

ARTÍCULOS

La prestación por nacimiento y cuidado de hijo en los hogares monoparentales

Florentino Eguaras Mendiri

Magistrado TSJ del País Vasco, Sala Social

0. Aproximación

El seis de octubre de 2020 se dictó por el Tribunal de Justicia del País Vasco sentencia en el recurso de suplicación 941/2020, de esta sentencia fui yo, quien escribe este artículo, el ponente. En esta sentencia declaramos el derecho de una madre trabajadora a que acumulase en su persona doblemente la prestación por nacimiento y cuidado de hijo regulada en el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social. El tema consistía, básicamente, en que el precepto referido contemplaba una prestación de 16 semana para la madre biológica posteriores al parto, y el mismo periodo para el otro progenitor. La beneficiaria instó del Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación, y este se la reconoció por el periodo de dieciséis semanas, pero la madre, progenitora de un hogar monoparental, reclamó disfrutar además la prestación por el tiempo que al otro progenitor le hubiese correspondido si se integrase en un hogar biparental y no monoparental, como era el caso.

La Sala a la que pertenezco estudio el asunto y dictaminó el derecho de la demandante a acumular en su persona el tiempo que hubiese correspondido conjuntamente a los dos progenitores en un hogar biparental.

No nos vamos a detener en las razones que entonces esgrimimos, y que se apoyaban en la aplicación de la normativa de protección de los menores, y el principio de igualdad y no discriminación del niño y la madre. Comentaremos que esta sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal, en recurso de casación para unificación de doctrina, y que este dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2023, recurso 3972/2020,

estimatoria del recurso. Por la peculiaridad de este tipo de recurso instrumentalizado por el Ministerio Fiscal nuestro fallo permaneció respecto a la beneficiaria, pero la doctrina que nosotros ofertábamos se revocó. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencia el 6 de noviembre de 2024, 140/2024, declarando inconstitucional, en lo que ahora nos interesa, el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social, viniendo a avalar el criterio que nosotros habíamos expuesto en nuestra sentencia de 6 de octubre de 2020 sobre el derecho de la progenitora de un hogar monoparental a acumular la doble prestación que hubiese correspondido en un hogar biparental.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo se enfrentó con el mismo problema del derecho de la madre en hogares monoparentales y en sentencia de 15 de octubre de 2024, recurso de casación 5372/2022, reconoció el derecho de acumulación en la madre biológica para ampliar el permiso de maternidad con otras semanas a las ya disfrutadas, como si se tratase de un hogar biparental y no monoparental.

No voy a analizar ni las razones ni los argumentos de cada una de las sentencias judiciales que he referido. Es evidente que al final nuestros razonamientos han sido avalados y que lo que nosotros dijimos en un principio era acertado. Pero en lo que si me voy a detener es en la transcendencia que la resolución del caso ha supuesto en orden al ejercicio de la actividad judicial.

En concreto, lo que me ha llevado a elaborar este comentario es una cita que realizaba el incansable, didáctico, docente y siempre sugerente Eduardo Rojo Torrecilla en su más que conocido blog. En su entrada sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2024, 140/2024, hacía referencia a un artículo de Juan B. Vivero titulado “El difícil oficio de laboralista en tiempo de activismo judicial. Las familias monoparentales como ejemplo”.

Ya que yo había sido el ponente de la primera sentencia que había declarado el derecho a la acumulación en un progenitor de hogar monoparental de los dos permisos que se otorgan en los hogares biparentales, me sentí atraído a leer lo que este autor, Sr. Vivero, había escrito.

1. “El difícil oficio de laboralista en tiempo de activismo judicial. Las familias monoparentales como ejemplo”

Paso a resumir, esquemáticamente, lo que sostiene el artículo que sirve de base a nuestro comentario. El Sr. Vivero Serrano considera que el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social recoge la prestación para la madre biológica y si hay otro progenitor, a este también se le otorga, pero en un hogar monoparental se cumple la prestación y la ley con otorgarla una sola vez, en cuanto que el precepto referido nada dice sobre los hogares monoparentales pudiendo haberlo hecho. Por ello, y partiendo de esta base, considera que el conceder una prestación doble por nacimiento y cuidado de hijo a la progenitora de un hogar monoparental es un ejercicio de “activismo judicial”, que es la usurpación de las funciones legislativas por los jueces.

