de las normas europeas¹⁶⁴⁹.

Para llevar a cabo la efectiva ponderación de valores sociales, parece oportuno recordar las palabras de Condorcet sobre lo que calificaba como los «derechos naturales del hombre», que deben caminar, de la mano, junto a la libertad:

Con qué lazos la naturaleza ha unido el progreso de la cultura con el de la libertad, la virtud y el respeto a los derechos naturales del hombre, y cómo estos ideales, que solos son verdaderamente buenos, pero que están con tanta frecuencia separados entre sí que incluso se cree que son incompatibles, deberían por el contrario hacerse inseparables en cuanto la cultura haya alcanzado simultáneamente un cierto nivel entre un gran número de naciones¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁷ Murenzi, S., «La cohérence dans le raisonnement des juges européens», ... *Ibid.*, pp. 173-192.

¹⁶⁴⁸ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... *Op. Cit.*, p. 92.

¹⁶⁴⁹ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes» ... *Ibid.*, pp. 92-93:

Dans cette littérature foisonnante, deux grands courants se dessinent¹⁷. Le message du premier est que le droit de l'Union s'avère incapable d'être à la hauteur des idéaux (prospérité, justice, liberté) qu'il s'est donné à lui-même. Cette critique repose sur une affirmation de la légitimité du projet d'intégration et de son droit. Elle admet que le droit de l'Union a vocation à servir des intérêts légitimes, constructions de nouvelles solidarités collectives et désirs d'émancipation individuelle. Le problème est que ces intérêts ne sont pas correctement satisfaits par le droit de l'Union tel qu'il a été développé et mis en oeuvre. Au lieu de favoriser l'épanouissement des individus, il produit des « citoyens de marché désocialisés » (Everson et Joerges, 2012, 658). Il en est ainsi pour des raisons politiques et institutionnelles mais aussi pour une raison plus profonde. Ce qui fait défaut à cette construction, on peut le dire d'un mot : c'est une théorie de la justice (Williams, 2010 ; Kochenov, de Búrca et Williams, 2015). Il est bien évident que les organes européens ont eu l'occasion de développer des arguments sur la justice des objectifs des traités européens et sur les conséquences de leur interprétation. Mais, pour cette critique, il s'agit d'arguments théoriquement incomplets ; la Cour et le législateur européen doivent élaborer des critères de justice plus clairs et plus solides pour régler l'interprétation des normes européennes. Andrew Williams l'exprime ainsi : « la philosophie actuelle du droit de l'Union repose sur une théorie de l'interprétation au détriment d'une théorie de la justice » (Williams, 2009, 552). En d'autres termes, il convient de passer des méthodes téléologiques d'interprétation reposant sur des objectifs vagues, aveugles et sur des principes autonomes et abstraits à l'élaboration de principes de justice ajustés aux différents contextes concrets dans lesquels le droit européen intervient (de Witte, 2012 ; Sangiovanni, 2013).

¹⁶⁵⁰ Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain...* *Op. Cit.*, p. 44: *Il faudrait y montrer par quels degrés ce qui nous paraîtrait aujourd'hui un espoir chimérique doit successivement devenir possible, et même facile; pourquoi, malgré les succès passagers des préjugés, et l'appui qu'ils reçoivent de la corruption des gouvernements ou des*

Por lo que resulta claro que no basta con la libertad, junto a ella debe tener cabida la igualdad, la justicia, la solidaridad, etc. La inseparabilidad de la que habla Condorcet consiste en dar un reconocimiento pleno a este pluralismo en un plano de igualdad. O, dicho de otra manera, requiere desterrar la aplicación absoluta de un valor por encima del resto. Lo que, trasladado al ámbito jurídico, da lugar al pluralismo de valores¹⁶⁵¹.

Sucede también que los problemas en la resolución de este tipo de conflicto resultan de la vaguedad de los términos, de la imposibilidad de acudir a un significado claro o inducirlo de la propia redacción del texto, así como de la pluralidad de derechos en liza. Siendo así que, en un plano teórico y ante la imposibilidad de acudir a una interpretación literal de la norma, la cuestión debería resolverse tomando en consideración los objetivos y conceptos subyacentes tras los derechos en disputa, confrontados con el espíritu y propósitos de los Tratados¹⁶⁵².

Las áreas del ordenamiento europeo en las que este conflicto aflora son: (i).- entre los valores y objetivos reconocidos en el propio Tratado de la Unión (TUE); (ii).- entre los distintos derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento europeo; (iii).- entre las cuatro libertades europeas esenciales recogidas en el Tratado de Roma (libre circulación de mercancías, trabajadores, capitales y servicios) y los derechos fundamentales. Quizás sea en este último ámbito donde la problemática jurídica se revela más compleja, ante la repetida ausencia de un razonamiento judicial claro en la justificación de la aplicación de las libertades comunitarias frente a los derechos

peuples, la vérité seule doit obtenir un triomphe durable; par quels liens la nature a indissolublement uni les progrès des lumières et ceux de la liberté, de la vertu, du respect pour les droits naturels de l'homme; comment ces seuls biens réels, si souvent séparés qu'on les a crus même incompatibles, doivent au contraire devenir inséparables.

¹⁶⁵¹ Surgiendo entonces el concepto de colisión de normas e inconmensurabilidad, que completarán el pluralismo de valores. Así, el primero aparece cuando unas normas jurídicas que, bien tienen reconocido un mismo estatus, bien el mismo se encuentra indeterminado en la jerarquía normativa, entran en conflicto unas con otras. Por su parte, la noción de inconmensurabilidad (*incommensurability*) implica que los valores en conflicto no pueden ser simplemente ponderados o intercambiados entre sí.

¹⁶⁵² Beck, G., «The legal reasoning of the Court of justice of the EU», ... *Ibid.*, p. 176:

Once the Court had made clear that fundamental rights as recognised by the ECHR or national constitutions were also part of the EU legal order, the need for judicial determination of their precise meaning in individual cases arose primarily as a result of the inevitably vague language in which rights are commonly couched. Vagueness and value pluralism of the relevant norms commonly mean that the Court cannot decide the question by reference to the wording, it must needs consider the objectives and concepts underlying the rights engaged and the spirit and purposes of the Treaties as a whole. EU human rights law is the area where the Court's reliance on purposive arguments has perhaps been at its most obvious, in particular in those cases where it has had to balance fundamental rights recognised by the ECHR, national constitutions and/or the EU Charter, against the fundamental freedoms of movement of the EU Treaties which, in contrast to fundamental rights, have been an integral part of the EU legal order from the beginning and which continue to form the kernel of the EU citizenship..

fundamentales de naturaleza social. Los casos Viking, Laval y las sucesivas decisiones ya referidas, son un claro ejemplo. Justamente, la crítica a estas decisiones del TJUE estriba en la «radicalidad» de la elección, en el sentido de que no existen criterios generales que proporcionen una base racional para preferir un valor a otro, para escoger entre la libertad económica o el derecho fundamental de naturaleza social en conflicto¹⁶⁵³.

Naturalmente, en última instancia, afrontar esta decisión puede provocar una angustia, derivada de la existencia de toda una paleta entera que complica la elección del valor justo, entre varios que podrían resultar adecuados. De esta suerte, la exigencia que conlleva este pluralismo es la elección trágica o el compromiso precario¹⁶⁵⁴. Aun estando totalmente de acuerdo, considero, no obstante, que ello, en ningún caso, impide considerarlo como «una necesidad práctica para supervivencia de hombres»¹⁶⁵⁵:

Pero igualmente me parece que puede demostrarse que es falsa la creencia de que en principio pueda encontrarse una única fórmula con la que puedan realizarse de manera armónica todos los diversos propósitos de los hombres. Si estos son múltiples y todos ellos no son en principio compatibles entre sí, la posibilidad de conflicto y tragedia no puede ser nunca eliminada por completo de la vida humana, personal o social. La necesidad de elegir entre diferentes pretensiones absolutas es, pues, una característica de la vida humana, que no puede eludir¹⁶⁵⁶.

De manera que, finalmente, será el juez quien deba ponderar para decidir qué interés ha de prevalecer y en qué grado. Apareciendo aquí la necesidad de generar una teoría de valores, que permita al Tribunal realizar una crítica sobre los mismos en cada caso concreto, como elemento previo a un correcto ejercicio de ponderación¹⁶⁵⁷. Para lo

¹⁶⁵³ Beck, G., «The legal reasoning of the Court of justice of the EU», ... *Op. Cit.*, p. 176:

[...] in cases involving a clash between one or more fundamental freedoms and one or more fundamental rights the Court makes a radical choice on a case-by-case basis. The choice is radical in the sense that there are no overarching criteria that provide a rational basis for preferring one value to another, ie either the fundamental freedom or the conflicting fundamental right.

¹⁶⁵⁴ Treviño Pascual, M., *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Editorial Bomarzo, 2016, p. 74.

¹⁶⁵⁵ Vargas Llosa, M., «Un héroe de nuestro tiempo», en Berlin, I... *Op. Cit.*, p. 19.

¹⁶⁵⁶ Berlin, I., *Dos conceptos de libertad* en... *Op. Cit.*, p. 240.

¹⁶⁵⁷ Cohen, F.S., *Transcendental nonsense and...* *Op. Cit.*, pp. 848-849:

Dean Pound has talked for many years of the "balancing" of interests, but without ever indicating which interests are more important than others or how a standard of weight or fineness can be constructed for the appraisal of "interests". Contemporary "realists" have, in general, either denied absolutely that absolute standards of importance can exist, or else insisted that we must thoroughly understand the facts as they are before we begin to evaluate them. Such a postponement of the problem of values is equivalent to its repudiation. We never shall thoroughly understand the facts as they are, and we are not likely to make much progress towards such understanding unless we at the same time bring into play a critical theory of values.

cual, convendría elevar la vista desde los intereses en conflicto, hacia los valores que cada uno representa, teniendo bien presente la honestidad del juez Holmes a este respecto:

Los jueces hemos fallado al reconocer adecuadamente nuestra tarea de valorar las consideraciones sociales. La tarea es ineludible y el resultado de una frecuente aversión a lidiar con estas consideraciones implica dejar la base y el fundamento real de las decisiones injustificado y a menudo inconsciente¹⁶⁵⁸.

Con todo, repárese en que no se está sugiriendo generar una teoría sobre la ponderación, una suerte de regla sistemática a utilizar en cada caso concreto, de tal forma que nos diga de antemano qué valor tendrá una preferencia aplicativa. Dicha tarea y responsabilidad compete, indelegablemente, al juez, sin que quepa anticipar la riqueza de la realidad, y dado que la justicia requiere de una adecuación (no solo jurídica) al caso concreto. Además, unos hechos diferentes difícilmente pueden conducir a la aplicación de un mismo Derecho.

