

# The Balance between Worker Protection and Employer Powers



# The Balance between Worker Protection and Employer Powers:

*Insights from around the World*

Edited by

Nuno Cerejeira Namora

Lourdes Mella Méndez

Duarte Abrunhosa e Sousa

Gonçalo Cerejeira Namora

Eduardo Castro Marques

Cambridge  
Scholars  
Publishing



The Balance between Worker Protection and Employer Powers:  
Insights from around the World

Edited by Nuno Cerejeira Namora, Lourdes Mella Méndez,  
Duarte Abrunhosa e Sousa, Gonçalo Cerejeira Namora  
and Eduardo Castro Marques

This book first published 2018

Cambridge Scholars Publishing

Lady Stephenson Library, Newcastle upon Tyne, NE6 2PA, UK

British Library Cataloguing in Publication Data  
A catalogue record for this book is available from the British Library

Copyright   2018 by Nuno Cerejeira Namora, Lourdes Mella Méndez,  
Duarte Abrunhosa e Sousa, Gonçalo Cerejeira Namora,  
Eduardo Castro Marques and contributors

All rights for this book reserved. No part of this book may be reproduced,  
stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means,  
electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without  
the prior permission of the copyright owner.

ISBN (10): 1-5275-1354-8

ISBN (13): 978-1-5275-1354-9

The papers published in this book have been submitted and selected by  
the Organizing Committee and Scientific Committee of the *I*  
*International Congress Labour 2030, LA2017* ([www.labour2030.eu](http://www.labour2030.eu)).

This book is related to the Research Project of *Ministerio de Economía y*  
*Competitividad (MINECO)*, titled “Nuevas (novísimas) tecnologías de la  
información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo:  
aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional” (DER2016-  
75376-R)



# TABLE OF CONTENTS

|                          |    |
|--------------------------|----|
| Preface .....            | ix |
| Duarte Abrunhosa e Sousa |    |

## **I. El trabajo del futuro y la protección del trabajador a nivel internacional / The Future Work and Worker Protection at the International Level**

|                                                                                                                                                                     |   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| Chapter One.....                                                                                                                                                    | 2 |
| Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales / European Labour Constitutionalism and Multilevel Protection of Labour Rights |   |
| Fernando Valdés Dal-Ré                                                                                                                                              |   |

|                                                                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Chapter Two .....                                                                                                                                                                             | 16 |
| Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno / Present and Future of Labour Law in Europe in the Face of the Challenges of the Twenty-First Century |    |
| José Luis Monereo Pérez                                                                                                                                                                       |    |

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| Chapter Three .....                               | 110 |
| The Future of Labour Law in the EU: Now or Never? |     |
| Martina Menghi                                    |     |

|                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapter Four .....                                                                                                                                                    | 149 |
| The Subject of the Protective Function of Labour Law as the Basis of Developing Standards of Employees' Protection – in the Near Future (From the Polish Perspective) |     |
| Mirosław Włodarczyk                                                                                                                                                   |     |

|                                                                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapter Five .....                                                                                                                                                                     | 167 |
| Del derecho al trabajo a la libertad frente al trabajo: introducción a la economía humana / From the Right to Work to the Freedom Opposite the Work: Introduction to the Human Economy |     |
| Nicolás Bueno                                                                                                                                                                          |     |

|                                                                                                                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapter Six .....                                                                                                                                                                                                                | 201 |
| El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) en el futuro del derecho laboral de la Unión Europea / ICESCR in the Future of European's Union Labour Law                                         |     |
| Miguel Ángel Martínez Badenes                                                                                                                                                                                                    |     |
| Chapter Seven.....                                                                                                                                                                                                               | 230 |
| El Cuerpo europeo de solidaridad: ¿una herramienta para la empleabilidad de los jóvenes cualificados? / European Solidarity Corps: A Measure to Reduce Youth Unemployment?                                                       |     |
| Patricia Nieto Rojas                                                                                                                                                                                                             |     |
| Chapter Eight.....                                                                                                                                                                                                               | 251 |
| Fronteras entre el trabajo asalariado y el autónomo: el trabajador autónomo económicamente dependiente / Borders between Salaried and Self-Employed Work: The Economically Dependent Autonomous Worker                           |     |
| Belén del Mar López Insua                                                                                                                                                                                                        |     |
| Chapter Nine.....                                                                                                                                                                                                                | 278 |
| Posibilidades organizacionales y productivas de la microelectrónica: el caso de las empresas petroleras en Bolivia / Organizational and Productive Possibilities of Microelectronics: The Case of Petroleum Companies in Bolivia |     |
| Tania Aillón Gómez                                                                                                                                                                                                               |     |
| Chapter Ten .....                                                                                                                                                                                                                | 302 |
| A negociação coletiva em matéria de mobilidade geográfica do trabalhador. Possíveis contributos / Collective Bargaining in Terms of Mobility of Workers: Possible Inputs                                                         |     |
| Tiago Pimenta Fernandes                                                                                                                                                                                                          |     |
| <br><b>II. Poderes del empresario, no competencia y derechos del trabajador frente a las nuevas tecnologías / Employer's Powers, Non-Competition and Worker's Rights in the Face of New Technologies</b>                         |     |
| Chapter Eleven .....                                                                                                                                                                                                             | 336 |
| Social Networks in the Employment Contract: Some Consequences of Their Use by Employees                                                                                                                                          |     |
| Lourdes Mella Méndez                                                                                                                                                                                                             |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapter Twelve .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 370 |
| Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral:<br>una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal<br>Constitucional en España / New Technologies and Corporate Control<br>of Labor Activity: A Critical Review in the Light of the Recent<br>Constitutional Court Doctrine in Spain<br>Juan Carlos García Quiñones |     |
| Chapter Thirteen .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 421 |
| The Role of Social Employment Clauses not to Compete in a Global<br>Economy<br>Duarte Abrunhosa e Sousa                                                                                                                                                                                                                                                  |     |
| Chapter Fourteen .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 432 |
| Um direito do trabalho para os mais velhos / An Employment Law<br>for the Elderly<br>Rui Valente                                                                                                                                                                                                                                                         |     |
| Chapter Fifteen .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 458 |
| Deveres ou pactos de não concorrência em contratos de treinadores<br>de futebol / Non-Competition Clauses in Football Coaches Contracts<br>Ricardo Nascimento                                                                                                                                                                                            |     |
| Chapter Sixteen .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 479 |
| El (des)equilibrio entre el poder de vigilancia y control empresarial y los<br>derechos fundamentales de los trabajadores / The (Un)balance between<br>the Power of Monitoring and Employer Control and Fundamental Rights<br>of Workers<br>Lucía Aragüez Valenzuela and José Luis Ruiz Santamaría                                                       |     |
| Chapter Seventeen .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 504 |
| Libertad de empresa y nuevas tecnologías: el fortalecimiento del poder<br>de control y vigilancia empresarial / Freedom of Enterprise and New<br>Technologies: Strengthening the Control and Surveillance Power<br>of the Employer<br>Rafael Moll Noguera                                                                                                |     |
| Chapter Eighteen .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 527 |
| Impacto de la tecnovigilancia en el trabajo: caso México /<br>Impact of Tecnovigilance at Work: Case Mexico<br>Felipe Miguel Carrasco Fernández                                                                                                                                                                                                          |     |

