nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia

The guarantee of social rights in the European Social Charter as the 'Social Constitution' of the wider Europe

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 215-326.

Resumen

España estuvo en las condiciones democráticas exigidas para ratificar la "primera" -y ya gran versión- de la Carta Social Europea de 1961 en el año 1980, cuando previamente fue aprobada la Constitución Española de 1978. Desde entonces su influencia en legislación española sobre garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales ha sido extraordinaria [como desde antes lo ha venido sido en todos los Estados miembros de la Europa amplia], tanto respecto a la producción legislativa como en la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales (atendiendo a los artículos 94 a 96 y 10.2 de la Constitución), aunque se podría objetar que, hasta ahora, no se ha sacado el máximo partido que era posible esperar. Un salto cualitativo en la coyuntura histórica actual se opera en nuestro país con el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (Revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Se incorporan nuevos derechos de contenido social y se establece en el mismo Instrumento de Ratificación que: - «En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.». La Carta Social Europea es la verdadera "constitución social de la Europa amplia"

Abstract

Spain was in the democratic conditions required to ratify the "first" -and already great version- of the European Social Charter of 1961 in 1980, when the Spanish Constitution of 1978 was previously approved. Since then, its influence on Spanish legislation on the effective guarantee of fundamental social rights has been extraordinary [as it has been in all the Member States of the wider Europe], both in terms of legislative production and in the interpretation carried out by the judicial bodies (in accordance with articles 94 to 96 and 10.2 of the Constitution), although it could be objected that, until now, it has not been used to the full extent that could have been expected. A qualitative leap in the current historical conjuncture is operated in our country with the Instrument of Ratification of the European Social Charter (Revised), made in Strasbourg on May 3, 1996. New rights of social content are incorporated and it is established in the same Instrument of Ratification that: - "In relation to Part IV, Article D, paragraph 2, of the European Social Charter (Revised), Spain declares that it accepts the supervision of its obligations under the Charter as established by the procedure set out in the Additional Protocol to the European Social Charter developing a system of collective complaints, done at Strasbourg, on November 9, 1995.". The European Social Charter is the true "social constitution of the wider Europe"

Palabras clave

Carta Social Europea Revisada; democracia sustancial; constitucionalismo de derecho privado y social; garantía multinivel de los derechos fundamentales sociales; principio de unidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales; Comité Europeo de Derechos Sociales; "Constitución Social de la Europa amplia"

Keywords

Revised European Social Charter; substantial democracy; constitutionalism of private and social law; multilevel guarantee of fundamental social rights; principle of unity and indivisibility of fundamental rights; European Committee of Social Rights; "Social Constitution of Wider Europe".

Fecha Recepción: 07/06/2022 - Fecha Revisión: 31/08/2022 - Fecha Aceptación: 31/08/2022
Pags. 215-326

"La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable. Ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica ordinaria"

Robert Alexy[1]

1. LOS FACTORES HISTÓRICOS EPOCALES: LA REFUNDACIÓN DEL ORDEN INTERNACIONAL GENERAL Y EUROPEO EN LA POSTGUERRA

Nuestro País estuvo en las condiciones democráticas exigidas para ratificar la "primera" -y ya gran versión- de la Carta Social Europea de 1961 (en adelante CSE) en el año 1980[2], cuando previamente fue aprobada la Constitución Española de 1978. Desde entonces su influencia en legislación española sobre garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales ha sido extraordinaria [como desde antes lo ha venido sido en todos los Estados miembros de la Europa amplia], tanto respecto a la producción legislativa como en la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales (atendiendo a los artículos 94 a 96 y 10.2 CE), aunque se podría objetar que, hasta ahora, no se ha sacado el máximo partido que era posible esperar.

Un salto cualitativo en la coyuntura histórica actual se opera en nuestro país con el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (Revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (en adelante CSEr)[3]. Se incorporan nuevos derechos de contenido social y se indica en el mismo Instrumento de Ratificación que: - «En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.»[4]. La CSEr es la verdadera "*Constitución Social de la Europa amplia"*, esto es, del continente europeo.

Este proceso de consolidación del constitucionalismo democrático social en que se inserta y profundiza la CSEr no hace sino realzar que cualquier reforma en materia de derechos económicos, sociales y culturales (sintetizados en la expresión tipológica y arquetípica "derechos sociales" como categoría jurídica funcional unificante) tendrá necesariamente (no es una opción de política del Derecho) que contar con el cumplimiento respetuoso de este Instrumento con rango normativo de Tratado en su fórmula de garantía de tales derechos y atendiendo a la interpretación vinculante del Comité Europeo de Derecho Sociales de la Carta.

Pero para comprender en toda su profundidad el significado y alcance de la Carta Social Europea es necesario atender al marco histórico de referencia originario e incardinarlo en una perspectiva histórica de larga duración.

---

[1] Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1933, p. 496.

[2] Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Cada Socia! Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-13567
Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 TEXTO CONSOLIDADO Última modificación: 11 de junio de 2021 https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-13567-consolidado.pdf

[3] https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/11/pdfs/BOE-A-2021-9719.pdf

[4] Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. BOE, núm. 153, de 28 de junio de 2021.

Tras la Segunda Guerra Mundial se operó una refundación del orden internacional general y europeo -y no se olvide que había sido centro operativo y geopolítico del conflicto político y bélico-. En la postguerra se recupera y profundiza en la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho y se lleva a cabo un proceso de creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acompañado de la promulgación de un conjunto de Constituciones Estatales que se inspiraron en la experiencia del constitucionalismo democrático social de entreguerras (Señaladamente, la Constitución de la República de República Weimar, la Constitución de la República Austriaca y la Constitución de la República Española).

Existía una percepción compartida en sus bases fundamentales de que era necesario revisar por completo el orden geopolítico y jurídico internacional y europeo que condujo a la tragedia de la Segunda Guerra Mundial impulsada por las grandes potencias mundiales imperialistas y por las ideologías totalitarias que contribuyeron a legitimar las acciones políticas y militares. La Segunda Guerra mundial fue una "guerra total", que afectó tanto a civiles como a soldados, con una deriva hacia el exterminio del considerado enemigo[5]. Las secuelas de la Segunda Guerra Mundial en Europa ofrecían una perspectiva de total miseria y desolación; y subyacía un desencanto respecto al mito civilizatorio de la modernidad y de idea de "progreso". El proceso del constitucionalismo democrático-social y la construcción del sistema multinivel de garantía de los derechos humanos en la postguerra presentan una serie de hitos fundamentales, que aquí, por el momento, sólo conviene enumerar de manera sucinta:

1º. La Declaración de Filadelfia, 1944 de la OIT. OIT, "Constitución de la OIT", sobre la vigencia y la necesidad de fortalecer los derechos sociales fundamentales. La Constitución de la OIT "originaria" data de 1919 en la Parte XIII del Tratado de Versalles, la cual vincula la justicia social y con los derechos humanos (basta reparar en el tenor de su magnífico "Preámbulo")[6]. Específicamente en la Declaración relativa de los fines y objetivos de la Organización de la OIT" se viene a consagrar implícitamente la unidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos fundamentales y la centralidad de los derechos sociales para autentificar el conjunto de tales derechos construidos a través de distintas generaciones[7]. El mismo Tratado de Versalles en su art. 427 -más allá de la Parte XIII del Tratado- señalaba con contundencia que el trabajo no es un objeto de comercio.

2º. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de la Organización de las Naciones Unidas[8], establecía un catálogo de los Derechos Fundamentales básicos, que se incluirían en los Textos Constitucionales de los Estados nacionales en la postguerra mundial[9] y que después sería objeto de *positivación normativa* internacional al máximo nivel del Derecho Internacional en

[5] Por todos, Judt, T.: *Postguerra: una historia de Europa desde 1945* (2005)*,* Madrid, Taurus, 2020.

[6] Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (BOE, núm. 226, de 21 de septiembre de 1982). El texto original de la Constitución aprobada en 1919 ha sido modificada por la enmienda de 1922 que entró en vigor el 4 de junio de 1934, por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1994, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963 y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1974. El Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo fue adoptado el 21 de noviembre de 1919 por la Conferencia en su primera reunión y revisado en un nuevo texto en la 27ª reunión.

[7] La Conferencia General de la OIT, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión adopta, el día 10 de mayo de 1944, la Declaración de los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus Estados Miembros. La Declaración enuncia los "principios fundamentales" sobre los cuales está basada la OIT. La Declaración figura como Anexo al Texto de la Constitución de la OIT.

[8] Adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948.

[9] De manera tardía por la persistencia de la Dictadura del franquismo, véase el art. 10.2 de la Constitución Española de 1978.

los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos de 1966, con rango de Tratados Internacionales[10].

3º. En la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (forma típica de Estado constitucional)[11], y en el marco de un proceso de refundación del constitucionalismo, se promulgaron las constituciones europeas de la postguerra basadas en la interdependencia y comunicabilidad de los derechos fundamentales (la Constitución Italiana, la Constitución Francesa, la Constitución de la República Federal de Alemania, etcétera), que recuperaron y reforzaron la tradición del constitucionalismo democrático social de las Constituciones de la República de Weimar, la Constitución de la República Austriaca y la Constitución de la República Española de entreguerras.

En esta trayectoria histórica se produce la creación del Consejo de Europa (fundada en virtud del Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949[12]); una organización que pronto forjará un Derecho internacional regional europeo que, entre otras finalidades, reiteraba, especificaba y garantizaba los fines ya establecidos por la Naciones Unidas en el ámbito geopolítico y jurídico de Europea[13]: la cooperación entre los Estados para fines pacíficos, el desarrollo de los derechos humanos y la cooperación y desarrollo económico. Aquí conviene destacas los hitos más importantes en materia de tutela de los derechos fundamentales:

1º. La aprobación del Convenio Europeo de los derechos Humanos (1950), con rango de Tratado Internacional. Cuya garantía queda reforzada por reforzada con la creación del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Ratificado por España.

2º. Y, con innegable y criticable retraso respecto del anterior Tratado: La aprobación de la Carta Social Europea de 1961 (en adelante CSE), revisada en 1996 y ratificada por nuestro país tanto en la versión originaria con la última versión mucho más completa y con un mecanismo reforzad de contrato de cumplimiento. La pretensión es establecer un modelo social europeo, basado en el

[10] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977. En el preámbulo de los dos instrumentos se indica que "Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. *Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.* Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal humano libre…".

[11] La formulación del concepto de "Estado Social de Derecho" se debe a Hermann Heller. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., cap. 1.4 ("Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), pp. 67 y ss.

[12] El Tratado de Londres -Estatuto del Consejo de Europa-, es un tratado internacional regional europeo que establece las bases políticas y jurídicas del Consejo de Europa, en su condición de organismo internacional que impulsa una unidad de acción de los Estados de la Europa amplia a través de la colaboración entre ellos y con la exigencia de utilizar, en todo momento, métodos democráticos en sus decisiones y estructura de funcionamiento. Su objetivo central es promover la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente europeo, sobre los valores de la democracia constitucional, la garantía efectiva de los derechos humanos y el Estado Social de Derecho.

[13] Véase la "Carta de las Naciones Unidades y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia", aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Organización Internacional, reunida en San Francisco, el 26 de junio de 1945, con numerosas enmiendas introducidas a partir de 1963 en adelante. De estos instrumentos se infiere que los fines y principios de la Organización se resuelven en cuatro objetivos principales: el respeto al Derecho Internacional y erradicación de la guerra; la igualdad entre los Estados soberanos; fomento del progreso económico y social mundiales como una unidad indisociable; y la promoción y garantía de los derechos de la persona humana.

garantismo de los derechos sociales de desmercantilización y el reconocimiento de las libertades colectivas-sindicales.

Hay que subrayar, ya en esta primera aproximación, que la Carta Social 1961-1996 en su devenir histórico ha venido ejerciendo una extraordinaria influencia en otros instrumentos comunitarios como la "Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los Trabajadores" (1989)[14] y la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000 (rango de Declaración)-2007 (rango de Tratado de la Unión Europea) (en adelante CDFUE), la cual que alcanzaría el rango equiparable a los Tratado fundacionales de la Unión en virtud de lo establecido en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, tal como resulta del Tratado de Lisboa. Pero esa influencia se ha reflejado en los textos constitucionales de los Estados Miembros del Consejo de Europea (y nótese que su número de miembros no está muy lejos de duplicar al número de los países miembros de la Unión Europea)[15], en legislaciones nacionales relativas a los derechos sociales del trabajo y de la Seguridad Social, y en el establecimiento de una doctrina sobre el núcleo básico y contenido esencial de tales derechos por parte de los órganos del poder judicial, incluida la jurisprudencia de la justicia constitucional.

2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO CONSTITUCIÓN SOCIAL DE LA EUROPA AMPLIA

El punto de partida aquí no es otro que la verificación de los fundamentos del Consejo de Europa y su vigencia actual. Y esto nos lleva hacia la toma en consideración del Estatuto del Consejo de Europa[16]. Su Preámbulo es expresivo al indicar que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización; y reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, *principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia*. Añadiendo que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del *progreso social y económico*, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos y compromisos civilizatorios.

Ya en su articulado se deja constancia de su finalidad, haciéndola entroncar con el principio democrático y la garantía de los derechos humanos fundamentales. En efecto, se declara que la finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer

[14] El estudio más completo sobre este instrumento en Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, respectivamente.

[15] Con la incorporación de Montenegro en 2007, 46 Estados son miembros del Consejo de Europa. Bielorrusia es hoy el único Estado europeo que actualmente no forma parte de la Organización. Para cumplir con los objetivos de promoción y garantía de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho, el Consejo de Europea ha creado un elevado número de mecanismos especializados de seguimiento ("monitoring") con carácter independiente que elaboran Informes periódicos. Es el caso del Comité de Prevención de la Tortura, el Comité de la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, el Comité Europeo de derechos sociales de la Carta Social Europea (antes, Comité de Expertos Independientes), la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), el Grupo de seguimiento de la Convención anti trata de seres humanos (GRETA) o el Comisario de Derechos Humanos. A través de los llamados "Acuerdos Parciales Ampliados" se ha creado otros grupos, como el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) o la Comisión de Venecia, que se configuran como Acuerdos Parciales, que cuentan con la participación voluntaria de un número de Estados miembros del Consejo de Europa que refuerzan su cooperación en estos ámbitos específicos, a los que pueden sumarse otros no miembros del mismo.

[16] Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa (número 001), hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. Fue objeto de algunas enmiendas en 1951 y 1953. Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa (número 001), hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. («BOE núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978»).

su progreso económico y social, por un lado, y por otro, que esta finalidad se perseguirá, a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la *salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (art. 1).

En su proceso dinámico de juridificación, la Carta Social Europea 1961-1996 se incardina en la tradición contemporánea del *constitucionalismo de Derecho Social*. Se sitúa en una *lógica sistémica dualista* del garantismo propia del intervencionismo público de Estado Social de Derecho a través de la garantía jurídica de los derechos sociales de desmercantilización "relativa" del trabajo y de los modos de satisfacción de las necesidades sociales[17] y del constitucionalismo horizontal de Derecho privado y social, es decir, con una nítida proyección directa en las relaciones laborales (efecto horizontal de los derechos fundamentales sociales prestacionales y de libertad). Por contraposición al constitucionalismo del Estado de Derecho "Liberal", en el constitucionalismo del Estado Social de Derecho los derechos y garantías constitucionales se proyectan tanto en las relaciones verticales entre el Estado y los individuos/grupos sociales (conformando un constitucionalismo de Derecho público y social), como respecto a las relaciones horizontales en la sociedad civil en las relaciones entre particulares (confirmando, a su vez, un constitucionalismo de Derecho privado y social, cuando relaciones de coordinación entre los sujetos jurídicos). En otras palabras, y por decirlo más expresivamente, en el constitucionalismo del Estado Social de Derecho la idea de estar protegidos y defenderse jurídicamente del poder tiene una eficacia y fuerza vinculante bilateral frente a cualquier poder de índole público o de carácter privado. La experiencia ha puesto de manifiesto que los poderes privados pueden someter a los individuos y ejercer poderes con relevancia no sólo "social", sino también con efectos jurídicos, de manera tan intensa como para neutralizar o vulnerar los derechos de las personas en el marco de la sociedad civil, el mercado y la empresa como organización económico-social. En este espacio la autonomía privada no sólo se construye sobre la base de los derechos de libertad y autonomía, sino que suponen una atribución de poderes sobre las personas y su ejercicio se traducen en poderes privados que han de ser limitados por la legislación atendiendo a los equilibrios de poderes (paradigmáticamente encontramos estas relaciones de poder en las relaciones laborales, donde no sólo la subordinación determina una sujeción al círculo rector y disciplinario del empleador, sino una implicación de la persona que trabaja (directa e inseparable de su fuerza de trabajo entendida como energía que se despliega durante el desarrollo de la prestación de servicios laborales), que le sitúa en una posición de debilidad y vulnerabilidad en relación a los poderes empresariales; posición de debilidad que expone a la persona a la limitación de sus derechos de la personalidad y no sólo a los derechos específicamente laborales siendo necesario garantizar lo que se podría llamar una "ciudadanía laboral" en el mercado y en la empresa.

Esta asimetría de la relación de trabajo ha exigido el reconocimiento y garantía de la identidad y representación subjetiva de los trabajadores a través de los sindicatos y otras instancias de representación de intereses, buscando un equilibrio de poder en el sistema de relaciones laborales[18]. Y

[17] Véase Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss. ("Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), Cap. II ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: el trabajo y su ordenación jurídica"), 45 y ss., y Cap. III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), pp. 159 y ss.

[18] Los grandes clásicos del iuslaboralismo supieron ver el papel del Derecho del Trabajo como un sector del ordenamiento jurídico que no se limita a garantizar derechos y deberes, sino que tiene una dimensión "política" en cuanto que pretender establecer un equilibrio de poderes asimétricos entre los empleadores y sus organizaciones de intereses y los sindicatos. Véase Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo,* trad. y estudio preliminar a cargo de F. Vázquez Matero, IELSS, Madrid, 1985; Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* trad. y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, IN MEMORIAM por F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019; Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el*

ciertamente, el Derecho en general es una técnica de regulación del poder social. Esta afirmación es válida para el Derecho del Trabajo como lo es para otros sectores de cualquier ordenamiento jurídico El Derecho del Trabajo, efectivamente, está en gran medida conectado con este básico fenómeno del poder social. En tal sentido el objetivo principal de este sector del orden jurídico es regular, reforzar y limitar el poder de los empresarios y sus organizaciones y el poder de las organizaciones de los trabajadores. No sindicatos son detentadores de poder para desempeñar su papel en la sociedad y un contrapoder en el seno mismo de las relaciones laborales[19]. Ninguno de estos poderes "privados" puede configurarse jurídicamente como poderes absolutos, ilimitados e incondicionales; derechos y poderes se insertan encuadrados en un sistema de límites recíprocos. Corresponde del Derecho Social del Trabajo -exponente del constitucionalismo social con Estado Social- disciplinar las relaciones de poderes asimétricos en que se resuelven las relaciones de trabajo tanto en el sector privado como en el sector público. El Derecho del Trabajo ha tratado de limitar el poder de los empleadores (limitando la subordinación y reconocimiento instrumentos de contrapoder colectivo-sindical) al propio tiempo que introducir un principio de legitimación de tales poderes jurídicamente definidos (es decir, delimitados y acotados en su alcance)[20]. Ese intervencionismo público se realiza sirviendo a los valores constitucionales, sin que por ello las relaciones laborales se configuren como relaciones jurídico-públicas: ello es reflejo de la coexistencia en las relaciones de trabajo de elementos de "status" y contrato delimitando la constitución del trabajo[21], por un lado, y por otro, en el reconocimiento del contrapoder de la autonomía colectiva, la libertad sindical y el derecho de huelga.

Y más allá del sistema de relaciones laborales, nos encontramos con los derechos sociales de desmercantización vinculados a la democracia sustancial y a la democracia social, que encuentra su expresión en artículos como 3º de la Constitución Italiana y el 9º.2 de la Constitución Española, pero sobre todo, como especificaciones de la dignidad humana y del principio de igualdad sustancial, en el reconocimiento constitucional del derecho a la existencia digna de la persona no sólo a través de ingresos mínimos garantizados, sino también a través de la procura del desarrollo de las capacidades humanas y de la oportunidades vitales; y con la garantía constitucional de los derechos de Seguridad Social Contributiva y No contributiva, la asistencia social y los servicios sociales[22].

Derecho Sindical. La experiencia italiana después de la Constitución, traducción, edición y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), , 2002.

[19] Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* trad. y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, IN MEMORIAM por F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, pp. 44 y ss.

[20] Monereo Pérez, J.L.: "Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social", en *lacittadinanzaeuropea@nline.Rivista di studi e documentazione sull'integrazione europea. Lceonline(*www.lceonline.eu*),* 1 /2022, I, pp. 1-48.

[21] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, capitulo 4 (sobre la constitución jurídica de la clase trabajadora y la combinación de "status" y contrato en la "constitución del trabajo), pp. 191 y ss.

[22] La CSE/CSEr, y que se corresponde con el estándar internacional multinivel de los derechos fundamentales. VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, 1005 pp. (Es el estudio más completo del sistema de derechos sociales en su conjunto de la Carta Social Europea Revisada); Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Bomarzo, 2016; Monereo Pérez, J.L.: "Nivel de protección en el garantismo multinivel (artículo 53 de la CDFUE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 1397-1419.

3. ¿POR QUÉ LA CARTA SOCIAL EUROPEA ES LA CONSTITUCIÓN SOCIAL DE EUROPA?: DEMOCRACIA SUSTANCIAL, DEMOCRACIA SOCIAL Y PRINCIPIOS DE INDIVISIBILIDAD, INTERDEPENDENCIA Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Introducción

No debe olvidarse que los fines aludidos desde la misma creación del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949), tras la época de refundación democrática posterior a la Segunda Guerra Mundial, conducen a proclamar la defensa de los derechos fundamentales y los principios de la democracia constitucional por parte de todos los países de la Europa amplia y unida. Pero esa misma democracia constitucional supone no sólo afirmar la democracia basada en el sistema de partidos y en la participación activa de los individuos en las decisiones públicas, sino que también conlleva la democracia sustancial y social basada en los derechos y libertades fundamentales en su unidad. Dicho en otras palabras, se vincula con un modelo de construcción europea democrático y social. Respetando la gran Declaración Universidad de los Derechos Humanos de 1948 y la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945[23], la idea era establecer un conjunto de instrumentos de garantía jurídica e institucional que los materializara haciéndolos valer en su ejercicio efectivo y que todos los Estados miembros asumirán la forma política del Estado Social del Derecho en sus respectivas Constitucionales.

Pero ello se hacía ya pensando en la expansión de la sociedad internacional y de una sociedad de Estados civilizados, esto es, una sociedad mundial en busca de un orden nuevo; y en una Europa en la tensión permanente entre diversidad y unidad. De ahí la dificultad de afirmar la "idea de Europa" y tanto más, en sentido amplio, la idea de "integración europea" en sentido integral, más allá de su cristalización posterior en la más restringida Unión Europea[24] como nueva forma de organización política definida. Tanto el Consejo de Europea como la Unión Europea se situarían en una lógica de creación de las condiciones de un orden político y jurídico post-hobbesiano.

A los objetivos de la paz y la cooperación entre los Estados se añade una *emergente* por entonces concepción de que los derechos humanos fundamentales no tienen en sí una diversa naturaleza jurídica, singularidades respecto de a su estructura y modalidades de garantía. De ahí que se planteara, sin embargo, una cierta incoherencia en el distinto tratamiento jurídico e institucional y de garantías entre el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -firmado, con rango de Tratado, en Roma el 4 de noviembre de 1950- y la *muy posterior (sic.)* promulgación del Tratado que constituye la Carta Social Europea -firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, en su primera versión. Dicotomía ciertamente discutible, pero habitual el tratamiento diversificado tanto en el Derecho internacional como en los ordenamientos nacionales, atendiendo a las distintas "generaciones de derechos" y a una cierta inmadurez en la "cultura jurídica" de la época respecto el sentido intrínseco de la unidad entre los derechos civiles y políticos y los

[23] Aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Organización Internacional reunida en San Francisco, el 26 de junio de 1945. La Carta de las Naciones Unidas dispone en su art. 1.3, que "Los propósitos de las Naciones Unidas son (…) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

[24] Al respecto, en una perspectiva general, véase Truyol Y Serra, A.: *La sociedad internacional,* Madrid, Alianza editorial, 2ª ed., 1977, pp. 81 y ss.; Truyol Y Serra, A.: *La integración europea. Idea y realidad,* Madrid, Tecnos, 1972, espec., pp. 13 y ss., y 30 y sigs.; García De Enterría, E., Linde, E., Ortega, L.I., y Sánchez Moron, M.: *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derecho Humanos,* García De Enterría, E. (Coord.), Madrid, Ed. Civitas, 1979, espec, pp. 22 y ss.

derechos económicos, sociales y culturales. Esa unidad de las distintas generaciones de derechos ya se infiere del propio texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (la cual tardaría en "positivarse" en sus contenidos a través de los Pactos de Derecho Civiles y Políticos y Derechos económicos, sociales y culturales, como instrumentos separados pero con rango de tratados, promulgados el 19 de diciembre de 1966).

Este nuevo orden, está presidido por los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Efectivamente, en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana. En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). Por otra parte, y en este marco analítico, es importante reconsiderar el llamada principio de no regresión o irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales.

3.2. Los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales

3.2.1. El principio de unidad de todos los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana[25]. Por ello mismo, todos los derechos (de cualquier clase, o cualquier que sea su "generación" de origen) presente el mismo fundamento. No obstante, cada categoría de derechos adquiere su propia fisonomía y funcionalidad en la realización de ese principio nuclear. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación, como regla, entre las diversas categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguren la realización efectiva de los derechos socio-económicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde el punto de vista de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aun así se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente, no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y

[25] Véase paradigmáticamente, el Preámbulo de los dos Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, que fundamenta en su unidad e indivisibilidad todos los derechos fundamentales y su sistema de garantías en la dignidad de la persona: "Considerando -se afirma- que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos *se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana*…".

políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ambos tipos de derechos. Técnicamente los derechos civiles y políticos comportan principalmente -no únicamente- una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva (garantías sociales) -aunque incluyen normalmente también componentes negativos-, bien de carácter promocional de las libertades colectivas (es el caso del derecho de libertad sindical, del derecho de huelga y del derecho a la negociación colectiva), o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un status jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido.

No existen en general inconvenientes técnico-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-Ciudadano. Desde un punto de vista más jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos ("derechos de libertad") y la igualdad/seguridad garantizada por los derechos sociales ("derechos de igualdad" y de "solidaridad", la mayoría de los cuales comportan obligaciones de prestación a cargo de los poderes públicos), porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos (cfr.art.9.2 CE), de este modo los derechos sociales actúan también a modo de componente/condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una penetrante complementariedad e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad.

En esta línea de pensamiento se debe realzar que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos. Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos (libertades públicas tradicionales y derechos sociales) subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una "programación pública" de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación social, es decir, incorporando elementos prestacionales. Como ha puesto de relieve T.C.Van Boven[26], "en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica". Tales derechos

[26] Van Boven, T.C.: *Criterios distintivos de los derechos humanos,* en Karel Vasak (Editor general) *et al*: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Tomo I, Barcelona, Ed. SELBAL/UNESCO, 1984, pp. 77 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, espec., núm. 57, 1993, pp. 85 y ss., con cita de dicho ensayo.

se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídico-social (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). (Cfr. Ya la Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/13O-1977, de 16 de diciembre[27], y el Preámbulo de la Carta Social Europea de Turín, Revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. En dicho Preámbulo se subraya que "la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticas, económicas, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso".). Existe una estrecha conexión entre todos los derechos fundamentales, los cuales están mutuamente condicionados. Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los de carácter económico, social y cultural, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales .Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura (ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado), se ha de destacar la naturaleza "doble o mixta"(sociopolítica) de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas. En esa lógica garantista, el catálogo de derechos reconocidos en los Textos Internacionales afirma los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la relación de derechos proclamados solemnemente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea 2007(2007/2010)[28] (en adelante CDFUE) no parece desconocer tampoco las sinergias y la relación de complementariedad existente entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, rehusando inclinarse (como sí lo hace la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989)[29] hacia un "cartismo democrático" de los derechos sociales en detrimento actual del reconocimiento unitario-integral e interdependiente de todos los derechos humanos a escala comunitaria en un documento de valor constitucional o de máximo rango jerárquico del que deriven compromisos jurídicamente vinculantes, ante todo teniendo en cuenta la progresión futura hacia la integración política. Esto se ha de conectar no ya sólo con el hecho innegable de que la Carta actual (CDFUE) no puede tener la consideración jurídica equiparable a un texto de valor constitucional (aun teniendo el rango equiparable al de los Tratados de la Unión Europea), sino que hasta el momento no ha existido voluntad política suficiente para afirmar la unificación europea en un Tratado constitutivo de valor constitucional integrador tanto en la dimensión política como en la dimensión económica y social, instaurando una ciudadanía europea asentada en la existencia de normas de derechos fundamentales que garantizan *ex definicione* derechos subjetivos y normas que organicen y programen la acción pública tendente a garantizar esa protección que se confiere al más alto nivel del ordenamiento jurídico comunitario (Debe subrayarse el carácter integrador de la Constitución normativa). No obstante, puede verse la CDFUE como un instrumento de la Unión Europea, al que alcanza ya el rango jurídico de una norma positiva, que

[27] "Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales". Antes la Declaración de la Conferencia de Derechos Humanos de 1968 de Teherán, afirmaba que: "Los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, resultando imposible el disfrute completo de los derechos civiles y políticos sin el de los derechos económicos, sociales y culturales. Los progresos duraderos en la vía de la aplicación de los derechos humanos suponen una política nacional e internacional racional y eficaz de desarrollo económico y social".