Por lo que, la teoría de valores viene a erigirse en el mecanismo a través del cual se incorporan al Derecho las concepciones sociales, éticas y morales, que deben aparecer con claridad, principalmente, en las sentencias. Respecto a esta cuestión, Felix Cohen afirmaba que:

Los hechos recogidos en una sentencia son importantes en función de la pantalla valorativa con la que los miremos [...] la ética social aporta el valor y significado a cada cita de precedente, a cada declaración de hechos probados, a cada afirmación de eficacia causal [...]. Para la mayoría de jueces, para la mayoría de abogados, para la mayoría de seres humanos, permanecemos tan inconscientes sobre nuestro modelo de valores como sobre el aire que respiramos. Traer ese inconsciente y acríptico modelo de valores a la luz del día, es –creo– la gran tarea en el campo del Derecho¹⁶⁵⁹.

Del mismo modo, deberá identificarse, en cada situación, quién es la autoridad legítima para definir estas nociones éticas, conceptuarlas e interpretarlas. En este sentido, parece decisivo el papel del legislador a la hora de determinar los valores a proteger. Más aún, y en especial respecto al Derecho europeo, donde se hace necesario una constitucionalización de los derechos sociales¹⁶⁶⁰ que refuerce su posición en el

¹⁶⁵⁸ *The Path of the Law* (1897) en Holmes, O. W., Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Little, Brown, and Company, 1946.

¹⁶⁵⁹ Cohen, F. S., *Judicial Ethics en The Legal Conscience...* *Op. Cit.*, pp. 169-170.

¹⁶⁶⁰ Monereo Pérez, J. L., «La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional... *Op. Cit.*, p. 40.

Del mismo autor, Monereo Pérez, J.L., «El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea... *Op. Cit.*, pp. 17-62.

ordenamiento y cierre el margen de discrecionalidad del TJUE. En este sentido, el Tribunal debería retomar un control de constitucionalidad restrictivo pero férreo, recuperando la idea de *self-restraint* americana. Se trata de un enfoque restrictivo respecto a las facultades del juez que, al mismo tiempo, permite conformar la idea de la *Living Constitution*¹⁶⁶¹.

2. EL TIEMPO HISTÓRICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Existe un único tiempo histórico en el Derecho del Trabajo. Este comienza con unas primeras normas laborales, difusas y atomizadas que, sin embargo, no pertenecen a un solo territorio o a un espacio limitado. Se trata de una respuesta universal a un problema igualmente general: los efectos de la revolución industrial, unida a unas revoluciones políticas previas y socialmente incompletas.

Este movimiento recorre la historia del Derecho del Trabajo, desde unas preocupaciones iniciales y primigenias que se han perpetuado hasta nuestros días, tales como la libertad y la igualdad, lo individual y lo colectivo, la norma y el contrato. Siendo estos elementos los que conforman nuestro Derecho del Trabajo, mediante una dialéctica de conflicto e integración, una tensión entre conceptos opuestos, que aboca en un equilibrio amparado por el mismo sistema jurídico creado. Un equilibrio legislativo dirigido, en última instancia, a restablecer la igualdad real donde la necesidad había generado una igualdad meramente formal. Dando buena cuenta de este propósito las potentes palabras del diputado Garelly, en el discurso preliminar al Proyecto de Código Civil de 1821:

El pobre bracero, el sirviente doméstico, que reciben su sustento de otro, aunque sea a cambio de su trabajo, de hecho, están desnivelados y en una posición inferior a la de aquel

¹⁶⁶¹ Véanse los dos ejemplos siguientes:

- Caso Gompers (2º), *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914), Holmes: las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas que tengan su esencia en su forma; son orgánicas, instituciones vivientes trasplantadas de la tierra inglesa. Su significado es vital, no formal; se reúne, no simplemente acudiendo a las palabras con un diccionario, sino considerando su origen y su línea de crecimiento.

- Caso Moreland, *United States v. Moreland*, 258 U.S. 433, 434 (1922), Brandeis (*proposed dissent*): Nuestra Constitución no es una camisa de fuerza. Es un organismo vivo. Como tal ha de crecer -de expandirse y de adaptarse a las nuevas condiciones. El crecimiento implica cambios, políticos, económicos y sociales [...]. Nuestra Constitución ha resistido como ley fundamental de un pueblo siempre en desarrollo porque posee la capacidad de adaptación. En traducción de Dorado Porras, J, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional... Op. Cit.*, p. 20.

que los emplea. La Constitución ha conocido y consagrado esta amarga verdad, si se quiere, pero que no es por menos cierta ni menos inevitable, puesto que está en la naturaleza misma de las cosas. Todo cuanto puede hacer la ley es neutralizar y templar el funesto influjo del rico sobre el menesteroso, del superior sobre el dependiente. Los artículos de este título (tít. IV, Libro II, Parte I) se dirigen a establecer este equilibrio¹⁶⁶².

El equilibrio y mantenimiento de dicha dialéctica resulta tan consustancial al Derecho del Trabajo, que alterarla supondría la desaparición de este Derecho como una realidad, social y jurídica, identificable históricamente¹⁶⁶³. En el entendimiento, además, de que su consecución depende de no alterar los valores y principios conformadores, como tampoco el peso de los mismos en la balanza jurídica. Para lo cual, se debe «equilibrar el juego de fuerzas en oposición, asignando un papel propio a cada uno de los protagonistas o agentes sociales»¹⁶⁶⁴. Romper el equilibrio anularía la dialéctica entre opuestos, en una dimensión teórica, y también práctica.

En primer lugar, porque esta ruptura, al desposeer o reducir cualesquiera de los elementos esenciales referidos, haría mutar el Derecho del Trabajo para aproximarlos, paulatinamente, a otras ramas y jurisdicciones (*e. g.* civil, mercantil). En última instancia, el mantenimiento en el tiempo de esta situación condenaría al Derecho del Trabajo a desaparecer. ¿Qué sentido podría tener si no mantener unos derechos ya reconocidos en una estructura jurídica preexistente? A estos efectos, recuérdese que la pervivencia separada del Derecho Social, respecto al Derecho Civil, garantiza una libertad real frente a la libertad abstracta¹⁶⁶⁵. Por todo ello, hasta aquí, se debe colegir una primera obviedad que, por puesta en duda, lamentablemente, resulta necesaria repetir: el Derecho del Trabajo deviene esencial en tanto en cuanto se mantengan sus especialidades materiales, sostenidas por una equilibrada dialéctica entre opuestos.

En segundo lugar, la ruptura del equilibrio podría conducir a desnivelar la lucha de forma pronunciada, *e. g.* a través de una serie de reformas legislativas en un mismo sentido político, o de sentencias que acaben creando un Derecho paralelo práctico. Todo ello terminaría por desnaturalizar el propio trabajo y las partes se plantearían abandonar el marco reglado de solución de conflictos, en definitiva, el proceso. De ahí que la aparición de formas alternativas a las institucionales de reclamación de derechos

¹⁶⁶² Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, pp. 77-78.

¹⁶⁶³ De la Villa Gil, E., «La función del Derecho del Trabajo ... *Op. Cit.*, p. 20.

¹⁶⁶⁴ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo... Op. Cit.*, p. 21.

¹⁶⁶⁵ Sinzheimer, H., «El hombre en el Derecho del Trabajo (1930)», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo... Op. Cit.*, p.81.

represente un primer paso hacia la fuerza, e incluso hacia un movimiento de ruptura, que no debemos desatender.

Adviértase, a este último respecto, que el Derecho del Trabajo resulta esencial siempre y cuando los sujetos regulados por él se sientan representados. Hasta el extremo que, si el Derecho no se siente, se abandona, siendo el pleno reconocimiento y representación a través del Derecho la única cautela frente al desencanto. Lo que requiere, en definitiva, mantener una lucha institucionalizada, y justa, por el Derecho, afianzando el equilibrio entre opuestos, desde «la reactualización permanente de la lucha por el Derecho»¹⁶⁶⁶.

Así, el papel del Estado se revela esencial e insustituible a la hora de garantizar el referido equilibrio entre contrarios. Debiendo recuperar el concepto de Estado como la «conciencia colectiva de la unidad», donde destaca su función de canalizador formal de unas fuerzas sociales, fuentes espontáneas y creadoras de Derecho, «necesitadas de equilibrio y acuerdo so pena de obstáculo y disolución del todo social»¹⁶⁶⁷. Unas fuerzas sociales que, de otra manera, no completarían su cometido principal.

Retomando, de nuevo, los efectos de la ruptura del equilibrio del trabajo, cabe sintetizar los mismos en el concepto, preciso y punzante, del desarraigo. En el sentido weiliano del término, correspondiendo al Estado arraigar el trabajo a través del Derecho, y ofrecer respuesta a unas demandas sociales, cada vez más necesitadas e inaplazables, que no pueden quedar inauditas¹⁶⁶⁸. De tal manera que el Derecho del Trabajo debe representarse a imagen y semejanza de la ínsula prometida, «(ni) movable ni fugitiva, con unas raíces tan hondas, echadas en los abismos de la tierra, que no la arrancarán ni mudarán de donde está a tres tirones»¹⁶⁶⁹.

Llegados a este punto, tampoco se debiera caer en el pesimismo de entender el «tiempo revolucionario» como un «futuro pasado», como una imposibilidad, frente al «“presente futuro”»¹⁶⁷⁰, terreno de las posibilidades. Por más que no se trata de una

¹⁶⁶⁶ Monereo Pérez, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo... Op. Cit.*, p. 24.

¹⁶⁶⁷ Sinzheimer, H., *Le problème des sources du Droit Positif*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 78.

¹⁶⁶⁸ Weil, S., *L'enracinement* (1943)... *Op. Cit.*, 1990.

¹⁶⁶⁹ De Cervantes Saavedra, M., *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha (Segunda Parte)*, Real Academia Española, 2015, pp. 855-856.

¹⁶⁷⁰ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow... Op. Cit.*:

[...] certainly underlying the construction of Koselleck's semantic inquiry, which declares the revolution to be a "future past" in the double sense: neither the "bourgeois" (especially French) nor the "proletarian" (especially Russian) could be perceived now as "present

sensación aislada, al resultar el propio análisis de la idea de revolución lo que «nos conduce a la melancolía, a la vacilación entre esperanza y miedo, (...) o a la búsqueda permanente de posibilidades “alternativas”»¹⁶⁷¹. Además, desgraciadamente, este sentimiento, que calificamos como desencanto, no es extraño al historiador, al filósofo, ni al jurista, y cabe entonces recordar cómo «¡Pocos adivinarán lo triste que se tuvo que estar para intentar resucitar Cartago!»¹⁶⁷². Algo que Holmes vivió en Ball's Bluff, Antietam y Chancellorsville, que Benjamin conoció en Portbou o que Weil experimentó en Londres. Todos ellos, intelectualmente al menos, lograron sobreponerse, aunque solo Holmes sobreviviera.