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapter Nineteen .....                                            | 543 |
| A substituição de trabalhadores grevistas por robots /            |     |
| The Replacement of Strikers by Robots                             |     |
| Ana Lambelho                                                      |     |
| Chapter Twenty .....                                              | 567 |
| ¿Han de pagar impuestos los robots? Perfiles jurídico tributarios |     |
| de la robótica en Derecho español / Should Robots Pay Taxes?      |     |
| An Approach to Robotics Tax Regime in Spanish Law                 |     |
| José Antonio Fernández Amor                                       |     |
| Chapter Twenty-One .....                                          | 594 |
| Trabalho e direito intelectual: notas jurisprudenciais /          |     |
| Labour and Intellectual Law: Case Law Remarks                     |     |
| David Carvalho Martins                                            |     |

## PREFACE

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA

On 13<sup>th</sup>–14<sup>th</sup> July 2017, the future of work was massively debated in Oporto, Portugal, at the “Labour 2030 – Rethinking the Future of Work” International Conference. More than 100 speakers from different nationalities shared their research providing a clear view of the changes in the world of work. This way, it achieved the goal of anticipating the new challenges in order to give clues to lawmakers and law experts.

Therefore, it was possible to elaborate a specific book with the best papers regarding interesting aspects related to the balance between worker protection and employer powers, with important insights from around the world.

This book is structured in two large parts. The first one, entitled “The future of work and worker protection at the international level”, focuses on the characterisation of the work in the coming decades and its protection from the labour point of view, which implies the necessary defence of the rights of the worker. In this sense, it is of special interest to begin with the analysis of the protection of the fundamental rights of workers by the framework of European constitutions. This starting point is especially appropriate given the scarcity of studies on it. The work continues with the study of the change that labour law is suffering due to the continuous action of the reforming legislator. Currently, traditional labour law, characterised by seeking balance between the two contractual positions, is mired in an identity crisis. The new labour law seeks maximum flexibility, modifying the existing equilibrium to strengthen the employer powers and reduce the protagonism of the workers’ representatives and their instruments of action, such as collective bargaining and strike. Labour law is a pillar of democracy that must always maintain its social or material nature, strongly committed to the principles of equality and social solidarity.

On the other hand, the future of labour legislation in Europe is to accept the opening to a supranational reality, where the labour law is configured as a human right, and as such it is protected. This implies opening up to new supranational realities. In Europe, two different

protection systems converge, which must be complemented. On the one hand, there is the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its Optional Protocol, widely ratified by the Member States. And, on the other hand, there are the social regulations of the European Union, because it begins to understand that its future involves greater protection of social rights.

From this point, it is necessary to improve European social cooperation and to unify European labour law because there are huge differences between Member States on labour conditions, such as the minimum wage, work-life balance, working time and unemployment benefits. A more integrated European labour law would bring to the EU and its Member States important social and economic advantages and would benefit the Union as a whole. A measure that could be adopted in the short term, within the current legislative framework, could be exchange programs among workers especially for young workers, like the Erasmus for students. Besides, on 7 December, 2016, the European Commission launched a novel initiative called the “European Solidarity Corps”, which offers young people between 18 and 30 years of age the opportunity to participate in solidarity activities to acquire professional experience at the beginning of their professional careers. This initiative is a valuable tool to promote and reinforce one of the essential values of the European Union: solidarity.

The second part, entitled “Employers’ powers, non-competition and workers’ rights in the face of new technologies”, deals with the importance of restrictive covenants, social networks and employers’ control through video surveillance. In fact, in these papers, we can understand how boundaries should be taken by lawmakers to limit employers’ intervention against their workers’ freedoms. The authors engage all the problems with a relevant awareness that helps us to understand not only the present but the path to the future.

This book is an excellent contribution to the research of work and, in particular, the future of work. I do hope that the selected papers have a relevant impact not only in an academic environment but also in law-making throughout the world.

Porto, December 2017

# **I.**

## **EL TRABAJO DEL FUTURO Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR A NIVEL INTERNACIONAL**

### **THE FUTURE WORK AND WORKER PROTECTION AT THE INTERNATIONAL LEVEL**

## CHAPTER ONE

# CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO Y PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS LABORALES<sup>1</sup>

## EUROPEAN LABOUR CONSTITUTIONALISM AND MULTILEVEL PROTECTION OF LABOUR RIGHTS

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO.  
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resumen. El propósito de la presente exposición es analizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito europeo o, por expresar la idea con mayor rigor, en el marco del constitucionalismo europeo. El que la protección de los derechos fundamentales del trabajador quede instalada en el denominado ámbito europeo trae causa, en lo esencial, en una razón de oportunidad; a saber: la muy escasa bibliografía sobre este particular. Mientras la literatura, nacional y extranjera, dedicada tanto a la construcción de una teoría general sobre el constitucionalismo europeo como al análisis de las relaciones e influencias entre concretos tribunales a propósito de la protección de los derechos civiles y políticos es muy abundante y, en general, de un notable rigor técnico y una apreciable capacidad constructiva, esta otra, la de los derechos fundamentales del trabajador, apenas ha comenzado a hacerse presente en la doctrina especializada.

---

<sup>1</sup> El presente texto recoge, en lo esencial, la lección de investidura de Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Valladolid, defendida el 6 de noviembre de 2015.

1. En el curso de los últimos años, la doctrina ha venido prestando una especial atención, abriendo intensos y extensos debates, sobre la noción de “pluralismo constitucional”, entendiendo por tal la situación en que convergen, en un espacio territorial y de manera simultánea, dos o más constituciones que regulan y condicionan el ejercicio de los poderes políticos y en el que se reconoce una recíproca legitimidad sin que ello comporte superioridad de ninguno de ellos sobre los otros. En el ámbito europeo, en definitiva, con esta noción o con otras de contenido semejante, como la de “constitucionalismo en red”, se quieren identificar las relaciones existentes entre los tratados de la Unión Europea (UE), las constituciones nacionales y algunos de los más relevantes instrumentos internacionales aprobados por el Consejo de Europa que se articulan, en lugar de en términos de supremacía, material o formal, de modo independiente de manera recíproca, sin que exista ninguna norma que pueda reclamar la autoridad última.

La noción de pluralismo constitucional se encuentra en el origen de la emergencia, primero, y consolidación más tarde, de dos procesos estrechamente vinculados entre sí y que han dado lugar, últimamente y de seguro, a constantes y densas discusiones doctrinales. Me refiero al “diálogo judicial” y a la “protección multinivel de los derechos fundamentales”.