[28] Art. 6.1 TUE, en la versión dada por el Tratado de Lisboa.

[29] Ello no supone, por supuesto, desconocer la gran importancia político-jurídica y como base de generación de principios generales del Derecho comunitario que representó desde su aprobación la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, por once de los doce Estados miembros, con adhesiones posteriores. Pese a todo, esta Carta de 1989, no fue dotada de fuerza normativa vinculante, pero ha sido una constante fuente de inspiración para el legislador europeo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* núm. 56-57, 1992-1993, *passim.*

contiene los principios y los derechos sociales en términos de valores superiores positivados que han de determinar los fines a perseguir por las instituciones políticas de la Unión Europea sirviendo de base político-jurídica a sus programas de acción social, y asimismo los derechos subjetivos fundamentales alegables jurisdiccionalmente por las personas y ciudadanos.

Hay que dejar constancia de que la Carta de la Unión europea supera en su estructura interna la técnica de fragmentación en dos instrumentos con dos sistemas de garantías establecidos en el marco del Consejo de Europa. En cambio, la Carta de la UE es un instrumento más debilitado en su eficacia jurídica porque su aplicación está condicionada -en su mayor parte- a la regulación del Derecho de la Unión Europea (art. 51 CDFUE), por un lado, y por otro, porque los instrumentos del Consejo de Europea gozan de un sistema más reforzado y eficiente de garantías inmediatas y sistemas específicos de control de cumplimiento. En cualquier caso, la CDFUE presenta aspectos muy positivos -y de envergadura- desde el punto de vista del sistema reforzado de garantías, como es el caso, harto significativo, de lo establecido en el art. 52.3, a cuyo tenor: "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa"[30].

En este sentido resulta clarificador el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945: "Los Pueblos de las Naciones Unidas están resueltos "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad…".

Por su parte, el Preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, acoge, modélicamente, esa noción global y la comunicabilidad de todos los derechos humanos fundamentales al establecer que: "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; "que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias"; "que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"; entendiendo que es "también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones"; "que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"; "que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y "que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso, la asamblea general de las Naciones Unidas Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por

[30] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Alcance e interpretación de los derechos y principios (artículo 52 de la CDFUE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1341-1396.

el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"[31].

En la Declaración de Viena de 1993[32], se expresa que: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso" (Punto 5).

En esa dirección el Preámbulo de la *Carta Social Europea Revisada* (hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), expresa -recordando la acordado en la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990- "la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso".

Con todo, se refleja la unidad intrínseca, sin jerarquías rígidas (pues participan del mismo fundamento: la dignidad humana que entronca con los valores de libertad, igualdad y solidaridad) entre todos los derechos fundamentales, los cuales deben interpretarse de forma interrelacionada e interdependiente y disfrutar de "análogas" (no necesariamente "idénticas") garantías de efectividad, exigibilidad jurídica y justiciabilidad. Y ese haz de derechos entronca con el principio de la dignidad humana y realiza en su conjunto y unidad los grandes valores fundamentales (libertad, igualdad, solidaridad -versión laica de la fraternidad de las primeras "Declaraciones de Derechos"-…). No se puede negar, pues, que en el Derecho Internacional general y regional europeo se consagra explícitamente el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales (y no sólo respecto de los "derechos humanos") dentro del sistema *normativo* multinivel de garantías de tales derechos. Ese principio esencial es de obligada aplicación directa como criterio interpretativo

[31] Puede consultarse, Haberle, P.: "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", en Fernández Segado, F. (Coord.) *et al*: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho Público*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008. Carrillo Salcedo, J.A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después,* Madrid, Ed. Trotta, 1999; De Asis,R. y Pele, A.: "Dignidad humana", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 3 y sigs. También reivindicando la dignidad humana como base la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, De La Villa Gil, L. E.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 32, 2001.

[32] Declaración y Programa de Acción de Viena, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. En ella también se reitera el fundamento unitario del sistema de derechos humanos: "Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización". También se subraya su vinculación con la democracia: "La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero" (Punto 8). Las Naciones Unidas han reiterado constante los principios ancilares del sistema internacional de los derechos humanos. Así en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006) se reafirma "la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación" [Apartado c)].

de carácter transversal u horizontal en la articulación de todo el conjunto de derechos garantizados en el Sistema jurídico internacional multinivel. Y en la interpretación jurídica todos los jueces y tribunales deben aplicarlo y tomarlo en consideración en sus resoluciones, incluido el reclamo de los correspondientes criterios de ponderación ante posibles conflictos que puedan plantear entre los derechos.

Esa indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos positivados se debe conectar o vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales (generales o específico sociales de la persona en su concreta posición socio-jurídica) y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos[33]. En esta perspectiva, se debe situar ahora el problema entre la técnica de garantía y su resultado práctico aplicativo. El tema se ha formulado en términos altamente satisfactorios cuando se afirma sin más que efectividad de los derechos fundamentales quiere decir, que los mismos deben poder hacerse realidad en la experiencia jurídica. Ella se hace depender de una política de derechos fundamentales orientada a dar vida a una serie de instituciones que produzcan una mayor efectividad práctica de los derechos fundamentales. Por otra parte, el hecho de afirmar la interdependencia funcional y la existencia de un fundamento común (la dignidad humana), ello no supone que en una sociedad compleja no se puedan producir conflictos ocasionales entre los derechos fundamentales. Lo que sí será preciso establecer el marco constitucional de preferencias y técnicas de ponderación entre los mismos en los casos de situaciones específicas de conflicto[34].

3.2.2. Indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales

La interdependencia, comunicabilidad e indivisibilidad entre los derechos fundamentales de la persona (civiles, políticos y sociales) se consagra en el Preámbulo de la CSEr y cristaliza de manera más perfecta y articulada en las normas de garantía de derechos fundamentales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a pesar de que después realiza una diferenciación por principios o valores (dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), que en varios aspectos puede ser problemática. Su "Preámbulo" es suficientemente expresivo de esa consideración conjunta e inseparable al afirmar: "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, *sitúa a la persona en el centro de su actuación.* La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa…". Se realza así la unidad de la dignidad humana y su indivisibilidad expresada la interconexión diferenciada -por meras razones de organización y "gestión" jurídica del sistema de derechos- entre los derechos individuales y los derechos sociales. Ello no obstante, el déficit general de esta Carta, consistente en no tener eficacia normativa directa (ni está incorporada al sistema de los Tratados, ni se ha formalizado como un instrumento de valor normativo) y el criterio subyacente de admitir una tutela diferenciada entre los diversos derechos fundamentales (tutelas debilitadas para los derechos sociales).

[33] Monereo Pérez, J.L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* núm. 56-57, 1992-1993, partiendo de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los todos los derechos fundamentales; *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Granada, Ed. Comares, 2009; *Ibid.,* "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía socia europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 160, 2013.

[34] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, pp. 137 y ss.

En todo caso, en el sistema de los Tratados vigentes se aprecia un diverso tratamiento jurídico entre los derechos relativos a las libertades económicas (derechos fuertes, en cuanto reforzados en sus garantías) y los derechos sociales (derechos débiles, en cuanto derechos debilitados por las limitadas garantías comunitarias, y sujetos al llamado método abierto de coordinación, que remiten a la colaboración interestatal a fin de articular, por aproximación, políticas comunes en materia sociolaboral, bajo el impulso de la Comisión Europea. Es un método flexible que busca la aproximación rechazando el método de armonización europea considerado más rígido. En cierta medida es una aproximación por objetivos. En el sistema de los Tratados tradicionales se confiere, sin duda, un garantismo estatutario débil de los derechos sociales que, sin embargo, sí tienen reconocidos los Estados europeos más avanzados en sus textos constitucionales (constituciones sociales, presididas por un garantismo fuerte). La primacía y "comunitarización" (europeización funcionalizada a la construcción del mercado interior europeo) de los derechos y libertades económicas comunitarias respecto a los derechos sociales "nacionalizados" en su mayor parte pone de relieve la consideración instrumental de tales derechos al servicio del sistema económico comunitario. Tras ello subyace el dominio y carácter acabado de la "constitución económica" de la Comunidad Europea, respecto al carácter debilitado-subordinado e incompleto de la "constitución democrático social" en la construcción del proyecto europeo. Ello permite comprender las dificultades de juridización de las dos "Cartas" comunitarias (la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) y el rechazo de una plena comunitarización de los derechos fundamentales sociales, no sólo reconociéndolos en el sistema de los Tratados, sino también atribuyendo plenas competencias a las instancias comunitarias y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su justiciabilidad o exigibilidad judicial.

Es de señalar que la Carta de los DFUE parte de la unidad de los derechos fundamentales y los estructura no separadamente en forma clásica sino con arreglo a los principios o valores superiores que articulan (libertad, igualdad y solidaridad), situados, además, en una lógica universalista ante todo por lo que atiende a su vinculación con la persona como sujeto titular. En el sistema del Tratado de Lisboa se le confiere a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) el rango de Tratado, con pleno sometimiento de la Unión Europea a ella. Esa "juridificación" de la Carta podría permitir la apertura de una nueva fase del proceso de constitucionalización del trabajo y de los derechos sociales en el sistema de la Unión Europea. Esa constitucionalización europea podría contener el proceso de des-construcción del modelo social europeo, construido a partir del constitucionalismo social. Podría evitar el progresivo desplazamiento de la constitución democrático-social por la constitución flexible o neoliberal del trabajo, es decir, un tipo de constitucionalismo débil y minimamente garantista. Un presupuesto para "salvar" y consolidar el modelo social europeo es la constitucionalización plena de los derechos sociales fundamentales. Sin esa juridicación al máximo nivel la constitución flexible del trabajo emergente operará sobre un espacio constitucionalmente vació de condicionamientos de las políticas comunitarias. De ahí la relevancia de la juridificación que pretende llevar a cabo el Tratado de Lisboa, pues en él la Carta iría más allá de ser un instrumento de decisión político-jurídica para pasar a ser más incisivamente un producto normativo dotado de fuerza jurídica vinculante. Se ha podido señalar que la CDFUE tiene una gran relevancia a pesar de todas sus imperfecciones: "Con vistas a la creación de una esfera pública como esfera de igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera auspiciable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de los derechos fundamentales a favor de todos los europeos. Es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no viceversa"[35].

Sin embargo, aparte de la necesidad de dotar de eficacia normativa constitucional a la Carta de Derechos y su justiciabilidad (Ciertamente su sistema de garantías es deficiente, pero interesa

[35] Ferrajoli, L.: *Democracia y garantismo,* Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 357.

anotar -en el lado positivo- que conforme al art.52 de la Carta de Niza, "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades". Esta garantía es importante porque introduce un elemento de relativa rigidez frente a las tendencias actuales hacia la máxima flexibilidad. Por lo demás, el Tratado de Lisboa, juridifica a la Carta, aunque sin incorporarla en el sistema interno del Tratado), es preciso que ésta contenga un catálogo completo y renovado de los derechos fundamentales. Por el momento, la Carta acoge una formulación amplia y con textura abierta de los derechos. La Carta estructura los derechos que proclama atendiendo a los principios que materializa, pero rehúsa utilizar la clasificación tripartita tradicional: derechos civiles, políticos y sociales. Pero al propio tiempo incorpora los "nuevos" derechos emergentes de la tercera generación (vinculados a la ecología, medioambiente, bioética). En este sentido, la técnica de la Carta es más innovadora ante todo respecto a la garantía de los derechos de última generación, como los derechos personalísimos, relativos al cuerpo y a la bioética. En la técnica clasificatoria no existe una jerarquía explicitada en el sistema de derechos entre los de la primera y segunda generación (civiles y políticos) en relación a los de la tercera y cuarta generación (los derechos sociales y los nuevos derechos emergentes). Este criterio es, ciertamente, coherente con la interdependencia e indivisibilidad de los principios, valores y derechos fundamentales de las personas en la percepción que actualmente se infiere en la "cultura" de los derechos fundamentales. Existe la convicción generalizada de que no es posible escindir los derechos fundamentales, no someterlos a jerarquía rígidas en atención a supuestas premisas de la graduación de los valores y principios que a través de ellos se realizan. Afirmar la escisión entre derechos clásicos de libertad y derechos sociales es contradecir el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, de manera que los derechos sociales dejan de estar sometidos a un estatuto jurídico análogo a los tradicionales derechos de libertad libera. De ahí la crítica a la teoría que reconduce los derechos sociales formulados en la Carta a simples "principios" regulados en normas de finalidad, sin directa fuerza jurídicamente vinculante. De este modo la teoría e ideología liberal clásica -basada en la "idea individual"-cede terreno frente a la teoría e ideología democrático-social de reformismo constitucionalista o garantista -que pretende conciliar y armonizar esa "idea individual" con la "idea social"-[36]. Es manifiesto que esta configuración integrada del sistema de derechos fundamentales supone en sí avance, en la medida en que refleja objetivamente un reforzamiento de los derechos sociales y de los nuevos derechos ambientales y personalísimos.

Todos los derechos en el constitucionalismo social acaban -en mayor o en menor medida- teniendo una dimensión social, como manifestación de la unidad de los grandes valores y principios fundamentales del sistema jurídico (libertad, igualdad, solidaridad y participación). El reconocimiento de que los derechos sociales no son derechos separados -sin perjuicio de su especificidad- del resto de derechos, porque son también derechos de las personas, refuerza la unidad de la dignidad del hombre en las distintas dimensiones en las que se desarrolla su personalidad. Si se avanza por esa senda la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea tendrá un papel central en un proceso constituyente de carácter eminentemente más democratizador, dentro del respeto a la identidad diferenciada de los pueblos de Europa. En este sentido el Sistema de los Tratados no se pretende construir una nueva subjetividad soberana de decisión política, sino más reforzar un vínculo más intenso entre los "pueblos europeos", los cuales no pierden su identidad propia, ni son absorbido por una nueva subjetividad del tipo "pueblo europeo". El Sistema de los Tratados apunta a la idea de una "constitución" u ordenación fundamental de la Unión Europea, sin que exista una Constitución

[36] Véase Gurvitch, G.: *La Déclaration des Droits Sociaux,* New York, Éditions de la Maison Française, 1944; 2ª edición, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946; *Ibid., Elementos de sociología jurídica,* edición y est. prel., "Pluralismo jurídico y derecho social: la sociología del derecho de Gurvitch", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; *Ibid., La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", a cargo de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

en sentido técnico, sin nación, sin Estado, sin pueblo. Un sistema institucional europeo inédito de soberanía, repartida y dividida, pero imaginada como una soberanía común y compartida. En un contexto de globalización, más que reeditar las soberanías particulares de los Estados europeos, el principio de soberanía en la Unión tan sólo podrá salvarse más allá del Estado, más allá de la soberanía estatal, con la invención de una nueva soberanía europea, que no podrá ser monolítica, y en cuyo marco puedan garantizarse efectivamente los derechos fundamentales y el principio de "justicia social"[37]. Se realza el hecho de que la Constitución se libere de la nación, de que el concepto de Constitución se abstraiga del contexto de fundación del Estado nacional, pues una constitución flexible sin nación (una Constitución sin un fundamento social y cultural de legitimación autónomo y homogéneo) es la forma más adecuada a la naturaleza policéntrica, flexible, fluida y posmoderna de la sociedad y de la política europeas contemporáneas. Un fenómeno materialmente constitucional que parece excluir expresamente del horizonte constituyente la perspectiva de la construcción de un "Estado europeo" (en unas de los tipos "compuestos" que históricamente han sido individualizados en la experiencia constitucional contemporánea; y en el marco de un ordenamiento comunitario compuesto). Así, en la Unión podría escindirse Constitución y Estado y asimismo Constitución y pueblo[38], donde subraya que una visión tan limitada de la Constitución es herencia, según el nuevo constitucionalismo europeo, del monismo típico del paradigma estatal. De la nostalgia, nunca superada, que provoca en la ciencia jurídica europea, la idea de proceder a una *reductio ad unum.*). La Unión como Unión supranacional, que podría caminar en la dirección de una futura Constitución de tipo federal, afrontara con éxito el déficit de legitimidad democrática del que adolece actualmente la construcción de una aspiración común y solidaria para Europa[39].

Pero, nótese, que la Carta de Derechos Fundamentales -a la que dota del mismo valor jurídico que los Tratados de europeos el art.6 TUE- no es reconducible a las Declaraciones de Derechos propias de la Parte dogmática de una verdadera Constitución Europea, entre otras cosas -aparte de los problemas relacionados con su eficacia aplicativa real- porque es un texto jurídico situado fuera del Sistema de los Tratados de la Unión. En la tradición del constitucionalismo democrático-social no es imaginable una Constitución sin Declaración de derechos que tenga eficacia vinculante. Por el momento, la CDFUE es, sin duda, una Declaración internacional de derechos fundamentales de carácter jurídicamente vinculante, pero no de naturaleza estrictamente constitucional. En cualquier caso, la Unión Europea dispone de un texto de Derecho positivo relativo a la garantía de los derechos fundamentales y no a su simple "proclamación" o "Declaración" político-jurídico (Aunque los Protocolos anexos determinan la no aplicación de la Carta al Reino Unido y a Polonia), con independencia de que ese reconocimiento se realice a través la de determinación normativa externa ex art.6.1 TUE. Con todo, la Carta constituye, a partir ahora (y atendiendo a la autovinculación con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, aunque es merecedor de crítica y se echa en falta la misma *autovinculación explícita* a la Carta Social Europea instrumento emanada también del Consejo de Europa), un *estándar mínimo* en materia derechos fundamentales en la Unión Europea inescindiblemente *vinculado* con los demás instrumentos internacionales de protección de dichos derechos (art.53 CDFUE). Efectivamente, conforme al art.53 CDFUE "*Ninguna* de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos

[37] OIT.: *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008.

[38] Cantaro, A.: *Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006, Parte I (la ideología europea: el minimalismo jurídico).

[39] Habermas, J.: *La Constitución de Europa,* Madrid, Trotta, 2012; *Ibid.,* "¿Un pacto a favor o en contra de Europa? No faltan razones para la comunidad, pero sí política y responsabilidad", publicado el 7 de abril de 2011, en *Süddeutsche Zeitung.* Para Habermas la dignidad humana que constituye la base de los derechos fundamentales está *asociada con el estatus que los miembros de la comunidad asumen en el orden político autoproducido; un orden democrático fundado y basado en la garantía efectiva de los derechos humanos (La Constitución de Europa, cit., p. 26).*

humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como las constituciones de los Estados miembros". Es ésta también una importante cláusula de "blindaje" o "salvaguardia" del estándar internacional de los derechos fundamentales. Ello es coherente con la declaración del art.2 TUE, conforme al cual la Unión Europea "se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres". Lo que se refuerza con el deber de sometimiento como condicionante de pertenencia o ingreso en la Unión establecido en art.49 TUE, al afirmar que "cualquier Estado europeo que respete los valores los valores mencionados en el art.2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión".

Pero, en primer lugar, dado este paso importante sería preciso avanzar más en una comunitarización de competencias de la Unión respecto a la regulación legislativa comunitaria de los derechos sociales. Precisamente ello ha de ser así, porque la disociación significativa entre los ámbitos de competencias económicas (en términos generales de asunción comunitaria de los aspectos esenciales de la "constitución económica") y los ámbitos de competencias sociales (en términos de conjunto de asunción comunitaria muy limitada -y mayormente remitida a las políticas nacionales- de los aspectos principales de la "constitución social") cuestiona severamente (incluso paradójicamente) ese principio de indivisibilidad e interpenetración de los todos los derechos fundamentales sin excepción. Ninguno puede ser plena y eficazmente garantizado si los demás no lo están al propio tiempo.

En este orden de ideas -y realzando interdependencia, indivisibilidad y comunicabilidad de todos los derechos fundamentales- interesa destacar la referida *autovinculación* de la Carta y del sistema de los Tratados al Convenio Europeo de los Derechos Humanos del Consejo de Europa. En este sentido, el art.52.3 CDFUE establece que "en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". Por tanto, el reenvío al Convenio Europeo actúa como un *canon o cláusula hermenéutica* para delimitar el sentido y alcance de los derechos garantizados en ambos instrumentos europeos de protección de los derechos fundamentales. Y aquí resulta especialmente relevante la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo demás, ese reenvío no puede dejar de operar tanto al texto en sí de sus disposiciones como a su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH).

Aparte de ello, en el sistema de la Carta se establece una garantía de respeto al estándar internacional y europeo de protección o tutela multinivel de los derechos fundamentales, al declarar que "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros" (art.53. "Nivel de protección"). A lo que se añade la prohibición de abuso de derecho ex art.54 CDFUE. Ese reconocido de distintos niveles de protección -integrando un sistema jurídico complejo con una pluralidad de subsistemas diferenciados, pero interrelacionados- de los

derechos fundamentales comporta de suyo no sólo el pluralismo de los textos normativos de garantía de tales derechos, sino también de la tutela multinivel de organismos de control institucionales (cuasi-jurisdiccionales, y por tanto insuficientes en sí mismos, como es el caso del Comité Europeo de los Derechos Sociales) y jurisdiccionales[40]. Lo que necesariamente reclama en la praxis jurídica un diálogo y colaboración mutua entre los diversos organismos de garantía de su efectividad (judiciales y no judiciales), y especialmente entre los distintos órganos judiciales (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Jueces y Tribunales nacionales a distinto nivel) que velan por esa efectividad de los derechos fundamentales[41]. De este modo el tránsito de las simples "declaraciones" a las "garantías" de los derechos[42] en Europa se produce a través de textos normativos de valor fundamental que se hacen acompañar necesariamente de una efectiva tutela multinivel a través de una pluralidad articulada de órganos judiciales y cuasi-jurisdiccionales con vínculos de conexión finalista (tutela multinivel de los derechos fundamentales) y búsqueda de interpretaciones coherentes y no contradictorias sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales. De este modo, la tutela multinivel de los derechos fundamentales adquiere una doble dimensión garantista normativa y jurisdiccional articulados en diversos niveles (internacionales, europeos y nacionales). Con la expresión de "tutela multinivel" se hace referencia, pues, al complejo entramado articulado de mecanismos e instituciones de protección de los derechos y libertades fundamentales y las interrelaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y/o supranacionales que se ocupan de su control y garantía de efectividad. La tutela multinivel presupone la existencia de distintas esferas de protección de los derechos más allá de la frontera del Estado nacional, aun reconociendo la diversa eficacia jurídica (y jurídico-política) y especificidad de las medidas de garantía incluidas en cada nivel de protección[43]. La articulación de distintos niveles de garantía de los derechos fundamentales en el espacio jurídico internacional y europeo en particular constituye en sí misma una *garantía reforzada* de tales derechos en una lógica universalista vinculada a la dignidad de la persona

[40] Monereo Pérez, J.L.: "Nivel de protección (Artículo 53)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1396 a 1419.

[41] Véase Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2016, pp. 89 y ss., quien observa que el reconocimiento del diálogo entre los órganos de garantía "constituye una exigencia ineludible para asegurar unos niveles razonables de contención y, en su caso, composición de los potenciales conflictos que pueden darse 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" (p. 92). Ello no obstante, constata el autor, con planteamiento crítico, las asimetrías entre la densidad de los derechos garantizados en el constitucionalismo europeo y efectividad de su protección (pp. 110 y sigs.). Igualmente, del mismo autor, "La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado", en *Derecho Privado y Constitución,* núm. 17, 2003. En una perspectiva más amplia, puede consultarse Freixes Sanjuán, T.: "Multilevel constitutionalism y principios fundamentales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España", en BILANCIA, P. (A cura di): *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell' arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur,* Milano, Giuffrè Editore, 2006; Bilancia, P. y De Marco, E. (A cura di): *La tutela multilevello dei Diritti,* Milano, Giuffrè Editore, 2004.

[42] Jellinek, G.: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* trad. De Adolfo Posada, edición y Estudio preliminar, "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

[43] Véase Montesinos Padilla, C.: *Tutela multinivel de los derechos: obstáculos procesales,* Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 18 y ss., y la bibliografía allí citada. Para un estudio exhaustivo y completo sobre la garantía multinivel de los derechos fundamentales en el sistema internacional y europeo, véase la trilogía de Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012; *Ibid., El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Ed. Comares, 2014; *Ibid., La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa,* Granada, Ed. Comares, 2017.

como tal y no sólo a la condición de ciudadanía nacional (En este sentido los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, parte de la premisa de que el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales "se derivan de la dignidad inherente a la persona humana", y dato jurídico y político de que "la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos"; Preámbulo de los Pactos).

En la perspectiva interna al sistema de los Tratados, el art.6 del TUE va más lejos, pues contiene dos previsiones de extraordinaria relevancia:

a). Por una parte, indicando que "la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados" (art.6.2 TUE). Lo primero a destacar es que se trata de un mandato ("se adherirá"), pero un mandato sin determinación de una fecha máxima, lo que, criticablemente, deja muy abierta la obligación jurídica de la adhesión. El mandato, por el momento, queda inactuado, de manera que la Unión no es todavía parte en el Convenio Europeo de 1950 a pesar del tiempo transcurrido desde la implantación del nuevo sistema de los tratados de la Unión en virtud del Tratado de Lisboa. Por otra parte, es harto significativo que se indique, con contundencia, que dicha adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados, lo que, entre otras cosas, limita en ese aspecto el siempre posible efecto renovador de la garantía de los derechos fundamentales establecidos en la Carta.

Interesa dejar constancia de la Declaración núm. 2, relativa al apartado 2 del art.6 TUE, según la cual "la Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio". Reténgase que esa adhesión de la Unión se ha de realizar de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión, la cual como resulta obvio es nueva forma política geopolítica definida -compuesta y multilateral-, que es distinta al Estado y que, por tanto, ni siquiera es reconducible a una especie de Estado federal.

Los términos en virtud de los cuales se haya de producir dicha adhesión vienen establecidos, con pretensión no sólo clarificadora sino también condicionante de los términos en que la misma se haya de efectuar, en el Protocolo núm.35 sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE, relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En él se precisa, en efecto, que el "acuerdo relativo a la adhesión" de la Unión al Convenio Europeo estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: a). las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo (lo cual remite, evidentemente, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos); b). los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión o contra ambos, según el caso (art.1 del Protocolo).

Por otra parte, dicho "acuerdo de adhesión" "garantizará (imperativo categórico) que la adhesión *no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones*. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados

miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su art.15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su art. 57" (art.2 del Protocolo). Se establece, pues, un *criterio de no afectación al "orden" jurídico e institucional preexistente,* a pesar de la adhesión convencional de la Unión al Convenio Europeo.

Por otra parte, se establece que ninguna disposición del acuerdo de adhesión "afectará al apartado 2 del art.344 TFUE" (art. 3 del Protocolo). Se recordará que conforme a dicho art.344 TFUE "los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los Tratados". Lo que apunta, sin duda, a su reconducción necesaria ante el TJUE.