De tal suerte que el desencanto puede alcanzar con facilidad al jurista en su tarea, viéndose magnificado en un teatro europeo donde la integración es más aparente que real, más declarativa que eficaz. Y es que, como certeramente se ha señalado, desde el momento en que la disciplina del Derecho europeo ha encontrado su razón de ser como forma de apoyo y consolidación del proyecto de integración, hasta el punto de definirse con relación a este, al jurista europeo le aguarda la soledad¹⁶⁷³.

Incluso cabría también pensar que el futuro-presente se encuentra en un estado de «ultrarrevolución», en el que se desarrolla una nueva lucha, no para crear nuevas instituciones o mejorar las presentes, sino para neutralizar todo intento de transformación¹⁶⁷⁴. Un estado general, o patología, que el capitalismo abraza para garantizarse una inmóvil supervivencia, cambiando todo para que nada cambie, y que extrapola al Derecho del Trabajo convertido en extensión de su cuerpo.

futures" (i.e. possibilities), and perhaps this is the same impossibility (which would define our "now" as a closure of the era of Modernity).

¹⁶⁷¹ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow...* Op. Cit.: «In that case, the "difficulty" that we now have with the idea of revolution, leading to what I successively called a melancholy, or a vacillation between hope and fear, historicization and actualization, or a permanent quest for "alternative" possibilities of acting politically in order to "make history"».

¹⁶⁷² Flaubert, G., «*Lettre à Ernest Feydeau. 29 novembre 1859*», *Correspondance*, Gallimard-Pléiade, 1973-2007, Vol. III.: «Peu de gens devineront combien il a fallu être triste pour entreprendre de ressusciter Carthage!»

¹⁶⁷³ Azoulai, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes»... Op. Cit. pp. 83-84 :

Dans ce contexte, la dévaluation du projet d'intégration et de son droit entraîne celle des études juridiques européennes. La raison en est simple : celles-ci se sont classiquement définies par rapport à celui-là. La discipline du droit communautaire/droit européen a trouvé sa raison d'être dans une forme de soutien et de consolidation du projet d'intégration.

¹⁶⁷⁴ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow...* Op. Cit.: «[...] to develop a struggle whose objective is not to create institutions, but to neutralize the counter-revolutionaries (with or without "terror"). We can call this moment ultra-revolution, [...]».

Y, sin embargo, al mismo tiempo, esta situación convierte «todo acto de resistencia arraigado en la vida, el trabajo o la cultura en revolucionario de por sí»¹⁶⁷⁵. De donde se deduce que, si la semántica no se ha perdido, tampoco lo ha hecho todo el contenido pasado que la revolución trajo consigo, posibilitando, como mínimo teóricamente, la alternativa futura.

Por todo ello, no creo que debamos plantear la cuestión como un dilema fatal, entre un futuro ineluctable y un pasado concluido¹⁶⁷⁶, sino que conviene hacerlo –como se anticipaba en la Introducción– en términos de esperanza. En suma, reinterpretar el pasado desde el convencimiento de la existencia de alternativas posibles, que abran la puerta a un futuro distinto, tratándose entonces de una cuestión de elección, de definir qué pensamiento y qué personas queremos rescatar y preservar, hasta convertirlas en «gotas de pasado vivo»¹⁶⁷⁷.

De modo que, si algo de ese pasado pudiera ser rescatado, si hubiese que sintetizar la tesis y reconducirla a una única idea, quizá bastase con este sencillo mensaje de Simone Weil, aplicado a modo de estándar único: «la sociedad al completo debe constituirse de tal manera que el trabajo no arrastre a quienes lo desempeñen»¹⁶⁷⁸.

Nuestra voluntad, nuestra actuación presente –aprendiendo a resistir–, abre la puerta a un recuperado espacio de experiencia y, con él, a un nuevo horizonte de expectativa para el Derecho del Trabajo:

existe un acuerdo secreto entre las generaciones pasadas y la presente. Nuestra llegada se esperaba en el mundo. Y como a cada generación que vivió antes que nosotros, nos ha sido concedida una “débil” fuerza mesiánica sobre la que el pasado exige derechos¹⁶⁷⁹.

Una fuerza que, por débil que sea, resulta liberadora de cualquier predestino, de toda fatalidad; y nos concede la posibilidad de comprender los casos Lochner, Viking o

¹⁶⁷⁵ Balibar, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow...* *Ibid*: «If capitalism has become in a sense “ultra-revolutionary”, beyond the conditions of its own stability, the very resistance that is rooted in life, labor, and culture, is already “revolutionary”».

¹⁶⁷⁶ Supiot, A., *Introduction. Mondialisation v. Globalisation: les leçons de Simone Weil*, Colloque, Collège de France, 12 de junio de 2017. *Online access* <https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/symposium-2017-06-12-09h00.htm> Consultado: 20/10/2017: «Il est tout aussi absurde de croire le “future ineluctable” que le “passé révolu».

¹⁶⁷⁷ Weil, S., *L’engracinement*, *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁶⁷⁸ Weil, S., *The First Condition for the Work of a Free Person* en Weil, Simone: *Late Philosophical Writings*. University of Notre Dame Press, 2015, p. 142: «All the problems of technology and economy should be formulated functionally by conceiving of the best possible condition for the worker. Such a conception entails in the first place this standard: the entire society should be constituted in such a way that work does not drag down those who perform it».

¹⁶⁷⁹ Benjamin, W., *Illuminations...* *Op. Cit.*, pp. 253-264: «There is a secret agreement between past generations and the present one. Our coming was expected on earth. Like every generation that preceded us, we have been endowed with a weak Messianic power, a power to which the past has a claim».

Laval. En definitiva, una fuerza que nos abre la puerta a una reinterpretación necesaria, a una nueva hermenéutica, evitando una ruptura que siempre comienza con el desencanto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, W., *Historia social del movimiento obrero europeo*, Barcelona, Editorial Estela, 1970.
- ABRAHAM, H. J., «Can Presidents Really Pack the Supreme Court?» en *An Essential Safeguard. Essays on the United States Supreme Court and its Justices*, D. Grier Stephenson (editor), Greenwood Press, WestPort, 1991.
- ADAMS, J., *A defence of the constitutions of government of the United States of America*, 1787. Online access. Disponible en: <https://archive.org/details/defenceofconstit03adamrich>, Consultado: 21/9/2017.
- ALONSO GARCÍA, R., *Clásicos de la Justicia Europea en el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*, Cizuz Menor, Aranzadi, 2007.
- ALONSO OLEA, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos», en *Revista de estudios políticos*, 1953, 70.
- ALONSO OLEA, M., «La configuración de los Sindicatos norteamericanos» (II), en *Revista de estudios políticos*, 1953, 71.
- ALONSO OLEA, M., «La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno», en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón* (VV. AA.), Madrid, Tecnos, 1980.
- ALONSO OLEA, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo, 2ª edición revisada y ampliada*, Madrid, Tecnos, 1987.
- ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- ALONSO OLEA, M., *Los Estados Unidos en sus libros*, Cizuz Menor, Thomson Reuters, 2010.
- ALTHUSSER, L., *Sur le contrat social*, Paris, Cours professé à l'Ecole Normale Supérieure, 1965-66.
- ÁLVAREZ, J. M., *Derecho Obrero*, Madrid, Editorial Reus, 1933.
- AMENGUAL I COLL, G., «Actualidad de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2.
- APARICIO TOVAR, J., «La respuesta de la Unión Europea a la crisis: el sacrificio de los Derechos Sociales», en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, 2016, 2.

- ARENDT, H., «What is authority?», en *Between Past and Future*, New York, The Viking Press, 1961.
- ARENDT, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 2009.
- ARENDT, H., «La tradición y la época moderna» en *Entre el pasado y el futuro*, Barcelona, Ediciones Península, 2016.
- ARJONA SEBASTIÀ, C., *Los votos discrepantes del JuO. W. Holmes*, Madrid, Iustel, 2006.
- ARUFE VARELA, A., «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en el caso *Coppage vs. Kansas (1915)*», en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. I, 2009.
- ARUFE VARELA, A., «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el derecho español», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 191.
- ARUFE VARELA, A., «El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49, 2018.
- AZOULAI, L., «Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes», en *Politique européenne*, 2015/4, 50.
- AZOULAI, L., «The Critical Turn in EU Legal Studies. Loneliness of the European lawyer (Editorial Comments)», en *Common Market Law Review*, 2015, 52(4).
- BACKES, U., *Political Extremes: A Conceptual History from Antiquity to the Present*, London, Routledge, 2006.
- BACON, F., *Of Judicature*, Authorama Public Domain Books, 2003. Online access. Disponible en: <http://www.authorama.com/essays-of-francis-bacon-56.html>. Consultado 12/10/2017.
- BALIBAR, É., *DEMOS – ETHNOS – LAOS*. Pendiente de publicación.
- BALIBAR, É., «October 1917 After One Century, Crisis and Critique», en *Bolshevik Revolution: One Hundred Years After*, 2017, 4 (2).
- BALIBAR, É., *The idea of revolution: yesterday, today and tomorrow*, New York, Uprising 13/13, Columbia Law Blogs, 2017. Disponible en: <http://blogs.law.columbia.edu/uprising1313/etienne-balibar-the-idea-of-revolution-yesterday-today-and-tomorrow/>. Consultado: 15/9/2017

- BALIBAR, É., *Violence and Civility. On the limits of political philosophy*, New York, Columbia University Press, 2016
- BAYLOS GRAU, A., «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», en *Revista de Derecho Social*, 2012, 57.
- BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Madrid, Tecnos, 1955.
- BEA, E., «Simone Weil: una reflexión sobre Europa desde la resistencia», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990.
- BECK, G., *The legal reasoning of the Court of justice of the EU*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, 2012.
- BENJAMIN, W., *El Capitalismo como religión seguido de Fragmento teológico-político*, Madrid, La Llama, 2014.
- BENJAMIN, W., *Illuminations*, New York, Schocken Books, 1968.
- BERIAIN, J., «Imaginario social, politeísmo y modernidades múltiples», en *Revista anthropos: Huellas del conocimiento*, Online access. Disponible en: http://www.unavarra.es/puresoc/pdfs/c_lecciones/0-Beriain-imaginario.pdf
- BERLE, A.A., MEANS, G. C., *The modern corporation and private property*, New York, The MacMillan Company, 1933.
- BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad en Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- BERLIN, I., *El erizo y la zorra*, Barcelona, Muchnik Editores, 1988.
- BERLIN, I., *Historical Inevitability*, Oxford Scholarship Online, 2003.
- BEUDANT, C., *Le Droit individuel et l'État*, Paris, Arthur Rousseau, 1891.
- BILBAO, A., «La racionalidad económica y la secularización», en *REIS*, 74/96, 1996.
- BILBAO, A., «La economía como norma social», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 2000, 16.
- BORRAJO DACRUZ, E., *El derecho al trabajo en la sociedad española del siglo XXI*, Actualidad Laboral, 2007, 19.
- BRANDEIS, L. D., «Curt Muller, Plaintiff in Error v. State of Oregon. Brief for Defendant in Error», en *Counsel for State of Oregon, October Term 1907*, 107, Brandeis

School of Law. *Online access*. Disponible en: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety>.