En la semántica del primero de los dos procesos que se vienen de mencionar, el de diálogo judicial, el adjetivo utilizado sustantiviza el *nomen*, terminando por convertirse en elemento configurador del concepto mismo. En tal sentido, se ha definido el “diálogo judicial” como la “comunicación entre tribunales”, que tiene en cuenta la “jurisprudencia de otro tribunal, ajeno al propio ordenamiento jurídico, para aplicar” el derecho interno (Bustos Gisbert). Y también se ha argumentado que el “derecho constitucional europeo” se ha desarrollado y potenciado a través de un “diálogo entre los jueces” a distintas voces; esto es, mediante la apropiación o la utilización, en la tarea de interpretación de la norma sometida al conocimiento y sustanciación de un tribunal, de criterios, pautas o estándares elaborados por otros órganos jurisdiccionales en base a disposiciones pertenecientes a otros diferentes sistemas normativos, que han permitido la creación de un complejo entramado de relaciones (Bourgorgue-Larsen).

Girando ahora la atención hacia el otro concepto, las conclusiones son similares. Con la cobertura de la noción de “protección multinivel de los derechos fundamentales”, se suelen designar aquellas fórmulas de tutela de los derechos fundamentales instrumentada de manera sucesiva en el tiempo a través de variados órganos jurisdiccionales (nacionales unos y

supranacionales otros) pertenecientes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y articulados, en atención a su heterogénea adscripción institucional, en distintos “niveles”. En todo caso, esta vía de protección se sustenta sobre un principio estructural, el principio de subsidiaridad, según el cual compete a cada Estado la responsabilidad primordial y principal de respetar y hacer respetar los derechos y libertades fundamentales, de modo que, solo en caso de que los órganos de garantía de carácter nacional frustren o incumplan este cometido, intervienen las normas e instituciones de ámbito supranacional.

2. El propósito de la presente exposición es analizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito europeo o, por expresar la idea con mayor rigor, en el marco del constitucionalismo europeo. Con carácter preliminar, me parece de todo punto pertinente ofrecer una mínima explicación del título seleccionado, así como de sus elementos delimitadores más significativos.

Las razones justificativas del tema elegido son de fácil enunciado: de un lado, los derechos fundamentales del trabajador vienen formando parte, desde hace ya bastante tiempo, de mis inquietudes y preocupaciones académicas y, de otro, la protección de los derechos fundamentales, sin mayores matizaciones, también forma parte y aún seguirá haciéndolo, durante algunos años más, de mis quehaceres profesionales, en mi condición de magistrado del Tribunal Constitucional. Por último, el que la protección de los derechos fundamentales del trabajador quede instalada en el denominado ámbito europeo trae causa, en lo esencial, en una razón de oportunidad; a saber: la muy escasa bibliografía sobre este particular. Mientras la literatura, nacional y extranjera, dedicada tanto a la construcción de una teoría general sobre el constitucionalismo europeo así como al análisis de las relaciones e influencias entre concretos tribunales a propósito de la protección de los derechos civiles y políticos es muy abundante y, en general, de un notable rigor técnico y una apreciable capacidad constructiva, esta otra, la de los derechos fundamentales del trabajador, apenas ha comenzado a hacerse presente en la doctrina especializada.

Lo anterior razonado, deseo dejar ya constancia desde el mismo pórtico de mi intervención de la profunda discrepancia con las posiciones doctrinales mayoritarias, que excluyen y marginan *ab initio* y sin ulteriores matizaciones la incorporación en la noción y desarrollo de la comunicación entre instituciones pertenecientes a sistemas normativos diferentes así como en la tutela de los derechos fundamentales a aquellos otros órganos que, aun cuando no ejercen potestad jurisdiccional, también son llamados por un instrumento internacional a preservar una muy

concreta categoría de estos derechos: los económicos y sociales. Me refiero a la Carta Social Europea (CSE) y al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), órgano de garantía éste al que es dable calificar como el gran marginado en el proceso de tutela multinivel de los derechos fundamentales.

En realidad, la exclusión de los derechos consagrados en el denominado *Pacto Europeo de la Democracia Social* responde a esa bien conocida y arraigada opción de política de derecho que, contrariando de manera frontal el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, niega la imposibilidad de equiparar, en el doble plano de su ejercicio y de su protección, derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, de otro, en razón de la diferente estructura jurídica de una y otra categoría de derechos. Mientras aquellos primeros comportan interdicciones de injerencia o prohibiciones de lesión, estos otros se articulan a través de obligaciones positivas cuya articulación exige un hacer, no susceptible de formalización, y cuya vulneración se concreta en meras omisiones, que no consienten su coercibilidad o justiciabilidad. En mi estudio adopto una inteligencia amplia de los conceptos de diálogo judicial y de tutela de los derechos fundamentales, en la que también incorporo, con todas sus consecuencias, al órgano de garantía de la CSE; esto es, al CEDS.

3. Desde una perspectiva formal, la noción de Constitución tiene una dimensión unitaria. Sin embargo, ese carácter unitario se difumina y desdibuja desde una perspectiva sustantiva, habiéndose preocupado la doctrina científica, señaladamente desde la segunda mitad del siglo XX, de elaborar la noción de constitución material en la que no basta detectar los valores que informan y fundamentan el orden jurídico que la norma suprema pretende ordenar; en estrecha vinculación con ello, también es preciso tomar en consideración a las fuerzas sociales portadoras de los intereses que representan y defienden. En este nuevo escenario conceptual, el trabajo emerge como eje central del conjunto del sistema jurídico constitucional, centralidad esta que es la que sustenta la construcción de una nueva categoría de constitución material, que, desde entonces y en lo esencial, quedará articulada en torno a dos grandes modalidades: de un lado, la constitución económica y, de otro, la constitución laboral.

La primera categoría, que es la más elaborada por la literatura académica, agrupa al conjunto de reglas (derechos, principios y valores) iusconstitucionales que regulan la actividad económica, tanto privada como pública. La segunda, de seguro necesitada de una mayor construcción teórica, alude a su vez al entramado de reglas (derechos,

principios y valores) constitucionales que ordenan las relaciones laborales, individuales y colectivas.

Esta diversidad en el estadio de construcción dogmática de ambas modalidades probablemente trae su razón de ser en el distinto momento histórico de la emergencia de los primeros contenidos configuradores de una y otra. La Constitución económica nace y se desarrolla en unas secuencias temporales coincidentes con el desarrollo del constitucionalismo del siglo XIX; con una comprensión de la Constitución como el instrumento de limitación del ejercicio por el Estado de sus poderes públicos al tiempo que de reconocimiento de las facultades de gobierno, por los particulares, del mercado. O, por decirlo con el lenguaje en su día acuñado por la literatura norteamericana, como la vía destinada a asegurar simultáneamente el ejercicio de las facultades vinculadas con las libertades públicas y el derecho de propiedad (*liberty and property*). Las primeras manifestaciones del constitucionalismo laboral, en cambio, hacen su aparición en el período de entreguerras del siglo pasado y maduran, tras la conclusión de la II Guerra mundial, al hilo de un nuevo pacto social en el que se reconoce a la clase trabajadora la condición de sujeto político, titular de derechos a los que se les atribuye el máximo rango y protección, pacto éste que comporta igualmente una reformulación del constitucionalismo económico. La asunción ahora por el Estado de potestades de índole económica, conteniendo o limitando el libre funcionamiento de las leyes del mercado, pretende, precisamente, garantizar un desarrollo económico en armonía con un progreso social asentado en los principios de igualdad y justicia.