Y este elemento, que es el que le sirve de base para su comentario, se complementa con una consideración que gravita sobre toda su exposición, y es la de que a la comple-

alidad actual del derecho laboral se une otra nueva, que es la actitud de los jueces que con su activismo añaden un nuevo elemento de complicación a la labor del laboralista, generando inseguridad.

Dos cuestiones se abordan en el análisis del autor que estamos citando: 1ª, la complejidad actual del derecho laboral; y, 2ª, el incremento de esta con actitudes judiciales como la que ha dado lugar al reconocimiento de la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de hijo en hogares monoparentales, y que se tacha de “activismo judicial”.

A las dos aludiremos en los apartados siguientes.

2. Complejidad del derecho laboral

El derecho civil se encontró con lo que se llamaron las “paradojas del derecho laboral”. El derecho del trabajo nació entre la Primera y Segunda de las Revoluciones Industriales, y sus peculiaridades no fueron susceptibles de ser asimiladas por el derecho civil. Pronto se vio que el contrato de trabajo no encajaba con las *locatio operis* y *locatio conductio operarum*, que el contrato de arrendamiento era insuficiente para recoger las características de las prestaciones laborales.

Realidades como la huelga eran de difícil comprensión para la mentalidad civilista, acostumbrada al equilibrio y a la reciprocidad de las prestaciones – principio *do ut des*-. ¿Cómo era posible que un sujeto del contrato, el huelguista, pudiese dejar de cumplir su obligación/prestación de manera legítima y además compeler a la otra parte, el empresario, a que accediese mediante la presión a sus reivindicaciones? O, ¿cómo admitir la voluntad general que se plasma en los convenios colectivos si en el derecho privado es la autonomía individual el eje sobre el que gravita toda la contratación?, ¿cómo es posible que unos pocos sean capaces de regular las relaciones laborales de una universalidad de trabajadores y que queden afectados todos por el convenio colectivo?

Todas estas expresiones particulares del derecho dieron lugar a la rama jurídica del derecho laboral. Este se caracteriza por su riqueza, dinamismo, versatilidad y su capacidad expansiva; pero, además, por su universalidad. El movimiento obrero y el derecho que con su fuerza se ha creado rebasaba y desborda los límites estatocéntricos. El derecho del trabajo se apoya en los trabajadores, que son los que lo crean y estos pertenecen al mundo, son más que unidades autónomas e independientes. Por eso, lo primero que vamos a referir es que ante las alusiones de que una de las causas de la complejidad del derecho del trabajo son la pluralidad de instancias nacionales y supranacionales que se superponen cuando examinan los conflictos laborales -o mejor, los derechos de los trabajadores- diremos que ello es la consecuencia de su carácter universalista, sin fronteras, internacional. Esta peculiaridad del derecho del trabajo ha generado el que la microesfera laboral se afecte por los ámbitos macrolaborales, y las diversas instituciones que los contemplan y examinan. OIT, el Comité Europeo de Derechos Sociales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o la misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo español, entre otros, son el espejo de esa base plurinacional que es el derecho del trabajo.

Y, que así sea, es el reflejo de la riqueza y la connotación particular que posee el derecho del trabajo. No es que sea ello un elemento de complejidad que dificulte su conocimiento

y análisis, es que es una parte de su esencia. El nacimiento del derecho laboral no es de arriba abajo, es naturalmente inductivo, son los trabajadores quienes lo han creado y lo han diseñado para su propia protección. Que la llamada institucionalización del conflicto haya conducido a un tácito pacto entre empresas y trabajadores, para elaborar el derecho laboral, no le priva de que su impulso y contenido no lo generan ni el legislador ni los estudiosos/agentes del derecho, sino los mismos trabajadores.

Ninguna complicación anormal presenta el resbaladizo derecho laboral con su fuente peculiar – el Convenio Colectivo o las fórmulas que lo protegen y revitalizan- y con las instituciones creadas para su a veces “domesticación”, y otras su avance. Que las fuentes del derecho del trabajo nazcan y se fiscalicen en esferas superiores a las nacionales es lo propio de su naturaleza, nacimiento y consolidación. Ha hecho falta la unión del mundo laboral en todas las superficies locales para su elaboración y mantenimiento, por ello no debe extrañarnos que los Organismos internacionales se hayan constituido en agentes activos de su desarrollo e interpretación. La misma configuración dinámica de la negociación laboral lleva a su permanente cambio, donde los estatismos son una quimera inasumible por la realidad en la que se desarrolla el trabajo.