Por último, llama la atención significativamente, el dato normativo de que no se haya siquiera previsto la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea Revisada de 1996, a pesar de la fuerte conexión que guarda no sólo con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sino también con la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[44]. Pudiéndose inferir de la CDFUE el principio de indivisibilidad sistémica entre todos los derechos fundamentales.

b). La segunda indicación viene a recoger la doctrina consolidada por el TJUE en el sentido de que "los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales" (art.6.3 TUE). No por ello resulta de trascendental relevancia, todo vez que *supone la incorporación en el Derecho de la Unión de los derechos fundamentales garantizados en el Convenio Europeo y las Constituciones de los Estados miembros al menos como "principios generales" del Derecho comunitario.* Ello se inserta en la reiterada doctrina del TJUE que ya se había pronunciado sobre la consideración como principios generales del derecho de los derechos fundamentales consagrados en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (los cuales, por cierto, de modo generalizado ha suscrito, a su vez, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos). Reténgase, de nuevo, que en la medida en que la "Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art.52.4 CDFUE). De este modo, es manifiesto que la Carta se construye y se comprende desde esas tradiciones, y, como resulta obvio, no pretende hacer *tabula rasa* de las garantías precedentes, sino basarse en ellas e integrarlas con una perspectiva de escala europea. Y ello hace visible que su fuerza vinculante bilateral se despliegue con naturalidad en todo es el espacio jurídico de la Unión generando las correspondientes obligaciones de observancia.

En segundo lugar, debería mejorarse también la técnica de reconocimiento de los derechos -especialmente de los derechos sociales-, no sólo para avanzar en el trato igual o equivalente a todos los derechos, sino para dotar a todos ellos de un núcleo duro -esencial y resistente- que ponga límites a la actuación de los sujetos públicos y privados. En una sociedad compleja de mercado -hoy calificable como sociedad del riesgo- no es suficiente la proclamación abstracta de los derechos, se necesita una determinación más específica de su alcance y contenido, justamente para hacerlos

[44] En el Preámbulo de la CDFUE se indica que "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea".

valer con eficacia y evitar la desmaterialización de los mismos en la praxis aplicativa. En un modelo de constitucionalismo social o garantismo social fuerte, los derechos en general -y los derechos sociales en particular- no pueden ser configurados como meros derechos de carácter programático de estricta o virtual configuración legal, sino como verdaderos derechos sociales accionables o "justiciables". La línea a seguir, en este sentido, debería ser la propia de la vigente Carta Social Europea de Turín de 1961 (y Revisada en 1996), la cual está inspirada en un garantismo fuerte de los derechos, que se contrapone al garantismo débil que postula actualmente ciertas corrientes del pensamiento neoconstitucionalista. En dicha Carta Social Europea se consagran derechos subjetivos accionables y se imponen obligaciones positivas de actuar a los poderes públicos. En ella los derechos sociales son accionables y no meramente programáticos, no siendo esencialmente relevante el que el órgano competente no tenga propiamente carácter jurisdiccional, sino técnico-institucional -que en la práctica es equivalente a operar como instancia casi jurisdiccional (se trata del "Comité Europeo de los Derechos Sociales" de la Carta Social Europea). La unidad e indivisibilidad -más allá de las atribuciones funcionales específicas- de todos los derechos fundamentales contribuye a afirmar que en sentido propio todos los derechos fundamentales -incluidos los sociales- son derechos accionables y no meramente programáticos. Produce inquietud, ciertamente la "cláusula horizontal" de la Carta, conforme a la cual: "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás" (art.52. "Alcance de los derechos garantizados", apartado 1º). En todo caso, es de realzar el aspecto positivo consistente en que el art.52 CDFUE obliga a garantizar el *contenido esencial* de los derechos fundamentales, como límite al legislador y como un límite intrínseco de alcance general. Lo que es coherente con el hecho de que los derechos fundamentales encarnan la esencia de los valores sobres los que se fundamenta la Unión Europea y las constituciones de los Estados miembros. De ahí que la garantía de los derechos fundamentales constituye un principio fundante de la Unión y es presupuesto indispensable de su *legitimidad*. Constituyen un fundamento del sistema político-institucional de todo sistema democrático; y, por tanto, los derechos fundamentales se presentan en su misma esencia como inatacables e indisponibles, situados en un *ámbito de indecibilidad e indivisibilidad* vinculada a su sustancial incompatibilidad con la lógica del intercambio mercantil[45].

En todo caso, el proceso constituye de Europa no cabe duda de que está realizándose a través de un camino del todo nuevo, y puede ser una oportunidad para una reproposición del "constitucionalismo social" europeo. En ese proceso constituyente europeo de nuevo tipo los derechos fundamentales son fuente de legitimación.

A través del reenvío hermenéutico que se opera ex art. 10.2 CE se garantiza la protección multinivel de los derechos fundamentales; una garantía internacional integrada por un conjunto de instrumentos jurídicos e institucionales de protección que sobrepasa y va más allá del nivel o ámbito de tutela garantista nacional. Esa garantía multinivel permite disponer, en principio, del estándar *más elevado* de protección de los derechos. En este sentido resultan determinantes en el espacio jurídico europeo los artículos 52 ("Alcance e interpretación de los derechos y principios"), apartados 3 ("En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa") y 4 ("En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a

[45] Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (2007),* vol. 1., trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pp. 773 y ss.

los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones"), y 53 ("*Nivel de protección. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*") de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En una perspectiva de conjunto, el art. 52 CDFUE se inserta dentro del Título VII de la Carta, relativo significativamente a las "Disposiciones *generales* que *rigen* la interpretación y la aplicación de la Carta". En coherencia, se trata -como ocurre con todos los artículos de dicho Título VII- de una ordenación de carácter horizontal o transversal. La cuestión que se afronta es evidentemente fundamental respecto al propio catálogo de derechos fundamentales de la Unión que constituye la Carta. La Carta es un instrumento relativamente innovador, en el sentido de que reúne en un *texto único*, el conjunto de los derechos fundamentales garantizados en la Unión, pero que derivan de las tradiciones constitucionales y de los convenios internacionales comunes a los Estados miembros, del CEDH, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia consolidada del TJUE y del TEDH.

Lo primero que establece el art.52.1 CDFUE son las condiciones de aplicación de cualquier límite impuesto por el Derecho de la Unión o por los Derechos internos al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta. Se trata, pues, de una cláusula transversal u horizontal de limitación *general* del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Carta. En este sentido se establecen varias condiciones básicas:

- Deberá ser establecida por Ley, entendiendo por tal un concepto amplio, es decir, una ley en sentido material y no exclusivamente formal;

- Deberá respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, que como se sabe es un concepto jurídico indeterminado necesitado en caso de conflicto de una determinación o concreción "ad hoc" por el juez o tribunal que entienda del asunto;

- Sometimiento al principio de justificado motivo en la predisposición de límites a los derechos fundamentales (sólo podrá introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás en el marco de un sistema democrático);

- Debe guardarse el principio de proporcionalidad en la introducción de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Como se puede apreciar fácilmente, la Carta se ha inclinado por la previsión de una cláusula limitativa general frente a la técnica limitativa utilizada por el CEDH consistente en establecer un conjunto de límites específicos de los derechos garantizados.

Los restantes apartados del art.52 CDFUE se ocupan más propiamente de la rúbrica, es decir, se centran en la determinación del alcance e interpretación de los "derechos" y "principios" reconocidos en el sistema de la Carta en conexión con el sistema de los Tratados y con los instrumentos europeos y constitucionales que garantizan los derechos fundamentales en el espacio de la Unión. En este

sentido, el alcance y la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta viene establecido por referencia permanente al estándar de derechos fundamentales consagrados tanto a nivel europeo como en el ámbito de las tradiciones constitucionales de los países miembros. Se trata de derechos que encuentra su fundamento tanto en el sistema del Tratado como en la CEDH. El criterio-guía es el de efectuar un alcance e interpretación homogénea en términos de compatibilidad y armonía entre los distintos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. Entendiendo por garantía de los derechos fundamentales, tanto las garantías primarias (vinculadas al contenido de los derechos, esto es, con las expectativas positivas o negativas que el Estado o poder público ha de satisfacer) como las garantías secundarias (la sancionabilidad los actos o conductas desviantes, por ilícitas o inválidas). Estas garantías jurídicas constituyen técnicas necesarias para la efectividad de los valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico democrático. Debe retenerse en este contexto que los textos constitucionales de la segunda postguerra mundial, en términos de conjunto, trataron de alterar la estructura de los sistemas jurídicos preexistentes, impidiendo la producción de normas inválidas por vulneración de los derechos fundamentales e imponen la producción de normas de garantía de tales derechos (y no sólo los de contenido social), como limitaciones jurídicos a los poderes públicos y privados (capaces también de amenazar la libertad, la igualdad y la autonomía individual) .

El apartado 2 del art.52 CDFUE es especialmente restrictivo respecto del alcance de los derechos garantizados en la Carta, pues establece que los derechos por ella reconocidos "que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos". Es manifiesto que en el sistema del Tratado se aprecia un acervo importante de garantías de derechos fundamentales, aunque con distintas estructuras y niveles de protección jurídica. El precepto quiere mantener una línea de integración y homogeneidad entre el sistema de los Tratados y los derechos garantizados en la Carta, pero deja claro, una vez más, que la Carta no podrá ir más allá ni ser interpretada en un sentido expansivo ("se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados" por los Tratados, son los términos utilizados por la norma). La Carta pertenece al Derecho de la Unión y tiene que ser objeto de una lectura integradora y sistemática con todas las piezas del sistema normativo de la Unión, tanto en el Derecho originario o primario como en el Derecho derivado; y asimismo con la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJUE. Así, la Carta no tiene virtualidad para modificar el sistema de los Tratados y, en consonancia, los derechos garantizados en la Carta reconocidos en los Tratados no pueden tener una interpretación distinta entre los diversos instrumentos jurídicos del Derecho de la Unión. Su interpretación tiene que ser conjunta y coherente. Pero hay que reparar en el dato normativo de que no son pocos los derechos fundamentales que no encuentran una consagración adecuada en el sistema de los Tratados y que sí están proclamados en la Carta. Por lo demás, no se olviden los límites regulativos que impone el régimen de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros (véase art.51 CDFUE). Por ello mismo la Carta debería haber dado un paso hacia adelante ampliando el ámbito de competencias de la Unión en materia de derechos fundamentales (Piénsese paradigmática en la exclusión actual del ámbito de competencias de la Unión de materias tan importantes como el derecho de asociación, derecho de libertad sindical, derecho de huelga, y la retribución -salvo restrictivamente en lo concerniente a la tutela del principio de igualdad entre hombres y mujeres que trabajan). En todo caso, una vez que la Carta ha sido elevada al mismo rango normativo que los Tratados ("tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados", dice el art.6.1 TUE), debe entenderse, en una lectura lógico-jurídica y sistemática, que todo el Derecho de la Unión debe respetar necesariamente el contenido esencial de los derechos y respectar el principio de proporcionalidad en la posible introducción de limitaciones tan sólo cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art.52.1 CDFUE). Sería un despropósito jurídico y una incoherencia lógica interpretar aisladamente el apartado 2 respecto a los demás apartados del art.52 CDFUE.

Todo ello lo confirma la Explicación Oficial del "Praesidium" de la Convención (hecho en el marco de la Convención que elaboró la CDFUE en Niza en 2000, en la versión originaria de la misma), cuando observa que "el apartado 2 se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los Tratados. La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el Tratado CE, recogidos en los Tratados".

Interesa subrayar que la Carta presenta un déficit relevante pues no se ocupa de delimitar (como sí lo hace paradigmáticamente la Carta Social Europea de Turín de 1961, revisada cualitativamente en 1996, dotando a los derechos de un contenido esencial y de obligaciones de respeto y promoción impuestas a los poderes públicos) un "contenido esencial" (tan sólo podría tenerse "por referencia" a la Convención Europea y a las tradiciones y prácticas de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales; referencia a las "prácticas" que en la que subyace la idea de que la realidad del Derecho no se agota en las normas, pues comprende la práctica y la experiencia jurídica). Esta falta de delimitación del contenido esencial *en la propia Carta*, debilita su carácter *conformador* de los derechos fundamentales que instituye.

Señalar que corresponde al legislador, y en general a todos los poderes públicos, ante todo garantizar y promover las condiciones necesarias para el ejercicio efectivos de los derechos fundamentales, protegiendo efectivamente toda la estructura y contenido del derecho. En todo caso, al menos y aunque sin las garantías suficientes, el art.52.1 establece una obligación genérica de "respetar el contenido esencial" de los derechos por cualquier limitación de su ejercicio que pueda ser establecida por Ley, consagrando la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales proclamados en la Carta. El TJUE había declarado que "pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguibles por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos" (STJUE de 13 de abril de 2000, C 292/97, punto 45). No obstante, en el sistema de la Carta no se establecen en concreto los límites posibles al ejercicio del derecho fundamental, al contrario de la técnica de especificación acogida por el CEDH, artículos 8 a 11. El "contenido esencial" de los derechos fundamente constituye en sí mismo una garantía sustancial de los derechos fundamentales, a modo de una zona resistente e infranqueable (siempre difusa, ya en sí partiendo del dato jurídico de que el "contenido esencial" es típicamente un *concepto jurídicamente indeterminado* de difícil precisión) del derecho impuesta a las normas europeas y a las legislaciones de los países miembros. En caso de conflicto, corresponderá a la jurisdicción constitucional y al TJUE la tarea de precisar dicho "contenido esencial". La mejor doctrina ha tratado de atenuar el rigorismo de la contraposición de las teorías absoluta (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídica fundamental) y relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de los elementos teóricos operantes, bajo el prisma de la ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables. De manera que el "contenido esencial" no es tanto algo limitable y limitado en términos de "parte del derecho", cuanto algo a confirmar por el legislador[46].

[46] Haberle, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley,* traducción de Joaquín Brage Camazano, presentación y estudio preliminar por Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2003; Haberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

La garantía del contenido esencial refuerza la protección de los derechos fundamentales frente a posibles actuaciones lesivas de los poderes públicos. Los derechos fundamentales deben ser garantizados por los poderes públicos. Y respetando ese contenido esencial sólo podrán introducirse limitaciones al "ejercicio de los derechos y libertades" reconocidos en la Carta, dentro del principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art.52.1 CDFUE). El principio de proporcionalidad exige que haya una ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, pero de tal manera que la identidad de fines y valores del derecho fundamental de que se trate -y que lo hacen recognoscible como tal– no se encuentre afectada en sí por ninguna restricción o limitación jurídica.

Sin embargo, como se ha dicho, la Carta no contiene un señalamiento de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales. Esas limitaciones actúan por reenvío a las posibles limitaciones legales respetuosas del contenido esencial y ante todo a la regla hermenéutica de "interpretación conforme" (en sentido y alcance) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art.52.3) y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (donde esa interpretación coherente debe ser "en armonía con las citadas tradiciones"). Sin embargo, la seguridad jurídica y la mayor efectividad de la tutela dispensada a los derechos deberían haberse traducido en la indicación expresa de los límites y posibles excepciones y suspensiones (y sus condiciones extraordinarias de imposición) de los derechos fundamentales garantizados en la Carta de la Unión. Esas limitaciones podrían deducirse del reenvío al Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y libertades fundamentales (CEDH), el cual actúa, por el momento, como canon de interpretación en los supuestos de identidad de derechos, a la espera de una adhesión de la Unión a dicho instrumentos internacional. En su consideración como instrumento de protección de los derechos fundamentales el CEDH está llamado a operar como un estándar mínimo común europeo en materia de garantía de tales derechos. Por el momento, en tanto no se produzca dicha adhesión de la Unión la garantía plena de los derechos fundamentales no es sólo un proceso complejo, sino también inacabado e incompleto.

Por otra parte, el art.52.1 CDFUE no sólo impone el respeto al contenido esencial sino que también exige el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de limitaciones y, en relación a ello, la concurrencia de una *motivación relevante* por su vinculación a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Los objetivos generales vienen enunciados en los artículos 2 y 3 del TUE y se especifican en otros preceptos del mismo TUE (artículos 5, 26 y 41) y del TFUE (artículos 45.3, 36, 39 y 346, entre otros). El TJUE ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que sea atengan al principio de proporcionalidad y no se trate de una restricción desmesurada e intolerable que afecte a la esencia del derecho de que se trate (SSTJUE de 13 de abril de 2000, "Karlsson", C 292/97; 22 de octubre de 2002, "Roquette et frères", C 94/00).

El art. 53 CDFUE contiene una cláusula horizontal o transversal actúa como una "válvula de seguridad". Es una cláusula similar a la prevista en el art.5.2 de los dos Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El art. 5 de los PIDCP y PIDESC establece que: "*1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menos cabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, sopretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".*

Dentro del Derecho Internacional regional europeo, una fuente de inspiración directa (a la que alude expresamente el art.53 CDFUE) y que desempeña una función análoga es el propio art.53 de la CEDH, relativo a la "Protección de los derechos humanos reconocidos", según el cual "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte". Esta coincidencia es coherente con la orientación hacia la construcción de un *sistema europeo de protección y garantía de los derechos fundamentales;* un sistema de protección que comprende tanto las normas de derechos fundamentales como su interpretación por los Tribunales respectivos (TJUE y TEDH). Nótese, en tal sentido, que los derechos garantizados en la Carta tienen que ser interpretados en coherencia y armonía con los garantizados por el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (apartados 3 y 4 del art. 52 CDFUE). Estos instrumentos jurídicos de protección de los derechos fundamentales contienen un conjunto de garantías de los derechos y libertades fundamentales, de carácter normativo, jurisdiccional e institucional.

En gran medida la contemplada en el art.53 CDFUE -como su equivalente del CEDH- es una norma de conflicto, de manera que establece un principio de preferencia por la norma que confiere una mayor protección. Acoge un criterio interpretativo de carácter imperativo para la interpretación de las disposiciones de la Carta. Tiene un carácter y alcance generales respecto a todos los derechos fundamentales garantizados en la Carta. Esa garantía del nivel de protección *más elevado* debe completarse con lo establecidos en el art.52.3 CDFUE, cuando afirma que la adhesión al estándar europeo -construido entorno al CEDH- "no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". En cualquier caso, no debe nunca olvidarse que el ámbito de aplicación de la Carta no es ni absoluto ni indiferenciado, pues sólo encontraría aplicación únicamente cuando se aplique directa o indirectamente el Derecho de la Unión, como reafirma el art.51.1 CDFUE. Esta precisión es importante para delimitar el verdadero alcance de la cláusula interpretativa ex art.53 CDFUE.

El principio de favor ex art.53 CDFUE impide una interpretación de la Carta en un sentido de reducción del nivel *ya garantizado o reconocido* en el Derecho internacional y europeo y asimismo en las constituciones internas nacionales ("las constituciones de los Estados miembros", son los términos utilizados por dicha disposición). En este sentido, se consagra el tradicional principio de no regresión en los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales a nivel internacional y europeo. Una cuestión distinta -y ciertamente preocupante- es la que se plantea por la manifiesta "regresividad" que se aprecia en la coyuntura actual especialmente en materia derechos sociales fundamentales en la "realidad constitucional" y en las legislaciones y prácticas de los Estados miembros de la Unión y en los países signatarios de tales instrumentos internacionales. Esa "regresividad" está planteando una disociación -e incluso una ruptura- entre la "constitución jurídica formal" (de base garantista y formalmente inalterada) y la "constitución jurídico-material realmente existente" (de base liberalizadora y de eficacia real en cuanto capaz de operar una verdadera "mutación constitucional" fáctica, en el sentido de revisión "in peius" del nivel de protección de tales derechos fundamentales; más allá de que esa mutación coexista con unas disposiciones de valor normativo fundamental sustancial "inactuadas"). Los derechos fundamentales están estrechamente vinculados a los poderes llamados a garantizarlos atendiendo a la realidad de una lucha por el derecho. La garantía de todos los derechos fundamentales no es solo formal, procedimental y jurisdiccional (con ser imprescindibles), requiere y presupone el respaldo e impulso permanente de poderes políticos institucionales. Los derechos fundamentales son un hecho de cultura mediatizada históricamente por las luchas sociales para garantizarlos y hacerlos valer.

En todo caso, cabe decir que el art.53 CDFUE (como sus homólogos -aunque diferenciados en su alcance- art.5 PIDESC y PIDCP y 53 del CEDH) garantiza formalmente el nivel de protección *ya reconocido* en el Derecho internacional y europeo y asimismo en la tradicionales constitucionales comunes a los Estados miembros (artículos 53 y 52.4 y 6 de la CDFUE).Por tanto, en el art.53 CDFUE se contiene un principio de no regresividad en el momento de su vigencia respecto al estándar ya alcanzado en materia de derechos fundamentales. Este es el significado jurídico de la utilizada técnica del nivel de protección en términos de comparación de derechos y valores correspondientes. El art. 53 CDFUE contiene una cláusula horizontal prohibitiva de la interpretación *in peius* introduciendo limitaciones o restricciones en el estándar de protección preexistente ("… derechos y libertades fundamentales *reconocidos"*) de los derechos fundamentales. Adviértase que lógicamente el precepto prohíbe interpretaciones peyorativas, pero no prejuzga el dato de que los derechos fundamentales puedan ser objeto en hipótesis de ciertas restricciones o limitaciones. Precisamente para este supuesto se establece que "cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades". Añadiendo a continuación que "dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás" (art.52, relativo al "Alcance e interpretación de los derechos y principios", de la Carta). El carácter relativamente restringible de los derechos fundamentales se vincularía a la previsión sobre la posible colisión o conflicto entre derechos y bienes jurídicos (señaladamente, mediante la sujeción a un test de proporcionalidad y el respeto a la cláusula de la garantía del contenido esencial). Y atendiendo a la estructura y función específica (derechos de libertad o de defensa; derechos de prestación y derechos de igualdad) del derecho fundamental existirán siempre "límites de los límites o de las restricciones", es decir, en formas de interdicción del exceso y en las formas de prohibición de protección deficiente o inadecuada. De ahí la trascendencia del juego del principio de proporcionalidad y del criterio de ponderación. En este orden de ideas, la garantía del contenido esencial aparece como restricciones a las restricciones[47].

Necesariamente este art.53 CDFUE debe interpretarse sistemáticamente con las previsiones del art.52 CDFUE que afirma, con contundencia manifiesta, que "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art.52.4 CDFUE). De manera que la Carta no puede ser utilizada para limitar o lesionar derechos fundamentales ya reconocidos, ni tampoco servir de "coartada" para no respetar el mayor nivel de protección conferido en las constituciones internas al derecho fundamental de que se trate. Interesa destacar, a estos efectos, que dichas tradiciones constitucionales (al menos de los países más avanzados de Europa) suelen disponer de una estándar de derechos y garantías superiores al estándar mínimo que proporciona la Carta.

Por otra parte, no obstante su autonomía relativa, los tres niveles de protección de los derechos fundamentales (Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y europeo y el Derecho constitucional nacional de los Estados miembros; art.53 CDFUE) forman parte de lo que, con expresión afortunada, el Preámbulo de la Carta, denominada patrimonio común en materia de valores y derechos fundamentales. Se indica, además, que la Carta *reafirma,* dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las *tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros,* del CEDH, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH (Preámbulo de la Carta).

[47] Para esto último, Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 286 y ss.

Los derechos fundamentales *realizan valores superiores y estos "valores son comunes* a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres" (art. 2 TUE). Ciertamente, la Carta "no amplia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados" (art.51.2 CDFUE), pero precisamente por ello tampoco es susceptible de impedir o prohibir un mayor nivel de protección al derecho fundamental otorgado por los sistemas constitucionales comunes a los Estados miembros. El propio art.52.4 CDFUE deja claro que ante posibles situaciones de conflicto de regulación que "los derechos se interpretarán *en armonía* con las" tradiciones constitucionales comunes a los países miembros de la Unión. Los posibles conflictos se quieren resolver más que en términos de jerarquía de sus fuentes reguladoras por vía de integración y coherencia ("en armonía") a través del reclamo de la función interpretativa del TJUE y, en su caso, del TEDH. Las relaciones de Carta con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en la *ratio* de art.52.4 CDFUE no se atiende estrictamente a los principios de jerarquía o de supremacía de los ordenamientos coexistentes, sino a través de una *típica relación de coordinación internormativa* de lo que tan sólo metafóricamente puede entenderse como "interno" (Constituciones nacionales) y "externo" (Carta y Derecho de la Unión; que no son en rigor técnico propiamente externos a los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro). Criterio no estrictamente jerárquico que se realza, además, por la indicación, recogida en el apartado 6 del art.52, en el sentido de que "*se tendrán plenamente en cuenta* las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta". Esta normativa de interpretación se corresponde con la realidad materialmente constitucional de que, al menos por el momento, existe una dualidad de identidades colectivas: las identidades nacionales existentes y la identidad europea (en gran parte emergente e incompleta).

En este orden de ideas, se viene produciendo un diálogo e interferencia mutua entre ambas instancias jurisdiccionales, como se refleja paradigmáticamente en algunas sentencias de ambos tribunales de justicia: SSTJUE 6 de marzo de 2001, "Connolly", C 274/99; de 22 de octubre de 2002, "Roquete Frères", C 94/00; y de 7 de enero de 2004, "K.B", C 117/01; SSTEDH de 7 de junio de 2001, "Kress vs. Francia"; de 26 de febrero de 2002, "Fretté vs. Francia"; 30 de junio de 2005, "Bosphorus vs. Irlanda"; 12 de julio de 2005, "Okyay vs. Turquía"; y de 11 de enero de 2006, "Rasmussen vs. Dinamarca y Sorensen vs. Dinamarca; estas tres últimas con referencia expresa al art.53 de CDFUE). No se olvide que el art.53 CDFUE es una norma de garantía que contiene una regla de conflicto en el nivel de protección de los derechos (esto es, ante posibles conflictos de derechos que puedan suscitarse); y una normativa de la Carta que está dirigida eminentemente a las instituciones de la Unión -dentro del respeto del principio de subsidiariedad- y a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión* (art.51.1 CDFUE).

El principio de no regresividad en el estándar alcanzado en materia de derechos fundamentales y el principio de respeto a posibles niveles de protección *más elevados* concurrentes se infiere de una obligada interpretación sistemática de conjunto de todo el *bloque o grupo normativo unitario* relativo a las "Disposiciones que rigen la interpretación y a la aplicación de la Carta" (Título VII, artículos 51 a 54), el cual contiene piezas normativas diferenciadas, pero inequívocamente interrelacionadas. Estos dos principios interpretativos se despliegan e inciden en los tres ámbitos de protección considerados ex art.53 CDFUE y que son reflejo de la aceptación de la pluralidad de instrumentos de garantía y su cristalización en la reafirmada coexistencia de una *protección multinivel* en el espacio jurídico europeo(que actúa en paralelo e interconexión funcional con la construcción teórica del llamado *multilevel constitucionalism* -constitucionalismo multinivel- subyacente a la fase actual de la integración europea):

— el Derecho de la Unión (preserva y reafirma el nivel de protección ya alcanzado en espacio jurídico de la Unión -ordenamiento jurídico europeo al que pertenece, paradójicamente, la misma Carta-, a través del juego de las técnicas de garantía de los derechos fundamentales como normas de garantía sustancial y como principios generales del Derecho de la Unión en su consideración por el TJUE),

— el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y, en particular, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (preserva y reafirma lo que de un modo u otro es patrimonio común internacional aceptado en el espacio jurídico de la Unión; tanto más cuando, en relación al instrumento aludido, se materialice la imperativa adhesión al CEDH ex art.52.3 CDFUE). La referencia al CEDH se realiza atendiendo a su indudable importancia garantista para una Unión Europea que opera en el mismo espacio geopolítico que el Consejo de Europa (como se infiere de las Explicaciones del Praesidium; hecho en el marco de la Convención que elaboró la CDFUE en Niza en 2000, en la versión originaria de la misma), pero con explícito carácter ejemplificativo y paradigmático. El art.53 CDFUE, dice "…y *en particular* el CEDH…"; y "en particular" no es todo instrumento internacional y europeo. De manera que deberá respetarse el nivel de protección conferido en instrumentos europeos tan relevantes como la Carta Social Europea en su versión revisada de 1996 (Adviértase que el Preámbulo se inspira en y reafirma los derechos consagrados en "las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa").