En relación con las dos grandes modalidades que se articulan a través de la noción de constitución material, me parece de todo punto pertinente efectuar algunas observaciones que definan con mayor precisión tanto sus vinculaciones recíprocas como con las del texto constitucional, entendido en un sentido unitario.

En primer lugar, las nociones de constitución económica y constitución laboral son nociones dogmáticas y no normativas. Por consiguiente, las fronteras de ambas partes de la Constitución están sujetas a las transformaciones y mutaciones que, en general, son aplicables a todo texto constitucional, con toda razón calificado por la jurisprudencia canadiense como un “árbol vivo”. En segundo lugar, constitución económica y constitución laboral, lejos de enunciar cláusulas separadas, formulan disposiciones que interactúan recíprocamente. Por fundamentar la idea con dos ejemplos sencillos. El primero, extraído de la Constitución española (CE), evidencia que los contenidos de dos de los derechos más significativos encuadrables en esas diferentes modalidades o, si se prefiere

y por enunciar la idea con mayor rigor, algunas expresiones de esos derechos, cuales son la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), suelen interpretarse de manera conexas. Girando ahora la atención hacia el derecho de la Unión, el Tribunal de Luxemburgo, en reiteradas ocasiones (entre otras, sentencias *Viking*, *Laval* y *Rüfert*), ha atribuido a las libertades económicas fundamentales, señaladamente a la libre prestación de servicios, la facultad de imponer límites al ejercicio de derechos fundamentales laborales, como los de negociación colectiva y huelga.

Por último, los contenidos de las facultades pertenecientes a cada una de las fracciones de una Constitución no solo se encuentran en una posición de recíproca y potencial incidencia limitativa. Una y otra han de ser aplicadas en un sentido acorde a las cláusulas constitucionales de dimensión transversal. Por razonar la aseveración nuevamente con la ayuda que brindan los textos sobre derechos fundamentales. El preámbulo de la CSE, versión 1961, declara que “el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación (...)”, afirmando de manera indubitada la transversalidad del derecho a no ser discriminado. De su lado, el principio de igualdad y de no discriminación es un principio transversal del derecho de la Unión, no pudiendo entenderse los derechos establecidos en la Carta de manera desvinculada y contraria al principio de igualdad (art. 20) y a la prohibición de no discriminación (art. 21). De ahí que, como afirma el TJUE, en referencia a los derechos de los trabajadores, pero en aserto que puede generalizarse sin esfuerzo alguno, el juez nacional debe inaplicar “toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar ni esperar su previa derogación por el legislador” (por todas, sentencia *Cordero Alonso* de 2006). En todo caso y de entre las diversas cláusulas transversales, aquella que, a mi juicio, desempeña una mayor función configuradora del texto constitucional en su conjunto, al tiempo que es la que pide una mayor exigencia de acomodación y ajuste entre los derechos que puedan integrarse en cada una de las dos rúbricas de las constituciones es la cláusula social o, si se prefiere, el Estado Social.

4. De conformidad con la doctrina tradicional, la noción de “constitucionalismo europeo” se ha elaborado, en buena medida, a través del análisis de los textos, examinando la naturaleza y el contenido tanto de los tratados vigentes en el espacio europeo como de las diversas constituciones nacionales. A resultas de esta construcción, ha tenido lugar un doble y paralelo proceso en las relaciones entre tratados y convenciones, de un lado y constituciones nacionales, de otro: mientras que aquellos primeros se han “constitucionalizado”, estas segundas se han

“europeizado” a través de las “cláusulas de apertura” o de los “artículos Europa” incorporados en su clausulado.

Un estudio del constitucionalismo laboral europeo a través del examen de los textos que, en el espacio jurídico del Consejo de Europa y de la Unión, consagran los derechos fundamentales de los trabajadores es, de seguro, una aproximación metodológicamente correcta. Pero esta aproximación, aun siendo adecuada, resulta parcial si no va complementada con otra, que es la que hoy atrae, de seguro, la mayoritaria atención de la literatura académica. Aludo al denominado “diálogo judicial” o “diálogo entre jueces”, terminología que ya he procedido a desjudicializar, integrando en la condición de actores de las fórmulas de diálogo que articulan la integración constitucional laboral europea a todos los órganos encargados, en el ámbito de cada uno de los tres textos básicos de dimensión europea (Convenio de Roma, Carta Social Europea, en sus dos versiones y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales. En el examen del constitucionalismo laboral europeo han de manejarse y coordinarse ambos enfoques; y a esa metodología me atenderé con disciplina

5. El Consejo de Europa, apenas constituido, acordó introducir un principio de prioridad temporal en el desarrollo de uno de sus fines primordiales, consistente, como confiesa su preámbulo, en el “mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y libertades fundamentales”. En tal sentido, aprobó el convenio relativo a los derechos civiles y políticos, posponiendo durante más de una década la adopción del instrumento de ordenación de los derechos económicos y sociales.

No obstante, y acaso debido a la dificultad de trazar un corte limpio entre una y otra categoría de derechos, el Convenio de Roma de 1950 (CEDH) terminaría incorporando a su clausulado algunos derechos sociales típicos, pertenecientes, algunos de ellos y de manera igualmente típica, al área de la constitución laboral. A esta específica naturaleza responde, sin discusión, el derecho de sindicación (art. 11) pudiendo igualmente encuadrarse en éste ámbito la prohibición del trabajo forzoso (art. 4).

Al margen de la consagración por el CEDH de esos derechos de contenido laboral, las dos grandes fuentes de regulación del constitucionalismo laboral europeo son, de un lado, la CSE, en sus dos versiones, la inicial de 1961 y la revisada de 1996, así como el derecho comunitario, hoy derecho de la Unión, señaladamente mediante la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2007).

De seguro, los derechos consagrados en la CSE no pertenecen, todos ellos, al ámbito laboral. Su preámbulo identifica los derechos ahí consagrados con un lenguaje más extenso, pues habla de “derechos sociales” cuya titularidad no siempre se confiere con criterios de universalidad subjetiva. Desde esta perspectiva subjetiva, los trabajadores constituyen, sin embargo, el colectivo al que se atribuye el mayor número de derechos. Un cuarto de siglo después de su aprobación, la CSE fue objeto de una intensa revisión (CSER). Una superficial comparación entre ambos textos, el original y el revisado, pone de relieve dos datos de interés: de un lado, los derechos ya consagrados en la versión de 1961 adquieren una mayor densidad en sus contenidos sustantivos y, de otro, el catálogo de los derechos se incrementa en la versión revisada del CSE (CSER).