Pero no creemos que, de todas formas, sea posible confundir el derecho del trabajo -al que nos hemos referido- con el derecho de las prestaciones y los deberes de acción, y no de omisión, de la Administración en la gestión de aquellas. Las prestaciones nacen del marco proteccionista con el que se amparan las situaciones de necesidad apreciadas en las sociedades avanzadas, y generalmente democráticas. Si por complejidad del derecho entendemos que los criterios rígidos del conceptualismo administrativista no rigen en el sistema de protección de la asistencia social pública de cobertura de riesgos, entonces sí que existe complejidad en el derecho. El Derecho de la Seguridad Social no examina a las entidades gestoras y sus relaciones, sino que su foco es el sujeto receptor de la prestación. Y, por tal causa, las entidades gestoras son agentes de la materialización de las prestaciones, en las que no actúan como administraciones regladas sino como sujetos de atención y comprensión de las necesidades. Ello es consecuencia de que la normativa de Seguridad Social es el reflejo del Estado Social -art. 1 de la Constitución Española-. Que esto genera unos márgenes imprecisos de delimitación de las obligaciones del Estado frente a los beneficiarios es lo propio de aquellos lugares en los que, como en nuestra sociedad, se pretenden implementar los derechos fundamentales de la Segunda Generación.

Más que de actual complejidad o inseguridad de lo que debemos hablar es de viveza, dinamismo, vigor y salud del derecho del trabajo. Cuando ha habido quietismo, estatismo y seguridad lo que ha existido ha sido un pseudo derecho laboral, en el que su fuente creativa se ha restringido en su actuación.

3. Activismo judicial

Lo dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de marzo de 2023, recurso 3972/2020, cuando revocó la nuestra que concedía a la beneficiaria de un hogar monoparental la amplitud del permiso por nacimiento y cuidado de hijo, que la función de los jueces y tribunales “es la aplicación e interpretación de la norma pero no la creación del derecho ...(que) solo le corresponde al legislador”. Y, tal argumento le parece al autor que comen-

tamos acertado. Se apoya en esta consideración para indicar que el reconocimiento de la prestación que se efectuó por el Tribunal Supremo en su Sala Tercera es una invasión por parte de los jueces de las funciones del poder legislativo.

Desde el comienzo hemos sido conscientes de que nuestra sentencia del recurso de suplicación 941/2020, al reconocer la prestación por nacimiento y cuidado de menor doblemente en un hogar monoparental, era un antes y un después. Sentimos nuestra falta de humildad al decir esto, pero su transcendencia superaba el caso concreto. Sabíamos que la resolución que habíamos dictado escapaba de la concepción que mayoritariamente se tiene de la actividad judicial. Y, pronto, nuestras sospechas se confirmaron. La pluralidad de sentencias que en contra de estimar la prestación en situaciones monoparentales se dictaron por los órganos judiciales, nos mostraron la reticencia de estos de asumir una actividad que pudiese ser capaz de analizar la ley con una perspectiva más amplia de la que normalmente se utiliza. También, la multiplicidad de comentarios doctrinales que se publicaron confirmó nuestro sentir. Incluso, dentro de la Asociación, y en la que nos integramos, a la que pertenece la Revista en la que se publica este artículo, fueron muchos los compañeros que nos ilustraron con comentarios como que “íbamos de progres”, “que las prestaciones no nos las podíamos inventar nosotros”, o que “eso de legislar no era lo nuestro”.

En fin, un aluvión de críticas y todas ellas pivotaban sobre el mismo eje: el poder legislativo es el que legisla y nosotros con nuestra sentencia estábamos invadiendo las competencias del poder legislativo. La opinión casi general era que el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social al regular la prestación por nacimiento y cuidado de menor no incluía un régimen especial para los hogares monoparentales, de manera que al duplicar en estos la prestación, como habíamos nosotros sentenciado, se estaba ideando un supuesto no previsto legalmente, y, por tanto, había un hurto de las funciones del legislador por nuestra parte.