Reténgase que la Carta Social Europea es un instrumento jurídico fundamental del constitucionalismo democrático social europeo, siendo así un pilar determinante del denominado "modelo social europeo". Es manifiesta la interacción normativa existente entre los diversos instrumentos jurídicos europeos encaminados a la protección de los derechos fundamentales. Es criticable que la Carta Social Europea no sea aludida *expresamente* en disposiciones tan relevantes del Derecho de la Unión como el art.6.2 del TUE (que sí alude explícitamente el CEDH como instrumento regulador de principios generales del Derecho entre otros instrumentos jurídicos en los que se incluye implícitamente la Carta Social Europea, sencillamente porque esta forma parte y es fruto también de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros) y el propio art.53 CDFUE (que alude genéricamente a los instrumentos internacionales y convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros). Por lo demás, el TJUE viene haciendo referencia a la Carta Social Europea y admite que los derechos sociales pueden limitar o modular el ejercicio de las libertades económicas, sobre la base de que la Unión no sólo tiene una finalidad económica, sino también social. De manera que *los derechos sociales fundamentales de la Carta Social Europea son asumidos como principios generales del Derechos Social de la Unión*, como impone ahora deducir del mismo art. 6.3 del TUE, pues dicho instrumento europeo forma parte y es fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros(SSTJUE 1 de abril de 2008, "Maruko", C 267/06; 18 de diciembre de 2007, "Laval un Partneri", C341/05; 13 de septiembre de 2007, "Del Cerro Alonso", C 307/05**;** 11 de diciembre de 2007, "International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union", C 438/05; y 15 de abril de 2008, "Impact", C 268/06). Por ello sorprende que no se haya previsto en el art.6 del TUE una obligación de adhesión expresa de la Unión a la Carta Social Europea revisada, en contraste paradójico con la prevista para la

adhesión de la Unión al CEDH, también instrumento normativo de garantía emanado del Consejo de Europa (art.6.2 del TUE). Y sin embargo, ambos Tratados forman parte del *estándar europeo* de protección de los derechos fundamentales. Y no se olviden, igualmente, que las Explicaciones relativas a la Carta hacen referencia expresa a la Carta Social Europea revista en 1996 (así, señaladamente, a propósito de los artículos 23, 25, 30, 31, 33.2, y 34.3 de la CDFUE); e interesa reparar en que esas Explicaciones tienen reconocido un valor interpretativo en el sistema de la Carta, pues según el art.52.7, "las explicaciones (o guías) elaboradas en la interpretación de la presente Carta *serán tenidas debidamente en cuenta* por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros". Con todo resulta innegable que la Carta Social Europea aparece como uno de instrumentos normativos europeos que sirven de parámetro de referencia obligada en el Derecho de la Unión para la interpretación del sentido y alcance de los derechos fundamentales (en este caso de específico contenido social), lo que es confirmado oportunamente por la "Red de Expertos Independientes de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales", creada por la Comisión Europea a iniciativa del Parlamento Europeo[48].

— así como por las constituciones de los Estados miembros (preserva y reafirma lo que puede considerarse como las tradiciones constitucionales comunes vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea). Pero más allá de la aplicación directa o conexa con el Derecho de la Unión, la Carta (no sólo la cláusula horizontal ex art.53, sino también atendiendo a todas las demás disposiciones generales del Título VII) no obliga a realizar revisiones o reformas constitucionales en aquellas constituciones nacionales que puedan tener un estándar de protección inferior al garantizado por la Carta (y sin perjuicio de que esto sea no sólo lo deseable sino también lo más coherente con los valores y el compromiso de respecto a los derechos fundamentales expresado en los artículos 2 y 6 del TUE). El art.53 CDFUE tiene por finalidad exclusivamente la de impedir que cualquier tentación de que las disposiciones de la Carta puedan interpretarse como limitativas ("*in peius*") o lesivas de los derechos fundamentales *ya "reconocidos"*, entre otros ámbitos jurídicos, "por las constituciones de los Estados miembros". Garantiza la no minoración o lesión al estándar ya existente acotado en las constituciones respectivas de los Estados miembros. La *Explicación del Praesidium de la Convención relativa al artículo 53 (Nivel de protección)* deja constancia de que "el objeto de esta disposición es *mantener* el nivel de protección *que ofrecen actualmente* en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH". Su preocupa es, pues, es impedir una reducción o lesión del estándar de derechos ya garantizado en los distintos ámbitos referenciados.

El respeto al estándar mínimo de protección consagrado en el importante CEDH se infiere, por otra parte, del art. 52.3 CDFUE ("En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio"; a lo que añade, evitando toda duda sobre la finalidad de respetar dicho estándar, que "esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa", pues precisamente de lo que se trata es de respetar ese estándar mínimo diseñado en el CEDH). De ahí que

[48] Consúltese su comentario a la Carta en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/rights/charter/docs/network_commentary_final%20_180706).

quepa concluir que el CEDH es de aplicación preferente, actuando como norma mínima de garantía en la delimitación del sentido y alcance de los derechos de tutela compartida.

Esta previsión tiene que coordinarse con la garantía del "nivel de protección" prevista en el art.53 CDFUE, cuando afirma que ninguna disposición de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales *reconocidos,* entre otros instrumentos jurídicos, en el CEDH. Es obvio que la referencia a la unidad de sentido y alcance de la CEDH comporta la prohibición de realizar una interpretación de la Carta como norma que limite tales derechos tal como han sido interpretados por la Jurisprudencia del TEDH. Los derechos fundamentales se positivizan en normas, pero esas normas son necesariamente objeto de interpretación de su sentido y alcance en cada momento de la dinámica de la evolución de la cultura jurídica de los derechos por parte del TEDH, en su condición de guardián del control de eficacia y cumplimiento de los derechos garantizadas. Para llegar a esta conclusión no era estrictamente necesario que si indicara expresamente -como se sugirió en el proceso de elaboración de la Carta- que la interpretación conforme al CEDH lo es "tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH". Ello no obstante, por razones de seguridad jurídica en el reforzamiento del sistema de garantías hubiera sido más pertinente que la norma ex art.53 CDFU hubiera hecho en su redacción una referencia literal expresa al sometimiento al CEDH tal como ha sido interpretado por el TEDH. La cuestión no sería en exceso preocupante si no fuera por el hecho de que de las Explicaciones oficiales se suprimió de modo sobrevenido la matización según la cual: "En ningún caso el nivel de protección ofrecido por la Carta podrá ser inferior al garantizado por el CEDH, lo cual tiene como consecuencia que el régimen de limitaciones previsto en la Carta no puede descender por debajo del nivel previsto por el CEDH" (Redacción originaria de la Explicación relativa al art.53 de la Carta). También quedó suprimida del texto final la Explicación Oficial del "Praesidium" al art.53 CDFUE, en cuyo segundo párrafo se decía que "El nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH".

No obstante, para la lógica de homogeneización de los estándares en el espacio jurídico fundamental de la Unión, debe tenerse en cuenta, a los efectos afrontar conflictos de lógicas protectoras derivadas de una posible (y problemática) protección inferior en las Constituciones nacionales, el estándar *mínimo mejorable* otorgado por la Carta. En efecto, conforme al art.52.4 CDFUE, "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos *se interpretarán (es un imperativo categórico dirigido ante todo al TJUE) en armonía con las citadas tradiciones".* La Carta no pretende sustituir a las constituciones nacionales en su ámbito de aplicación respecto a la garantía de los derechos fundamentales a nivel nacional (En este sentido, se manifestó ya inicialmente, la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2000, sobre la naturaleza de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea; COM(2000) 644 final).

No obstante, la Carta establece un estándar mínimo de protección que posibles reformas de las constituciones nacionales tendrán que respetar ante todo en lo que se refiera a la aplicación directa o conexa con el Derecho de la Unión (pues, la misma pertenencia a la Unión determina inexcusablemente el obligado respeto al instrumento normativo vinculante que constituye la Carta, en virtud de la asimilación efectuada por el art.6.1 TUE). Ni tampoco parecería muy coherente que no lo respetarán tampoco en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales exclusivamente a nivel nacional, entre otras cosas porque lo pertinente es que los Estados miembros de la Unión hayan suscrito el CEDH, la Carta Social Europea e incluso los Pactos Internacionales sobre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de 1966, que interactúan con sus propias constituciones nacionales. Esa "comunicabilidad" de los textos internacionales y de las

Constituciones internas, desde luego, no evitará que exista siempre una tensión permanente *entre* dichos instrumentos jurídicos internacionales y europeos y las constituciones nacionales respectivas. Pero inevitablemente se producirá una suerte de *co-evolución en la cultura europea de los derechos fundamentales.* En países como España, en los que aparte de su pertenencia a la Unión se dispone de un canon hermenéutico en materia de derechos fundamentales como el contenido en el art.10.2 CE, la Carta tendrá una repercusión directa en nuestro Derecho interno. Y esa aproximación e integración dinámica de las garantías y técnicas de protección de los derechos fundamentales no puede considerarse en sí negativa desde el punto de vista de la defensa de tales derechos.

3.3. El obligado respeto al estándar de protección multinivel reconocido en el CEDH del Consejo de Europa, las "*Cartas Sociales Europeas"* y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

El Preámbulo de la CDFUE pretende integrarse en el sistema de garantía multinivel de los derechos y libertades fundamentales con expresa referencia al CEDH y a la CSEr (aparte de la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989). En tal sentido declara que: "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del *Convenio Europeo* para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las *Cartas Sociales* [Europeas] adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea".

El instrumento de la Carta pretende integrarse con el CEDH, de manera que la Unión está obligada a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH. El sistema de Carta y de los Tratados está pensado ya para la adhesión a ese instrumento internacional de garantía de los derechos fundamentales. Esa adhesión tendría por efecto inmediato una tutela externa de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Esa idea integradora se manifiesta nítidamente en el art.52.3 CDFUE, según la cual el sentido y alcance de los derechos fundamentales ha de ser necesariamente "igual" al de los dos instrumentos jurídicos europeos. Pero sin impedir que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más amplia o extensa. Con ello, aparte de la búsqueda de una regulación coherente y armoniosa, lo que verdaderamente se pretende es *garantizar un estándar mínimo de protección,* que pueda ser mejorado en el marco del Derecho de la Unión, sobre la base la "comunidad de valores indivisibles y universales" a que alude el Preámbulo de la Carta. La universidad subjetiva tiende a expandir la idea-fuerza de que los derechos fundamentales son derechos de la persona en sí (con independencia de su nacionalidad de origen)[49], y no exclusiva y restringidamente derechos del ciudadano. Precisamente mediante la internacionalización (universalización) y "europerización" de los derechos fundamentales se tendería a transitar del "*status civitatis*" al "*status personae*", esto es, *evolucionar desde los derechos tradicionales del ciudadano (en el sentido tradicional vinculado a la nacionalidad) a los derechos de la persona como tal* y en una dimensión universalista e indivisible. Es así como cabe entender la "internacionalización" y "europeización" de los derechos fundamentales, esto es, substrayéndolos del condicionante liberal de

[49] Reténgase que conforme a la Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, de 10 de mayo de 1944: "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual *en condiciones* de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades".

la "Nacionalidad" (Un camino "intermedio" para alcanzar ese objetivo, por así decir, ha sido conectar la dotación de derechos vinculados a la "residencia"). Se trata de vincular derechos a la persona en sí (estatuto jurídico-protector de la persona) y, al propio tiempo y de manera no sustitutiva, de vincular derechos al empleo (estatuto jurídico-protector de empleo). Este doble título de atribución de derechos es tanto más importante cuanto se está produciendo un retroceso (*regresividad*) del estatuto jurídico protector de las personas y de los trabajadores (en general, y de los inmigrantes en particular).

Dicho criterio de garantizar un estándar mínimo de protección, que otorga prioridad aplicativa al instrumento que establezca un nivel superior de protección, se había consagrado anteriormente en otros instrumentos internacionales tanto de Derecho Internacional general (Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales) como de Derecho Internacional regional europeo (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Nuestro propio Tribunal Constitucional ha mantenido que "que la Carta se concibe, en todo caso, como una *garantía mínima,* sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno" (Dictamen 1/2004, de 13 de diciembre, sobre la ratificación de la Constitución Europea). Por lo demás, la Carta nunca puede ser interpretada en el sentido de minorar los derechos -inclusive los no incorporados explícitamente en el sistema de la Carta- reconocidos en los Tratados, en el Derecho Internacional general y regional europeo (señaladamente, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos), ni tampoco por las constituciones de los Estados miembros (Ello se infiere no sólo del art.53 CDFUE, sino también del art.6.3 del TUE, conforme al cual los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentas y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*). El art. 53 CDFUE impone el respeto a los derechos ya reconocidos en otros instrumentos jurídicos, con independencia de que hayan sido o no insertados expresamente en el texto de la Carta. En tal sentido, no resulta innecesario llamar la atención sobre el dato normativo consistente en que el art. 6.3 TUE toma en consideración y somete a la Unión al estándar de derechos fundamentales garantizado no sólo por el CEDH, sino también al conjunto de derechos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Eso sí, afirmando que "formarán parte del Derecho de la Unión *como principios generales"* del Derecho de la Unión Europea.

Tras la adhesión de la Unión, el CEDH *constituirá el nivel mínimo* de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa y tendrá una relevancia jurídica fundamental, en particular en los casos en que la protección que brinda la Unión sea inferior a la prevista en el CEDH. Ciertamente, el CEDH refuerza la protección de los derechos garantizados por la CDFUE que entran dentro de su ámbito de aplicación y que la Carta también reconoce otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH y asimismo que la CDFUE también acoge otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH sino en los Protocolos adicionales y en instrumentos relacionados con el CEDH. Por otra parte, la adhesión al CEDH proporcionará un *mecanismo adicional* para la aplicación de los derechos humanos, a saber, la posibilidad de presentar una demanda ante el TEDH en relación con una acción u omisión por parte de una institución de la Unión o de un Estado miembro en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión y que se inscriba en el marco de las competencias del CEDH.

No obstante, esto no altera el sistema vigente de jurisdicción del TJUE ni del TEDH, y el requisito de haber agotado primero todos los recursos judiciales internos continuarán siendo la condición para la admisibilidad de cualquier recurso. Por tanto, la adhesión al CEDH exigirá, al mismo tiempo, una mayor cooperación dinámica institucional y funcional entre los tribunales nacionales, el TJUE y el TEDH en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales. Esa cooperación entre los dos máximos tribunales europeos impulsará el desarrollo de un *sistema de jurisprudencia coherente*

en el campo de los derechos humanos. Por lo demás, debe destacarse el dato jurídico consistente en que el art.1 CEDH no sólo garantiza la protección de los ciudadanos de la Unión y de otras personas que se encuentran en el territorio de la Unión, sino también la de *cualquier individuo* que se acoja a la jurisdicción de la Unión fuera de su territorio. Adicionalmente, el Parlamento Europeo ha entendido que en el momento de la adhesión al CEDH, los Estados miembros deberían comprometerse, tanto entre ellos como en sus relaciones con la Unión, a no recurrir a una demanda entre Estados por incumplimiento en el sentido del art.33 CEDH cuando el acto u omisión objeto del litigio o controversia corresponda al ámbito de aplicación específico del Derecho de la Unión, porque de no ser así ello sería contrario a lo establecido en el art.344 TFUE [Véase, respecto a esto último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

Adviértase que la adhesión de la Unión al CEDH implica el reconocimiento por parte de la Unión de la totalidad del sistema de protección de los derechos fundamentales tal y como ha sido desarrollado y codificado en los numerosos documentos y organismos del Consejo de Europa. En este sentido, la adhesión de la Unión al CEDH representa un primer paso fundamental que *deberá ser completado con la adhesión de la Unión, entre otros instrumentos, a la Carta Social Europea* firmada en Turín el 28 de octubre de 1961 y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en coherencia jurídica con los avances consagrados en la CDFUE y en la legislación social de la Unión Europea (aparte de en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros). [Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pretende garantizar los derechos fundamentales con el alcance y nivel de protección que el que se infiere de las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros, consagrando un estándar común en el ámbito de la Unión respecto a los derechos fundamentales compartidos. Efectivamente, se indica que "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art.52.4 CDFUE). Se consagra, pues, un *Derecho Común Europeo* en materia de derechos fundamentales vinculado a las tradiciones constitucionales comunes -pero en parte también heterogéneas en numerosos aspectos (relativos al contenido, la titularidad, modos de ejercicio y sistemas de límites y de garantías)- de los Estados miembros(art.52, apartados 4 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-; art.6.3 TUE), a los instrumentos normativos europeos de garantía de tales derechos (de modo destacado, la CEDH y la Carta Social Europea) y la jurisprudencia establecida por el TJUE y el TEDH (artículos 52.3 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-; art.6, apartados 2 y 3 del TUE). El TJUE como órgano jurisdiccional de la Unión tendrá que apreciar y determinar específicamente la existencia de las tradiciones constitucionales comunes teniendo en cuenta el nivel de protección *más elevado* y la necesidad de realizar una interpretación coherente y armoniosa de dichas tradiciones con el tratamiento de los derechos fundamentales realizado por la Carta en consonancia con la aplicación del Derecho de la Unión (artículos 52.4 y 52.2, en relación con el 51.1 de la CDFUE).

Ahora bien, el respeto a ese Derecho Común de los Estados miembros tiene que compaginarse, en una interpretación sistemática y finalista coherente, con la apuesta de la propia Carta por el nivel *más elevado* de protección entre los instrumentos concurrentes en un caso concreto, como impone deducir del art.53 CDFUE. Tampoco impedirá que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección o garantía más amplia. Asimismo, el CEDH asume una función relevante en el marco de

la interpretación de la CDFUE en la medida en que algunos derechos garantizados en la Carta que se correspondan con derechos reconocidos en el CEDH deben ser interpretados conforme con este y que el CEDH es, en virtud de lo establecido en el art.6.3 TUE, una fuente de inspiración privilegiada para el TJUE en la formulación de principios generales del Derecho de la Unión. Además, el CEDH, con arreglo a lo previsto en el art.53 CDFUE, no puede interpretarse de manera que limite o vulnere derechos garantizados en la Carta, debiendo ésta mantener todo su valor jurídico vinculante [Véase, para esto último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

De este modo, el *común denominador* no podría ser, en puridad, nunca inferior al propio estándar consagrado en las tradiciones constitucionales de cada Estado miembro. Este es el sentido que debe tener la expresión utilizada en el sentido de que "dichos derechos se *interpretarán en armonía* con las citadas tradiciones". La Carta pretende que no existan diferencias significativas o relevantes en la concepción y tratamiento conferido por ella y el que deriva de las tradiciones constituciones comunes a los países miembros. No es coherente, en la lógica del garantismo jurídico, que existan disonancias y fricciones entre los catálogos europeos y de las constituciones de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales. A ello se añade el *principio de favor hacía el mejor nivel de garantía* de los derechos fundamentales (que es expresión del principio de *favor libertatis* que postula una interpretación extensiva de los derechos garantizados en los textos constitucionales o normativo de valor fundamental) recogido en el art.53.2 CDFUE, pues éste consagra el estándar de protección *más elevado* en las relaciones -en esto no jerarquizadas por el principio de primacía en atención a la tutela de los derechos fundamentales- entre el otorgado a nivel de la Unión y el conferido en el ámbito nacional correspondiente. Se garantiza, pues, la interpretación conforme al nivel de protección *más elevado*, que plantea, eso sí, el problema de la dificultad de un tratamiento uniforme del derecho fundamental en todo el espacio de la Unión. Ello no obstante, estas cláusulas horizontales o transversales (apartados 5 y 6 del art.52 CDFUE) a la par que tratan de impedir las situaciones de conflicto, suponen también una limitación del desarrollo jurisprudencial y del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales.

En todo caso, un sistema de protección integral coherentemente construido de los derechos fundamentales en la Unión Europea *requiere de suyo la incorporación de la Carta como parte dogmática en el sistema de los Tratados.* Y tiene que ser así porque la Carta no debería ser un instrumento jurídico de valor fundamental *separado* del sistema de los Tratados (TUE y TFUE), sino un instrumento integrado en dicho sistema constituyente precisamente en atención a que los derechos fundamentales son el elemento de legitimidad de todo sistema democrático. Supone la realización efectiva en la Norma Fundamental del Derecho originario de la declaración recogida en el art.2 TUE, conforme a la cual la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Objetivos y fundamentos de la Unión que son *reiterados* en el Preámbulo de la misma Carta, mostrando que los valores indivisibles y universales que cristalizan en los derechos fundamentales son la base de los principios de la democracia y de un sistema jurídico democrático.

En la perspectiva del garantismo jurídico que debe presidir un instrumento jurídico de reconocimiento al máximo nivel de los derechos fundamentales no debería haberse realizado esa distinción y en todo caso de hacerlo, como se ha hecho, debería haberse precisado sin ambigüedad cuáles son los derechos y cuáles los principios. Al final esa distinción deberá ser depurada por el TJUE,

el cual tendrá la posibilidad de realizar esa delimitación, pero respetando siempre las previsiones de artículos como el 52.5 y 53 de la CDFUE.

Efectivamente, esta distinción no está exenta de ambigüedad, atendiendo al proceso de elaboración de la Carta y ante todo a las Explicaciones oficiales, parece que ello remite a una configuración distinta, pues los derechos subjetivos deberán ser respetados y a diferencia de los principios que simplemente deben ser observados y promovidos a través de intervenciones positivas que serían estrictamente necesarias para su ejercicio o disfrute. Mientras que los derechos subjetivos son derechos justiciables directamente; los principios no generarían derechos subjetivos inmediatamente alegables y exigibles. Como se indicó la tentación fácil -a tenor de lo establecido en el art.52 CDFUE- es la de entender que los "auténticos" derechos subjetivos serían los tradicionales derechos de libertad y los derechos de contenido patrimonial, mientras que los derechos sociales de prestación (derechos a una acción positiva del Estado o poder público que les imponen la realización de determinados objetivo o la materialización de determinados resultados correspondientes), más que derechos serían "principios" que exigen y están condicionados a la intervención pública y que, por tanto, no serían inmediatamente actuables sino es a través de los actos legislativos o ejecutivos de aplicación. De manera que, como se dice en las Explicaciones, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades públicas de los países miembros.

Lo que, se afirma, sería coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[50] como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social. Y es que ciertamente la idea subyacente a los principios es que al amparo de ellos directamente no se generan derechos subjetivos, siendo necesario un desarrollo normativo adicional para hacerlos valer. Los principios tienen fuerza normativa vinculante unilateral para los poderes públicos de la Unión y de los Estados miembros, pudiéndose ser alegados conforme a las concretas modalidades de aplicación previstas por las normas de desarrollo. Actúan, pues, ante todo como límites de los poderes públicos de la Unión y de los Estados miembros. Se realza que los principios "sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad "de los actos legislativos o ejecutivos de tales poderes públicos, europeos y nacionales (art.52.5 CDFUE).

Por lo demás, tales principios *carecen de la garantía que confiere la cláusula del contenido esencial*, que el art.52.1 CDFUE parece reservar exclusivamente para los derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, esos límites en cuanto a las condiciones de su alegación ante el orden jurisdiccional no supone una imposibilidad o prohibición para invocar o aplicar dichos principios por los jueces y tribunales y deberán informar necesariamente la práctica judicial, a pesar del carácter ciertamente restrictivo del último párrafo del apartado 5 del art.52 de la Carta, según el cual tales "principios" sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos emanados de los Estados miembros exclusivamente cuando apliquen (directamente o *de forma conexa*) el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas.

[50] Véase en particular la jurisprudencia sobre el «principio de cautela» que figura en el apartado 2 del artículo 191 del TFUE: sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99, "Pfizer" contra Consejo, que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo artículo 39) sobre los principios de la legislación agrícola, por ejemplo, la TJUE en el asunto 265/85, Van den Berg, Rec. 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima).

Al tiempo, el apartado 5 del art.52 CDFUE lo que incide de manera inmediata y visible es una limitación de la aplicación y sus posibilidades evolutivas a través de la labor judicial, pues limita el conocimiento judicial de los "principios" a la interpretación y la verificación de la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos emanados de las instituciones y organismos de la Unión o de los Estados miembros. Esta lectura inmediata y visible puede ser discutida y debe ser, sin embargo, matizada en un enfoque sistemático y teleológico de conjunto con los demás instrumentos jurídicos europeos en materia de derechos fundamentales. En efecto, más allá de que resulte criticable la distinción en sí *aplicada a los derechos fundamentales garantizados,* es lo cierto que la Carta ha de ser interpretada sistemáticamente y atendiendo a un criterio de unidad y coherencia interna. Y en tal sentido no se puede desconocer en ningún momento que la Carta contiene numerosos reenvíos a otros instrumentos internacionales reguladores de derechos fundamentales que muestran que se respetan los derechos sociales fundamentales ya garantizados (y por garantizar) en instrumentos como los propios Tratados fundacionales revisados, que contienen ya un conjunto incompleto de garantía de ciertos derechos de contenido social (art.52.2 CDFUE), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que contiene algunos derechos de contenido social (art.52.3) y asimismo -y en materia de derechos fundamentales más significativos- el respeto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (art.52, apartados 5 y 6, según los cuales en la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones comunes a los países miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones; y a su vez, se deberán tener en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales de regulación específica en materia de derechos fundamentales -y no solo los textos constitucionales aludidos en el apartado 4 del art.52- según lo especificado en la Carta; lo que se aplica también a las "normas de principios" y, por supuesto, a todas las normas de la Carta reguladoras de derechos fundamentales civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y los de la cuarta generación).

Todo ello reforzado con la "cláusula de blindaje" transversal contenida en el art. 53 CDFUE (norma de valor fundamental dentro del Derecho de la Unión), situado en la lógica de aceptación del pluralismo jurídico-constitucional realmente existente en los Estados miembros de la Unión, pero, al mismo tiempo, deja claro que queda salvaguardada la aplicación del nivel de protección *más elevado* respecto a la regulación de un mismo derecho fundamental en los diversos instrumentos de garantía (Derecho de la Unión, Derecho Internacional general y europeo y tradiciones comunes de los Estados miembros). Lo cual refleja el policentrismo normativo, la interconexión y ósmosis entre ordenamientos jurídicos diferenciados, que confiere una mayor complejidad a los procesos regulativos enmarcados y actuados en un contexto jurídico caracterizado por un marcado pluralismo de las fuentes de producción normativa. De manera que la coexistencia de distintos instrumentos y niveles de protección conducirá necesariamente por imperativo del art.53 CDFUE a aplicar el nivel de protección garantista *más elevado* (estándar superior de protección): de lo que se trata es evitar una reducción del nivel de protección o de garantía de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que los derechos sociales fundamentales equiparados al resto de los derechos fundamentales no dejan de ser "sociales" por esa misma equiparación, pues contempla no al hombre o a la persona abstractamente, sino *socialmente situado* en el entramado de la sociedad, lo cual no sólo no se prejuzga en el sistema de la Carta, sino que aparece como una realidad irreductible por el momento de los instrumentos internacionales, europeos y constituciones nacionales reguladores de los derechos fundamentales (incluidos los de naturaleza y contenido social).

Pero, aparte de ello, se impone una interpretación sistemática externa a la Carta -pero interna al Derecho de la Unión, pues la Carta es un instrumento normativo de la Unión Europea- en relación con el sistema de los Tratados. Y en tal sentido, sería suficiente recordar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como *principios generales del Derecho* (art.6.3 TUE). Lo

que en esta perspectiva sí resulta insuficiente es la falta de previsión *expresa* de la adhesión paralela de la Unión a la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, que es el instrumento normativo de Derecho internacional regional europeo que mejor garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de contenido social. No obstante la Carta viene referida indirectamente en el art.53 CDFUE, cuando se refiere en términos generales a los instrumentos de regulación internacional y europeo en materia de derechos fundamentales, y aclara que "en particular" (pero no exclusivamente) al CEDH. Es manifiesto que, en este sentido, que se incluye implícitamente a la Carta Social Europea, que, como se sabe, es un instrumento normativo del Consejo de Europea encaminado a garantizar monográficamente los derechos sociales fundamentales. Ciertamente, la alusión tendría que ser expresa a la par que se debería imponer también la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea revisada. En este sentido, la referencia recogida en el Preámbulo de la Carta es sin duda también muy importante, pero insuficiente ya que no se recoge en el propio texto normativo de la Carta. En efecto, se indica que "La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Derechos Humanos" (Preámbulo de la CDFUE). Por otra parte, hay que tener en cuenta la vinculación generalizada de los Estados miembros de la Unión con el Consejo de Europa y con sus dos instrumentos de garantía de los de los derechos fundamentales (Carta Social Europea y CEDH), lo que no puede sino trascender y penetrar directamente en sus respectivas tradiciones y culturas nacionales (formando parte de ellas) en materia de protección de todos los derechos fundamentales.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Carta Social Europea es aludida en el propio sistema de los Tratados. Así, y paradigmáticamente, dispone el art.151 TFUE que "la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 [Versión Revisada de 1996], y en la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contras las exclusiones".