Consultado: 4/5/2017.

- BRANDEIS, L. D., *Other peopel's money and how the bankers use it*, Mansfield Centre, Martino Publishing, 2009.
- BRUCE, A. A., «The Illinois Ten-Hour Labor Law for Women», en *Michigan Law Review*, Vol. 8, No. 1, 1909,
- BURTT, E.A., *Los fundamentos metafísicos de la ciencia moderna*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1960.
- CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, 1998, 11.
- CASTORIADIS, C. *La institución imaginaria de la sociedad. Vol. II: El imaginario social y la institución*, Barcelona, 1989, Tusquets
- CAMUS, A., *Préface à l'enracinement*, Bulletin de la Nouvelle Revue Française, 1949.
- CARBONELL, M., «La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott versus Sanford», en *Revista Derecho del Estado*, 2007, 20.
- CARDOZO, B., «Law and Literature», en *Law and Literature and Other Essays and Adresses*, Harcourt, Brace, 1931.
- CARNELUTTI, F., «Teoría general del derecho», en *Revista de Derecho Privado*, 1941.
- CHENAVIER, R., «Simone Weil, ¿la última filósofa del trabajo?», en Bea E. (editor), *Simone Weil. La conciencia del dolor y de la belleza*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- CHENAVIER, R., *De Simone Weil à André Gorz: travail ou non-travail?*, Paris, Colloque, Collège de France, 2017. *Online access*.
- CLARK, L. D., «Recent Supreme Court Decisions and the Labor Contract», en *Monthly Review of the U.S. Bureau of Labor Statistics*, 4(5), 1917.
- CLAYTON, J. E., *The Making of Justice: The Supreme Court in Action*, New York, DUTTON & CO, 1964.
- CLEVELAND, G., *Proclamation 366- Law and Order in the State of Illinois*, The American Presidency Project, 1894. *Online access*.

- CLEVELAND, G., «The government in the Chicago strike of 1894», en *McClure's Magazine*, 1904, Vol. XXIII(3), 1904.
- COBBET, W., *The Parliamentary History of England*, London, T.C. Hansard, 1818.
- COHEN, F. S., «Transcendental nonsense and the functional approach», en *Columbia Law Review*, 1935, 6.
- COHEN, F. S., «“Government by Judiciary” Review», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960.
- COHEN, F. S., «Field Theory and Judicial Logic», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960.
- COHEN, F. S., «Judicial Ethics», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960.
- COHEN, F. S., «The socialization of Morality», en *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960.
- COHEN, M. R., *La causación y su aplicación a la historia en Teggart-Cohen-Mandelbaum: La causalidad en la historia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- COMAROFF, J., COMAROFF, J. L., «Millennial Capitalism: First Thoughts on a Second Coming», en *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*, Durham, Public Culture Book, 2001.
- CONDORCET, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1970.
- COOLEY, T. M., *The Law of Torts*, Chicago, Callaghan & Company, 1930.
- COOLEY, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown, and Company, 1871.
- CORREA CARRASCO, M., *Acuerdos marco internacionales: de la Responsabilidad Social Empresarial a la Autonomía Colectiva Transnacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- CORTEZ A.M., *Presidential elections. From Abraham Lincoln to Franklin D. Roosevelt*, New York, Greenwood Press Publishers, 1940.
- CORWIN, E. S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment (1909)*, New Delhi, Isha Books, 2013.
- CORWIN, E. S., *Court over Constitution*, New York, Peter Smith, 1957.

- CRUZ VILLALÓN, J., «Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Temas Laborales*, 131, 2015.
- CURRIE, D. P., *The Constitution in the Supreme Court. The Second Century 1888-1986*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.
- CURTIS, C. P., *Lions under the throne*, Boston, Houghton Mifflin Company Boston, 1947
- D'ORS, Á., «Autoridad y potestad», en *Lecturas Jurídicas*, 1964, 21.
- DATO, E., *Intervención parlamentaria*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 23 de febrero de 1900, n.º 187. *Online access*. Disponible en: http://www.congreso.es/est_sesiones/. Consultado: 10/02/2018.
- DAVENPORT, D., «Summation for the plaintiffs in the Danbury Hatters Case», en Hicks, F. (editor), *Famous American Jury Speeches*, St. Paul, West Publishing Company, 1925.
- DE AZCÁRATE, G., *El problema social y las leyes del trabajo en Estudios sociales*, Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, Parte General*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, Tomo I.
- DE CERVANTES SAAVEDRA, M., *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha (Segunda Parte)*, Madrid, Real Academia Española, 2015
- DE LAMARTINE, A., *Histoire de la Restauration*, Paris, Hachette, 1851.
- DE LA VILLA GIL, E., «La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea» en *Revista de Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, N.º 76, octubre-diciembre 1984.
- DE LA VILLA GIL, E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Granada, Comares, 2003.
- DE TOCQUEVILLE, A., *Journeys to England and Ireland*, New Haven, Yale University Press, 1958.
- DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, Biblioteca Virtual Antorcha, 2007. *Online access*. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/tocqueville/indice.html.
- DE ZAYAS, M., *How, When, and Why Modern Art Came to New York*, Boston, The MIT Press, 1998.

- DEBS, E. V., «The Federal Government and the Pullman Strike», en *Appeal to Reason*, 456, 1904.
- DEBS, E. V., «Statement to the Court», en *Debs Internet Archive*, 1918. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/debs/index.htm/>. Consultado: 4/10/2018
- DEBS, E.V., *The Canton Speech*, E.V. Debs Internet Archive, 1918. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/debs/index.htm/>. Consultado: 4/10/2018.
- DEWEY, J., «Logical Method and Law», en *The Cornell Law Quarterly*, 17 (1914-1925).
- DISRAELI, B., «Sybil, or The Two Nations», en *Feedbooks*, 1845 (original publication date). *Online access*. Disponible en: <http://es.feedbooks.com/book/7067/sybil-or-the-two-nations> Consultado: 30/11/2017.
- DJILAS, M., *La nueva clase*, Barcelona, Edhasa, 1957.
- DORPALEN, A., *German History in Marxist perspective: The East German Approach*, Detroit, Wayne State University Press, 1985.
- DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.
- DUVERGIER DE HAURANNE, P., *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, Paris, M. Lévy Frères, 1867-72, Tomo I.
- ELIASOPH, I. H., «A "switch in time" for the European community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe», en *Columbia Journal of European Law*, 2008, 14(3).
- ELLIOT, J., *The debates in the several state conventions on the adoption of the federal Constitution as recommended by the general convention at Philadelphia, in 1787*, New York, Burt Franklin, 1888.
- ELSTER, J., *Tocqueville: The Ancien Régime and the French Revolution*, New York, Cambridge University Press, 2011.
- ENGELS, F., *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre* (1876), Marxists Internet Archive, 2000.
- ENGELS, F., *The Condition of the Working Class in England*, New York, Penguin Books, 1987.

- ESTEVE SEGARRA, A., «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social», en *Revista de Información Laboral*, 2015, 6.
- FAIRMAN, C., *American Constitutional Decisions*, New York, Henry Holt and Company, 1948.
- FAIRMAN, C., «Justice Samuel F. Miller. A Study of a Judicial Statesman», en *Political Science Quarterly*, 1935, 50(1).
- FASSIN, É., «La gauche et la stratégie populiste», en *Après-demain*, 2017, 43.
- FASSIN, É., *Populisme: le grand ressentiment*, Paris, Textuel, 2017.
- FAÿ, B., *Roosevelt et son Amérique*, Paris, Librairie Plon, 1933.
- FELDMAN, N., *Scorpions. The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, New York, Twelve, 2010.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, S., *Análisis filosófico de la "Scienza Nuova" de Giambattista Vico (1668-1744)*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 2013.
- FISS, O., *The Allure of Individualism*. Faculty Scholarship Series, 1332, 1993.
- FISS, O., «The political theory of the class action», en *Washington & Lee Law Review*, 1996, 21.
- FISS, O., «Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910» en *The Oliver Wendell Holmes Devise. History of the Supreme Court of the United States. Volume VIII*, S. N. Katz (general editor), New York, Cambridge University Press, 2006.
- FLAUBERT, G., «Lettre à Ernest Feydeau. 29 novembre 1859», *Correspondance*, Paris, Gallimard-Pléiade, 1973-2007, Vol. III.
- FRANK, J., *Courts on Trial*, New Jersey, Princeton University Press, 1950.
- FRANK, J., *If men were angels*, New York and London, Harper & Brothers Publishers, 1942.
- FRANK, J., *Law and the modern mind*, London, Stevens & Sons Limited, 1949.
- FRANKFURTER, F., *The case for the shorter work day, Brief for Defendant in Error, Counsel for State of Oregon, October term, n.º 228, 1915*, Toronto, University of Toronto. Disponible en: <https://archive.org/details/caseforshorterwo00franuoft>. Consultado 4/4/2016.
- FRANKFURTER, F., *Oregon Minimum Wage Cases, Brief for Defendants in Error upon Re-Argument, Counsel for the Industrial Welfare Commission. October term,*

1916, Nos. 25 and 26, Toronto, University of Toronto. *Online access*. Disponible en: <https://archive.org/details/oregonminimumwag00fran>. Consultado 4/4/2016.

— FRANKFURTER, F., «Hours of Labor and Realism in Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 29, n.º 4, 1916.

— FRANKFURTER, F., *District of Columbia Minimum Wage Cases, Brief for Apellants, Of counsel. October term, 1922, Nos. 795 and 796*, Toronto, University of Toronto. Disponible en: <https://archive.org/details/districtofcolumb02franoft>. Consultado 20/5/2016.

— FRANKFURTER, F., *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1938.

— FREUND, P. A., *On understanding the Supreme Court*, Boston, Little, Brown and Company, 1950.

— FRITZ, C. G., «The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West», en *Rutgers Law Journal*, 25, 1994.

— FUSFELD, D. R., *The Economic Thought of Franklin D. Roosevelt and the Origins of the New Deal*, New York, Columbia University Press, 1956.

— GAMER, R. E., «Justice Brewer and Substantive Due Process: A Conservative Court Revisited», *Vanderbilt Law Review*, 1965, 18.

— GARCÍA BLASCO, J., «Crisis económica, Reforma Laboral y reordenación del contrato de trabajo entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 100, 2012.

— GARCÍA BLASCO, J., «La contratación laboral en la reforma legal de 2012 entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», en *Documentación Laboral*, n.º 95-96, 2012.