El comentario en el que nos apoyamos para desarrollar nuestra argumentación, a todo esto, que se nos ha achacado, lo denomina “activismo judicial”. En realidad, se está imputando tal actuación por el autor a la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 15 de octubre de 2024, recurso de casación 5372/2022, pero por dos motivos nos sentimos legitimados para considerar que tal opinión nos afecta: por un lado, porque lo cierto es que todos los jueces hacemos la misma función, de manera que la crítica a una sentencia judicial la tenemos como una censura a nosotros; y, de otro, porque la sentencia de la Sala Tercera coincide básicamente con lo que nosotros indicábamos en nuestra resolución del recurso de suplicación 941/2020.

Es necesario resaltar la valiosa argumentación del articulista, Sr. Vivero, en su comentario, y su agudeza al percatarse de que el tema no es de una simple aplicación de la norma, sino que es la plasmación de algo mayor, y en parte más significativo, que si corresponde o no una prestación. Aunque no lo parezca coincidimos con la crítica que se hace al criterio que hemos adoptado de ampliar en un progenitor de hogar monoparental los permisos por nacimiento y cuidado de menor. Y, coincidimos porque quienes nos censuran lo que hemos hecho son quienes han detectado la transcendencia que el supuesto, más allá del caso concreto, significa. ¿Es lícito que los jueces asuman una función que desborde los marcos legales? Quienes han sido reacios a la razón de nuestra sentencia saben que con esta se abre un nuevo escenario que como todo cambio puede suponer un tiempo

de inestabilidad o inseguridad. Y, como todo cambio de paradigma implica desbancar el anterior existente, con ello siempre hay quien se siente amenazado o en peligro. Y, en parte, ello es razonable porque las nuevas vías nacen sin controles definidos y seguros, con contenidos sin perfilar, que ciertamente requieren un análisis y configuración reposados, que aseguren la normalidad y seguridad del funcionamiento institucional.

La realidad es la que es, por mucho que nos empeñemos en negarla, y los cambios y avances son inevitables. Otra cosa será el que el tiempo marque las direcciones por las que se continúan los cambios.

4. Algunas precisiones

El activismo judicial, y dejamos al margen el neoconstitucionalismo, suele ser una adjetivación que tiende al desprestigio de la actividad judicial, por quienes se alían con la petrificación jurídica y el apego a lo existente. Decimos que dejamos al margen el neoconstitucionalismo porque este supone la asunción de los contenidos constitucionales para implantar directamente los derechos que las Constituciones recogen.

Con los términos de activismo judicial lo que se quiere expresar, normalmente, es una valoración negativa de algunas sentencias, considerando que los jueces en sus resoluciones judiciales o bien introducen un sesgo importante de sus ideologías, o que lo que procuran en ellas es impregnarlas en sus argumentaciones con valoraciones de tipo moral. Estos tipos de concepción del activismo judicial, en realidad, no son sino la expresión de una discordancia del sujeto crítico con el resultado de la sentencia.

Primero, todos los jueces tienen ideología y ello es un elemento de sanidad social. Si la sentencia es errónea lo será porque contiene un desajuste jurídico, no porque el que la haya dictado sea de una u otra ideología; y, segundo, mezclar el ser con el deber ser por parte del juez es introducir en el razonamiento judicial una interpretación del derecho que es errónea, y como tal susceptible de la corrección que toda sentencia puede recibir en el marco del desarrollo del derecho. No se es activista judicial en ninguno de los casos expuestos.

Pero más importancia tiene el caso del activismo judicial por su consideración de constituir una invasión por los jueces de las competencias del poder legislativo o ejecutivo. Este sí que es un caso acertado de los que se incluyen en el concepto del activismo judicial. Y, propio de la altura científica de quienes así lo conciben, este supuesto sí que presenta una complejidad mayor, y para quienes lo enuncian en los jueces, sí que es un foco preocupante de distorsión de lo jurídico, por causa de la ruptura que supone la conducta judicial con las concepciones clásicas heredadas del derecho, y por la propia legitimación y contenido de la función de los jueces, tanto en el sistema político como jurídico que se dibuja en las sociedades avanzadas, dentro de las que se encuentra la nuestra.