Al margen de la indiscutible densidad y relevancia de los derechos sociales, en general, y laborales, más en particular, enunciados en sus dos versiones, la CSE estatuye un sistema de adhesión que carece de equivalencia en cualquier otro texto internacional sobre protección de derechos fundamentales y que ha sido calificado, con toda razón, de “ratificación a la carta” (Jimena Quesada). A estos concretos efectos, los derechos enunciados se agrupan en dos modalidades; de un lado, los que forman parte de su núcleo duro (*core*), que en verdad es elástico, ya que han de ser ratificados en un determinado número<sup>2</sup> y, de otro, los que integran el núcleo flexible y cuya adhesión queda a la libre discrecionalidad de las partes contratantes<sup>3</sup>. Desde una perspectiva general, este sistema resulta criticable, pues consiente a los Estados orillar sus déficits sociales mediante la aceptación de aquellos derechos “que no les comprometan a demasiados esfuerzos” (Belorgey). En tal sentido y, por ejemplo, un Estado puede ratificar la CSE, en cualquiera de sus versiones, sin necesidad de adherirse a los derechos de libertad sindical y acción colectiva. Pero la crítica puede extenderse, desde un prisma ya estrictamente laboral, a la inclusión misma de los derechos en una u otra categoría. Por ilustrar nuevamente la aseveración con concretos ejemplos, no me parece en modo alguno razonable la exclusión, tanto en la CSE

---

<sup>2</sup> En la CSE de 1961, versión original, el núcleo duro lo forman siete artículos, de los que las partes habían de ratificar cinco (art. 20.b). En la CSER lo forman nueve, de los que seis han de ser ratificados (art. A1.a., Parte III).

<sup>3</sup> Los derechos no incluidos en los preceptos del núcleo duro se integran en este otro núcleo, en el flexible. La CSE de 1961 obliga a ratificar un número adicional, siempre que la ratificación total de derechos de ambos núcleos no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados” (art. 20.c). De su lado, la CSER eleva estas cuantías, respectivamente, a 16 y 63 (art. A.1.b, Parte III).

1961 como 1996, del derecho a una remuneración suficiente del núcleo duro. E idéntico juicio me merece esa misma decisión, referido ahora exclusivamente a la CSER, del derecho a la protección en caso de despido.

La tercera y última de las fuentes de ordenación del constitucionalismo laboral europeo se contiene en el derecho comunitario. Hasta la aprobación de la Carta y la atribución a la misma de un valor jurídico idéntico al de los tratados, la mayor parte de los derechos de los trabajadores consagrados en dicha Carta tuvieron un explícito reconocimiento a través del derecho derivado. Los derechos de igualdad y no discriminación en el empleo, de información y consulta de los trabajadores y, en fin, de seguridad y salud en el trabajo ilustran de manera ejemplar la aseveración.

Distanciándose de la estructura adoptada no solo por los textos de tutela de los derechos humanos adoptados por el Consejo de Europa sino, adicionalmente, por las constituciones nacionales, la Carta clasifica los derechos que consagra en cinco grandes categorías: dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y ciudadanía. Los derechos que forman parte del constitucionalismo laboral europeo se encuentran dispersos, en gran medida, a lo largo de la totalidad del articulado de la Carta, que consagra la práctica integridad de los derechos individuales y sociales que se suelen ubicar en los textos de esta naturaleza. Así, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio se reconoce en el grupo de los derechos de “dignidad”. De su lado, los derechos de libertad sindical, así como la libertad profesional y el derecho a trabajar se consagran en el título de “libertades”. Sin embargo, el grueso de los derechos fundamentales de carácter laboral se enuncia en el título IV, que se abre con la rúbrica “Solidaridad”.

No me parece impertinente dejar constancia de algunas criticables marginaciones y olvidos. El primero es el derecho al trabajo, que parece haberse querido ocultar de manera vergonzante tras el derecho de toda persona “a trabajar y a elegir una profesión libremente elegida y aceptada”. Este olvido es tanto más irrazonable cuanto el derecho al trabajo se vincula con dos garantías que, ahora sí, se reconocen de manera explícita en la propia Carta: la prohibición del trabajo forzoso y el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo. De otro lado, también el derecho a “una remuneración equitativa”, a pesar de estar reconocido igualmente en la CSE, ha sufrido una drástica marginación.

6. El reconocimiento y la efectiva implantación de un diálogo entre los Tribunales de Estrasburgo (TEDH), de Luxemburgo (TJUE) y el Comité Económico de Derechos Sociales (CEDS) han venido encontrando y siguen aún encontrando dificultades de tono mayor. La primera y acaso la

primordial reside en la falta de homogeneidad de los mencionados órganos de garantía, ya que, mientras dos de ellos, el TEDH y el TJUE, tienen una naturaleza jurisdiccional, el CEDS carece de esa naturaleza. La ausencia de una actividad jurisdiccional clausura, así pues, la ocasión misma de incluir al órgano privado de esta propiedad en los escenarios propios de un diálogo, que se define estrictamente como judicial. De esta diversa condición, derivaría su vez un caudal de diferencias que imposibilitaría no ya la apertura de un diálogo sino, a un nivel más profundo de ideas, la aplicación de la noción misma de diálogo, asentado, precisamente, sobre un presupuesto de tipo funcional, cual es la comunicación entre tribunales. Entre otras diferencias, podrían citarse acaso como significativas el carácter no vinculante de las decisiones (informes y conclusiones) adoptadas por el CEDS, la inviabilidad de la presentación de quejas individuales y, en fin, la no vigencia de una de las manifestaciones del principio de subsidiariedad, cual es haber agotado los mecanismos nacionales de protección de los derechos fundamentales.

En todo caso, de la constatación de que las decisiones, informes y resoluciones del CEDS no sean jurisdiccionales ni jurisdiccionalmente ejecutivos no cabe inferir la ausencia de toda fuerza vinculante, que ha venido incluso reconocida de manera sistemática por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, al menos en relación con las partes contratantes que han firmado el protocolo sobre las reclamaciones colectivas de 1995, entre las que por cierto no se encuentra España. Y es que, en efecto y tratándose de este tipo de reclamaciones, el CEDS actúa con parámetros claramente jurisdiccionales (en las fases tanto de admisibilidad como de enjuiciamiento del fondo), emitiendo decisiones de fondo que tienen la misma estructura que las sentencias judiciales. La utilización por el mencionado órgano de control de criterios de interpretación típicamente jurisdiccionales, el manejo de juicios de ponderación, en los que la suficiencia y proporcionalidad desempeñan un papel relevante, o, en fin, la toma en consideración del desigual grado de prosperidad económica de los diferentes Estados miembros ilustra la anterior aseveración. Por lo demás, la doctrina procedente del CEDS al interpretar la CSE, en cualquiera de sus dos versiones, alberga una “jurisprudencia social” más intensa y rica que la de los Tribunales de Estrasburgo (TEDH) y Luxemburgo (TJUE), habiendo propiciado la creación de un orden “europeo social y económico justo” (Jimena Quesada).