— GARCÍA BLASCO, J., «Libertad de trabajo y competencia», en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 184, 2016.

— GARCÍA TRASCASAS, A., *Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales*, en *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea presente y futuro* (Coord. Fotinopoulou Basurko, O.), Barcelona, Atelier, 2017.

— GARRIDO MARTÍN, A., «Parlamento y «cuestión social» en la restauración», en *Historia Contemporánea* 29, 2005.

- GIL ALBURQUERQUE, R., *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Tesis Doctoral, Ciudad Real, Universidad de Castilla la Mancha (UCML), noviembre 2015, *Online access*. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10073/TESIS%20Gil%20Alburquerque.pdf?sequence=1>. Consultado: 12/06/2017.
- GILLMAN, H., GRABER, M. A., WHITTINGTON, K. E., *American Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Il Mulino, Bolonia 2003.
- GOLDFIELD, M., *El declive del sindicalismo en Estados Unidos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.
- GOLIN, S., *The Fragile Bridge: Paterson Silk Strike, 1913*, Philadelphia, Temple University Press, 1988.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M., *Principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXVII Jornades Catalanes de Dret Social, 17 y 18 de marzo de 2016 *Online access*. Disponible en: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2016/>, Consultado: 12/5/2016.
- GÓMEZ RIVERO, R.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Los inicios de la revolución industrial en España: la fábrica de algodón de Sevilla (1833-1836)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, 46.
- GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X., *Conversaciones entre norma internacional y la norma interna en Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional* (coord. Fargas Fernández, Josep), Huygens, Barcelona, 2016.
- GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo, Búsqueda del sentido, Crítica de la razón económica*, Madrid, Editorial Sistema, 1995.
- GUADET, M. E., *To George Washington from the National Assembly of France, 26 August 1792*, National archives, 1792. *Online access*. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-11-02-0014>. Consultado: 22/8/2017
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2008, 20/20085.

- GUTIÉRREZ VELASCO, I., «El despido colectivo en empresas en crisis: cierre de ¿empresa o centro de trabajo? en el ámbito europeo», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2016, 13.
- GUTIÉRREZ VELASCO, I., «El “trabajador europeo” se pone en forma», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2016, 19-20.
- GUTIÉRREZ VELASCO, I., «Prólogo: un verdadero legislador», en *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social* (VV. AA., coord. Gutiérrez Velasco, I.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- GUTIÉRREZ VELASCO, I., «Un elástico Derecho del Trabajo», en *Balance crítico de la Reforma Laboral* (VV. AA., coord. Gutiérrez Velasco, I.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus 1989
- HABERMAS, J., *Postnational Constellation*, Boston, MIT Press Edition, 2001.
- HABERMAS, J., *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*, Polis Revista Latinoamericana, 2005, 10. *Online access*. Disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/5936>, consultado: 3/2/2018.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *The Federalist papers*, Yale Law School. *Online access*. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp. Consultado: 22/9/2017
- HANSON, CH., JACKSON, S., MILLER, D., *La sindicación obligatoria. Estudio comparativo sobre política interior y garantía sindical en Gran Bretaña, Estados Unidos y Alemania Occidental*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- HARCOURT, B. E., «Fantasies and Illusions: on liberty, order and free markets», en *Cardozo Law Review*, vol. 33, 6, 2012.
- HARCOURT, B. E., *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Boston, Harvard University Press, 2011.
- HAYEK, F., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 2014.
- HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- HENLEY, W.E., *Invictus*, Poetry Foundation, *Online access*. Disponible en: www.poetryfoundation.org. Consultado: 22/7/2017.

- HERZOG, R, GERKEN, L., *Stop the European Court of Justice*, euobserver, 10 september 2008, Online access. Disponible en: <https://euobserver.com/opinion/26714>, Consultado: 5/3/2018.
- HICKS, F., *Famous American Jury Speeches*, St. Paul, West Publishing Company, 1925.
- HOBBSAWM, E. J., *Las Revoluciones Burguesas*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1971.
- HOBBSAWM, E. J., *The Age of Revolution 1789-1848*, New York, Vintage Books, 1996.
- HOLLINGER, D. A., CAPPER, C., *The American Intellectual Tradition. Volume II. 1865 to the Present*, New York, Oxford University Press, 2016.
- HOLMES, O. W., «Natural Law», en *Harvard Law Review*, 1918, 32 (1).
- HOLMES, O. W., *Collected Legal Papers*, New York, Peter Smith, 1952.
- HOLMES, O. W., «Law in Science and Science in Law», en *Harvard Law Review*, 1898-1899, 12.
- HOLMES, O. W., LERNER, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, Jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Boston, Little, Brown and Company, 1946.
- HOLMES, O. W., «Privilege, Malice, and Intent», en *Harvard Law Review*, 1894, 8(1).
- HOLMES, O. W., *The Common Law*, Cambridge, John Harvard Library, 2009.
- HOLMES, O. W., *The path of the law* en Lerner, M., *The Mind and faith of Justice Holmes: Oliver Wendell Holmes, jr., his speeches, essays, letters and judicial opinions, selected and edited with introduction and commentary by Max Lerner*, Madras, Higginbothams, 1974.
- HOLMES, O. W., *The Soldier's Faith, Speeches*, Boston, Little, Brown, and Company, 1896.
- HOLMES, O. W., «The Theory of Legal Interpretation», en *Harvard Law Review*, 1898-1899, 12.
- HOOVER, H. C., COOLIDGE, C., *Campaign Speeches of 1932*, New York, Doubleday, Doran, 1933.

- HOPKINS, M., *The Law of Love and Love As a Law, or Moral Science, Theoretical and Practical*, New York, Charles Scribner and Company, 1869.
- HUGHES, C. E., *Letter to Senator Wheeler*, New Deal Network, 1937. *Online access*.
- HUGHES, C. E., *The Supreme Court of the United States*, New York, Columbia University Press, 1928.
- HURD, C. P., «A Re-Examination of the Influence of Social Darwinism on American Constitutional Law», en *U.B.C Law Review*, 1970, 5.
- JACKSON, R. H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Boston, Harvard University Press, 1955.
- JEAMMAUD, A., «Le droit du travail en changement. Essai de mesure», en *Droit Social*, 1998, 3.
- JEFFERSON, T., *The papers of Thomas Jefferson*, New Haven, Princeton University Press, 1950.
- JIMENA QUESADA, L., «El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 29, 2014.
- KAHN-FREUND, O., «The Impact of Constitutions on Labour Law», en *Cambridge Law Journal*, 35 (2), November 1976.
- KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- KANT, I., *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.
- KATROUGALOS, G., *The new architecture of Eurozone & European Union, from a Greek Perspective*, New York, Presentation at Columbia University, 2017.
- KAVAFIS, K., *El cortejo de Dionisio*, Ciudad Seva, *Online access*. Disponible en: <https://ciudadseva.com/texto/el-cortejo-de-dionisio/>. Consultado: 15/1/2018.
- KEYNES, J. M., «El fin del "laissez-faire" (1926)», en *Ensayos de persuasión*, Madrid, Editorial Síntesis, 2009.
- KENS, P., *Lochner v. New York. Economic Regulation on Trial*, Lawrence, University Press of Kansas, 1998.
- KIPLING, R., *Relatos*, Barcelona, Acantilado, 2008

- KOSELLECK, R., *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993.
- LAMBERT, C., «La motivation el le style des arrêts de la Court de Justice de l'Union Européenne» en *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen* (Dir. L. Coutron), Ed. Bruylant, 2012.
- LAVAL C., DARDOT P., *La nueva razón del mundo, Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2013.
- LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruselas, Ed. Bruylant, 2008 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1976).
- LE GOFF, J., «L'offensive libérale contre le monde du travail», en *Le Monde Diplomatique*, Avril 1988.
- LINDBERG, L. N., *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford, Stanford University Press, 1963.
- LIOY, D., *La philosophie du droit*, Paris, Chevalier-Marescq, 1887.
- LLEWELLYN, K. N., «Some Realism about Realism: Responding to Dean Poun», *Harvard Law Review*, 44, 1931.
- LLOBERA VILA, M., «Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del tjue: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2015, 5 (1).
- LLOBERA VILA, M., «El “efecto sustitución” del legislador laboral y de la autonomía colectiva en la aplicación del juicio de proporcionalidad por parte del TJUE», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2016, 6 (2).
- LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, The Project Gutenberg Ebook, 2010.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E., «Las Recomendaciones Europeas a los mercados de trabajo: una huida del Derecho Social Europeo», en *Temas Laborales*, 2015, 131.
- LÓPEZ INSUA, B.M.; MONEREO PÉREZ, J.L., «Una política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 173.
- LUKES, S., URBINATI, N., *Condorcet. Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- LYON-CAEN, G., *Droit Social Européen*, Paris, Dalloz, 1969.

- LYON-CAEN, G, JEAMMAUD, A., *Derecho del trabajo, democracia y crisis en Europa Occidental y en América*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- LYON-CAEN, G, *Les relations de travail internationales*, Paris, Editions Liaisons, 1991
- LYON-CAEN, G., «Informe de síntesis», en *Empresa y Derecho Social* (VV. AA., Coord. Marzal, A.), J. M. Bosch editor, 2001.
- LYOTARD, D., MILNER, J.C., SFEZ, G., *Jean-Francois Lyotard. El ejercicio de la diferencia*, México, Taurus, 2003.
- MACCORMICK, N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2016.
- MADISON, J., *National Gazette, February 6, 1792*, National Archives. *Online access*. Disponible en <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-14-02-0203>. Consultado: 3/11/2016.
- MAINE, H. S., *Ancient Law*, London, Everyman's Library, 1917.
- MALILLA, M. J., FRAX, E., *Libertad de industria y comercio. El derecho de propiedad en Derechos y Constitución* (Ed. R. Flaquer Montequi), Madrid, Marcial Pons, 1999.
- MARCHAL ESCALONA, N, «Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿Son contrarias al Derecho comunitario?», en *Bitácora Millennium DIPr*, Num 3.º/2016.
- MARCHAL ESCALONA, N, «El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 23, N.º 62, 2019.
- MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- MARTÍN VALVERDE, A., *Prólogo* en Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, La Coruña, Netbiblo, 2012.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, La Coruña, Netbiblo, 2006.

- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., *Derecho Crítico del Trabajo*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2016
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Coruña, Netbiblo, 2007.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El despido en los Estados Unidos e Inglaterra en Estudios sobre el despido disciplinario* (coord. Carmona Pozas, F.), Madrid, ACARL, 1992.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana*, Actualidad Laboral, 1992, tomo 3.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, La Coruña, Netbiblo, 2012.
- MARTINET, GILLES, *Siete sindicalismos; Gran Bretaña, R.F.A., Suecia, Italia, Francia, Estados Unidos, Japón*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.
- MARX, C., ENGELS, F., *Manifiesto Comunista* (1848), elaleph.com, 2000.
- MARX, K., *Trabajo asalariado y capital* (1849), Neue Rheinische Zeitung Organ der Demokratie,. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/49-trab2.htm>. Consultado: 5/10/2017.
- MARX, K., *The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte* (1852), Marxist archives. *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/download/pdf/18th-Brumaire.pdf>, 13/10/2017. Consultado: 2/10/2017.
- MARX, K., *A Abraham Lincoln, presidente de los Estados Unidos de América* (escrita entre el 22 y el 29 de noviembre de 1864), Marxists archives, *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/1864lincoln.htm>. Consultado: 3/10/2017.
- MARX, K., *El Capital. Crítica de la Economía Política* (1887), vol. III, Marxist archives, *Online access*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/eccx86s.htm>. Consultado: 3/10/2017.
- MARZAL, A., «Prólogo», en *Empresa y Derecho Social* (VV. AA., Coord. Marzal, A.), Barcelona, J. M. Bosch editor, 2001

- MARZAL, A., *Empresa y democracia económica*, Barcelona, Argot, 1991
- MARZAL, T., «La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé», en *Archives de philosophie du droit*, 2015, Tome 58.
- MARZAL, T., «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades COMUNITARIAS», en *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social* (VV. AA, coord. Gutiérrez Velasco, I.), Tirant lo Blanch, 2017
- MASON, A.T., « Mr. Justice Brandeis and the Constitution», en *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 80, 6
- MATE, R., «Benjamin o el primado de la política sobre la historia», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, 1991, 4.
- MATE, R., «Sobre la fuerza subversiva del traperero», en *Revista anthropos: Huellas del conocimiento*, 2009, 225
- MATE, R., «Sobre la actualidad política de Walter Benjamin», en *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 2010, 2
- MEKKI, M., *Le contrat: entre liberté et solidarité*, Paris, Séminaire au Collège de France, 2016. *Online access*.
- MERRITT, W. G., «Summation for the plaintiffs in the Danbury Hatters Case», en Hicks, F. (editor), *Famous American Jury Speeches*, St. Paul, West Publishing Company, 1925.
- METZ, J. B., *La fe, en la historia y la sociedad*, Madrid, Cristiandad, 1979.
- MICHELET, J., *Histoire de la Révolution française*, Paris, C. Marpon et E. Flammarion, 1879.
- MICKLITZ, H-W, *Introduction* en *The many concepts of social justice in European Private Law* (Ed. H. Micklitz), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- MIDDEKE, M., WALD, C., *The Literature of Melancholia*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.
- MIRANDA BOTO, J. M., «La sentencia Fonnship o el extraño incidente del perro por la noche», en *Revista de Información Laboral*, 2014, 10.
- MIRANDA BOTO, J.M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores en*

El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea presente y futuro (Coord. Fotinopoulou Basurko, O.), Barcelona, Atelier, 2017.

— MOLINA NAVARRETE, C., *Ideología y “neo-lenguaje” en el nuevo estatuto productivista del trabajo: “orden público económico” legal versus “orden público social” constitucional en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico* (coord., Garrido Pérez, E.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013.

— MONEREO PÉREZ, J. L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1994.

— MONEREO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1996.

— MONEREO PÉREZ, J.L., «El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, 160.

— MONEREO PÉREZ, J.L.; LÓPEZ INSUA, B.M, « La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 177.

— MONEREO PÉREZ, J. L., *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

— MONEREO PÉREZ, J. L., «La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2018, 8(1).

— MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.; DE VAL TENA, A.L. (Dir.): *El trabajo decente* (VV. AA.), Granada, Comares, 2018.

— MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1975.

— MONTESQUIEU, *L’esprit des lois* (1748), Paris, Classiques Garnier, 2011.

— MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Madrid, Editorial Civitas, 1992.

— MONTOYA MELGAR, A., «*El Reformismo Social en los orígenes del Derecho del Trabajo*», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º extra 1, 2003.

- MONTOYA MELGAR, A., «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea» en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a MANUEL ALONSO OLEA* (VV. AA.), Madrid, Civitas, 2003.
- MONTOYA MELGAR, A., «El derecho del trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres» en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española* (Coords. Casas Baamonde, M.E.-Durán López, F.-Cruz Villalón, J.), Madrid, La Ley, 2006.
- MOOERS, C., *The Making of Bourgeois Europe: Absolutism, Revolution, and the Rise of Capitalism in England, France and Germany*, London, Verso, 1991.
- MOORE, G., *Fichte: Adresses to the German Nation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MOREAU, P.-F., *Spinoza et l'autorité d'un modèle: l'état des hébreux*, Lyon, ENS Éditions, 2005.
- MORET, S., *El problema social agrario en España*, Madrid, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1904.
- MOUNK, Y., STEFAN FOA, R., «The Signs of Democratic Deconsolidation», en *Journal of Democracy*, 2016, 27(3).
- MURENZI, S., *La cohérence dans le raisonnement des juges européens»* en «*Le juge en droit européen et international* (Dir. S. Besson et A. Ziegler), Zurich, LGDJ éditions et Schulthess éditions romandes, 2013.
- NAIRN, T., «The Modern Janus», en *New Left Review*, 1975, 94.
- NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- NIVARD, C., «Un destin divergent : les relations entre l'Union européenne et la Charte sociale européenne», en *Revue de l'Union européenne*, 2016, 600.
- OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2010.
- OJEDA AVILÉS, A., *Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico* (coord., Garrido Pérez, E.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013.
- OJEDA AVILÉS, A., «Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2014 2(1).

- OJEDA AVILÉS, A., «Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios», en Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, 2018, 43-44.
- OST, F., *Mondialiser nos responsabilités: transmettre un milieu habitable*, Paris, Colloque, Collège de France, 2017. *Online access*. Disponible en: <https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/symposium-2017-06-12-10h00.htm>. Consultado: 17/09/2017
- OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications Fac St Louis, 2002.
- PAINE, T., *Les Droits de l'homme*, Paris, Belin, 1987.
- PALACIO LIS, I., RUÍZ RODRIGO, C., *Asistencia social y educación. Documentos y textos comentados para una Historia de la educación social en España*, Valencia, Universitat de Valencia, 1996.
- PALEY, W., *Natural Theology Or, Evidences of the Existence and Attributes of the Deity, Collected from the Appearances of Nature*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- PALMER, R. R., *The Age of the Democratic Revolution*, New Jersey, Princeton University Press, 1959.
- PALOMEQUE, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Madrid, Akal, 1984.
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derecho del trabajo e ideología*, 3ª ed. rev., Madrid, Tecnos, 1987.
- PANIZZA, R., *El tratado de Lisboa*, Fichas técnicas, Parlamento Europeo, 5/2018, Europarl, *Online access*. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf, Consultado: 5/7/2018:
- PELISSIER J., LYON-CAEN, A., DOCKES, E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 2004.
- PELISSIER J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2006.
- PÉREZ BOTIJA, E., *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1942.
- PERKINS, D., *The new age of Franklin Roosevelt 1932-1945*, Chicago, The University of Chicago Press, 1957.

- PESCATORE, P., *Introduction à la science du droit*, Luxemburgo, Office des imprimés de l'État, 1960.
- PESCATORE, P., *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Bruselas, Ed. Bruylant, 2006 (Réimpression de l'ouvrage publié en 1975).
- PESCATORE, P., *The Law of Integration*, Leiden, Ed. Sijthoff, 1974.
- PETERSMANN, E-U., *Constitutional Justice and the perennial task of "constitutionalizing" law and society through "participatory justice"* en *The many concepts of social justice in European Private Law* (Ed. H. Micklitz), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- PI Y MARGALL, F., *Comunicado sobre la reducción de las horas de trabajo (1873)*, Página oficial de la Generalitat de Cataluña. *Online access*. Disponible en: <http://www.xtec.cat/~jrovira6/restau11/pihoras.htm>, Consultado: 18/1/2018
- PORTA, J., «Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?», en *Montesquieu Law Review*, 2015, Issue 3, Octubre.
- PORTALIS, J.-É.-M., *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014.
- POST, R. C., *Mr. Taft becomes Chief Justice*, *University of Cincinnati Law Review* 76, 2008, p. 785.
- POUND, R., «Liberty of contract», *Yale Law Journal*, 1909, 18.
- POUND, R., «Mechanical Jurisprudence», *Columbia Law Review*, 1908, 8.
- POUND, R., *Interpretations of Legal History*, Cambridge Studies in English Legal History, 1923.
- POUND, R., *Jurisprudence*, West Publishing Co., 1959. Vol. I.
- POUND, R., *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Cambridge Studies in English Legal History, 1923.
- POUND, R., «Justice according to law», en *Columbia Law Review*, 13(8), 1913.
- POWELL, T. R., «The Judiciality of Minimum-Wage Legislation», en *Harvard Law Review*, 37(5), 1924.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- RAMOS VÁZQUEZ, I., *El contrato de arrendamiento de obras y servicios en La codificación civil francesa y española en Derecho y Trabajo en el siglo XIX* (coord. Ramos Vázquez, I.), Madrid, Dykinson, 2017.

- RASULOV, A., *The empty circularity of the indirect expropriation doctrine: what international investment law can learn from american legal realism* en *Research Handbook on Political Economy and Law* (Eds. Ugo Mattei and John Haskell), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015.
- RICARDO, D., *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Kitchener, Batoche Books, 2001.
- RIFKIN, J., *The end of work*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1995.
- RIVERO LAMAS, J., *El Derecho Común del Trabajo en España*, Zaragoza, Cuadernos del Seminario de Derecho del Trabajo, n.º 1 (UNIZAR), 1970.
- RIVERO LAMAS, J., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Zaragoza, Editorial Libros Pórtico, 1977.
- ROBESPIERRE, M., *Discours à l'Assemblée nationale, 5 novembre 1792*. Internet archives. *Online access*. Disponible en : <http://archive.org/stream/discoursparmaxim29887gut/pg29887.txt>, Consultado: 11/1/2018.
- ROBESPIERRE, M., *Discours sur le jugement de Louis XVI (1ère intervention) prononcé à la tribune de la Convention le 28 décembre 1792*, Paris, L'institut d'histoire de la Révolution Française, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. *Online acces*. Disponible en: <https://ihrf.univ-paris1.fr/enseignement/outils-et-materiaux-pedagogiques/textes-et-sources-sur-la-revolution-francaise/proces-du-roi-discours-de-robespierre/>, Consultado: 9/1/2018
- ROBESPIERRE, M., *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, Paris, Société des études robespierristes, 2011.
- ROCHE, J.P., «Entrepreneurial Liberty and the Fourteenth Amendment», en *The American Scene. Varieties of American History. Volume Two* (ed. Marcus, R.D. and Burner, D.), New York, Appleton-Century-Crofts, 1971
- RODRÍGUEZ ENNES, L., «El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la “locatio conductio operarum et operis” como consecuencia de la presente depresión económica», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, 1998, 12.

- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La huida del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, 1992, 12.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La nueva dimensión del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, 2002, 7.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Relaciones Laborales*, 2014, 10.
- ROJO TORRECILLA, E., «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo », en *Relaciones Laborales*, 1997, 18.
- ROMANO, M. A., «Summation for the people in the O’Shea Conspiracy Case», en Hicks, F. (editor), *Famous American Jury Speeches*, St. Paul, West Publishing Company, 1925.
- ROOSEVELT, F. D., *Inaugural Address March 4, 1933*, The American Presidency Project. *Online access*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15360>. Consultado: 16/10/2018
- ROOSEVELT, F. D., *Message to Congress on the Reorganization of the Judicial Branch of the Government, February 5, 1937*, The American Presidency Project. *Online access*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15360>. Consultado: 16/12/2016.
- ROOSEVELT, F. D., *Fireside Chat. 9 de marzo 1937*, The American Presidency Project. *Online access*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=15381>, Consultado: 11/12/2016.
- ROSANVALLON, P., «Les corps intermédiaires et la question du jacobinisme», en *Constructif*, 30, 2011.
- ROSEN, P. L., *The Supreme Court and social science*, Urbana, University of Illinois Press, 1972.
- ROSENBERG, H., «The Armory Show: Revolution Reenacted», en *The New Yorker*, 1963.
- ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social ou Principes du droit politique* (1762), Québec, Classiques des sciences sociales, 2002.
- ROUSSEAU, J.-J., *Émile ou de l’Éducation* (1762), Paris, Éditions Flammarion, 2009.

- RUIZ DE GRIJALBA, A., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, Madrid, Imprenta del Hospital de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1902.
- RUZ, O. M., ROSOLINO, G., y SCHICKENDANTZ, C., «La fuerza subversiva del sufrimiento evocado. Recepción de Walter Benjamin en la teología de Johann Baptist Metz», en *Revista Teología*, n° 100, diciembre 2009.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.; DE LA VILLA GIL, E., *El Derecho del trabajo a mis 80 años*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Derecho del Trabajo, ¿víctima o culpable?», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 196.
- SALCEDO BELTRÁN, C., «Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba (A propósito de la SJS n.º 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013)», en *Revista de Derecho Social*, 2013, 64.
- SALCEDO BELTRÁN, C., «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», en *Trabajo y Derecho*, 13, 2016.
- SANGUINETI, W., «El Derecho del Trabajo como categoría histórica», en *Mercados y organización del trabajo en España (siglos XIX y XX)* (Ed. Arenas Posadas, C., Florencio Puntas, A., Martínez Ruiz, J.I.), Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998.
- SCHARPF, F.W., «The asymmetry of European integration or why the EU cannot be a “social market economy”», en *KFG Working Paper*, n° 6, 2009.
- SCHWARTZ, B., *The way we think about work is broken*, TED, 2014.
- SCRUTTON, E.T., «The Work of the Commercial Courts», en *The Cambridge Law Journal*, 1(1), 1921.
- SEIKEL, D., *Activation Into In-Work Poverty?*, Social Europe, 1 de septiembre de 2017. *Online access*. Disponible en: <https://www.socialeurope.eu/activation-work-poverty>. Consultado: 12/12/2017
- SHAPIRO, M., *Chief Justice Rehnquist and the Future of the Supreme Court en An essential Safeguard: Essays on the United States*, Westport, Greenwood Press, 1991.
- SIEYES, E. J. (Abbé), *Qu'est-ce que le Tiers-État précédé de L'Essai sur les privilèges*, Paris, Alexandre Correard Libraire, 1822.
- SINCLAIR, R. K., *Democracy and Participation in Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

- SINZHEIMER, H., «La esencia del Derecho del Trabajo» (1927), en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, 1984.
- SINZHEIMER, H., «El hombre en el Derecho del Trabajo (1930)», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, 1984.
- SINZHEIMER, H., *Le problème des sources du Droit Positif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, Titivillus, 2015. Online access. Disponible en: <http://ceiphistorica.com/wp-content/uploads/2016/04/Smith-Adam-La-Riqueza-de-las-Naciones.pdf>. Consultado: 20/3/2018
- SPENCER, H., *Social statics, or the conditions essential to human happiness specified and the first of them developed* (1850), Farnborough, Gregg International Publishers, 1970.
- SPENCER, H., *Les premiers principes* (1862), Paris, Felix Alcan, 1897.
- SPINOZA, B., *Tratado Teológico-Político*, Madrid, Tecnos, 1996.
- STEPHENSON, G., «Introduction: The Supreme Court in American Government», en D. Grier Stephenson (editor), *An Essential Safeguard. Essays on the United States Supreme Court and its Justices*, Westport, Greenwood Press, 1991.
- STORRS, L. R. Y., *Civilizing Capitalism, The National Consumers' League, Women's Activism, and Labor Standards in the New Deal Era*, The University of North Carolina Press, 2003.
- SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- SUPIOT, A., «Un faux dilemme: la loi ou le contrat?», en *Droit Social*, n.º 1, Janvier 2003
- SUPIOT, A., «Les Europes possibles», en *Esprit*, 2009/1 (Janvier), 2009.
- SUPIOT, A., *El Espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Península, 2011.
- SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres; Cours ou Collège de France 2012-2014*, Paris, Fayard. Poids et mesures du monde, 2015
- SUPIOT, A., *La pensée juridique de Simone Weil en Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* (Ed. Isabelle Schömann), Bruselas, ETUI, 2011.

- SUPIOT, A., «L'idée de justice sociale», en *Cahiers européens n.º 4*, IREDIES, Paris 1, Pédone, 2013
- SUPIOT, A., «La pobreza bajo el prisma del Derecho», en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2014, 20.
- SUPIOT, A., «Ni assurance ni charité, la solidarité», en *Le Monde Diplomatique*, Novembre 2014.
- SUPIOT, A., «Pourquoi un droit du travail?», en *Montesquieu Law Review*, 2015, Issue 3, Octubre.
- SUPIOT, A., «Qui garde les gardiens? La guerre du dernier mot en droit social européen», en *Semaine Sociale Lamy*, n.º 1746, 2016.
- SUPIOT, A., «Et si l'on refondait le droit du travail...», en *Le Monde Diplomatique*, Octobre 2017.
- SUPIOT, A., *Introduction. Mondialisation vs. Globalisation: les leçons de Simone Weil*, Colloque, Collège de France, 12 de junio de 2017. *Online access* <https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/symposium-2017-06-12-09h00.htm>
Consultado: 20/10/2017
- TAWNEY, R. H., *Equality* (1931), London, George Allen & Unwin Ltd., 1952.
- THAYER, J. B., «Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 1893, 7(3).
- THOMPSON, E. P., *The Making of the English Working Class*, New York, Vintage Books, 1963.
- TOYNBEE, A., *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*, London, Longmans, Green and Co., 1908.
- TOYNBEE, A.J., *A Study of History*, Oxford, Oxford University Press, 1934.
- TREVIÑO PASCUAL, M., *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2016.
- TREVIÑO PASCUAL, M., *Notas sobre el Derecho Social europeo*, no publicado, 2016.
- TREVIÑO PASCUAL, M., *Concepto y causas de despido colectivo en el sector público*, Granada, Editorial Comares, 2017.
- TROTSKY, L., *La revolución traicionada. ¿Qué es y adónde va la URSS?*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2001.

- TUGWELL, R. G., *The democratic Roosevelt. A biography of Frankin D. Roosevelt*, New York, Doubleday & Company, 1957.
- TUNC, A., *El Derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Oikos-tau, 1971.
- URRUITIKOETXEA BARRUTIA, M., «El preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación», en *Revista de Derecho Social*, 57, 2012.
- VARGAS LLOSA, M., «Un héroe de nuestro tiempo», en Berlin, I., *El erizo y la zorra*, Barcelona, Muchnik Editores, 1988.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016
- VENEZIANI B., *La Corte di Giustizia ed il cavallo di Troia*, en *Scritti in onore di E. Ghera* (VV. AA.), vol. II, Bari, Cacucci, 2008.
- VERA, J., *El Partido Socialista Obrero ante la Comisión de Reformas Sociales. Informe escrito por el Doctor Jaime Vera López por encargo de la Agrupación de Madrid*, Madrid, Gráfica Socialista, 1928.
- VIRILIO, P., *Vitesse et politique. Essai de dromologie*, Paris, Galilée, 1977.
- VOLTES, P., *Bismarck*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.
- VON IHERING, R., *La lucha por el derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1985.
- WARREN, C., *The Supreme Court in the United States History*, Boston, Little, Brown and Company, 1922.
- WARREN, C., *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Boston, Little, Brown and Company, 1925.
- WARREN, C., *The Constitution and The Supreme Court*, Boston, Little, Brown and Company, 1930.
- WARREN, S. D., BRANDEIS, L. D., «The Right to Privacy», en *Harvard Law Review*, 4(5), 1890.
- WASHINGTON, G., *The George Washington Papers*, The Library of Congress. *Online access*. Disponible en: <https://www.loc.gov/collections/george-washington-papers/about-this-collection/>. Consultado: 24/11/2017
- WEIL, S., *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale* (1934), Paris, Éditions Gallimard, 1955.
- WEIL, S., *La pesanteur et la grâce* (1942), Paris, Librairie Plon, 1947.