Bajemos a los hechos. Tenemos un caso que no es teórico, sino real. El art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social al regular la prestación por nacimiento y cuidado de menor no incluía un régimen especial para los hogares monoparentales. Al duplicar en estos la prestación, tal y como nosotros hemos declarado -al igual que la Sala Tercera del Tribunal Supremo-, se puede razonar que se está produciendo un cambio legislativo

por los jueces, que ha concurrido una iniciativa legislativa, y esta solo debía desarrollarse por el Parlamento y no por los jueces.

Nuestra premisa inicial para acercarnos a este supuesto, parte de la censura que hacemos a una concepción muy difundida y constantemente repetida, como es la de la configuración del Estado propiciada por Montesquieu en el “Espíritu de las Leyes”. El simplismo didáctico de la doctrina de la división de poderes formulada por este autor -poder legislativo, ejecutivo y judicial- es una representación gráfica de gran valor explicativo, pero solo es eso, pues es una teoría que no responde a la realidad. En la esfera de los hechos no hay una segmentación cartesiana de las funciones dentro del Estado.

Hoy, y en lo que a nuestro tema se refiere, ya se ha superado la doctrina clásica que diferenciaba en la creación del derecho una actividad volitiva, -la del legislador que crea la ley-, y otra cognoscitiva, que es la del juez que busca la ley para aplicarla al caso que resuelve. Doctrinalmente es mayoritaria la conciencia de que los jueces, en menor medida que el legislador, son un estamento de la creación del derecho. Lo hacen con una intensidad inferior a la que ostenta el legislador, pero son creadores del derecho.

Que la sentencia es una realidad jurídica, que es un acto normativo, que se integra en el derecho, es evidente. Y, también, que se dictan las sentencias en lo que es el desarrollo de las competencias del juez del que emanan, y que el mismo ordenamiento jurídico le ha atribuido. Este es el eje sobre el que debemos contemplar el peyorativo activismo judicial que se nos achaca.

Nosotros los jueces, y particularmente los laboristas, nos desenvolvemos en dos tipos de normas: las adjetivas o de procedimiento, en las que nuestro margen creativo es pequeño; y las materiales o sustantivas, que son las que aplicamos a los casos que resolvemos, y donde nuestra vertiente creacionista es mayor.

Habrà activismo judicial cuando un juez asuma una competencia que no es la judicial. Si lo que hace el juez es afrontar las actividades que el ordenamiento le atribuye, habrá entonces un ejercicio de la función judicial, la que podrá ser más o menos acertada, pero que se habrá actualizado dentro de las competencias y márgenes que socialmente la legislación le ha fijado. Las normales actividades judiciales en una sociedad avanzada son las de resolver los conflictos. El sistema social se ha apropiado, en términos generales, de la creación y eficacia del derecho, atribuyendo para ello al poder judicial una función de resolución de los conflictos, apoyada incluso en la fuerza.

Hay actividades que no son realmente judiciales pero que la ley atribuye a los jueces. Yo mismo he participado en múltiples Juntas Electorales, donde por mi destino judicial he sido designado para integrar órganos de naturaleza mixta, como son las Juntas Electorales. No todo lo que realizan los jueces, siempre que nazca del ordenamiento jurídico, es juzgar y ejecutar lo juzgado. Ya percibimos que un esquema ingenuo sobre la actividad judicial exclusivamente como transcriptores o fedatarios mecánicos de la ley no se ajusta a la actividad que realizan los integrantes del poder judicial.

Si nos ubicamos en el campo de las sentencias judiciales, resultado de un proceso judicial, destaquemos algunos caracteres para solventar la sospecha de que los jueces practicamos el activismo judicial asumiendo funciones legislativas. Legislar y juzgar no es lo mismo, y es imposible que los jueces podamos legislar en nuestras sentencias.