Tampoco es baladí hacer notar que la tentación de una devaluación -o incluso desnaturalización- de los derechos sociales a simples normas programáticas de principios puede afectar a la misma idea de democratización del proceso de construcción de la Unión, toda vez que los derechos sociales son elementos determinantes de la legitimidad de todo orden jurídico-democrático, y expresan la realización materializada de los valores de libertad, igualdad y fraternidad (con la que se debe vincular la versión laica de la solidaridad). Esa configuración técnica es inadecuada para articular su garantía efectiva y posibilita su configuración instrumental y subordinada a la lógica de las libertades económicas configuradas como derechos en el Derecho de la Unión. Se convendrá que los derechos sociales de prestación requieren de normas directivas introducidas en las disposiciones de reconocimiento del derecho (precisamente como garantías de efectividad o cumplimiento) que atribuyan obligaciones de materialización, de resultado, a los poderes públicos, sin cuya actuación quedan inactuados o en suspenso en cuanto a su eficacia jurídica realmente operativa. Sin estas normas directivas las normas de reconocimiento tienden a derivar y vencerse hacia las reglas meramente programáticas. No se olvide que los derechos sociales dan contenido a la "Constitución jurídico-social"; y surgieron significativamente en el tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho. De lo que se trataba,

básicamente, como dijera Hermann Heller, era de extender el Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes. En virtud de esa nueva tarea de la comunidad política organizada, los poderes públicos deben velar (como deber jurídico y político que se les impone) por la "procura existencial" (*Daseinvorsorge*), asumiendo la responsabilidad de proporcionar a los individuos las prestaciones y servicios públicos para subvenir a sus necesidades consideradas en cada momento histórico como social y políticamente relevantes para garantizar una digna calidad de vida y trabajo.

Por otra parte, en el texto de la Carta la formulación de los derechos sociales (algunos en "clave de principios") se hace acompañar con la previsión genérica de posibles limitaciones discrecionales y de reenvío de sus modalidades de ejercicio al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales. El riesgo es que esa configuración como normas programáticas de principios (donde se ubicarían los derechos sociales fundamentales de prestación), sin las garantías de respeto al contenido esencial y con un sometimiento "difuso" al estándar mundial (artículos 52.5 y 53, *in fine* de la Carta) no permita proteger adecuadamente respecto a posibles retrocesos del nivel de garantía y protección conferidos a dichos derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales. No es difícil constatar en las políticas sociales nacionales, en tal sentido, la creciente re-mercantilización y contractualización de los antes considerados derechos sociales de desmercantilización de necesidades fundamentales de los individuos en el marco o fuera del trabajo profesional[51].

El resultado es la verificación de una *posición jurídica debilitada* de los derechos sociales fundamentales (degradados a simples normas programáticas de principios sin prescripciones directivas de cumplimiento) en la sistemática de la Carta, a pesar del dato indudablemente positivo de que tales derechos aparecen formulados como derechos análogos y equiparados al conjunto de los derechos fundamentales clásico o tradicionales garantizados en la Carta. Los derechos sociales se encuadran sistemáticamente en una organización jurídica por categorías de valores a los que sirven de modo preeminente: así aparecen en la Carta bien en el título dedicado a la solidaridad, o en menor medida en los títulos dedicados a la libertad y a la igualdad. De este modo, rehusando establecer una clasificación artificiosa en términos tradicionales (derechos de la primera, segunda, tercera y cuarta generación) se realza la unidad e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales. Y sin embargo esa unidad de todos los derechos fundamentales (que en sí misma contrarresta aquellas extendidas posiciones doctrinales que han venido negando esa condición a los derechos sociales y también a los derechos de la cuarta generación) es en no poco desvirtuada por el distinto tratamiento conferido a través del dualismo entre "derechos" y "principios" que se efectúa ante todo en el Título VII ("Disposiciones Generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta") de la Carta. Sin normas que determinen y prefiguren (formen y conformen) el contenido de los derechos y los deberes de actuación que comportan se va a atribuir un amplísimo margen de discrecionalidad al orden jurisdiccional.

Ese margen de discrecionalidad acentuará sin unas fronteras precisas el carácter creativo de la actividad jurisprudencial del TJUE y los jueces y tribunales estatales (Es obvio que no es suficiente el reconocimiento y respeto del derecho, sino que además tendría que haberse incorporado a las garantías obligaciones positivas de actuación o intervención a los poderes públicos; los derechos sociales de prestación no se organizan por sí mismos, ni se satisfacen automáticamente a través del libre juego de las fuerzas sociales, sino que han de alcanzarse por medios jurídicos y políticos que realicen los deberes de actuación pública necesarios para hacerlos valer; sino no hay garantías de equilibrio de

[51] Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19, 1995, pp. 7 a 46; *Ibid, Derechos Sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss., y 159 y ss.

fuerzas y de desmercantilización de posiciones jurídicas las situaciones de desequilibrio materiales se traducen en la preeminencia del derecho del más fuerte. De manera que aquí las condiciones de efectividad de los derechos formulados deben poder ser puestas efectivamente en práctica). Aun siendo valorable positivamente la regla de conflicto recogida ex art.53 CDFUE (al impedir que la Carta pueda ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales ya reconocidos en instrumentos internacionales, europeos y constituciones nacionales, lo que acaba haciendo prevalecer el estándar de garantía *más elevado*), ese margen tan amplio de discrecionalidad judicial (como igualmente respecto al propio legislador de desarrollo de los débiles o difusos mandatos contenidos en la Carta) subsistirá en los casos de conflictos entre los derechos garantizados en la tarea de buscar el nivel de protección más eficiente y adecuado. Hubiera sido preciso que las *disposiciones normativas* de la Carta delimitaran con mayor precisión el contenido de los derechos y los deberes de actuación correspondientes de los poderes públicos para la efectividad de los derechos sociales, ofreciendo así un parámetro de comparación y ponderación en los casos de conflicto previstos en el art.53 CDFUE (en relación con el art. 52 del mismo cuerpo jurídico).

Lo que ha cristalizado en el texto del Sistema de los Tratados (e incluso en el frustrado Tratado instituyente de la Constitución Europea) es una constitución social que incorpora una *decisión débil* o si se quiere, por decirlo expresivamente, una "constitución interna débil", que se proyecta en un sistema de garantías constitucionales debilitadas. Se configura un edificio normativo abstracto e incompletamente diseñado y, en definitiva, deficitariamente construido:

Primeramente, falta un sistema de garantías jurisdiccionales al estilo del art.53 CE, por ejemplo, que incluye el instrumento reforzado del recurso de amparo ante el más alto tribunal que asume la jurisdicción constitucional. Con la posibilidad de alegación directa (y no mediatizada) ante el TJCE. El art.6 del TUE y las disposiciones de aplicación de la Carta -elevada a rango de Tratado de la Unión Europea-, no deja sombra de duda al respecto. No obstante, tanto el art.6 TUE, como el sistema de garantías establecido por la Carta, dejan constancia del principio de obligatoriedad general de todos los derechos fundamentales, sin posibilidad de exclusión o de reserva de cláusulas. El art.52.1 CDFUE es particularmente expresivo de ello, al afirmar que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley (nótese que se trata aquí de una *cláusula de reserva explícita,* contenida en una disposición o norma iusfundamental de la Carta que autoriza o prevé expresamente limitaciones) y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del principio de proporcionalidad (que impone al intérprete la tarea de buscar un equilibrio satisfactorio entre los derechos en conflicto), sólo podrán introducirse limitaciones (que deben respetar la garantía del contenido esencial) cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Esto obliga, de algún a modo, a identificar un núcleo del derecho fundamental que ha de ser respetado y no restringido por el legislador, aunque tienen cabida -y serían admisibles- intervenciones legislativas, siempre que respeten el principio de proporcionalidad, lo que conduce a la determinación del contenido esencial atendiendo a un criterio técnico de razonable ponderación.

Por lo demás, se establece, de manera elocuente, un principio de normación mínima respecto al nivel de protección, ya que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros" (art.53 CDFUE). La idea subyacente es establecer un mínimo denominador común de protección de los derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga al respeto del contenido esencial,

pero cabe objetar que el texto de la CDFUE cuando reconoce los derechos rara vez establece una conformación más o menos precisa de su contenido, es decir, se carece, por lo general, de una garantía de predeterminación y prefiguración del mismo operante como límites a los desarrollos legislativos.

En el Sistema de los Tratados se excluye de la acción legislativa y de coordinación comunitaria un conjunto de derechos sociales fundamentales, cuya garantía débil hacen irreconocible un Derecho constitucional del Trabajo (y en particular, un derecho sindical): salario (y en particular, el salario mínimo, por otra centro preferente de la negociación colectiva interna y europea), el derecho de huelga (el cual autentifica el sistemas de relaciones laborales basado en relaciones reales de poder) y el mismo derecho de asociación (incluido derecho de sindicación). En efecto, según el art.153 TFUE (ya en el Título X sobre "Política social" como ámbito específico de acción de la Unión Europea), para alcanzar los objetivos mencionados en el art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en diversos ámbitos de la política social. Pero en el apartado 5 del art.154 TFUE se dice expresamente que: "Las disposiciones del presente artículo no se aplicará a las retribuciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal" (criticable ya en sí por la simetría de ambos derechos, que puede dar lugar peligrosamente a un auge de la doctrina de la paridad de armas de presión colectiva). Sólo son objeto de "proclamación", pero tras la reforma del Tratado de Lisboa se les dota de fuerza jurídica vinculante.

Y es que la CDFUE no puede alterar las bases del Derecho Social de la Unión en materia de derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales que presentan un déficit de tratamiento y regulación en el sistema de los dos tratados fundacionales de la Unión. Aunque resulta innegable que la CDFUE -como en el fondo lo son los son el CEDH y la CSEr- tiene una marcada dimensión "constitucional", utilizando esta expresión en un sentido jurídico-material y en clave de Derecho Internacional público y de Derecho Europeo en particular; y lo que se espera, al tiempo, es que este instrumento con rango de Tratado de la Unión Europea (art. 6.1 TUE), se incorpora como parte declarativa o dogmática de derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea (En el sentido en que estaba previsto en la frustrada Constitución de la Unión Europea)[52]. Sus fuentes de inspiración, aparte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, han sido los dos instrumentos fundamentales del Consejo de Europa.

Con todo, una garantía efectiva y coherente de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta exigiría que se completara su total y completa "constitucionalización" en el sistema de los Tratados, como pretendía el "non nato" Proyecto de Tratado de la Unión Europea de 2004 y la configuración constitucional de la Carta como una Parte Dogmática del Texto Constitución Europeo, dotada de fuerza normativa constitucional y fuerza vinculante bilateral en todos sus elementos. Es necesario transitar de la relativa "desconstitucionalización" de la actual fase de positivización de la Carta (quedando fuera del sistema de los Tratados, aunque con una naturaleza y eficacia jurídica análoga o equiparada a ellos) hacia su inserción orgánica e institucional dentro de una inequívoca y necesaria "Constitución Europea" (actualmente ex art.6.1 TUE, la Carta queda situada fuera del revisado sistema de los Tratados fundacionales). Y una vez "constitucionalizada" plenamente la Carta, debería procederse a actuar las "normas de garantía" (incluidas las tutelas jurisdiccionales con el TJUE como guardián de los derechos reconocidos, en colaboración activa y dialógica con el TEDH), y las "normas directivas" y "promocionales" de todos los derechos fundamentales (y no sólo los sociales) por parte de los poderes públicos de la Unión y de los Estados miembros. Es entonces cuando en rigor se podrá hablar de un espacio jurídico europeo de garantía integral de los derechos fundamentales. Mientras tanto el "marco" vigente de la Unión es insuficiente y deficiente. Se

[52] *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, adoptado por consenso por la Convención Europea los días 13 de junio y 10 de julio de 2003, presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma, 18 de Julio de 2003.

comprenderá que la Unión como comunidad política democrática, tiene que construirse sobre la base de una constitución garantista de derechos fundamentales plenamente eficaces en el plano jurídico y político (compromiso de acción de los poderes públicos); una Unión regida por una constitución de los pueblos europeos. Se trataría de construir una unidad político-constitucional europea que surja de una decisión fundamental soberana del poder constituyente europeo en torno a un conjunto de valores e intereses superiores, reflejo de la existencia de una comunidad e identidad política definida como tal en el espacio europeo. Y con ello, un Derecho que surgiría de los pueblos europeos. En esta secuencia, cabe decir que a la legitimidad sustancialmente política de la Unión contribuiría (adicionalmente a la necesaria superación del denominado "déficit democrático") la garantía europea de los derechos fundamentales.

3.4. El principio de "irregresividad" de los derechos fundamentales y su "relatividad" en la experiencia jurídica

En este marco analítico es importante reconsiderar el llamada principio de irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales. La consagración de este principio supondría que se prohíbe la adopción de decisiones políticas o jurídicas de carácter restrictivo respecto al nivel de protección alcanzado en el momento histórico en que se adoptan dichas decisiones restrictivas de derechos que en cuanto tales entrañarían un retroceso en el estándar vigente. El reconocimiento de dicho principio suele extraerse en su dimensión positiva de la *obligación* jurídica y política de los Estados de progresividad de los derechos. Así en el Preámbulo Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10/12/1948 ("Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por *medidas progresivas* de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"); en el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 ("Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[53]); la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3.V.1996), tras subrayar la necesidad "de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales" (Preámbulo), consagra el principio de progresividad específicamente en materia de Seguridad Social el art. 12.3 de la Carta Social Europea Revisada ("Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: …3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social ")[54]. En materia de Seguridad Social más allá de las modulaciones de los derechos prestacionales debería respetarse el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social que puede apreciarse en el estándar mundial multinivel de garantía de este derecho (Señaladamente, el Convenio OIT, núm. 102, Norma mínima

[53] Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo Preámbulo se establece que los **Estados Partes en el presente Protocolo, reafirman "**la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales", y el principio de progresividad: *"Recordando* que cada uno de los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto".

[54] El impacto del principio de irregresividad se dejó sentir inicialmente en la doctrina del TC en materia de Seguridad Social (STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4).

de Seguridad; y en el espacio jurídico europeo, la Cartas Social Europea Revisada de 1996 (art.12 y concordantes).

Por otra parte, y en otro orden de ideas, cuando se habla del principio de irregresividad, ciertamente presente en algunas declaraciones y normas internacionales no debe pasar desapercibido en una perspectivas de normativismo realista (una llamada de atención a la prueba de la práctica; de la experiencia jurídica del Derecho vivo, no siempre equiparable al derecho formalmente vigente) el dato jurídico actual de una reversibilidad de los derechos fundamentales y muy en particular de los derechos fundamentales sociales en el contexto de la crisis económica y de las mismas construcciones interpretativas (labor interpretativa) llevada a cabo por el TC en una línea de devaluación o de "desconstitucionalización" de los derechos sociales, rehusando realizar una necesaria e imperativa interpretación sistemática y finalista del art. 10.2 CE en el marco de la garantía multinivel de los derechos fundamentales. En este sentido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha destacado los incumplimientos por el Estado español de los derechos sociales garantizados en el PIDESC. Comenzando por subrayar que los con la excepción del derecho a la educación y los derechos sociales de libertad como el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado español como principios rectores de la política social y económica, de manera que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en España es de nivel inferior a la otorgada a los derechos civiles y políticas, lo cual en sí mismo incide negativamente (cuando no supone un incumplimiento fragante) en el cumplimiento fiel del principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos o derechos fundamentales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales UN DOC.E/C.12/ESP/CO/5, de 18 de mayo de 2012, apartado 6). En esta dirección jurídico-crítica, dicho Comité manifiesta su preocupación "por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto (PIDESC) que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas…" (*Ibid.,* apartados 8 y 19). El pronunciamiento crítico y condenatorio a través de "informes periódicos" y sus "observaciones finales" (bajo el soporte de los indicadores de cumplimiento en cada país) del Comité de los derechos económicos, sociales y culturales es importante en sí, pero se habrá de reconocer que los instrumentos de control son débiles desde el punto de vista de la exigibilidad jurídica y de la justiciabilidad ante los tribunales de justicia nacionales. Ello no ha hecho posible que se impida la realización de políticas regresivas de los Estados pretendidamente justificadas en el contexto de la crisis económica o de otras circunstancias calificadas como "urgencia", "emergencia" o de excepción.

Y lo mismo se aprecia por el Comité Europeo de Derechos Sociales respecto a los reiterados incumplimientos por España de la Carta Social Europea [Conclusiones XX-2 (2013)][55]. Aparte de constatar críticamente que nuestro país no ha ratificado todavía la última versión: la Carta Social Europea Revisada de 1996[56].

En todo caso, déjese constancia de que conforme al art. 2.1 PIDESC, los Estados Parte, deben "adoptar medidas…, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados,* inclusive la adopción de medidas legislativas, la *plena efectividad de los derechos aquí reconocidos* (art. 2.1 PIDESC). Ahora

[55] Para esto último, puede consultarse Salcedo Beltrán, C.: "Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: Conclusiones XX-2 (2013)", en *RDS,* núm. 66, 2014, pp. 217 y ss.; Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M. C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2014, espec., pp. 97 y ss.

[56] Para un estudio en profundidad y exhaustivo de la misma, véase Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa,* Granada, Comares, 2017, *passim.*

bien, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "En caso de que un Estado aduzca que la limitación de sus recursos le impide facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerlas por sí mismas, *el Estado ha de demostrar que ha hecho todo los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de los que disponga con el fin de cumplir con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas"* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General núm. 12, 1999, párrafo 17). De este modo, se viene a afirmar por el propio Comité que no se trata de una prohibición absoluta de regresión, puesto que atendiendo a las circunstancias concurrentes el Estado dispone un limitado margen de apreciación y modulación. Pero al mismo tiempo, se deja constancia de que no son suficientes justificaciones genéricas o abstractas para la aceptabilidad y conformidad con el PIDECS de tales restricciones o modulaciones de los derechos. Por otra parte, este deber de justificación conlleva la imposición al Estado de la carga de la prueba correspondiente, la proporcionalidad, el respeto al contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales, la temporalidad de las medidas restrictivas, el carácter subsidiario frente a otras medidas alternativas que deberían de agotarse ante de alcanzar a las restricciones propiamente dichas. Y todo ello bajo los mecanismos de control del Comité reforzados por el Protocolo Facultativo de 2008 al PIDESC de 1966 ("Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales")[57]. Con este Protocolo Facultado se instaura un mecanismos de garantías de exigibilidad equiparable al ostentada en el PIDCP.

En el fondo, los derechos son garantías del más débil (y no sólo los de carácter específicamente social)[58]; el fuerte tiene capacidad de imponerse y no suele constituir para él una condición *sine qua non* para defender sus intereses o proceder a la cobertura de sus necesidades o riesgos.

3.5. El sistema de garantías multinivel de los derechos de los trabajadores. El problema de su exigibilidad jurídica y "justiciabilidad"

En el ámbito internacional general y regional europeo se dispone del presupuesto de positivación de un conjunto de normas que garantizan los derechos sociales fundamentales. Se trata de un tipo de derecho: el "derecho a algo" y en particular estaríamos ante un "derecho a acciones positivas" y el derecho a un estándar mínimo de prestaciones públicas. Éstos son derecho a actos

[57] El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 2008), tiene 22 artículos y su finalidad principal es reforzar el control del cumplimiento del PIDESC a través del Comité de DESC (Artículo 1 Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones; Artículo 2 Comunicaciones; Artículo 3 Admisibilidad; Artículo 4 Comunicaciones que no revelen una clara desventaja; Artículo 5 Medidas provisionales; Artículo 6 Transmisión de la comunicación; Artículo 7 Solución amigable; Artículo 8 Examen de las comunicaciones; Artículo 9 Seguimiento de las observaciones del Comité; Artículo 10 Comunicaciones entre Estados; Artículo 11 Procedimiento de investigación; Artículo 12 Seguimiento del procedimiento de investigación; Artículo 13 Medidas de protección; Artículo 14 Asistencia y cooperación internacionales; Artículo 15 Informe anual; Artículo 16 Divulgación e información; Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión; Artículo 18 Entrada en vigor; Artículo 19 Enmiendas; Artículo 20 Denuncia; Artículo 21 Notificación del Secretario General; Artículo 22 Idiomas oficiales).

[58] Ferrajoli, L: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Ed. Trotta, 1999 y *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del Derecho (2007),* vol. 1, trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, p. 29. Afirma el autor que "Siempre, los derechos fundamentales se afirman una y otra vez como *leyes del más débil,* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. La historia del constitucionalismo es la historia de esa progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos y de las conexas funciones de garantía. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos jamás ha caído del cielo, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios" (*Ibid.,* p. 776). En la misma dirección y en el marco de una reflexión más amplia y anterior sobre el constitucionalismo social con Estado Social de Derecho, véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp.19 y ss., y 159 y ss.; Ojeda, A.: «Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible ?», *Tribuna Social,* núm. 217, 2009.

estatales o del poder público de imposición de una norma. En términos generales, los derechos sociales son típicos derechos a prestaciones en sentido estricto. Como derechos a prestaciones en sentido estricto, son un derecho individual frente al Estado "a algo" (es el caso de derechos sociales fundamentales de prestación positivas) que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrarse en el mercado una oferta suficiente y adecuada, podría también obtenerlo -desde el punto de vista mercantil- de los particulares (Esta configuración es compartida, por ejemplo, por todos los derechos de seguridad social, pero también los derechos de prestación vinculados al trabajo, derechos prestaciones a la vivienda y a la educación, por ejemplo)[59]. Se trata de un derecho fundamental social (o de contenido social vinculado a los principios superiores de igualdad y solidaridad).

En nuestro país -pese a su ubicación sistemática inadecuada y deficiente dentro del capítulo III del Texto Fundamental y el sistema debilitado de garantías ex art. 53.3 de la Constitución Española (en adelante, CE)[60]- no cabe duda que la mayoría de los derechos sociales son derechos sociales a prestaciones, un derecho social de desmercantilización que pretende lograr mediante la atribución de una posición estatutaria un grado suficiente de inmunidad del individuo respecto a su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional la cláusula de interpretación de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental reguladora de la misma materia en el art. 10.2 CE permite *incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitador de los derechos constitucionales.* Obvio es decir que, bajo el prisma del principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, los "derechos fundamentales sociales" son verdaderos derechos en sentido jurídico.

Importa hacer notar la relevancia -poco explorada (por no decir ignorada) en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional- del art. 10.2, que en una dirección análoga a la vigente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (estructurada con arreglo a los "valores comunes" en la tradición del constitucionalismo democrático-social), consagra en torno a la unidad de la dignidad humana (art. 1) el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales por remisión o mediante reenvío al canon hermenéutico de los textos internacionales ratificados por nuestro país en materia de derechos fundamentales. Este artículo debería implicar una obligada lectura sistemática de las débiles previsiones garantistas del art. 53.3 de la CE, garantizando una más plena exigibilidad jurídica y justiciabilidad de los derechos sociales constitucionalizados como

[59] Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 186 y sigs., y 482 y ss. En una perspectiva general, puede consultarse también Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; Abramovich,V. y Courtis, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2004.

[60] Conforme al art. 53.3 CE, "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". En todo caso hay que tener en cuenta que hay otros derechos sociales que están fuera del capítulo III del Título I (que, ello no obstante, lleva la significa rúbrica comprensiva de los cinco Capítulos, "De los derechos y deberes *fundamentales*), y que no encontrarían explícitamente la configuración formal de "principios" ni tendrían los límites de "justiciabilidad" previstos en el referido apartado 3 del art. 53 CE. Es el caso, del derecho al trabajo (Art. 35.1 CE), el derecho social de libertad de negociación colectiva (Art. 37.1 CE), y el mismo derecho social/cultural a la educación (ex art. 27 CE), que se encuentran precisa y significativamente garantizados en la Sección 2ª ("De los derechos y deberes de los ciudadanos", del Capítulo II, del Título Primero); y de los derechos sociales de libertad sindical y de huelga (Art. 28, apartados 1 y 2, respectivamente, CE), garantizados, a su vez, en la Sección 1ª ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", del Capítulo II del Título Primero de la CE). Pero es que además en la lógica interna del Capítulo III, resulta significativo (y se diga lo que se diga poco coherente con la rúbrica del Capítulo III, "De los *principios rectores* de la política social y económica") que en el texto constitucional se hable expresamente de "derechos" en numerosos preceptos (Artículos 42, 43, 45, 47, dentro de ese Cap. III de la CE), por lo que desde la técnica jurídica es insostenible que se trae de simples "principios rectores".

derechos subjetivos (aunque, erróneamente, no ha sido así en etapas precedentes)[61]. Y reténgase que el canon hermenéutico ex art. 10.2 CE (que, como resulta palpable, no se limita a una "generación de derechos"; ni tampoco al tratamiento atiende al instrumental tratamiento jerarquizado "interno" a las Constitucionales nacionales) no es de libre acogimiento, sino de obligada observancia para la interpretación del contenido, alcance y garantías de efectividad (a través de los instrumentos jurídicos e institucionales adecuados correspondientes) de todos los derechos humanos/fundamentales reconocidos en los textos internacionales ratificados por España[62]. Uno de estos instrumentos jurídicos es la garantía judicial: el juez como garante de los derechos sociales en lo que aquí más interesa ahora. En este caso no encontramos ante la exigibilidad de un derecho consagrado en una norma en el ámbito judicial *("justiciabilidad" en sentido estricto*); y ese control judicial puede ser más o intenso. En este sentido los derechos sociales garantizados -en las Constituciones estatales y en las Normas Internacionales de valor fundamental- pueden ser justiciables con mayor (*justiciabilidad reforzada*) o menor intensidad (*justiciabilidad débil o simple*) dependiendo de la norma de reconocimiento y de las preferencias de tutela judicial que en ella cristaliza. Ahora bien, la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa. Por lo demás, ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los "derechos fundamentales sociales" necesiten de una configuración jurídica ordinaria[63]. Por otra parte, artículos como el 10.2 CE obligan expresamente a la aplicación u observancia de los instrumentos internacionales de garantía de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales[64]. Y se trata de un artículo que en vía interpretación imperativa incorpora directivamente el significado y alcance de los derechos consagrados en las declaraciones y normas internacionales (ratificadas por España) al sistema normativo interno de derechos constitucionales. Y los inserta tal y como son interpretados por sus respectivos órganos de control y garantía de efectividad (jurisdiccionales y no jurisdiccionales). Y recuérdese que este artículo es el pórtico del Título I de la CE ("De los derechos y deberes fundamentales")[65].

Desde la constatación en la experiencia jurídica de las dificultades de exigibilidad jurídica y de justiciabilidad o accionabilidad judicial, habría que afirmar que el problema no afecta tanto a la existencia jurídica del derecho y su misma titularidad como a una situación de incumplimiento que incide sobre su ejercicio y posibilidades de satisfacción. Un derecho social consagrado en la

[61] Manteniendo este criterio, Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992, Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, espec., núm. 57 (1993), pp. 78 y ss. (epígrafe, "El carácter "monográfico" de la Carta: La exclusiva proclamación de derechos sociales fundamentales. La comunicabilidad entre todos los derechos básicos"), y pp. 85 y ss. (epígrafe, "La *interdependencia* entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales"). Del mismo autor, y una perspectiva más amplia, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009; Pisarello, G.: "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

[62] Interpretación del significación y alcance del art. 10.2 CE que se sostiene y fundamenta en Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, espec., núm. 56, 1992, pp. 893 a 897 (epígrafe "El posible valor hermenéutico de la Carta Comunitaria en virtud de la recepción ex artículo 10.2 CE: Interpretación teológica").

[63] Véase Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 496 y ss.

[64] Por lo demás, no son pocas los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que prevén su aplicación en los ordenamientos internos. Así cuando el art. H ("Relaciones entre la Carta y el *Derecho interno* o los acuerdos internacionales") de la Carta Social Europea Revisada (1996) establece que "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las *disposiciones de derecho interno* ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y *conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas*". Aparte del autosometimiento ex art. 10.2 CE.

[65] "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán [es un mandato; imperativo categórico] de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España" (Art. 10.2 CE).