- WEIL, S., «The First Condition for the Work of a Free Person» (1942) en Weil, S. (editor), *Late Philosophical Writings*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2015.
- WEIL, S., «A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français (1943)», en *Ecrits historiques et Politiques*, Paris, Gallimard, 1960.
- WEIL, S., *Écrits de Londres* (1943), Paris, Gallimard, 1957.
- WEIL, S., *L'enracinement* (1943), Paris, Gallimard, 1990.
- WEIL, S., *The Iliad, or the Poem of Force: A critical edition*, New York, Peter Lang, 2003.
- WEISS, M., SCHMIDT, M., *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Alphen aan den Rijn. Kluwer Law International, 2008.
- WELLMER, A., *Conditions d'une culture démocratique. À propos du débat entre libéraux et communautariens* en *Libéraux et communautariens* (coord. Bertin, André; Da Silveira, Pablo; Pourtois, Hervé), Paris, P.U.F, 1997.
- WHEARE, K. C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Nueva Colección Labor, 1971.
- WHITE, G. E., *Introduction* en Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge (MA), John Harvard Library, 2009.
- WHITE, G. E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- WOLOCH, N., *A Class by Herself: Protective Laws for Women Workers, 1890s–1990s.*, New Jersey, Princeton University Press, 2015
- WORMS, F., «Simone Weil, Albert Camus, le siècle et nous», en *Esprit*, 2012/8 (Août/septembre), 2012.
- ZAHN R., *The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement*, Web Journal of Current Legal Issues 3 (2008), *Online access*. Disponible: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2008/issue3/zahn3.html> Consultado: 28/3/2017.
- ZAMORA, J.A., «Solidaridad anamnética versus evolución social», en *Conciencia Social*, n.º 18 (2014),
- ZWEIG, S., *Momentos estelares de la humanidad*, Barcelona, Acantilado, 2002.
- «Minimum Wage», en *Monthly Labor Review of the U.S. Bureau of Labor Statistics*, 37, 1933,

VIII. ANEXOS

1. LEGISLACIÓN

1.1 Legislación española

Ley

- Ley de 18 de marzo de 1812: Constitución Política de la Monarquía Española.
- Ley de 24 de julio de 1873: Condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas.
- Ley de 30 de junio de 1876: Constitución de la Monarquía Española.
- Ley de 26 de julio de 1878: Trabajos peligrosos para los niños.
- Ley de 15 de junio de 1880: Reuniones públicas.
- Ley de 30 de junio de 1887: Asociaciones.
- Ley de 13 de marzo de 1900: Condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños.
- Ley de 30 de enero de 1900: Accidentes de trabajo.
- Ley de 12 de agosto de 1904: Protección a la infancia.
- Ley de 12 de julio de 1906: Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre inembargabilidad del salario.
- Ley de 27 de febrero de 1908: Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión.
- Ley de 27 de diciembre de 1910: Jornada máxima de trabajo en las minas.
- Ley de 27 de febrero de 1912: Obligación de tener dispuesto un asiento para las mujeres empleadas.
- Ley de 11 de julio de 1912: Prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas.
- Ley de 4 de julio de 1918: Jornada mercantil.

Decreto-Ley

- Decreto del 21 de junio de 1848, que excluía a los obreros solteros de los talleres nacionales.

- Decreto de 10 de enero de 1874: Disolución de las sociedades o reuniones políticas en las que se conspire.

Real Decreto

- RD de 5 de diciembre de 1883: Creación de la Comisión de Reformas Sociales.
- RD de 11 de junio de 1886: Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas.
- RD de 11 de enero de 1887: Creación de un asilo para inválidos del trabajo.
- RD de 15 de julio de 1897: Reglamento de policía minera.
- RD de 1 de agosto de 1900: Reforma de la Facultad de Derecho.
- RD de 13 de noviembre de 1900: Reglamento para la aplicación de la Ley de 13 de marzo.
- RD de 28 de julio de 1900, Reglamento para la aplicación de la Ley de Accidentes del trabajo.
- RD de 26 de junio de 1902: Jornada de trabajo de las mujeres y los niños.
- RD de 23 de abril de 1903: Creación del Instituto de Reformas Sociales.
- RD de 8 de julio de 1903: Reglamento de incapacidades derivadas de accidentes de trabajo
- RD de 25 de enero de 1908: Industrias y trabajos que se prohíben total o parcialmente a los niños y las mujeres menores de edad.
- RD de 29 de febrero de 1912: Reglamento Provisional de la Ley de 27 de diciembre de 1910 sobre jornada máxima en las minas
- RD de 24 de agosto de 1913: Jornada máxima de trabajo y remuneración a destajo en la industria textil.
- RD de 15 de marzo de 1919: Jornada máxima de ocho horas para los oficios del ramo de construcción.
- RD de 3 de abril de 1919: Jornada máxima legal en todos los trabajos.

Decreto

- Decreto CCLXII de 8 de junio de 1813: Sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil.
- Decreto Ley de 29 de diciembre de 1868: Bases Generales para la nueva legislación de minas.

Real Orden

- RO de 8 de noviembre de 1884 para recordar a los gobernadores que vigilasen «con el más exquisito celo el cumplimiento de aquella».
- RO de 6 de abril 1892: Cumplimiento de la Ley de Asociaciones, especialmente referida a las asociaciones obreras.
- RO de 11 de marzo de 1902: Jornada de trabajo en los establecimientos de la Hacienda Pública.

Otros

- Bando del Capitán General de Barcelona de 9 de junio de 1854: Bases para la regulación del trabajo en el interior de las fábricas, Diario de Barcelona de 12 de junio
- Circular de 31 de marzo de 1892 de la Fiscalía del Tribunal Supremo: Sobre la actividad de las asociaciones anarquistas, Gaceta de 3 de abril
- Circular de 22 de febrero de 1893 de la Fiscalía del Tribunal Supremo
- Dictamen de 29 de febrero de 1872 del Partido Republicano Federal
- Exposición del Real Decreto de 1 de agosto de 1900

1.2 Legislación americana

- Arbitration Act, Act of October 1, 1888, 25 Stat., 501.
- Sherman Antitrust Act, July 2, 1890, 26 Stat. 209
- Erdman Act, Act of Congress of June 1, 1898, 30 Stat. 424, c. 370.
- Gold Standard Act, March 14, 1900, 31 Stat. 45
- Act of the State of Oregon, February 19, 1903
- Statute of the State of Washington (Laws, 1913, c. 174; Remington's Rev. Stats., 1932, § 7623 et seq.)
- Clayton Antitrust Act, October 15 1914, 38 Stat. 730
- Keating-Owen Child Labor Act of 1916, 39 Stat. 675.
- Minimum Wage Act of Sept.19, 1918, c. 174, 40 Stat. 960.
- Norris-LaGuardia Act: Act of March 23, 1932, 47 Stat. 70.
- Agricultural Adjustment Act, May 12, 1933, 48 Stat. 31.

- National Industrial Recovery Act, June 16, 1933, 48 Stat. 195
- Wagner Act/NLRA, National Labor Relations Act of 1935, 49 Stat. 449
- New York Unemployment Compensation Act (1935), Laws of 1935, ch. 468; Labor Law, art. 18; Cons. Laws, ch. 31.

2. SENTENCIAS

2.1 Casos americanos

- *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)
- *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819)
- *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819)
- *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833)
- *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)
- *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872)
- *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876)
- *Payne v. Western & Atlantic R.R. Co.* (1884), Tenn., vol. 81
- *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884), *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1885)
- *In re Jacobs*, 98 N.Y. 98 (1885)
- *San Mateo County v. Southern Pacific R. Co.*, 116 U.S. 138 (1885)
- *Stone and others v. Farmers' Loan & Trust Co.; Same v. Illinois Cent. R. Co.*, 116 U.S. 307 (1886)
- *Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U.S. 394 (1886)
- *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890)
- *Ritchie v. People*, 40 N.E. 453 (Ill. 1895)
- *Vegeahn v. Guntner*, 167 Mass. 92 (1896)
- *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897)
- *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897)
- *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898)

- Paul J. Plant & others v. Henry K. Woods & others 176 Mass (1900)
- Otis v. Parker, 187 U.S. 606 (1903)
- Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904)
- Missouri, Kansas & Texas Ry. Co. v. May, 194 U.S. 267 (1904)
- Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
- Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908)
- Loewe v. Lawlor, 208 U.S. 274 (1908)
- Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)
- Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)
- Gompers vs.v. Bucks Stove & Range Co., 221 U.S. 418 (1911)
- United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911)
- Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911)
- Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914)
- Lawlor v. Loewe, 235 U.S. 522 (1915)
- Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915)
- Rast v. Van Deman & Lewis Co., 240 U.S. 342 (1916)
- Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426 (1917)
- Stettler v. O’Hara, 243 U.S. 629 (1917)
- Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918)
- Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)
- State of Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)
- American Steel Foundries v. Tri-City Trades Council, 257 U.S. 184 (1921)
- United States v. Moreland, 258 U.S. 433, 434 (1922)
- Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U.S. 443 (1921)
- Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312 (1921)
- Prudential Ins. Co. v. Cheek, 259 U.S. 530 (1922)
- United Mine Workers v. Coronado Coal Co., 259 U.S. 344 (1922)
- Adkins v. Children's Hosp. 261 U.S. 525 (1923)
- Murphy v. Sardell, 269 U. S. 530 (1925)
- Coronado Coal Co. v. United Mine Workers, 268 U.S. 295 (1925).
- Donham v. West-Nelson Mfg. Co., 273 U. S. 657. (1927)
- Ribnik v. McBride, 277 U.S. 350 (1928)

- New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932)
- Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934)
- Panama Refining Co. v. Ryan 293 U.S. 388 (1935)
- Humphrey's Executor v. United States, 295 U.S. 602 (1935)
- Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford, 295 U.S. 555 (1935)
- L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935)
- Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co. 295 U.S. 330 (1935)
- Chamberlain v. Andrews, 299 U.S. 515 (1936)
- United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936)
- Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936)
- West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)
- NLBR v. Friedman-Harry Marks Clothing Co., 301 U.S. 58 (1937)
- NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937)
- United States v. Darby, 312 U.S. 100 (1941).
- Hunt v. Crumboch, 325 U.S. 821 (1945)
- Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974)
- Denny v. Bennett, 128 U. S. 489 (1888)
- Martin v. Wilks, 490 U.S. 755 (1989)

2.2 Casos europeos

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1961, Comisión de la Comunidad Económica Europea contra Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica, Asuntos 2/62 y 3/62.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 1961, Comisión de la Comunidad Económica Europea contra República Italiana, Asunto 7/61.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Nederlandse Administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa), Asunto 26/62.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Asunto 6-64.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Asunto 11-70.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, Comisión de la Comunidad Económica Europea contra Consejo de las Comunidades Europeas, Asunto 22/70.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1971, asunto 80/70, Gabrielle Defrenne y État Belge.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Gabrielle Defrenne y Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1978, asunto 149/77, Gabrielle Defrenne y Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda Del Norte, C-382/92.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96, Albany International BV V. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge vs. Republik Österreich.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, y otros.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008, C-346/06, Dirk Rüffert, que actúa como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG y Land Niedersachsen.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard y Newcastle UFC*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, *Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2014, asunto C-206/13, *Cruciano Siragusa contra Regione Sicilia-Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2014, asunto C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos vs. Korota SA, Fondo de Garantía Salarial.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, *Fonnsnip A/S contra Svenska Transportarbetareförbundet y Facket för Service och Kommunikation (SEKO) y Svenska Transportarbetareförbundet contra Fonnsnip A/S.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014, asunto C-198/13, *Víctor Manuel Julián Hernández y otros/Puntal Arquitectura S.L. y otros.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, *entre Bundesdruckerei GmbH y Stadt Dortmund.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2015, C-80/2014, . *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW), B. Wilson y WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd, Secretary of State for Business, Innovation and Skills.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2015, C-182/2013, *Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.*
- Sentencia del Tribunal De Justicia de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, *entre RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz, con intervención de PostCon Deutschland GmbH, Deutsche Post AG.*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) e Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*