- Las resoluciones judiciales se refieren a casos concretos generalmente, excluimos aquellos procesos que controlan las normas jurídicas. La sentencia es la resolución de una controversia individual que afecta a la esfera de los derechos singulares. El resultado judicial no tiene carácter universal, sino particular. Veamos, por ejemplo, que en el caso sentenciado por la Sala Cuarta en la que se revocó la sentencia que reconoció la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo en hogares monoparentales (STS de 2-3-2023, rc. 3972/2020), esta resolución respetó la situación individual en la que se apoyaba el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, aunque revocó nuestra sentencia. Lo mismo ocurre con la sentencia de la Sala Tercera (STS 15-10-2024, rc. 5372/2022), que confirmó el derecho de la beneficiaria particular a la prestación que instaba. Eran casos concretos.

¿Cómo va a asumir funciones legislativas quien declara para la situación individual un derecho específico? Si el juez dijese: “desde ahora el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social debe incluir un nuevo párrafo que diga que en el supuesto de hogares monoparentales el progenitor disfrutará de una ampliación de la prestación”; si esto fuese lo que estableciese el juez, entonces es claro que se habría extralimitado en sus competencias. Pero no ha sido esto lo que se ha declarado, lo que se ha resuelto es una pretensión, y se ha dado respuesta a la misma, que es lo que es la competencia judicial.

Gran diferencia entre la actividad de legislar y la de juzgar en nuestro caso.

- En los procesos se resuelven intereses contrapuestos sobre la base de una petición/demanda que tras la oportuna tramitación y contradicción da lugar al cumplimiento por el juez del principio de inexcusabilidad, por el que debe dictar sentencia y asumir la competencia resolutoria del conflicto. Esta es la manifestación del monopolio de ordenar el derecho y su eficacia que es único del Estado y no de los particulares. El incumplimiento del deber de juzgar es lo que sí que es una dejación de la competencia que se atribuye al juez, eso sí que sería un caso de activismo judicial, pero ¿puede serlo resolver el proceso? Si al órgano judicial se le ha instado que declare el derecho de una progenitora a acumular la prestación por nacimiento y cuidado de menor en el hogar monoparental, no sería legítimo que el juez dijese “no le estimo la demanda porque no me declaro competente; lo que se me pide en la demanda es que sea legislador y esto no lo puedo ser”. La sentencia lo que deberá concluir es que la ley no contempla o sí el supuesto pedido, y esto se enmarca dentro del ámbito del razonamiento jurídico que es la plasmación de la aplicación del derecho. No es asumir la competencia judicial el no juzgar, sino que ello es negarla.
- El legislador legisla, y lo hace en el marco, en nuestro supuesto, de la pluralidad democrática. Las fuentes normativas del derecho nacen de la confrontación y los equilibrios de las fuerzas políticas. La negociación o la lograda imposición mayoritaria son las reglas del nacimiento de las leyes; las concesiones entre grupos políticos son las constantes de las deliberaciones parlamentarias. Esta situación es absolutamente ajena a la sentencia judicial y la actividad de los jueces. La resolución del conflicto judicial -la sentencia- será más o menos acertada, pero se apoyará en la argumentación que proviene del derecho, no del consenso.

Y, es precisamente esta consideración la que pretendemos resaltar. La actividad judicial se basa en el razonamiento jurídico. Y, la expresión y narración del mismo no es una clase de activismo judicial sino la plasmación de la competencia del juez de dictar sentencia

en la resolución de los conflictos. El hilo racional por el que se ha fallado el pleito podrá considerarse certero o fallido, susceptible de modificación, recurso o de la sana crítica, pero salvo casos excepcionales que vamos a descartar, es su fundamento la aplicación del derecho. Si se discrepa de la sentencia y de su razonamiento es porque nos movemos en el plano ordinario del ejercicio de las competencias, no del desbordamiento e invasión de las actividades que el sistema jurídico ha establecido de competencias legislativas y judiciales.

No olvidemos que la existencia de los denominados “casos difíciles” confiere a la resolución de los mismos un plus de complejidad, que radica en la misma dificultad de la pretensión de la que surgen, que es la de que derechos no directamente previstos por la ley se reconozcan. En estos casos lo que se busca es que los derechos sean declarados por los mismos mecanismos e instrumentos que el orden jurídico otorga, y que su Teoría General ha construido.

Centrémonos en algo concreto. Si la situación de hecho generada por la aplicación de una norma -el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social- ha conducido a la progenitora de un hogar monoparental a una situación de discriminación y al sujeto receptor de la atención, que es el menor, a una vulneración de sus derechos, ¿debe instar la demandante una reforma legislativa o puede articular una demanda plasmando su petición? Si demanda, el juez podrá razonar de una manera u otra pero deberá, estará obligado, a dictaminar.