La falta de una identidad funcional entre los órganos que tutelan, en el espacio europeo, los derechos fundamentales laborales no impiden, en mi opinión, la elaboración de una doctrina acerca del diálogo entre estos

órganos. En este potencial diálogo concurre, primeramente, el contexto institucional necesario para el desarrollo y maduración de una comunicación entre esos órganos de garantía; esto es, la existencia de una pluralidad de órdenes normativos supra-ordenados, ninguno de los cuales reconoce a los otros como fuente de su validez. En segundo lugar, el objetivo básico de una comunicación semejante coincide con el perseguido con el denominado “diálogo judicial”, que no es otro que el construir un cuerpo de doctrina sobre los derechos que han de ser asegurados de manera mutuamente conciliable y razonable a través del modo que resulte factible no ya para uniformarlos sino para armonizarlos, intentando conciliar su contenido, sus límites o, incluso, las técnicas de ponderación que han de manejarse en relación a cada uno de ellos. En tercer lugar, también en esta conversación la protección de los derechos fundamente ha de calificarse como el denominado “territorio disputado” (Bustos Gisbert); esto es, el campo en el que las instituciones a examen, con una diversidad de textos y vías de interrelación entre sí, carecen de una autoridad última que determine el contenido de tales derechos. Finalmente, el reconocimiento del diálogo entre los órganos a examen constituye una exigencia ineludible para asegurar unos niveles razonables de contención y, en su caso, composición de los potenciales conflictos que pueden aparecer en los ámbitos subjetivos y materiales de la tutela, en el espacio europeo, de los derechos fundamentales laborales, en particular, y el de los derechos fundamentales sociales, más en general.

Trasladando ahora las reflexiones al campo de las experiencias concretas, la comunicación entre el TEDH, el TJUE y el CEDS constituye una realidad, con independencia de la distinta densidad e intensidad mantenida por cada uno de estos órganos con los restantes. En muy apretada síntesis, las interacciones entre los tres órganos de garantía responden al siguiente esquema: i) un diálogo en lento proceso entre el TEDH y el CEDS; ii) un diálogo entre la indiferencia, por el TJUE, y la “comunitarización” por el CEDS y iii) un diálogo fluido entre el TEDH y el TJUE.

7. Del examen de los textos que integran el constitucionalismo laboral europeo, es dable deducir la notable consistencia normativa que, en el doble y parcialmente superpuesto espacio de la Unión Europea y del Consejo de Europa, tienen los derechos fundamentales del trabajador. Sin desconocer ni las resistencias que su reconocimiento formal y su ejercicio efectivo pueden haber tenido y aún tienen en algunos países de uno y otro espacio territorial ni las ocasionales vulneraciones de los mismos por parte de los propios Estados, no es aventurado afirmar que los derechos fundamentales de los trabajadores forman parte del marco constitucional

social y democrático que se ha ido edificando en Europa, no sin fatigas, a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado. Más aún. Estos derechos no solo pertenecen al código genético del constitucionalismo europeo; adicionalmente, han venido actuando, al menos hasta el presente, como uno de los más reseñables nutrientes del proceso de integración europea. En fin, la consagración por los textos transnacionales europeos de la iusfundamentalidad de unos derechos de titularidad de los trabajadores también ha colaborado y, sobre todo, está colaborando, a pesar de los constantes zarandeos aparecidos en la última década, a la conservación del pacto político fundante del Estado Social así como – y se trata de una afirmación a menudo, y en mi opinión, interesadamente descalificada o ignorada – al mantenimiento de la identidad, como activo sujeto político y social, tanto de quienes, a cambio de una retribución, participan decisivamente en el funcionamiento del sistema económico de mercado como de las organizaciones de representación y defensa de sus intereses, las organizaciones sindicales, en relación a las cuales reivindico su condición de pilar básico del Estado social

Pero esta densidad normativa no ha mantenido una posición de simetría con la intensidad protectora; en otras palabras, el constitucionalismo europeo cuenta hoy con muchos derechos, pero en buena parte privados de la obligada tutela. La fuente principal de esta falta de correlación, de la que nace un caudal de trastornos, no trae causa, ni solo ni tanto, en unas presuntas restricciones o limitaciones interpretativas, defendidas por los órganos encargados de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. Esta falta de equivalencia deriva de manera directa de razones estructurales, vinculadas con un deficiente diseño institucional predicable, señaladamente, del ámbito de aplicación de los propios derechos fundamentales laborales en el espacio territorial de la Unión.

Las razones de la baja densidad protectora de la jurisprudencia europea en materia de derechos laborales, en particular, y de los derechos integrados ahora en el título IV de la Carta, más en general, han de valorarse y ponerse en relación con dos datos normativos y, adicionalmente, con una práctica jurisprudencial del propio Tribunal.

El primer dato normativo que favorece la mencionada asimetría reside en que, para que cualquier derecho de la Carta pueda ser invocado ante el TJUE – y, con anterioridad, ante un juez nacional –, es necesario que la controversia de origen aparezca vinculada a la aplicación de una norma perteneciente al derecho de la Unión. Y tratándose de derechos laborales, las posibilidades de invocación de vulneración por una norma nacional son limitadas. Los únicos derechos laborales que podrían entrar en el ámbito

de aplicación de la Carta serían: no discriminación, igualdad, información y consulta y condiciones de trabajo saludables y seguras. La ordenación jurídica de una norma nacional reguladora de cualquiera de los restantes derechos no activaría su protección a través del Tribunal de Luxemburgo, al margen y con independencia de la razón que pueda ser alegada como fundamentadora de esa exclusión: i) no haber procedido la Unión a regular el derecho, a pesar de disponer de competencia legislativa, como, por ejemplo, modernización de los sistema de protección (art. 153.1.k del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, <TFUE>); ii) quedar excluido el derecho de toda posible ordenación comunitaria, tal y como acontece, entre otros, con el derecho de huelga (art. 154.5 TFUE) o, en fin, iii) entrar el derecho en el capítulo de las meras competencias de coordinación, resultando ilustrativo de este supuesto la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 156 TFUE).

El segundo dato trae causa en la distinción introducida en la Carta entre derechos y principios (art. 52, 3 y 5). La pertenencia de un determinado derecho fundamental a una u otra categoría arrastra unas consecuencias de primer orden, la principal de las cuales reside en que los principios, a diferencia de los derechos, no atribuyen posiciones jurídicas subjetivas inmediatamente exigibles ante los órganos jurisdiccionales. Pero el gran problema reside en el silencio mantenido por la Carta al identificar qué derechos fundamentales han de ser considerados como derechos y cuáles otros, en cambio, como principios. Y como recuerda el Abogado General del TJUE Cruz Villalón, hay una fuerte presunción de que el grueso de los derechos laborales pertenece a la categoría de principios, configuración ésta que, unida a los ya examinados problemas que derivan de las reglas de competencia de la Unión en materia de derechos laborales, contribuye a mermar aún más las posibilidades de tutela de estos derechos por el TJUE.