Constitución (como todos los derechos sociales comprendidos en el grupo o bloque normativo regulador de orientación finalista en esta materia), o en un texto internacional fundamental ratificado, sin garantías legales de satisfacción no autoriza a hablar de inexistencia sino más bien de incumplimiento por parte del poder público obligado a su garantía efectiva, porque el derecho se debe acompañar de una actividad de *especificación,* y asimismo de la distribución de la provisión de los recursos correspondientes. Los derechos sociales (en plural) son derechos sociales *condicionados,* porque su realización exige políticas públicas de intervención y corrección de la pura lógica del mercado según criterios definidos en el espacio político. Pero un derecho constitucional condicionado no deja de ser un derecho a prestaciones positivas del Estado o poder público. De ser así, prácticamente ello supondría negar la configuración de auténticos *derechos constitucionales* de todos los derechos sociales de prestación. Lo que implicaría una virtual "des-constitucionalización" jurídico-material de los mismos. Eso sí, es necesaria la actividad del legislador para operar el tránsito del *derecho genérico* perteneciente al grupo o bloque normativo constitucional al *derecho específico* -concreción- a concretas prestaciones individuales, dando vida a una relación jurídica entre los ciudadanos (o residentes) y los poderes públicos, puesto que los derechos sociales constitucionalizados no son derechos subjetivos perfectos -son derechos condicionados-, debiendo el obligado a garantizarlos (el poder público) establecer el derecho a prestaciones individuales concretas y la organización institucional y servicial correspondiente[66]. Incluyo aunque se hablara de una justiciabilidad deficiente de ello no se puede inferir la inexistencia del derecho, pues, como se ha afirmado, los problemas de justiciabilidad que surgen respecto a los derechos fundamentales sociales no se diferencian esencialmente de los que se plantean en muchos casos en los derechos fundamentales tradicionales. En no pocas ocasiones, en relación a los derechos de libertad se presentan problemas de ponderación y de accionabilidad muy complejos cuya solución puede tener consecuencias de largo alcance para sus titulares y para la vida de la comunidad. Los titulares de los derechos fundamentales sociales tienen un derecho a exigir, de manera que un legislador inoperante o que estableciera un desarrollo contrario al contenido básico o esencial del derecho podría reclamar el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. En ciertos casos se podría plantear la inconstitucionalidad por omisión, pues ciertamente la violación de la Constitución (y de los derechos constitucionales) puede producirse tanto por acción o comisión como por omisión[67].

De este modo, el art. 53 CE en su conjunto (y, como es obvio, también en su apartado 3) de la Constitución deberá ser interpretado sistemáticamente atendiendo al canon hermenéutico ex art. 10.2 CE y a la misma normatividad y supralegalidad de todo el texto constitucional ex art. 9.1 CE ("Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; en relación con el art. 1 CE, que consagra la forma política del "Estado social y democrático de Derecho" y los "valores superiores del ordenamiento jurídico" que se crea; a saber: la libertad, la justicia -que no puede dejar de incluir la justicia social ex art. 9.2 CE-[68], la igualdad y el pluralismo político), poniendo de relieve que con base a esa normatividad se construye el "ordenamiento jurídico"

[66] *Ibidem,* p. 1434.

[67] Aguilar De Luque, L: "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control de procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político,* núm. 14, 1987, p. 25. Ampliamente, Fernández Villaverde, J. J.: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado,* Madrid, Ed. Civitas, 1998; Villaverde Menéndez, I.: *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Ed. S.A. Mcgraw-Hill / Interamericana España, 1997; y ampliamente, Bazan, V.: *Control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos,* Bogotá, Ed. Fundación Adenauer, 2014, Título V, pp. 131 y ss., en cuanto a la vinculación de la inconstitucionalidad por omisión con la garantía y tutela efectiva de los derechos fundamentales.

[68] En este sentido, Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades (Artículo 9.2 de la Constitución)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Dirs. y Coords.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002, pp. 131 y ss. Ciertamente, "si los apartados 1 y 3 [del art. 9 CE] reflejan más directamente el Estado formal de Derecho, el apartado 2 es cristalización del Estado material de Derecho, que no es otro que el Estado social

desde la Constitución que representa metafórica su "centro" neurálgico o, si se quiere, su "cúspide" constituyente (en sentido kelseniano)[69].

La cuestión es importante porque en las situaciones o crisis excepcionales, como la económica de 2008, se han realizado políticas restrictivas o limitativas de los derechos sociales, sin que tengan amparo en la normativa internacional, ni hayan pretendido ampararse en esas cláusulas (ni a la ponderación de sus principios de oportunidad y proporcionalidad)[70], ni se haya realizado reformas constitucionales expresas (más allá de la "regla de oro" adoptadas por diversos países europeos, como la recogida en el art. 135 de nuestra Constitución (principio de estabilidad presupuestaria y control del déficit público subordinando el gasto social al pago de la deuda pública), impuestas en el marco de las políticas comunitarias que otorgan primacía a la constitución económica sobre la constitución social), operándose una modificación cualitativa de los equilibrios constitucionales. Los poderes de excepción a los derechos sociales se han venido imponiendo sin atenerse a las normas internacionales y europeas que garantizan tales derechos, y por tanto sin atenerse a los límites y a la misma exigencia de garantizar un determinado umbral mínimo esencial de los derechos sociales, pues como se ha señalado: "aun en tiempo de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad"[71].

Ahora bien, convendría realizar dos observaciones. La interpretación formalista de las Constituciones y Normas Internacionales fundamentales limita su alcance y sistema de garantías de efectividad, por un lado, y por otro, los poderes del mercado (los "poderes salvajes" a los que alude Luigi Ferrajoli)[72] condicionan su efectividad real en un mundo donde el ámbito de la economía y

y democrático de Derecho consagrado en la fórmula constitucional ex art. 1 CE…" (p. 148). Y el "Estado material de Derecho", presupone y exige de suyo -en coherencia- la realización del valor de la "justicia social".

[69] Puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2013, y la bibliografía allí citada.

[70] Como se sabe en algunos Tratados se contemplan cláusulas restrictivas o limitativas o suspensivas de los derechos que se garantizan, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 16 de diciembre de 1966, en cuyo art. 4 se establece que "Los Estado Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". O, la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996): Art. F *("Suspensión de obligaciones en caso de guerra o de peligro público"*): "1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, toda Parte podrá tomar medidas que dejen en suspenso las obligaciones previstas en la presente Carta; dichas medidas deben ser estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación y no estar en contradicción con el resto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional. 2. Toda Parte que haya utilizado este derecho a dejar en suspenso las obligaciones de la Carta informará plenamente al Secretario General del Consejo de Europa, dentro de un plazo razonable, sobre las medidas adoptadas y los motivos que las hayan inspirado. Igualmente informará al Secretario General sobre la fecha en la que tales medidas hayan dejado de surtir efectos y en la que las disposiciones de la Carta aceptadas por dicha Parte reciban de nuevo plena aplicación". Por su parte, el Art. G ("*Restricciones*"), dispone que: "1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas".

[71] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación general, núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto) (1990), en ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I),* p. 20, &12, en relación con p. 19, & 10 y 175).

[72] Ferrajoli, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 35 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo. Un marco

de las relaciones laborales está gobernado por instancias de poder y relaciones de dominio socio-económico y jurídico-político. De manera que junto a la ciudadanía de los derechos y sus garantías jurídicas e institucionales es necesario atender a la ciudadanía de los poderes colectivos de defensa activa de los mismos. En este sentido la subjetividad colectiva del trabajo (de las clases trabajadores) constituye un elemento nuclear de la "constitución del trabajo"[73]. Y, en la realidad jurídica, ello ocurre respecto a todos los derechos de los trabajadores (específicos/sociales o inespecíficos/generales como derechos atribuidos a la persona que trabaja[74]). Por ello mismo es necesario postular la metodología propia del jurista crítico (comprometido en su tarea con los valores y principios del constitucionalismo democrático-social y su forma política de Estado Social de Derecho), que de una y otra manera conduce al "realismo normativista" o "normativismo crítico" para evitar situaciones fácticas y jurídico-institucionales de inefectividad en la garantía de los derechos fundamentales; o peor aún: incurrir en un discurso legitimador y "manipulador" del orden realmente existente que los condiciona y subordina a los derechos y libertades económicas de los empresarios (poderes dominantes en el mercado y en la empresa y capaces de influir en las decisiones relevantes en la esfera pública y de la política del Derecho)[75].

4. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSEJO DE EUROPA: LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO TRATADO EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES

4.1. Configuración técnico-jurídica de la Carta: la unidad del instrumento jurídico. Declaraciones y Garantías de los derechos

Como se indicó, España ratificó la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996[76]. Una nueva y renovada versión de la Carta Social Europea de 1961 (que, por cierto, nunca dejó de estar en evolución). Instrumento con rango de Tratado que desde el punto de vista jurídico-material tiene la consideración de una "constitución social europea" estableciendo un estándar prácticamente completo de los derechos económicos, sociales y culturales, con la fórmula de síntesis de derechos "sociales". Se comprenderá que, con este valor, cualquier reforma en materia

jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 160, 2013, pp. 17 a 62; *Ibid., Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2013; *Ibid., Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2015; Teubner, G.: "Sociedad global-Justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales "privados"", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 39, 2005, pp. 551 y ss.

[73] Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, Capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"), pp. 191 y sigs. ("Reforma social y 'constitución del trabajo'"), y 206 y sigs. ("La combinación de *status* y contrato en la 'constitución del trabajo'"); Maestro Buelga, G.: *La Constitución del trabajo en el Estado social,* Granada, Ed. Comares, 2002.

[74] Para la formulación innovadora esta distinción y sus implicaciones en la teoría de los derechos laborales, Palomeque López, M.C.: "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos" (2003), en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático,* Salamanca, Caja Duero, 2004, pp. 163 a 187; *Ibid., Los derechos laborales en la Constitución Española,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[75] Y en un plano más amplio y general, la fácil tentación de abusar de los derechos humanos al servicio de la legitimación de la "política de poder usual", convirtiendo la política derechos humanos en una simple tapadera para encubrir, y en un vehículo para imponer, los intereses de las grandes potencias (como también de los grandes grupos de empresas multinacionales). Cfr. Habermas, J.: *La Constitución Europea,* cit., pp. 32-34.

[76] Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1966. BOE, núm. 139, viernes 11 de junio de 2021. En ese instrumento se Declara: -"En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995".

de Derecho del Trabajo, de Derecho de la Seguridad Social y más ampliamente de Derecho de la Protección Social tendrá necesariamente que contar y cumplir con las garantías de los derechos y libertades de contenido social establecidas en este importante instrumento normativo de Derecho Internacional Regional Europeo (emanado del Consejo de Europa).

Se trata de un de instrumento, en efecto, con rango de Tratado Internacional regional europeo (Tratado Social Europeo) ratificado por España haciendo uso por las Cortes Generales de la autorización prevista en el art. 94.1 de la Constitución y con el valor y consecuencias jurídicas prevista en el art. 96 de la misma Norma Fundamental. Por lo demás no se limita a garantizar derechos -no están simplemente declarados- sino que también incorpora un compromiso e introduce un programa común de acción social alrededor de los derechos consagrados en este instrumento. Es un compromiso que recae en los Estados signatarios que determina la obligación jurídica y política de garantizar su efectividad a través de acciones positivas y de garantías institucionales y jurisdiccionales. Estamos, pues, a la vez ante una *norma de garantía* y ante una *norma directiva fundamental* que impone obligaciones positivas de actuación a los Estados parte del Tratado. Es en esta dirección en la que hay que entender que deseo expresado en la CSEr de ser un instrumento de garantía (como se indicará después la CSEr no sólo reconoce principios y valores, sino también auténtico derechos sociales fundamentales) y de progreso social en Europa (la Europa amplia), que permitiría sentar las bases de una "constitución social europea" y ser el pilar del estándar europeo que haría posible una armonización de las políticas y de las legislaciones sociolaborales de los países miembros del Consejo de Europa en su inserción dentro del estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales. La CSEr persigue una aproximación flexible de las legislaciones de los Estados miembros sobre la base de un estándar mínimo de derechos sociales fundamentales, que opera como un mínimo común denominador compartido por todos ellos, a partir del cual puede ser mejorado a través de una regulación de Derecho interno más favorable.

La CSEr tiene rango de Tratado Internacional, pero tiene en su estructura interna una naturaleza dual, interdependiente e inescindible: su Parte I, recoge principios que diseñan objetivos en términos de política social y de valores a perseguir, mientras que en la Parte II, recoge obligaciones jurídicas que consagran derechos subjetivos sociales y obligan a los Estados miembros a hacerlos valer con las garantías de efectividad y sostenibilidad adecuadas. En la Parte III, art. A ("Obligaciones") CSEr se indica que "cada una de las Partes se compromete: a) a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha Parte…" Pero ya en la introducción o inicio de la Parte II se establece que "Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes". Ciertamente ello se realiza confiriendo a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad -con un núcleo mínimo reforzado- expresada nítidamente en la referida Parte III, con las condiciones impuestas en la Parte V y en el Anexo a la CSEr[77]. Previamente en el inicio de la Parte I de la CSEr, se deja constancia de que "Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el *establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios* […]" formulados en la CSEr.

[77] El art. 12 del Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas (hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. BOE, núm. 153, de 28 de junio de 2021), deja constancia que "Los Estados Partes en el presente Protocolo consideran que el primer apartado del anexo a la Carta, relativo a la parte III, ha de interpretarse como sigue: «Se entiende que la Carta contiene *obligaciones jurídicas* de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente al control establecido en la parte IV de la misma y en las disposiciones del presente Protocolo.»". Respeto del cual ya se está haciendo uso. Por ejemplo, la Reclamación/denuncia de la UGT c. España, núm. 207/2020, vinculada a la posible contraposición entre lo establecido en el art. 56 ("Despido improcedente") del ET con el art. 24 de la CSEr ("Derecho a protección en caso de despido").

Un elemento que debe destacarse de nuevo es que con esta configuración garantista la CSEr -como también la anterior versión de este Tratado de 1961- se inserta en la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho que impone un conjunto integrado de derechos fundamentales en cuyo marco se insertan los derechos sociales *prestacionales y de libertad*[78]. Es constitucionalismo de Derecho social penetra y se ejerce en el ámbito de relaciones laborales con la eficacia horizontal que le es intrínseca, pues los derechos sociales (prestacionales y de libertad) están pensados para su ejercicio interprivados como también en las relaciones de trabajo en el empleo público. La CSEr no sólo se incardina en dicha tradición, sino contribuya, de manera relevante, a consolidar esa orientación propia del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, que garantiza los derechos sociales prestacionales y de libertad en unión -como un todo estructurado cual *unitas multiplex,* sin perjuicio de posibles conflictos intersistémicos- con los demás derechos (civiles y políticos y con las nuevas generaciones de derechos como el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, etcétera). Se trata de afrontar el problema de los límites de ejercicio de los poderes económicos y organizativos privados y no sólo de los límites clásicos de los poderes que se ejercen por el Estado y otros poderes de naturaleza pública, estableciendo tanto límites negativos como positivos. Con todo, ello se inserta en el proceso de juridificación del trabajo con los equilibrios dinámicos propios de un modelo de juridificación garantista que atiende a las situaciones reales de poder en el mundo del trabajo y atendiendo a ese carácter compromisorio o transaccional, pero también ambivalente del Derecho Social del Trabajo bajo condiciones capitalista de organización del sistema social. Equilibrios de poderes y libertades de los empresarios y de los trabajadores; garantías de derechos sociales de libertad colectiva/sindical y de derechos sociales de desmercantilización, que exigen en ambos casos -aunque de distinto manera- intervenciones positivas y correctores de los poderes públicos (v.gr., la Declaración de Filadelfia cuando afirma que "el trabajo no es una mercancía"; o nuestra Constitución jurídica cuando afirma los principios de libertad e igualdad reales -en sentido jurídico material- y de solidaridad, todos ellos en el art. 9.2 y en las normas concordantes que integran y conforman las piezas maestras de nuestra "constitución social del trabajo").

Por lo demás, y en relación a ello, subyace en ella -como en las Constituciones estatales- la construcción de un modelo socio-económico, donde se anuda las dimensiones sociales y económicas y sus racionalidades respectivas bajo el principio intervencionista y de conformación de ese orden socio-económico de manera coherente con los principios y valores constitucionales. Es así que los derechos sociales y las libertades económicas se hacen compatibles entre sí en la misma ordena jurídica del mercado, afirmando el carácter político-jurídico del mercado como espacio de actuación de los actores económicos y relaciones de intercambio organizadas a través de la regulación jurídica; mostrando la falacia de un pretendido naturalismo autónomo y espontáneo del mercado y de su dinámica de funcionamiento. El mercado es un "*locus artificialis*", de manera que más que "dado" es "construido" por regulaciones e intervenciones públicas (del Estado regulador) y fuentes privadas (de los actores económicos, como señaladamente la llamada "*lex mercatoria*"). Pero también incide en esa regulación del mercado -y en su espacio correspondiente- la propia negociación colectiva entre los interlocutores o agentes sociales representativos (art. 37.1 CE). Y en esta perspectiva los derechos sociales prestacionales (y de libertad, que también exigen intervenciones públicas de fomento y apoyo directo) no son una carga, sino un factor determinante de un modelo de derecho humano al desarrollo

[78] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 22 DUDH, Preámbulo y artículos 1 a 5 PIDESC y concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.) *et altri*: *El Sistema Universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 445-514; y en una perspectiva más amplia Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 116 y ss., y 159 y ss.

económico; y la construcción correspondiente de un determinado modelo socio-económico coherente con el constitucionalismo del Estado Social[79].

Que lo que se quiere construir en la tradición contemporánea del constitucionalismo democrático-social es un modelo socio-económica garantista queda reflejado en los grandes textos internacionales y en las constituciones aprobadas a partir de la Segunda Post-guerra mundial.

En lo que aquí más interesa directamente, se ha de destacar que en el mismo Preámbulo de la CSEr se percibe ya un compromiso fundacional con la democracia constitucional en sus dimensiones de democracia sustancial y social y con la garantía correspondiente de los derechos fundamentales indivisibles e interdependientes. En efecto, se indica que los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa consideran "que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros con objeto de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común, y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". En tal sentido, y completando el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos, se considera necesario y convienen en "garantizar a sus pueblos los derechos sociales especificados en esos instrumentos con objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social". Pero, con todo, el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos como una unidad inseparable: se subraya "la necesidad, por una parte de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso". Es manifiesto que ese principio entronca con la dignidad humana como eje de todos los derechos fundamentales (art. 10.1 CE; Título I. "Dignidad" de la CDFUE; art. 26."Derecho a la dignidad en el trabajo" de la CSEr) y con el mismo sometimiento al estándar mundial multinivel de garantía de todos los derechos humanos fundamentales, al que alude -de manera harto significativa- el art. 10.2 de nuestra Carta Magna, bien sea que en vía de establecer una apertura interpretativa de conforme a las declaraciones y normas internacionales ratificadas por nuestro país (artículos 93 a 96 CE).

4.2. Obligatoriedad y margen limitado de discrecionalidad en la ratificación y su incidencia debilitadora respecto al objetivo general de "armonización" del estándar garantista

Que la CSEr es un Tratado europeo que contiene obligaciones jurídicamente exigibles de garantía y acción por parte de los Estados miembros es innegable a tenor de preceptos como el Artículo A.b ("Obligaciones") de la Parte III y asimismo atendiendo a que en el encabezamiento de la Parte III de la Carta se precisa que "se entiende que la Carta contiene *obligaciones jurídicas de carácter internacional* cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV".

Resulta expresivo el paralelismo con los fundamentos de la Unión Europea: En primer lugar, declarando que "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres" (art. 2 TUE). En segundo lugar, declarando que "La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos" (art. 3.1 TUE). Pero también cuando establece que "La Unión reconoce los derechos y libertades y principios enunciados

[79] Véase Polanyi, K.: *La Gran transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, La Piqueta, 1989, pp. 2015 y ss.; Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato,* Laterza, Roma-Bari, 6ª ed., 2004, pp. 97 y ss., y 133 y ss. Puede consultarse sobre y su incidencia en el sistema de fuentes internacionales, Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 137 y ss., y 213 y ss.

en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE: ha dejado de ser una "Proclamación solemne" para ser un Tratado Europeo jurídicamente vinculante) ; y también cuando se compromete a adherirse al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas; añadiendo que "Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales" (art. 6, apartados 2 y 3, del TUE). Estos valores, principios y derechos se basan en los ideales y valores de una sociedad democrática (art. 10 TUE), de manera que democracia y derechos humanos son elementos que no pueden ser disociados (Preámbulo y artículos 1 y 3 del Estatuto del Consejo de Europa; asimismo el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Por ello mismo, se puede apreciar que la CSEr opera una como una "constitución social de Europa" en un amplio sentido jurídico material de la idea de "Constitución", cuyo ámbito de aplicación va mucho más allá de los Estados de la Unión Europea (por el momento 46 Estados europeos en marzo de 2022, frente a los 27 de la Unión). De ahí su relevancia para el sistema europeo de derechos humanos fundamentales, porque, sobre este pilar, se establecen las bases de un modelo social de una Europa social de los Derechos.

Pero la conexión con el sistema mundial multinivel de los derechos humanos no acaba aquí, porque la CSEr se elaboró con el impulso decisivo de la OIT favoreciendo su promulgación desde la celebración en 1968 de una conferencia tripartita que defendiera un instrumento europeo de concertación social y la protección efectiva de los derechos sociales. De ahí la misma influencia de los instrumentos de la OIT en la enumeración de los derechos de la propia CSEr[80]. Con ello se producía una autorreferencia y vinculación de la CSEr con los instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos.

La Parte I, declarativa y delimitadora de los objetivos perseguibles, se positivan como derechos sociales fundamentales en la Partes III en su calidad de normas jurídicas internacionales europeas, creando obligaciones jurídicas para los Estados signatarios. Estos derechos subjetivos sociales generación correlativas obligaciones para los Estados. La idea originaria era enunciar en la CSE originaria el estándar de derechos que se estaban reconociendo hasta esa coyuntura histórica, pero yendo más allá en su alcance (señaladamente, el reconocimiento del derecho de huelga ex art. 6.4, por primera vez en un instrumento internacional jurídicamente vinculante). Sin embargo, su carácter dinámico ha supuesto un enriquecimiento permanente reflejado primero en los Protocolos anexos y después en la misma CSEr, nuevos derechos sociales adaptados al sistema de necesidades y exigencias de las sociedades democráticas. En realidad, el ideal de estándar de derechos y de intensidad en su cobertura han evolucionado en un sentido inequívocamente expansivo; cuestión distinta es la que plantea las aporías de su cumplimiento efectivo en la experiencia jurídica. Por lo demás, la experiencia jurídica pone de manifiesto que la respuesta del ordenamiento jurídico suele

[80] Jimena Quesada, L.: "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de Covid-19", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 460, 2021, pp. 33-72, en particular pp. 54-56; Salcedo Beltrán, C.: "Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 434, 2019, pp. 153-188. En una perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: "La pandemia Covid-19 como "*Hecho Social Total"* y su impacto en el Derecho Social", en Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et al*: *Derecho vivo de la Seguridad Social. IV Seminario Permanente de Estudios y Actualización URJC-AESSS 2019,* Murcia, Laborum, 2020, pp. 169-232.; *Ibid.,* "Por un pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Juridico Laborales y de Seguridad Social,* núm. 1, 2020, pp. 16-83.

ser más lenta que el ritmo al que se desarrollan y transforma el sistema de necesidades y capacidades humanas. De esa dinámica expansiva nacen los renglones torcidos de la política social moderna[81].

4.3. El contenido de la Carta Social Europea Revisada. Sentido y alcance jurídico general. Construcción general del sistema de derechos garantizados

Ya se ha señalado que la CSEr contiene verdaderas obligaciones jurídicas (de regulación y acción positiva) de los Estados correlativas a la garantía de derechos subjetivos sociales de prestación y de libertad. La CSEr establece obligaciones jurídicas concretas a los Estados signatarios, pues trata de acotar un contenido esencial o básico de los derechos que garantiza, del cual derivan obligaciones positivas no sólo de garantía jurídica, sino también deberes públicos de actuación (esto es, estamos ante "normas de garantía" y "normas directivas" que imponen obligaciones de acción positiva a los Estados Partes). La CSEr formula tales derechos sociales como derechos subjetivos dotados de un contenido o núcleo esencial e incorpora obligaciones jurídicas e institucionales de actuación a los Estados signatarios para garantizar su plena efectividad. Estas obligaciones jurídicas e institucionales que recaen sobre los Estados es tanto más necesaria porque todos los derechos sociales (en la formulación de síntesis que comprende los llamados derechos económicos, sociales y culturales) exigen, con mayor intensidad que los demás derechos, la regulación e intervención estatal para hacerlos valer, muy especialmente cuando se trata de derechos sociales a prestaciones positivas (aunque la garantía de todos los derechos las exigen, los derechos sociales son típicamente derechos de "desmercantilización" de los modos de satisfacción de las necesidades y capacidades en las que se resuelven los derechos; son derechos "materializados", como los derechos de Seguridad Social, el derecho al trabajo, el derecho a la jornada, el derecho al salario mínimo, etcétera).

Otro rasgo importante que se plantea sobre el contenido de CSEr es que, en lo principal, recoge el estándar mundial (ideal de cobertura) de los derechos sociales prestaciones y de libertad. Así una primera aproximación al sistema interno de la CSEr permite comprobar ese carácter omnicomprensivo y prácticamente completo de los derechos laborales (sin perjuicio de lo que se indicará después), individuales y colectivo/sindicales, y de los derechos de Seguridad Social y más ampliamente de protección social pública.

El contenido de la CSEr es ciertamente omnicomprensivo y la experiencia ha demostrados su enriquecimiento progresivo en el elemento de derechos sociales. Establece un sistema de garantías de derechos con pretensión de complitud, pero dinámico, es decir, atendiendo al continúo enriquecimiento de los derechos en cada etapa histórica. Por tanto es un *sistema abierto al tiempo histórico* de los derechos humanos de contenido social.

La CSEr establece un estándar de derechos de distinta configuración y estructura jurídica interna, pudiéndose distinguir entre derechos sociales de libertad (derechos de autonomía individual y colectiva/sindical, pero que implican una intervención promocional o de fomento por parte de la legislación de los Estados miembros) y derechos sociales de prestación (derecho a prestaciones positivas, que constituyen típicamente derechos de desmercantilización que han de ser garantizados en las Constituciones y legislaciones de los Estados Parte, a través de intervenciones que aseguren la atribución y disfrute efectivo de las prestaciones positivas; siendo de ello el responsable el Estado). Por otra parte, debe realzarse un rasgo fundamental de todos los derechos que son garantizados en el sistema interno de la CSEr, a saber: se les dota a todos los derechos sociales fundamentales de un contenido mínimo esencial que se impone a los Estados signatarios y que está llamado a ejercer una fuerza vinculante bilateral a todos los sujetos públicos y privados.

[81] Monereo Pérez, J.L.: "Los renglones torcidos de la política social moderna. Los derechos sociales a fin de siglo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* núm. 2, 1999, pp. 239-262.

Así se puede verificar en un examen del listado -verdadero "catálogo" sistematizado- de los derechos sociales fundamentales reconocidos y garantizados en la CSEr; atendiendo *necesariamente a las sinergias e interdependencia* de las Partes I y II de este Tratado constitutivo de una constitución social de Europa, utilizando aquí el concepto de "Constitución" en sentido amplio jurídico-material[82]:

1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido (Derecho al trabajo y libertad de trabajar). (Art. 1."Derecho al trabajo").

2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas. (Art. 2. "Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas").

3. Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo. (Art. 3. "Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo").

4. Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. (Art. 4. "Derecho a una remuneración equitativa").

5. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales (Libertad sindical y libertad de asociación de los empleadores). (Art. 5. "Derecho sindical").

6. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva y a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga de los trabajadores[83]. (Art. 6. Derechos de negociación colectiva y de huelga).

[82] Un esto completo de todos estos derechos sociales fundamentales de prestación y de libertad, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa,* Granada, Ed. Comares, 2017, espec., pp. 357-1005. Por supuesto, existen excelentes trabajos monográficos sobre derechos sociales concretos, cuya cita sería excesivamente extensa.