En estos “casos difíciles” el margen jurídico de análisis es mayor y superior al ordinario. La consideración en estos supuestos de normativas interpretativas o aplicativas superiores a las ordinarias (Tratados de aplicación directa según nuestra Constitución -art. 96 CE-, normas comunitarias, Constitución, o parámetros como la Agenda 2030) puede llevar en el razonar judicial a dilatar lo que son los fundamentos ordinarios de las sentencias, sin que ello sea activismo judicial, sino acreditación de la grandeza del sistema jurídico y del derecho, cuando se asumen en su integridad las actividades que se han encomendado a los agentes jurídicos.

5. Dos soluciones diferentes

Nos ha servido de apoyo a nuestro comentario el artículo al que aludía el bloguero Sr. Rojo -“El difícil oficio de laboralista en tiempo de activismo judicial. Las familias monoparentales como ejemplo”-. En este artículo se concluye considerando que a la difícil tarea del laboralista se suma la inseguridad de situaciones como la generada por la sentencia de la Sala Tercera (STS 15-10-2024, rc. 5372/2022), que confirmó el derecho de la beneficiaria a la prestación que instaba. Se muestra el autor crítico y en desacuerdo con el criterio de esta resolución, y manifiesta encontrarse a favor de la tesis mantenida por la Sala Cuarta (STS de 2-3-2023, rc. 3972/2020), en la que se venía a sostener que los jueces no pueden crear las leyes, que su elaboración es propia del poder legislativo.

A nuestro entender, el problema no radica en si los jueces tienen que crear las leyes o no. Los jueces lo que deben hacer es resolver los conflictos con sometimiento a la ley. Y, de aquí, se derivan dos consecuencias. 1ª, que la judicatura cumple su función desarrollando la actividad para la que son competentes los jueces, según el presupuesto normativo

que les atribuye su función, que es resolver los conflictos; y, 2^a, que el cumplimiento de esta labor judicial se lleva a cabo dentro del denominado imperio de la ley.

Si se ha resuelto por el juez el conflicto sometido al enjuiciamiento judicial lo que se ha hecho por él es cumplir el presupuesto competencial, y en el que se incluye el principio de inexcusabilidad, o lo que es lo mismo: el deber de resolver que tienen los jueces. Desde este presupuesto, si en la aplicación de la ley por parte del juez, a esta -a la ley- la configuramos como el acervo normativo a considerar, y tenemos en cuenta que la literalidad o el contenido de la ley puede interpretarse con otras normas -como un Tratado-, entonces el problema del activismo judicial se ha reducido a otro plano. Consistirá la cuestión, ahora, en determinar si ha existido acierto en interpretar la norma con un prisma superior o debía quedar el análisis ceñido a la simple legalidad ordinaria -imperio de la ley restringido-. La crítica o censura sobre la argumentación y la situación concreta observada por el juez se centrará en si hay una quiebra de las normas o no, como por ejemplo si la realidad enjuiciada conculca las leyes que prohíben la discriminación o las que exigen un tratamiento similar de situaciones iguales. Pero, no es correcto enmarcar la crítica fuera de ese contexto del razonamiento y la argumentación jurídica, para introducirnos en el de las competencias, pues el juez lo que ha hecho ha sido actuar dentro de la suya, que es la de juzgar y resolver los conflictos.

Observemos: nos encontramos ante la individualidad del caso y la implicación de normas susceptibles de ser valoradas y ponderadas en todas las situaciones. Así, cuando la beneficiaria peticionaria del derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor de un hogar monoparental alega que no es que esté en contra de la norma, sino que la misma produce un efecto perverso en su situación, no nos pide ni que declaremos la inconstitucionalidad de la norma ni que dictemos otra. No, lo que nos reclama a los jueces es que asumamos nuestra función y aplicando el conjunto de las normas le reconozcamos la situación ajurídica que se crea en su concreta coyuntura, al aplicarle la prestación sin tener en cuenta su trinomio particular de nacimiento, cuidado de menor y hogar monoparental.