Por lo demás, y no es lo de menos, la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se está encargando de evidenciar, en modo expreso y terminante, la baja intensidad en la protección de los derechos fundamentales laborales reconocidos en la Carta. La reciente sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de Médiation Sociale (AMS)*, asunto C-176/12, ilustra de manera ejemplar esta aseveración.

8. La recesión económica habida en los últimos años ha dado lugar a la adopción por un buen número de Estados miembros de la Unión, señaladamente de los países del sur, incluido España, de diferentes paquetes de medidas de endurecimiento, extenso e intenso, de los derechos sociales, en general, y laborales, en particular, poniendo entre paréntesis la vigencia del Estado social y del pacto que le alumbró, con las

consecuencias inherentes a esta crisis: ruptura de la paz social, incremento de las desigualdades sociales, debilitamiento de la cohesión social, multiplicación de la figura del “trabajador pobre”, crecimiento de los niveles de exclusión social o descrédito de la acción política, por citar algunas de las más significativas. Hasta tal punto ha padecido el Estado del Bienestar que el presidente del Banco Central Europeo, el Sr. Draghi, no dudó en declarar, en entrevista concedida al *Wall Street Journal* el 4 de febrero de 2012, que “el modelo social europeo ha muerto”, ratificando así la propia defunción de los derechos que le estructuran y caracterizan.

En unos escenarios normativo y económico semejantes, no es de extrañar las resistencias del TJUE a acometer una efectiva tutela de los derechos laborales fundamentales. Las no tan alejadas sentencias *Viking*, *Laval* y *Rüffert* o la más reciente, ya citada, *AMS*, ilustran esta conclusión. Y tampoco debe causar sorpresa que la protección de esta categoría de derechos la estén protagonizando algunos tribunales constitucionales nacionales, como el italiano y, de manera señalada, el portugués, así como el órgano de garantía de la CSE: el CEDS. Por enunciar la idea con un mayor nivel de abstracción y apropiándome de la bien conocida expresión de Dworkin, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sigue sin tomar “los derechos en serio”, lo que comporta que “tampoco se esté tomando con seriedad el Derecho”, en este caso el laboral.

## CHAPTER TWO

### PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EUROPA ANTE LOS RETOS DEL SIGLO VEINTIUNO

### PRESENT AND FUTURE OF LABOUR LAW IN EUROPE IN THE FACE OF THE CHALLENGES OF THE TWENTY-FIRST CENTURY

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ<sup>1</sup>

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD  
SOCIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA (ESPAÑA)

Resumen. Se está ante una crisis de identidad del Derecho del Trabajo Clásico o garantista. El Derecho del Trabajo Clásico trató de formalizar las relaciones de poder en el mundo del trabajo, buscando equilibrios entre racionalidades, pero el nuevo Derecho Flexible del Trabajo de orientación liberalizadora está siendo “revisado” y “modernizado” (“*Libro Verde*” de la Comisión Europea sobre la flexiseguridad y políticas de flexibilidad unilateral y de intervencionismo público/estatal de apoyo a los mercados) resituando los equilibrios para fortalecer los poderes empresariales y reducir el protagonismo de los sindicatos y de sus instrumentos principales de acción colectiva como la negociación colectiva y la huelga. No debe olvidarse que el Derecho Social del Trabajo (como el Estado Social de Derecho al que sirve) es un fenómeno de civilización (imperfecto como toda obra humana) de unas relaciones sociales de producción y dominación, que sin él estarían condenadas a la más completa des-humanización. El Derecho del Trabajo es un pilar de la democracia que no

---

<sup>1</sup> Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

puede limitarse a tener una dimensión exclusivamente procedimental, sino también de carácter social o jurídico-material, en cuanto que fuertemente comprometida con los principios de igualdad y de solidaridad social.

Abstract. It is facing a crisis of identity of the law of work classic or guarantor. The law of classical work tried to formalise the relations of power in the world of work, seeking balances between rationalities, but the new Flexible right of the liberalization-oriented work is being "revised" and "modernized" ("*Green Paper*" of the European Commission on flexicurity and unilateral flexibility policies and public/state interventionism to support markets by relocating balances to strengthen business powers and reduce the role of trade unions and their main instruments Of collective action such as collective bargaining and strike. It should not be forgotten that the social right of work (as the social state of law to which it serves) is a phenomenon of civilization (imperfect as any human work) of social relations of production and domination, which without him would be condemned to the most complete des-humanization. The right to work is a pillar of democracy which cannot be limited to having an exclusively procedural dimension, but also of a social or legal-material nature, in that it is strongly committed to the principles of equality and social solidarity.

“La política que reduce su responsabilidad reconocida a cuestiones de sanidad pública y declara su retirada de la *gestión social*, efectivamente desocializa los males de la sociedad y traduce la injusticia social como ineptitud o negligencia individual [...]. En la sociedad “postmoderna” de consumidores el fracaso [individual] redundo en culpa y vergüenza, no en protesta”.

—Z Bauman<sup>2</sup>

## Introducción

Existe una percepción generalizada de un cambio de época en una perspectiva civilizatoria integral, es decir, que afecta a todos los ámbitos de la sociedad: trabajo, cultura, formas de integración social, tecnología, etcétera). Estamos ante una modernidad líquida –frente a la modernidad sólida-<sup>3</sup> marcada por la visibilidad de los “riesgos fabricados” (incluida la

---

<sup>2</sup> Z. Bauman, *Modernity and Ambivalence*, Ithaca (NY): Cornell University Press, 1991, 261 (Traducción castellana, *Modernidad y ambivalencia*, Barcelona: Anthropos, 2005).

<sup>3</sup> Z. Bauman, *Modernidad líquida*, Buenos Aires: FCE, 11ª reimpresión, 2009, 7 y sigs.

globalización de los riesgos civilizatorios) y la incertidumbre de la existencia<sup>4</sup>. Es una era de alteraciones y discrepancias: una época en la que todo (o casi todo) puede pasar, pero en la que nada (o casi nada) puede acometerse con un mínimo de certeza de que se llevará a cabo. Y es una época de crisis instrumentales persistentes y recurrentes<sup>5</sup>.

En este contexto no resulta fácil descifrar la realidad. Preside la idea (o la convicción) de que estamos caminando hacia un Derecho postmoderno [o premoderno, quizás en muchos aspectos, dado que hablamos de “mercantilización”, “remercantilización”, “desindicalización, de robustecimiento/reforzamiento de los poderes unilaterales del empleador]. El Nuevo Derecho Flexible del Trabajo, que desplaza al Derecho del Trabajo clásico del Estado Social en paralelo con la emergencia del “Estado de Mercado” o Estado de competencia económica. Se habla de promesas incumplidas; proyector emancipador de un Estado Social como guardián de las promesas con su constitución democrático-social del trabajo. La metamorfosis –que no es una simple transformación, pues equivale a un cambio histórico de cosmovisiones, imagen del mundo y modos de la existencia humana- de la forma Estado y de los sistemas jurídicos evidencia el momento de la incerteza de la sociedad contemporánea. Vivimos en un mundo que no está sólo cambiando, sino que se está “metamorfoseando”, lo que comporta un cambio cualitativo mediante el cual las viejas certezas de la sociedad moderna –de la modernidad- se desvanecen mientras surgen dimensiones completamente nuevas en todos los ámbitos de la formación social. Para comprender y explicar esta metamorfosis del mundo hay que explorar lo que hay de nuevo, lo que surge y permanece de lo viejo e intentando captar las futuras normas y estructuras que caracterizan a nuestra época<sup>6</sup>. Pero, significativamente, al final del análisis sobre “la metamorfosis del mundo, lo que resulta obvio es que el problema de la metamorfosis de la

---

<sup>4</sup> U. Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Ed. Paidós, 1998, págs. 42 y sigs.; U. Beck, *La sociedad del riesgo global*, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, 29 y sigs., sobre la sociedad del riesgo global en un marco de incertidumbres fabricadas.

<sup>5</sup> Z. Bauman, *Retropía*, Barcelona: Ed. Paidós, 2017, Epílogo, 149.

<sup>6</sup> U. Beck, *La metamorfosis del mundo*, trad. Fernando Borrajo Castanedo, Barcelona: Ed. Paidós, 2017, 17 y sigs., el cual considera que el concepto sociológico de “metamorfosis del mundo” hace referencia a una forma histórica, sin precedentes, de cambio global que consta de dos niveles: el macronivel del mundo y el micronivel de la vida cotidiana; actuando la “sociedad del riesgo como agente de la metamorfosis” (pp. 68 y sigs.).

desigualdad es la cuestión clave del futuro”<sup>7</sup>. Pero no se trata sólo –aunque también en la perspectiva estrictamente jurídica– de la igualdad reconocida y consagrada en reglas e instituciones correctas, sino, en relación a ello, de garantizar las realizaciones y conquistas reales, es decir, se trata de garantizar la eficacia real del principio de “justicia social” y de los derechos y capacidades fundamentales; o, por decir en palabras de Amartya Sen, se trata de asumir “una concepción de la justicia centrada en realizaciones”<sup>8</sup>.

Del futuro del Derecho del Trabajo sólo se puede hablar a partir del presente donde cristaliza el pasado y emerge el porvenir. Por lo demás, el futuro nunca está escrito y sujeto a una evolución espontánea, pues depende de la tensión permanente existente entre la sociedad política democráticamente organizada y de las fuerzas que detentan los factores base de poder.

Se está produciendo una visible degradación del modelo democrático de Derecho del Trabajo y de relaciones laborales en los países desarrollados en general y en los Estados pertenecientes a la Unión Europea, en particular. Hay un continuo deterioro de las condiciones de vida y trabajo de la mayor parte de la población: de los que trabajan (empleo precario que no les libera de la pobreza); y los desempleados (jóvenes y desempleados de larga duración). Reformas sociolaborales explícitas (señaladamente, la llamada “regla de oro”: art. 135 CE, subordinación del gasto social a las exigencias del orden público económico) e implícitas o tácitas y mutaciones constitucionales (mutaciones tácitas incluidas, por “suspensión” y “desconstitucionalización” material jurídico-legal de derechos sociolaborales, sin modificación expresa de los textos constitucionales). El aval que han obtenido de algunos Tribunales Constitucionales como el de España (en sentencias que han contado con valiosos votos particulares discrepantes del sentir mayoritario del Alto Tribunal) resulta altamente preocupante con diversas sentencias, que han elevado a canon de constitucionalidad absolutamente preferente la razón económica sobre la razón social (esto es, sobre la garantía de los derechos sociales, situados en un proceso permanente de reversibilidad en todos los aspectos fundamentales). La coyuntura de la última gran crisis económica ha sido utilizada como fundamento para establecer una situación de excepción tanto en el plano económico como social, de manera que los gobiernos y los legisladores infraconstitucionales la han utilizado como un “justificado motivo” (sic.) para reducir las garantías y los derechos

---

<sup>7</sup> Beck, *La metamorfosis del mundo*, 219.

<sup>8</sup> A. Sen, *La idea de la justicia*, trad. H. Valencia Villa, Madrid: Ed. Taurus, 2010, 42.

sociales, individuales y colectivos, a fuerzas de vaciarlos de contenido constitucional y considerarlos como de configuración legal y en consecuencia sujetos a la discrecionalidad del legislador de las “reformas laborales” (reformas del “mercado de trabajo” en la lógica del “Derecho del mercado”)<sup>9</sup>. Estas reformas laborales –que han neutralizado los derechos constitucionalmente garantizados– han permitido instaurar un cambio en la correlación de fuerzas en el mundo del trabajo y generalizar un modelo de empleo basado funcionalmente en la competitividad empresarial por la reducción de costes del factor trabajo y en la expansión de la precariedad laboral. Lo que estamos es ante un nuevo modelo de Derecho flexible del trabajo asentado en una intensa *remercantilización* del trabajo, el deterioro de los instrumentos de poder sindical y en una “acumulación por desposesión” de lo público en favor de los intereses y organizaciones privadas.

Se está ante una crisis de identidad del Derecho del Trabajo Clásico o garantista. El Derecho del Trabajo Clásico trató de formalizar las relaciones de poder en el mundo del trabajo, buscando equilibrios entre racionalidades, pero el nuevo Derecho Flexible del Trabajo de orientación liberalizadora está siendo “revisado” y “modernizado” (*Libro Verde* de la Comisión Europea sobre la flexiseguridad y políticas de flexibilidad unilateral y de intervencionismo público/estatal de apoyo a los mercados) resituando los equilibrios para fortalecer los poderes empresariales y reducir el protagonismo de los sindicatos y de sus instrumentos principales de acción colectiva como la negociación colectiva y la huelga. Ciertamente, es un hecho la dificultad de las organizaciones sindicales para representar las diversidades actuales del mundo del trabajo, pero también lo es que se asiste en la presente coyuntura a opciones políticas gubernamentales que tienden a marginar, erradicar o excluir a la subjetividad colectiva del trabajo del papel de sujeto político influyente en los procesos de toma de decisiones en materia sociolaboral, que ha venido siendo la posición atribuida y garantizada en la tradición del constitucionalismo democrático-social. La “gubernamentalización” implica un “dirigismo político” que tiende a situar en una posición decididamente subalterna a las organizaciones sindicales mayormente

---

<sup>9</sup> Esta conceptualización de los derechos sociales como derechos debilitados en el texto constitucional acaba por comprometer seriamente la consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos fundamentales en el marco de la consideración de la categoría de los derechos fundamentales como un todo complejo y heterogéneo. En este sentido, explícitamente, J. L. Monereo Pérez, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid: Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, 194 y sigs.