La sentencia de la Sala Tercera (STS 15-10-2024, rc. 5372/2022), coincidente con la que nosotros habíamos dictado en el recurso de suplicación 941/2020, y que centra el comentario del autor que nos sirve de base a nuestro artículo, no ha dejado ni de aplicar la norma ni la ha modificado; la ha interpretado hasta el final y ha cubierto un vacío que la misma contiene, ampliando la protección de la actora, y con ello se ha restablecido el derecho que el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social implica. Lo aparentemente neutro no lo era realmente.

Restaurar la situación particular de la beneficiaria respecto a derechos que nacen de un plano superior y del mismo de la legalidad ordinaria y que la misma norma conculca, no es un ejercicio de activismo judicial ni supone invadir la competencia legislativa, es realizar la actividad judicial tal y como se concibe en las competencias propias del poder judicial, y en el desarrollo de la función de los jueces en una sociedad avanzada, con ordenamientos jurídicos desarrollados como entendemos es el nuestro. Lo que se ha hecho es dotar del contenido idóneo al ámbito de la norma, para el supuesto enjuiciado.

Cuando se achaca a las situaciones como la que ahora examinamos -declaración del derecho a ampliar la prestación de nacimiento y cuidado de menor en los hogares monoparentales- de introducir una mayor complejidad a la labor de los laboralistas, se prescinde

de la propia particularidad del derecho laboral y la lógica inseguridad que existe cuando el ordenamiento jurídico es avanzado y acorde a una sociedad plural y democrática. El positivismo jurídico es un logro en el derecho, pero no puede identificarse con el quietismo y la petrificación, al menos en nuestra rama laboral. La llamada cristalización del derecho supone marcos y contenidos jurídicos inamovibles. El dinamismo de los derechos -en nuestro caso de los derechos de la Segunda Generación- es una exigencia que nace de la misma Sociedad y sus fines y objetivos. A los jueces se nos reclama una simetría con la sociedad, no nos mantenemos en un estatus de pseudo asepsis, que incumpla las competencias y actividades que son la esencia de nuestra función, sobre la base de una pretendida independencia judicial.

No consideramos que la concesión de una ampliación del permiso y la prestación de nacimiento y cuidado de menor en los hogares monoparentales sea un ejercicio de “activismo judicial”, en el sentido peyorativo y devaluador que se ha pretendido otorgar, sino que lo es del cumplimiento de la función judicial. Incluso, opinamos que la esencia de esta radica en la resolución de los conflictos aplicando todas las normas que deben considerarse al caso, con autonomía e independencia, sin generar una falsa dependencia. Esta es la que se produce cuando se acude para avalar las decisiones judiciales a las estimaciones de los órganos decisorios de instancias superiores, como es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hay una tendencia actual a someter las decisiones judiciales al control previo de este órgano. Reclamamos que nuestra función presenta competencias para resolver de manera directa los conflictos, sin la constante consulta y aval de las doctrinas de otras instancias.

6. Epílogo

Si inquieta el que la función judicial se asuma en todo su contenido es porque no se acaba de asimilar la entidad de esta. Su esencia es eso, el decidir. La Academia, la doctrina o la Universidad podrán especular e investigar, pero no pueden pretender domesticar la actividad del poder judicial.

Si el derecho laboral presenta sus peculiaridades propias, que le hacen ser lo que es, quienes nos dedicamos a él debemos ser conscientes de que una de sus riquezas es el dinamismo, la dialéctica constante. Y los jueces somos un eslabón esencial en el diseño de sus perfiles, no es un activismo judicial el asumir nuestras competencias.

De todas formas, y, por último, el derecho del siglo XXI ha evolucionado respecto a los dogmas y principios que lo crearon en el siglo XIX.

Dos máximas son las que se nos presentan ahora y hoy.

1ª. Ius clamat domino. En el mundo actual los agentes jurídicos nos encontramos con realidades y situaciones que ni se habían previsto ni contemplado previamente, y, sin embargo, se producen. Hay muchos derechos que están sin descubrir, a los que todavía no les hemos dado nombre ni titular, pero que debemos nominar y considerar.

2ª. En politología hay un principio: “El siglo XIX fue el siglo del poder legislativo; el siglo XX fue el siglo del poder ejecutivo; y, el siglo XXI es el siglo de los JUECES”.