[83] Los derechos a la negociación colectiva y a la huelga están vinculados, pero es evidente que el derecho de huelga va más allá de su ejercicio en el ámbito de la negociación colectiva, pues puede plantearse al margen de allá de las relaciones laborales en el ámbito de más amplio del Sistema de relaciones laborales que involucra al Estado con la posibilidad de las huelgas sociopolíticas que tengan como destinatario a los poderes públicos. Por definición, las llamadas huelgas generales sobrepasan en campo específico de del sistema de empresas y entra en el ámbito de la huelga de dimensiones sociopolíticas. Por tanto, la fórmula de reconocimiento no puede constituir una limitación inaceptable de la finalidad y ámbito de ejercicio del derecho fundamental de huelga; ni tampoco puede suponer una suerte de invisibilidad del derecho de huelga tras el derecho a la negociación colectiva. Además ello lo impediría artículos como el Artículo H de la Parte V, relativo a las "Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales", de la CSEr, en relación con los artículos 95 y 28.2 de nuestra Constitución jurídica. Véase Monereo Pérez, J.L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la Huelga (I y II), *Temas Laborales*, núm. 27, 1993 y 28, 1993; *Ibid.*, "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (A propósito de la STCO 36/1993, de 8 de febrero", en *Homenaje a Juan García Abellán,* Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994, pp. 221 y ss.; *Ibid.,* "La huelga (artículo 28.2 CE), en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Dirs.) *et al*: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P. G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019; Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jimenéz, N.: "Derecho a la negociación colectiva (artículo 6 de la CSEr)", y "Derecho a huelga" (artículo 6 de la CSEr)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea Revisada,* Granada, Comares, 2017, pp. 519 y ss., y 533 y ss.; Baylos Grau, A.: *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga,* Albacete, Bomarzo, 2018; Moreno Vida, M. N.: *La huelga en servicios esenciales,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2007.

7. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos. (Art.7. "Derecho de los niños y adolescentes a protección").

8. Las trabajadoras, en caso de maternidad, tienen derecho a una protección especial. (Art. 8. "Derecho de las trabajadoras a la protección de maternidad").

9. Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses. (Art. 9. "Derecho a la orientación profesional").

10. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional. (Art.10. "Derecho a la formación profesional").

11. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar. (Art. 11. "Derecho a la protección de la salud").

12. Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la seguridad social. (Art. 12. "Derecho a la Seguridad Social").

    Este derecho social a la Seguridad Social resulta paradigmático para verificar la técnica normativa de garantía del derecho y de su contenido esencial. "Para *garantizar el ejercicio efectivo* del derecho a la seguridad social, las Partes [Estados signatarios] se comprometen: 1 a *establecer o mantener* un régimen de seguridad social; (llámese la atención de la coincidencia en la formulación de los derechos a la Seguridad Social ex art. 41 CE). 2 a mantener el régimen de seguridad social en un *nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos,* al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; (Este Código es un Tratado Internacional celebrado en el marco del Consejo de Europa). 3 a esforzarse por *elevar progresivamente* el nivel del régimen de seguridad social (Introduce el principio de progresividad en el ideal de cobertura). 4 a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren; b) los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes".

13. Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica. (Art. 13. "Derecho a la asistencia social y médica").

14. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social. (Art. 14. "Derecho a los beneficios de los servicios sociales").

15. Toda persona minusválida (discapacitada) tiene derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. (Art. 15. "Derechos de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad").

16. La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo. (Art. 16. "Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica").

17. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica. (Art. 17. "Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica").

18. Los nacionales de cada una de las Partes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra Parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, sin perjuicio de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social. (Art. 18. "Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes").

19. Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las Partes y sus familias tienen derecho a la *protección y a la asistencia* en el territorio de cualquiera otra Parte. (Art. 19. "Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia").

20. Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo. (Art. 20. "Derecho a la igualdad de oportunidades y tratado en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo").

21. Los trabajadores tienen derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa. (Art.21. "Derecho a la información y a la consulta").

22. Los trabajadores tienen derecho a tomar parte en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa. (Art. 22. "Derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo").

23. Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social. (Art. 23. "Derecho de las personas de edad avanzada a protección social").

24. Todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido. (Art. 24. "Derecho a protección en caso de despido").

25. Todos los trabajadores tienen derecho a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador. (Art. 25."Derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador").

26. Todos los trabajadores tienen derecho a la dignidad en el trabajo. (Art. 26. "Derecho a la dignidad en el trabajo"). (Es el eje del sistema de Derechos Fundamentales con arreglo a los principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad, aunque que aquí se contempla en una perspectiva específica, aunque aquí adquiere un alcance más limitado).

27. Todas las personas con responsabilidades familiares y que ocupen o deseen ocupar un empleo tienen derecho a hacerlo sin verse sometidas a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que haya conflicto entre su empleo y sus responsabilidades

familiares. (Art. 27. "Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato").

28. Los representantes de los trabajadores en la empresa tienen derecho a protección contra los actos que puedan causarles un perjuicio y deben contar con las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones. (Art.28. "Derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder").

29. Todos los trabajadores tienen derecho a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo. (Art. 29. "Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo").

30. Toda persona tiene derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social. (Art.30."Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social").

31. Toda persona tiene derecho a la vivienda. (Art. 31. "Derecho a la vivienda").

Estamos, así, ante un catálogo bastante completo de derechos sociales fundamentales prestaciones y de libertad. Sin embargo, un punto débil -por más que se introduzca con ello un factor o elemento de flexibilidad, salvado un núcleo duro obligatorio-, es el sistema de aceptación flexible de la CSEr, que deja a los Estados un margen de discrecionalidad o reserva en la aceptación de las obligaciones de garantizar ciertos derechos establecidos en este instrumento jurídicamente vinculante. Ello lo permite la Parte III, Artículo A ("Obligaciones") y Artículo B ("Vínculos con la Carta Social Europea y el Protocolo Adicional de 1988"). De ello se deduce que -se insiste, dejando a salvo un núcleo duro obligatorio de derechos sociales-, la propia CSEr admite *una aceptación parcial de su estándar general de derechos garantizados,* aunque ya el art. B deja claro que ese margen de discrecionalidad no es absoluto. Es lo cierto que si bien esta técnica es de uso frecuente en algunos instrumentos internacionales derechos humanos fundamentales (incluidos los de carácter eminente social, como por ejemplo algunos Convenios de la misma OIT, incorporando el margen de discrecionalidad en su sistema normativo interno), puede ser discutible en un instrumento de estas características y finalidad explícita como es la CSEr que puede considera como un todo unitario configurador de una "Constitución Social Europea". Esta posibilidad de aceptación parcial limita el objetivo de establecer una base común (un patrimonio común de valores reflejados en los derechos sociales fundamentales garantizados) para alcanzar una aproximación mínimamente armonizadora de los derechos nacionales la garantía de todos los derechos económicos, sociales y culturales que se consagran en la CSEr. Esto explica que la mayoría de los Estados Parte no hayan aceptado ratificar la totalidad de los preceptos de la CSEr, que debería ser, sin embargo, un sistema unitario conformador de esa "constitución social Europea"[84]. Por tanto, los Estados miembros disponen de un margen

[84] En el caso de España se asumió el texto completo de la CSE de Turín de 1961, pero incorporando reservas interpretativas harto significativas. Así se comprueba en el Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE núm. 157, de 26 de junio; corrección de errores en BOE núm. 192, de 11 de agosto de 1980), indicando que: "España *interpretará y aplicará* los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el Anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española". Véase, al respecto, las STC 57/1982, de 27 de julio, conflicto positivo de competencia, y 392/1981, BOE de 18 de agosto de 1982. Lamentable, por excepcional, resulta la exclusión del derecho de sindicación de los jueces, magistrados y fiscales mientras se hallen en activo ex art. 127 CE. Véase, críticamente, Monereo Pérez, J.L. y Gallego Morales, L.Á.: "La Asociación Profesional y el Derecho de Huelga de los Jueces, Magistrados y Fiscales (Artículo 127, en relación los artículos 7, 10.2 y 28 de la Constitución española)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.) *et altri*: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 1157-1192; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Tromson/Aranzadi, 2019, pp. 199 y ss.

limitado de discrecionalidad en la ratificación de la CSEr, pero que incidencia en un debilitamiento del objetivo general de "armonización" del estándar garantista mínimo por ella consagrado.

Interesa hacer en este orden de ideas dos precisiones importantes:

La primera que hace referencia a las restricciones de los derechos y principios y sus límites, a saber: "1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2 Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas" (Parte V: Artículo G "Restricciones").

La segunda concierne a las restricciones y al respecto de la legislación más favorable a las personas protegidas: "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas" (Parte V: Artículo H "Relaciones entre la Carta y el derecho interno o acuerdos internacionales"). Que en nuestro Derecho interno debe relacionarse con el art. 95 de la Constitución, en relación con el art. 10 de la misma Norma Fundamental.

4.4. La influencia de la Carta Social Europea Revisada en la garantía de los derechos sociales fundamentales en el ámbito geopolítico y jurídico de la Europa amplia

Llama poderosamente nuestra atención sobre la innegable y visible influencia de la CSEr en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la cual recoge en elenco de derechos sociales fundamentales de CSEr, pero integrándolos en un sistema global completo de derechos fundamentales sistematizados internamente con arreglo a los principios y valores fundamentales que materializan e informan. Ciertamente, la debilidad de la CDFUE estriba en su condicionalidad respecto al desarrollo por normas del Derecho de la Unión Europea, lo que, en principio, le priva de una fuerza normativa directa y reduce su alegabilidad inmediata, para los derechos y libertades en lo que no existe una regulación normativa del Derecho de la Unión. Ello no obstante, hay algunos derechos y libertades que por sus características deben interpretarse con arreglo al sistema interno de los Tratados fundacionales y por tanto si podrían ser alegables directamente al amparo de la CDFUE y del sistema dual de los Tratados Fundamentales actualmente vigentes[85].

Ahora bien: No puede pasar desapercibido en absoluto -*por sus efectos jurídicos*- que en el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (Revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021), *España no haya incluido esa declaración teniendo en cuenta que se asume la nueva versión de la CSEr por completo*; y ello a pesar de que si se realizan otras declaraciones como por ejemplo en el muy positivo apartado 5: "En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995". Declaración, ésta, que permitirá un control más incisivo del cumplimiento integral de la renovada CSEr por parte de los organismos de control institucional de la misma. La controversia jurídica está servida.

[85] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Ámbito de aplicación de la Carta de la Unión (artículo 51)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1301 y ss.

La influencia es perceptible no sólo en la CDFUE, sino también en importante *Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (1989), como texto monográfico de pretensiones originarias similares al instrumento de la CSE de referencia en aquel momento[86]. Asimismo es perceptible esa influencia en el proceso y materialización del Pilar Europeo de Derechos Sociales[87]. De ahí se infiere una interconexión, que ha permitido que la Unión Europea se beneficie de la larga experiencia de aplicación e interpretación de un instrumento tan potente (con rango de Tratado aprobado en el marco del Consejo de Europa) como es la Carta Social Europea Revisada y su Procedimiento de reclamaciones colectivas. Al respecto es importante señala que la propia CDFUE declara en su Preámbulo que: "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las *Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa*, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea". Y precisamente las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que aprueba la CDFUE (con rango de Tratado Europea ex art. 6.1 del TUE) aluden frecuentemente a la CSE y a la jurisprudencia europea[88].

5. INSERCIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL GRUPO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EX ARTÍCULOS 10.2 Y 93 A 96 DE LA CONSTITUCIÓN. RELACIONES SISTÉMICAS DE LA CARTA Y EL DERECHO INTERNO

No debe olvidarse que "el ordenamiento jurídico en su conjunto está -en el nivel de las normas de principio con tendencia de optimización- ya contenido en la Constitución. Solamente le hace falta la concreción"[89]. Por otra parte, el Estado Social de Derecho interviene en la configuración del orden social y la garantía de efectiva de los derechos y libertades fundamentales, de manera que el desarrollo de la personalidad y el ejercicio efectivo -como realidad jurídica- de tales derechos (de todos, y no sólo de los "sociales") requieren de acciones positivas, prestaciones anticipadas y acciones facilitadores de los poderes públicos. La democracia constitucional contiene *mandatos explícitos de acción positiva*

[86] Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

[87] Monereo Pérez, J.L.: "Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social", en *Lex Social,* vol. 8, núm.2 (2018), pp. 251-298. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3493; Stangos, P.: "Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

[88] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Artículos 51 a 54)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 1299-1444. Aunque el TUE elude una referencia explícita a la CSE, sin embargo si hace referencia al otro Instrumentos coextenso a la misma como es la CEDH, al establecer que: "2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales". Reténgase que en el CEDH hay muchos derechos que guardan correspondencia con los garantizados en la CSEr.

[89] Bockenforde, E.-W.: "Grundrechte ais Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", en Bockenforde, E.-W.: *Staat, Verfassung, Demokraie,* Frankfurt a. M., Suhekamp Verlag, 1991, p. 189.

del Estado Social de Derecho para la garantía de todos los derechos y libertades fundamentales (v.gr., artículos 1, 9.2 y 10 de la Norma Fundamental).

Teniendo en cuenta esto, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen su entrada por la vía del bloque o grupo normativo constitucional integrado por los artículos 93 a 96 (ratificación de las normas internacionales con rango de Tratado o instrumentos equiparados al Tratado) y por el art.10.2 de la Constitución, que actúa como canon de apertura constitucional e interpretativa del Derecho Internacional general y europeo de los derechos humanos. En este sentido nuestra Norma Fundamental tiene un sistema garantista potente -más de lo que usual y tradicionalmente se ha venido afirmando desde algunos sectores de la doctrina constitucional, iuslaboral y del derecho privado en su conjunto- de los derechos fundamentales de la persona que incluye todos los derechos de las distintas "generaciones" (concepto que, ya se indicó, hay que relativizar porque todos los derechos fundamentales de alguna manera han estado siempre presentes en el debate político y jurídico, aunque no del mismo modo y en el mismo tiempo en las Declaraciones de Derechos y en las Normas Internacionales del Derecho Internacional).

En función de ese grupo normativo constitucional es posible garantizar la eficacia de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950, y la CSEr (aparte de los demás instrumentos internacionales sobre la materia en cuestión de derechos humanos fundamentales ratificados por nuestro país). De este modo, las normas sobre derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán (imperativo categórico) de conformidad con los tratados y acuerdos suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE). Lo cual constituye una cláusula de garantía en vía interpretativa por remisión a las normas internacionales ratificadas, aceptando o asumiendo la interpretación de los derechos y libertades realizada por los órganos judiciales o institucionales competentes. Se trata de una *autovinculación* de la Constitución española a la interpretación efectuada por esos organismos competentes para resolver las controversias jurídicas sobre el sentido y alcance en cada momento de los derechos y libertades fundamentales recogidos en los textos internacionales.

De ahí se infiere la posibilidad del control de convencionalidad, con la posible invocación ante los jueces y tribunales de nuestro país de la interpretación conforme a los órganos internacionales competentes; y sin olvidar que nuestro Tribunal Constitucional también está obligado -más allá del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria- a observar el mandato constitucional ex art. 10.2 CE. Con esta interrelación entre instrumentos internacionales y Constitución e instrumentos normativos de desarrollo de sus mandatos se contribuye a cerrar el círculo garantista del sistema internacional general y europeo de protección de los derechos y libertades fundamentales. Los derechos comprendidos son tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución, es decir, todos los derechos del Título I (a pesar de la reticencia inicialmente restrictiva de la STC 26/1987, con significativo voto particular discrepante de Rubio Llorente; matizada después por la STC 36/1991 y otras posteriores). No se incorporan nuevos derechos por el cauce del art. 10.2 CE (su tenor literal lo evidencia nítidamente), pero sí introduce un canon hermenéutico de interpretación imperativa y vinculante de todos los derechos constitucionales (incluidos los de naturaleza y contenido social) con arreglo a las *declaraciones*, *tratados* y *acuerdos* internacionales (reténgase, por lo demás, el contenido amplísimo de esta última expresión: "acuerdos internacionales") sobre las mismas materias ratificados por España. Estamos ante un *criterio hermenéutico general* que ha de ponerse en conexión con las otras piezas del grupo constitucional ex artículos 93 a 96 CE. Todos los acuerdos internacionales ratificados sirven como parámetros de interpretación constitucional (y no se olvide no sólo están las Declaraciones, Tratados, convenios de la OIT -asimilados a éstos-, sino todo "acuerdo internacional" en materia de derechos humanos fundamentales. Todos estos instrumentos actúan como pautas interpretativas del contenido y alcance de los derechos constitucionales, los cuales en muchas ocasiones son enunciados pero

sin dotarlos de un contenido esencial o básico. De ahí que deba reclamarse en vía interpretativa el estándar multinivel de garantía de tales derechos acudiendo al respectivo instrumento internacional de referencia para el derecho constitucional de que se trate en cada momento; pero teniendo en cuenta que la remisión opera tanto al texto en sí como a su interpretación por los organismos competentes judiciales o institucionales para llevarla a cabo. Texto y su interpretación con los órganos competentes son fuentes de interpretación e integración de la Constitución en su calidad de canon de interpretación jurídicamente vinculante para el intérprete de nuestra propia Norma Fundamental.

En este orden de ideas cabe decir que el control de convencionalidad ha sido admitido y configurado por la STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 6º, y lo ha sido como exigencia constitucional[90]. Ello aporta elementos para la construcción jurisprudencial de los sistemas de protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del proceso de interpretación con arreglo al estándar mundial multinivel de los derechos fundamentales. El art. 10.2 CE actúa como canon hermenéutico de todos los derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales (Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales) asumido o ratificados por nuestro país (artículos 93 a 96 CE). El bloque constitucional formado por los artículos 93 a 96 y 10.2 de nuestra Constitución obliga al cumplimiento efectivo de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país con arreglo al Derecho Internacional de garantía de los Derechos Humanos. En la actuación de los órganos de la jurisdicción ordinaria -ejerciendo el pertinente control de convencional que le corresponde realizar- se trata de realizar una interpretación conforme o desaplicar, llegado el caso, la disposición nacional contraria al canon internacional, sin alcanzar a declarar su invalidez o nulidad.

De este modo, la interpretación conforme a las declaraciones, tratados y acuerdos internacionales debe extenderse a todos los derechos garantizados en el Título I de nuestra Norma Fundamental. Y ello se ha de entender en sentido dinámico, porque aunque no se modifique las normas constitucionales las normativas interpretativas ex art. 10.2 CE estarán siempre en permanente en evolución dinámica; sea porque estamos ante nuevos acuerdos internacionales suscritos por nuestro país, o sea porque tales textos son revisados o ha cambiado su interpretación por el órgano internacional competente para ello. El caso de la CSEr sería en sí mismo un exponente de un texto novedoso y enriquecido de manera sobrevenida para adaptarlo al sistema de necesidades y capacidades humanas del actual momento histórico. Pero no es un fenómeno extraño a nuestro orden constitucional, porque la interpretación de la Constitución por la justicia constitucional también es dinámica y sirve al criterio de la preferencia del criterio finalista o teleológico que informa el art. 3 del Título Preliminar de nuestro Código Civil (elevado a teoría general formal y material de Derecho). Ese carácter evolutivo y dinámico de la interpretación constitucional (que no se restringe a los derechos del capítulo II del Título I de la Norma Fundamental) enlaza con esa apertura de la Constitución al tiempo histórico en un proceso que involucra a nuestro Tribunal Constitucional y a los órganos de jurisdicción ordinaria atendiendo a una "cultura de los derechos" que evoluciona en los distintos instrumentos y órganos que conforman el sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales en el sentido amplio de esta expresión

[90] Véase Valdés-Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et al*: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Barcelona, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 341-353; Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre), *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 53, 2019, pp. 440 y ss. La admisibilidad de ese control al amparo del canon hermenéutico como disposición constitucional de apertura al estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales en Monereo Pérez, J.L.: Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993, espec., núm. 55, 1992, pp. 893-897 ("El posible valor hermenéutico de la Carta Comunitaria en virtud de la recepción ex artículo 10.2 CE: interpretación teleológica").

(paradigma de ese sentido amplio de la expresión, de nuevo, es el Tratado de la Unión Europea que constituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; art. 6 del TUE).

Ya resulta significativo en vía de interpretación constitucional la ubicación del art.10. 2 CE *encabezando* el Título I ("De los derechos y deberes fundamentales"), siendo una norma que establece un canon de interpretación reforzado para todos los derechos comprendidos en dicho Título. Por lo demás, el apartado 1 del art. 10 deja claro que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás *son fundamentos del orden político y de la paz social".*

Hay que tener en cuenta que los Tratados son *fuente directa del ordenamiento jurídico español,* como se impone deducir del art. 96.1 CE[91], cuya redacción es nítida al respecto, cuando establece que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". Esto lleva a concluir que los tratados internacionales tienen una *aplicación directa*, y sin necesidad de transposición en el ordenamiento jurídico interno, una vez que han sido válidamente celebrados, ratificados y publicados oficialmente en España.

En este orden de ideas, no está de más recordar que el artículo H de la Parte V de la CSEr establece las "Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales"; y lo hace en los términos siguientes: "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas". En puridad sí podría plantearse algún problema interpretativo serio, o incluso de contradicción manifiesta entre la CSEr y disposiciones constitucionales como, señaladamente, el art. 127 CE. Una contradicción que no parece resolverse fácilmente por una vía de interpretación que no sea "creativa" y de interpretación conforme a lo estipula en el Tratado que constituye la CSEr[92].

La experiencia jurídica ha demostrado el carácter expansivo de la CSE como lo demuestra el proceso de interpretación creativo y de adaptación del Comité de Derecho Social, los Protocolos, hasta llega, por el momento, al estándar reflejado en la CSEr de 1996, sirviendo a las nuevas exigencias sociales y opciones de una política del derecho garantista. Su aprobación en sí constituyó un éxito de la democracia constitucional en el reforzamiento del compromiso de protección jurídica de los derechos sociales fundamentales renovados. Refleja que los Estados Parte han reiterado que sin garantía plena y efectiva de los derechos sociales fundamentales no existe una verdadera democracia constitucional.

[91] Por lo demás, no debe pasar desapercibido, señalar que previamente el art. 94 CE hace referencia no sólo al instrumento del "Tratado" en *ius strictum*, sino también a los "convenios", que son asimilados a los Tratados Internacionales (el Capítulo III del Título III de la CE, lleva por rúbrica "De los Tratados Internacionales"). Es importante llamar la atención también al dato constitucional ex art. 10.2 CE (cláusula hermenéutica de apertura al estándar internacional multinivel de derechos humanos), el cual hace referencia no sólo a la "Declaración", "Tratados", sino también, y significativamente por su sentido mucho más amplio, a "*acuerdos internacionales*".

[92] De no ser así podría haberse planteado lo establecido en el art. 95.1 CE, el cual establece dos reglas correspondientes a sus dos apartados: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción". Adviértase que, a diferencia del Instrumento de ratificación de la CSE originaria de 1961, la ratificación de la CSEr no ha venido acompañada de una reserva de interpretación. En cualquier caso, y sin poder entrar aquí a fondo en esta cuestión, la prohibición del derecho de sindicación (y no simple limitación de su ejercicio) de los jueces, magistrados y fiscales mientras se encuentre en activo, difícilmente se puede acomodar, por ejemplo, a los Convenios OIT, núm. 87 y 88, y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966, art. 8. Instrumentos internacionales que han sido oportunamente ratificados válidamente por nuestro país.

Ello ha tenido influencia en las alusiones que se han hecho a ella en el TJUE y en los órganos de judiciales de los Estados Parte. La CSEr se sitúa en la tendencia más avanzada de configurar un *estándar mínimo* de protección de derechos sociales fundamentales a toda persona, imponiendo el respecto y garantía de estos mínimos esenciales a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados signatarios. El contenido del estándar de catálogo de derechos sociales está sometido a la dinámica histórica, por lo que nunca es definitivo, pues está abierto al tiempo de los derechos de las personas.

En este proceso de influencia cabe destacar que, sin la menor duda, la CSEr ha venido ejerciendo un influjo visible en el proceso de elaboración de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Se hace visible, se indica, en el proceso de elaboración pero también en el catálogo de derechos recogidos, pues resulta evidente que se garantizan derechos que ya están garantizados en la Carta y que esto lo reconoce el *Praesidium* de la CDFUE, cuando precisa las fuentes de referencia que se han tomado en consideración para la formulación e indicación del contenido de cada derecho fundamental de contenido social.

Resulta harto significada la creciente repercusión de la CSEr en los procesos de decisión política y en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros del Consejo de Europa. A ello cabe añadir como se ha venido extendiendo la utilización efectiva del "control de convencionalidad", garantizando la interpretación conforme con el sistema de la CSEr. Abundado, todo ello, en la efectiva operatividad de la garantía judicial multinivel de los derechos sociales fundamentales.

La idea de constitucionalizar a nivel europeo ese patrimonio común deviene fundamental en el proceso de civilización, pues ello contribuye a consolidar la democracia y hacerla avanzare en el sentido más coherente con la democracia constitucional, a saber: en sus manifestaciones de democracia social y sustancial. La expansión de su ratificación e influencia representa una mayor posibilidad de cristalizar un constitucionalismo social en la "Europa grande" (es decir, más allá de la Unión Europea), y con ello abrir un nuevo espacio constitucional de nuevo tipo en gran medida "inédito" de carácter supranacional y que atendería -o debería hacerlo- a la dimensión jurídico-material del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

Por lo demás, queda bien explicitado que la CSEr y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (firmado en Roma de 4 de noviembre de 1950) tiene un carácter complementario entre sí como instrumentos jurídicos (con rango de Tratado) emanados en el marco del Consejo de Europa y como catálogo de los derechos fundamentales garantizados desde la perspectiva del contenido (pues todos los derechos fundamentales participan de los principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad en su vinculación con la dignidad de la persona, que es una e indivisible más allá de las distintas dimensiones donde se desarrolla su personalidad). Ese carácter complementario de ambos Tratados se reconoce explícitamente en mismo Preámbulo de la CSEr[93]. En términos de conjunto el catálogo de derechos garantizados en ambos Tratados del Consejo de Europa constituye un mínimo común denominador de todos los Estados Parte de este organismo geopolítico europeo. Ambos instrumentos jurídicos garantizan derechos en verdaderas normas jurídicas vinculantes y con independencia de la distinta naturaleza de los organismos de control jurídico (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; Comité de Derechos Sociales); y sus resoluciones, en última instancia, están salvaguardadas, desde el punto de vista jurídico y político, por el Consejo de Europa y su Comité de Ministros. No obstante, la aproximación entre ambos

[93] El Protocolo se expresa en los siguientes términos: "Considerando que, por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y sus Protocolos, los Estados miembros del Consejo de Europa *convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en esos instrumentos*".

instrumentos es relativa e incompleta. Cabría inquirir sobre si realmente forman una unidad coherente de sentido y de garantías. Habría que caminar hacia mecanismo más reforzados de coordinación y correspondencia entre ambos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el marco del Consejo de Europa. Aunque es cierto que tanto el TEDH como el Comité Europeo de los Derechos Social han realizado una tarea importante de mantener estos instrumentos como complementarios a través de la creación un limitado "*acervo común*" en virtud de sus informes y pronunciamientos en su condición de órganos de garantía, control e interpretación ante posibles vulneraciones de los derechos amparados por la Convención y la CSEr. Sin embargo, se debería mejorar estos mecanismos de correspondencia entre los dos instrumentos para alcanzar la protección integral de la persona a través de la protección de sus derechos. Ello viene exigido, como se indicó, por el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales, sin establecer rígidas separaciones y gradaciones jerárquicas entre las distintas categorías dentro de un sistema integrado de derechos; pues lo que hay es que hacerlos pivotar sobre las personas y su dignidad humana y el libre y pleno desarrollo de su personalidad (en el sentido, por ejemplo, del artículo 10.1[94], 9.2[95] y 27.2[96] CE). Todos estos derechos deben ser efectivamente garantizados, como ya expresaba la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución" (art. 16). Y deben serlo conforme al principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos evitando la fragmentación y la devaluación de los derechos sociales como pretendidos derechos de "categoría inferior"; y ello ha de ser así porque este principio está vinculado de manera inescindible con la democracia constitución y con la forma política de Estado Social de Derecho. Esta unidad finalista presupone que todos los derechos fundamentales forman un bloque único y deben ser tratados de manera simétrica en orden a sus garantías de efectividad en una Europa Social y Democrática de Derecho (El sentido de la cláusula interpretativa de apertura constitucional ex art. 10.2 CE va en esa dirección). En realidad, "Todos los derechos humanos son universales, indivisible e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

La correspondencia entre los dos instrumentos de derechos fundamentales aprobados en el marco del Consejo de Europa lo es también en sentido jurídico-material y de contenido. Son comunes los valores superiores en que se inspiran (es suficiente una lectura atenta de los respectivos Preámbulos), pero también existe esa complementaria y correspondencia respecto a derechos equivalentes en lo esencial (Basta reparar en el catálogo de derechos del CEDH: derecho a la vida, art. 2; prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, art. 4; derecho a un juicio equitativo, art. 6; respecto a la vida privada y familiar, art. 8; libertad de reunión, asociación y libertad sindical, art. 11; prohibición de discriminación, art. 14). A lo que hay que añadir los Protocolos de la Convención. Así, el Protocolo Nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 16-IX-1963) que, reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo Nº 11(libertad de circulación, art. 2; prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros,

[94] "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[95] "2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

[96] "2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

art. 4); el Protocolo Nº 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22-XI-1984), que garantiza algún derecho de correspondencia con los de la CSEr (Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, art. 1); el Protocolo Nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4.X.2000), prohibición general de discriminación (art. 1).

6. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN LA COYUNTURA ACTUAL

6.1. El garantismo jurídico de la Carta a la prueba de los hechos: El crack de 2008, la pandemia Covid-19 y la incidencia de la "Guerra de Ucrania". Su operatividad como "escudo social"

El impacto de la Pandemia Covid-19 (a la que le había precedido el gravísimo crack de 2008) ha supuesto una crisis de magnitudes extraordinarias: una crisis sanitaria con pérdidas masivas de vidas humanas; una crisis social y de empleo y una crisis económica. Nos movemos en un ámbito donde en situaciones propias de una "sociedad del riesgo" actualizada, el Estado ha tenido que responder con un conjunto de medidas de distinta naturaleza, en muchos casos sin que se haya podido -o en algún caso no se ha sabido- dar respuesta con una planificación coherente de un cuadro de medidas interrelacionadas. La situación es la propia del desbordamiento político, jurídico e institucional. Sus consecuencias negativas en todos los ámbitos y especialmente en el ámbito sociolaboral se van a dejar sentir durante mucho tiempo (se habla ya de décadas). Ni siquiera está garantizada a corto plazo una estabilización de la crisis sanitaria, que es la detonante de la crisis económica y social extraordinaria que caracteriza la coyuntura en que vivimos. Por lo demás, en las situaciones que sobrepasan la prevención de riesgos -sin perjuicio de adaptarla en todo lo posible- es necesario ir más allá a través del principio de precaución para hacer frente a las situaciones de incertidumbre[97].

Se puede decir, así que la Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales -en la dirección más solvente- se califica técnicamente de «*hecho social total*», en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de

[97] Sobre el enfoque de la prevención integral distinguiendo el ambiente interno de trabajo y el ambiente externo de la salud pública, véase Monereo Pérez, J.L.: "Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente", en Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P. (Dirs.) *et al*: *La prevención de riesgos mediambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2011, pp. 327-378, con referencia específica a "La gestión integral de los riesgos" (*Ibid.*, Capítulo I, pp. 327 y ss.) y a "Los principios comunes del Derecho polisistémico de tutela frente a los riesgos: los principios de precaución y responsabilidad y los problemas "inter-sistémicos" (Capítulo 2, pp. 351 y ss.). Ya anteriormente, en Monereo Pérez, J.L.: "Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental", *Relaciones Laborales,* núm. 10, 2009, y en la monografía específica de Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P.: *Prevención de riesgos y medioambiente,* Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2010.
Desde el punto de vista estrictamente *jurídico* los dos principios están unidos en el derecho fundamental a la protección del medio ambiente y en el derecho humano al desarrollo. Véase, explícitamente, en este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "Protección del medio ambiente (Artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1017-1076, con referencia específica igualmente a "la gestión integral de riesgos: medio ambiente y riesgos laborales" (Capítulo 3, pp. 1037 y ss.); y Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares, 2014, pp. 951-983.

los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social[98]. Las organizaciones internacionales y multilaterales de todo tipo (como ONU, Cruz Roja Internacional, G7, G20, FMI, OTAN, Banco Mundial, OMC, etc.) no han estado a la altura de la tragedia, por su silencio o por su incongruencia. Tan sólo mínimamente han tenido una respuesta debilitada la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la "recomendación" (*Sof law*) de medidas activas y redistributivas en la lucha global contra la Pandemia del Covid-19. Por su parte, la Unión Europea tuvo una inicial una respuesta suave antes de adoptar de manera tardía pero eficiente una respuesta mínimamente a la altura de lo que se esperaba. Se trata del Fondo de Recuperación ("Nex Generation EU), aprobado el 21 de julio por el Consejo Europeo. Este fondo constituye una respuesta completamente distinta a la destructiva austeridad que se impuso para hacer frente al Crack de 2008. Este Fondo alcanza a 750.000 millones de presupuestos de gasto de los 27 países integrantes de la Unión. Se trata de un Fondo de adscripción finalista destinado a financiar proyectos de inversión que fomenten el crecimiento de la economía solvente y creadora de empleo y bienestar social. Todo ello marcado por las directrices de transición ecológica justa y respetuosa con el medioambiente y la digitalización de la economía en una era de innovación tecnológica y de Revolución 4.0. Se pretende no tanto conservar como propiciar en una respuesta ofensiva -no meramente defensiva- una transformación estructural general, pero que se centra en ciertos pilares básicos como el fortalecimiento del sistema sanitario (incluyendo la investigación en materia de salud), la investigación, la educación y la formación digital; sector de la cultura, las políticas sociales, la gestión medioambiental, infraestructuras de energías renovables, facilitar la movilidad sostenible, etcétera. Esa estrategia para utilizar el Fondo racionalmente en la lógica económica, social, cultural, tecnológica y medioambiental, exigirá una mayor concreción por parte de las instancias políticas de la Unión para los próximo tres años, pero también por parte de los Estados, como el Español, que recibirá 140.000 millones de euros condicionados al logro de esos objetivos, no a otros sobre los que se ha especulado (como las reformas regresivas en materia de pensiones o de derechos laborales y sociales en general). De este modo todos los Gobiernos de la Unión deberán enfrentarse pronto a nuevos restos, pero sobre la base de unas *políticas ofensivas, es decir, proactivas que tratan de anudar la racionalidad económica con la racionalidad social y ecológica.*

Ello determina la articulación de una estrategia compleja de política social y económica.

Se trata, en cierto sentido, de una crisis agravada, porque abunda sobre el Crack de 2008, cuyas consecuencias sociales, económicas y política todavía se dejan sentir. Tuvo como elemento desencadenante el colapso del sistema financiero mundial en el marco de una creciente financiarización de la economía, pero en realidad se trata de la punta del iceberg, porque lo que expresa nítidamente sus las distorsiones de un modelo de crecimiento neoliberal de globalización conformado a la medida de los grandes fuerzas económicas y políticas de nuestro tiempo. La crisis económica, social y económica de la Pandemía del Covid-19, llega en un momento donde se cuestionaba en los hechos y en sector importante de la intelectualidad económica ese modelo afirmando el colapso de la globalización neoliberal, con la apertura de nuevos mundos posibles[99]. Por no hablar del "trilema político" de la economía mundial de Dani Rodrik[100].

[98] Mauss, M.: *Sociología y antropología,* trad. T. Rubio de Martín, Madrid, Ed. Tecnos, 1971.

[99] Paradigmáticamente, Altvater, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, pp. 39 y ss., y 245 y ss.; Sapir, J.: *El nuevo siglo XXI. Del Siglo americano al retorno de las naciones,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2010, pp. 173 y ss.

[100] Rodrik, D.: *La paradoja de la globalización. La democracia y el futuro de la economía mundial,* Barcelona, Antonio Bosch editor, 2012, pp. 203 y sigs. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, pp. 382 y ss.

Pues bien: ha llegado el momento de cuestionar, efectivamente y con fundamento en su carácter destructivo en todos los órdenes de la vida, el modelo de globalización neoliberal actual y establecer un modelo atemperado y más equilibrado en todos los sentidos; a riesgo de que la hiperglobalización actual -que ha dejado indefensos a los Estados más débiles y, desde luego, a todos los trabajadores y personas más vulnerables y en situación precaria- acaba en teniendo consecuencias destructivas todavía mayores. En esta coyuntura, de nuevo, al menos las sociedades modernas más avanzadas (con Estado Social de Derecho) han podido establecer redes de protección social y laboral y un conjunto de instrumentos predispuestos para mitigar los efectos sociales. De este modo, el Estado Social ha podio atemperar el impacto de la situación crítica de los mercados. Respuesta que también se ha hecho valer en la presente crisis del Covid-19, que ha desautorizado a la ideología neoliberal y las estrategias de remercantilización de bienes comunes (y no se olvide que entre los bienes colectivos se encuentra, la salud y asistencia sanitaria, la educación, los servicios públicos sociales, etcétera) y de derechos sociales fundamentales. Las protecciones sociales públicas han impedido que se haya producido una catástrofe desde la perspectiva política y social (pero, contando con ella, también -y junto con otras medidas de intervención pública que han evitado el desmoronamiento del sistema a través de mecanismos para asegurar su supervivencia- ha contribuido a que no se produzca una catástrofe en términos económicos y no sólo estrictamente sociales), entre otras cosas manteniendo la demanda agregada, por no hablar de la paz social.

Y de nuevo se reproponen propuestas neokeynesianas sobre la base de un pacto social y político interclasista que permita garantizar el orden de la producción y un elevado nivel de empleo y de bienestar social. Se ha rememorado incluso los Pactos de la Moncloa, seguramente sin reparar en la diferencia de contexto político del momento, aunque quizás pensando en la idea de concentración o unidad nacional que no es fácil de repetir en un contexto de confrontación de ideologías pluralistas. Lo que se ha de reclamar en el contexto de una democracia constitucional como la nuestra es más bien un *Pacto Constitucional* entre las fuerzas políticas sociales que busque una solución equilibrada en la reconstrucción del sistema social en un contexto que estará marcado por la Pandemia Covid-19. Al cual se añade, ahora, compromisos ecológicos y límites del crecimiento impuesto por el derecho humano al desarrollo y por el juego de los principios de prevención y de precaución. Con ello evitando que se confunda sin más el crecimiento económico con el progreso social, lo que en sí cuestiona ya la idea de un crecimiento exponencial el cual fomenta en sí una cultural propia del individualismo posesivo insolidario según el modo de pensar del neoliberalismo. De nuevo el Estado Social y sus políticas de planificación económica y sus sistemas de protecciones sociales viene a rescatar al capitalismo de sus tensiones disolventes y de sus crisis cíclicas ahora agravadas por la visibilidad de la inadecuación social y ecológico-personalista del modelo de globalización neoliberal. Pero también van a contribuir a aliviar el sufrimiento de millones de personas, muchas de las cuales despiertan de las promesas del "sueño neoliberal" de dominio de las fuerzas del mercado y el automatismo del progreso económico y el dominio de la naturaleza a través de las nuevas tecnologías (la Revolución 4.0, o cuarta revolución industrial). Ni el modelo ni las instituciones se han mostrado adecuados en defensa de la estabilidad económica ni de la protección del bienestar, la seguridad y la salud de las personas. Se sabe por experiencia que las situaciones de pobreza y exclusión social y la crisis ecológica, no se van a resolver de manera espontánea, sin que haya una intervención política del régimen democrático que conduzca el proceso de transición hacia una sociedad más civilizada, que ponga límites precisos a la tendencia a la mercantilización de todas las cosas, incluidos bienes comunes y derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos sociales (fórmula de síntesis que recoge a esa triada de derechos) son parte del desarrollo socio-económico y tienen un efecto multiplicador sobre el modelo de desarrollo al servicio de las personas, sin perjuicio de una razonable eficiencia económica. Son bien conocidos los problemas que ocasiona la desigualdad para el desenvolvimiento de sistema económico. Es necesario un cambio de enfoque que comporta pasar del desarrollo como simple crecimiento al desarrollo como progreso de la libertad creando las condiciones materiales adecuadas para aquélla sea real y efectiva, en

este sentido implica disponibilidad de ingresos, recursos y la capacidad para lograr la autorrealización y el modo de vida que es libremente elegido en comunidad[101]. Pero esas *condiciones materiales de la libertad* -liberación de la pobreza, ostentar un trabajo decente, tener un nivel de ingresos para una vida digna- no los puede garantizar para todos exclusivamente el mecanismo del mercado. Que esto se puede realizar en un sistema económico de capitalismo no es fácil, pero en cualquier caso es imposible en un capitalismo salvaje; puede realizarse acaso un capitalismo diferente, es decir, un capitalismo organizado bajo el dominio de la política democrática y los correctivos de una planificación típica del desarrollo humano; o si se quiere un capitalismo *limitado democrática y ecológicamente.*

De ahí el carácter virtuoso de las políticas de regulación (re)distributivas conjugadas con las políticas de regulación y racionalización constitucional del orden económico y del empleo. No resulta baladí hacer notar que es posible otro paradigma de globalización alternativo -excluyente de la ideología y racionalidad neoliberal-, tan sólo reflexionar sobre el hecho histórico de que la globalización es, por el momento, la última fase de un proceso histórico de larga duración tendente a la creciente mundialización de la economía, que combine de manera eficiente y virtuosa la racionalidad social y la racionalidad económica. Y esto es importante porque en la coyuntura actual, los Estados se conforman unidireccionalmente como "Estados de mercado" o "Estados de competencia económica", cuyo principio axial es la eficiencia de la economía y la mejora de las condiciones de competitividad de las empresas[102].

Llama poderosamente la atención que la derecha más radical continúe en una estrategia de confrontación y de deslegitimación del legítimo Gobierno de Coalición actual y que esto impida la conclusión de un Pacto de mínimos entre las fuerzas políticas (salvo la actitud del Partido Nacionalista Vasco y, en aspectos más puntuales, del Partido Ciudadanos). También es criticable que los partidos de izquierdas y conservadores de Cataluña hagan prevalecer la lógica de la "identidad nacional" pretendida sobre la lógica de la recuperación económica y de la protección sociolaboral de las personas en general y de los trabajadores en particular (trabajadores asalariados y trabajadores autónomos).

Sin embargo, en contraste, son varios los acuerdos tripartitos adoptados a partir del 11 de mayo de 2020 (Acuerdo Social de Defensa del Empleo; ASDE) en el marco de la concertación social entre el Gobierno de coalición y los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas. También desde el principio ese Acuerdo sociopolítico (Pacto Social) se tradujo y materializó jurídicamente -como manifestación de legislación negociada en la lógica de la concertación social- en el RDL 18/2020, de 12 de mayo. Se da lugar a esa típica forma de *Gobernanza horizontal y comunicativa* que caracteriza al fenómeno, intrínseca y sustancialmente político, de la concertación social. Que la idea es la de continuidad por esta senda de la concertación social lo puso de manifiesto la Disposición Adicional 2ª del pionero y ya aludido RDL 18/2020, al crear una Comisión de Seguimiento compuesta por las representaciones del Gobierno de coalición, y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Estos pactos de concertación social -materializados en legislación negociada- son importantes para una salida equilibrada la crisis multidimensional actual, pero no deberían impedir que se llevarán a cabo reformas estructurales necesarias para que dicha recuperación sea efectiva en términos de modelo socio-económico. Y esto reclama la realización de modificaciones importantes en la reformas laborales de los últimos años especialmente de la reforma legislativa de 2012 (reformas que, pese al lenguaje indiferenciado que se suele utilizar, no pueden ser calificadas como "sociales",

[101] Basta reparar en los estudios teóricos y empíricos de Amartya Sen, cuyas ideas fundamentales sobre desarrollo y libertad, y la teoría de la justicia anudando derechos y capacidades humanas, encuentra su colofón en Sen, A.: *La idea de justicia* (2009), Madrid, Ed. Taurus, 2010. Asimismo, *Ibid., Desarrollo y libertad,* Barcelona, Ed. Planeta, 2000; *Ibid., Nuevo examen de la desigualdad,* Madrid, Alianza Editorial, 2004.

[102] Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía*, Est.prel., a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, espec., pp. LXVIII y ss.

pues esta lógica de "justicia social" y de trabajo decente le es ajena), porque de lo contrario no habrá ninguna posibilidad para orientar el modelo de competitividad hacia la innovación, la calidad del productivo y la calidad del empleo (en términos de trabajo productivo "decente"), salvo que eludiendo la derogación necesaria de los aspectos más regresivos de las últimas reforma laborales se quiera hacer recaer -y aceptar- los costes de la crisis económica y social inducidos por la crisis sanitaria Covid-19 en los trabajadores (asalariados y autónomos; privados y públicos), lo cual sería rechazable por lo que supondría de ruptura del modelo de garantismo multinivel -y de equilibrios de racionalidad económica y justifica social que le es inherente- jurídicamente consagrado al máximo nivel en nuestra Constitución y en el estándar mundial de garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores[103]. Si no se deroga el núcleo liberalizador y regresivo de la reforma laboral de los últimos años, la precariedad en el empleo y la devaluación se producirán al amparo del propio marco de ordenación legal vigente, sin necesidad de recurrir a la "Derecho del Trabajo informal" o al fraude o abuso en la contratación laboral.

Por lo demás, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha venido apostando -siguiendo su larga tradición de existencia a partir de su constitución en la Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919- por el diálogo y la concertación social como cauce de democracia procedimental (técnicamente, *de democracia deliberativa y comunicativa*)[104] para buscar "legislaciones de compromiso" y soluciones transaccionales equilibradas no sólo en las relaciones laborales y política sociales, sino también en el equilibrio entre de las relaciones de poder en el mundo del trabajo entre las organizaciones empresariales más representativas[105]. Y es que en el capitalismo autoorganizado y autorregulado -sobre todo a través de la "*lex mercatoria*" reguladora del comercio internacional- con apoyo de las grandes potencias mundiales y las regulaciones flexibles estatales (Estado de Mercado), las respuestas a la crisis no han sido precisamente solidarias, sino que han buscado el apoyo público selectivo en la minoración de beneficios y en la actual fase inestable de recuperación económica y ecológica (también "ecología humana") y de garantía del derecho humano al desarrollo.

---

[103] Para ese estándar multinivel puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; y la trilogía interdisciplinar del garantismo multinivel en la sociedad mundial integrada por: Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa*, Granada, Ed. Comares, 2012; Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Ed. Comares, 2014; Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europa*, Granada, Ed. Comares, 2017.

[104] Esta configuración específica de los procesos de concertación social es defendida en Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social en España,* Valladolid, Ed. Lex Nova/Tromson-Aranzadi, 1999.

[105] Véase OIT: *Observatorio de la OIT -segunda edición: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas y análisis,* 7 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/grupups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnonte/wcms_740981.pdf. Donde se apuesta por el diálogo social y la concertación desde el garantismo y el trabajo decente o digno de la que trabaja, el reforzamiento de los sistemas de salud y asistencia sanitaria y la realización de políticas fiscales y laborales que hagan recaer los costes de la crisis del lado de la posición de los trabajadores. Ello exige el mantenimiento de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos y la regulación del trabajo informal o irregular, que jurídicamente es un trabajo calificable de ilegal estrictamente. Véase Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S.: "La OIT y el trabajo informal: la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal", en Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coords.) *et al*: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Ed. Comares, 2016, pp. 3-26; Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á. L. (Dirs.) y López Insua, B. M. (Coord.) *et al*: *El trabajo decente,* Granada, Ed. Comares, 2018; *Ibid., La dignidad del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Ed. Laborum, 2019.

La OIT ha reiterado en diversos instrumentos la vigencia de la Declaración de Filadelfia, actualizándola para hacer frente a un mundo global, comenzado por declarar que el trabajo no es una mercancía y la garantía de los derechos sociales laborales individuales y sindicales. Y es de subrayar también que lo ha hecho respecto a la prevención de riesgos laborales y al Covid-19. La OIT ha advertido sobre la tendencia perniciosa del capitalismo histórico a la mercantilización de todas las cosas[106] y la orientación hacia los mercados dominados por la máxima de la flexibilidad/liberalización, con el triunfo del "Derecho flexible del Trabajo"[107]. Le pretende legitimar este modelo iusliberal a través de la eficiencia económica y la creación de empleo, pero los hechos contradicen estas afirmaciones puramente ideológicas. La realidad, es que esta forma de capitalismo histórico -capitalismo puro de expansión ilimitada o más acentuadamente liberalizador- conduce a cuestionar la dignidad del trabajador y su materialización en un conjunto de derechos fundamentales, y ello se traduce en una enorme desigualdad y la tendencia hacia el autoritarismo en los países que han tenido una tradición propia del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Pero hay algo más la crisis sanitaria Covid-19 y su conversión en *crisis total* ha puesto de manifiesto los límites del modelo neoliberal de organización económico-social y con él de globalización neoliberal, pues han tenido que ser las grandes organizaciones públicas internacionales y ante todo los Estados nacionales los que han tenido que "salvar" al capitalismo de sus propias insuficiencias y tendencias destructivas. Las soluciones arbitradas por la Unión Europea y los Estados miembros son todo menos desreguladora; todo lo contrario: intensa y penetrantemente intervencionistas en todo el espacio económico y social. Es decir, una repuesta propia del capitalismo intervenido y organizado, cuando no de "capitalismo de Estado", más o menos democrático, más o menos autoritario, según el régimen político imperante en cada país en cada gran potencia estatal.

Ya en el temprano Comunicado de la Organización Internacional del Trabajo de 18 de Marzo de 2020 (OIT, Covid-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas), se observaba que el diálogo social tripartito entre los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y empleadores es un instrumento fundamental para elaborar y aplicar medidas reparadoras sostenibles, a escalas comunitaria y mundial. Ello requiere organizaciones de interlocutores sociales sólidas, independientes y democráticas. Varias crisis, entre ellas la Gran Depresión de 2008, han puesto de manifiesto que sólo

[106] Algo ya planteado por Karl Marx y a su estela por autores como Polanyi, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, Ed. La Piqueta, 1989; y en fecha más reciente Milanovic, B.: *Capitalismo, nada más. El futuro del sistema que domina el mundo,* trad. Teófilo de Lozoya y Juan Rabasseda Gascón, Madrid, Ed. Taurus, 2020. En la era de la globalización el capitalismo muestra a la vez que una capacidad de adaptación y una enorme capacidad de destrucción -quizás es algo en lo que no insiste suficientemente Milanovic-. El autor da por hecho el triunfo irreductible del capitalismo, el aniliquilamiento del capitalismo clásico, pero también el confinamiento del capitalismo "democrático" socialdemócrata. Por ello sólo ve dos direcciones de capitalismo fuerte -en realidad capitalismo de Estado- como el "liberal meritocrático" (paradigma, Estados Unidos) y el "político autoritario" (paradigma, China, pero también, se podría añadir Rusia que es un capitalismo autoritario como una democracia restringida). En cualquier caso, y pese a este escenario, apuesta por políticas redistributivas a través de impuestos y transferencias públicas sociales, que en el fundo es la conocida receta de "civilización" del capitalismo sin pretender superarlo. Lo que se aprecia es una tensión entre capitalismo y democracia constitucional participativa y de orientación redistributiva. En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., pp. 460 y sigs. (sobre "El nuevo sistema mundial en una "situación de excepción": globalización neoliberal y crisis económica"). En perspectiva de crítica de economía política, Streeck, W.: *Comprando tiempo. Las crisis pospuestas del capitalismo democrático,* Barcelona, Katz editores, 2016.

[107] Esta expresión y su sentido opuesto al Derecho del Trabajo clásico garantista del Estado Social de Derecho en Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid., Caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996; *Ibid., Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; y su evolución acentuada en esa dirección liberalizadora en *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

podemos evitar el riesgo de que se produzca un círculo vicioso a la baja mediante la aplicación de medidas políticas coordinadas y eficaces a gran escala.

Un diálogo social constructivo y continuo entre los gobiernos y los interlocutores es primordial para dar respuestas eficaces a escalas empresarial, sectorial y macroeconómica, como pone de manifiesto la experiencia adquirida en anteriores crisis económicas. Los gobiernos no pueden abordar las causas y las consecuencias de las crisis ni garantizar la estabilidad social o la recuperación sobre la base de medidas unilaterales. El diálogo social constituye un instrumento indispensable para gestionar las crisis de forma armonizada y eficaz y facilitar la recuperación, y es un *método de gobernanza* primordial para llevar a cabo cambios. El establecimiento de canales de comunicación eficaces y el diálogo ininterrumpido con los gobiernos son fundamentales para que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan gestionar la reestructuración empresarial de manera sostenible y conservar el empleo.

Y ya apuntó que hay que aplicar reformas institucionales y políticas en profundidad para facilitar la recuperación sobre la base de la demanda y aumentar la resiliencia por medio de sistemas de protección social *universal* eficaces que constituyan factores estabilizadores automáticos en los planos económico y social frente a la crisis. Ello contribuirá asimismo a recuperar la confianza en las instituciones y en los gobiernos.

Hay un cierto grado de incertidumbre en estas previsiones, al no estar claro en qué medida se verán afectados los países de ingresos bajos o medios. Si el virus afectara a esas economías en la misma medida, la incidencia en los trabajadores en situación de pobreza será mucho mayor. Y en condiciones de incertidumbre hay que actuar con los principios de prevención y de precaución.

La OIT insiste en que las epidemias y las crisis económicas pueden repercutir de forma desproporcionada en determinados grupos de población, y propiciar un aumento de la desigualdad. Habida cuenta de la experiencia relativa a casos anteriores y la información de que se dispone actualmente sobre la crisis del Covid-19, así como los conocimientos adquiridos en crisis anteriores, cabe destacar los grupos de población más vulnerables son:

— las personas con problemas de salud subyacentes o de edad avanzada, con mayor riesgo de padecer graves problemas de salud;

— los jóvenes, que deben afrontar un elevado índice de desempleo y subempleo, y son más vulnerables frente a una disminución de la demanda de mano de obra, como se constató a raíz de la última crisis financiera mundial. Los trabajadores de más edad son asimismo más vulnerables en el plano económico. A raíz de la epidemia del MERS, se puso de manifiesto que los trabajadores de más edad eran más proclives que las personas más jóvenes a encontrarse en situación de desempleo y subempleo, o de reducción de su horario laboral;

— las mujeres, a raíz de la amplia labor que desarrollan en los sectores más afectados (en particular el de los servicios), o por realizar un trabajo de primera línea para hacer frente a la pandemia (por ejemplo, las enfermeras). Según estimaciones de la OIT, el 58,6% de las mujeres que trabajan en todo el mundo lo hacen en el sector terciario, frente al 45,4% de los hombres. Las mujeres tienen menor acceso a servicios de protección social y soportan una carga laboral desproporcionada en la economía asistencial, en particular en el caso de cierre de escuelas o de centros de atención;

— los trabajadores sin protección social, en particular los trabajadores por cuenta propia, los ocasionales y los que llevan a cabo una labor esporádica en plataformas digitales, especialmente susceptibles de verse afectados por el virus al no tener derecho a bajas laborales remuneradas o por enfermedad, y estar menos protegidos en el marco de los mecanismos convencionales de protección social, u otros medios de compensación de fluctuaciones de ingresos; y

— los trabajadores migrantes, particularmente vulnerables a los efectos de la crisis del Covid-19 que restringirá su capacidad para desplazarse a su lugar de trabajo en sus países de acogida y para regresar con sus familias.

En lo que se refiere a las respuestas, la OIT insiste en la estrategia del trabajo decente y el papel regulador de las normas internacionales de trabajo. No es fácil preciar en contextos de incertidumbre el tipo de políticas serán las más eficaces para mitigar los efectos del Covid-19 en el mundo del trabajo. Al producirse una crisis, las Normas internacionales del trabajo proporcionan una base sólida para actuar a nivel político, habida cuenta de la función primordial que desempeña el trabajo decente para propiciar una recuperación sostenida y equitativa. Dichas normas, aprobadas por representantes de los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y de empleadores, permiten promover un enfoque que facilite avances y fomente un desarrollo centrado en el ser humano, en particular mediante instrumentos políticos que propicien un aumento de la demanda y la mejora de la protección de los trabajadores y las empresas.

La respuesta a nivel político debería hacer hincapié en dos objetivos a corto plazo: la protección de la salud y el apoyo económico, tanto con respecto a la demanda como a la oferta

En primer lugar, los trabajadores y los empleadores, incluidas sus familias, deberían estar protegidos frente a los riesgos sanitarios que conlleva el Covid-19. Deberían implantarse medidas de protección en el lugar de trabajo y en las comunidades, o fortalecer las existentes, lo que exige un apoyo e inversiones públicas a gran escala.

En segundo lugar, deberían desplegarse esfuerzos en el plano político a gran escala de forma oportuna y coordinada para fomentar el empleo y los ingresos y promover la economía y la demanda de mano de obra. Esas medidas permitirían paliar los efectos de las pérdidas de empleo e ingresos de las empresas y los trabajadores a corto plazo, y evitar efectos adversos en la oferta (incluida la pérdida de capacidad productiva de los trabajadores) y en la demanda (drástica reducción del consumo de los trabajadores y sus familias), para que no se produzca una recesión económica prolongada.

Es necesario adoptar medidas eficaces e integradas a gran escala en todas las esferas políticas para lograr resultados favorables y sostenibles. Habida cuenta de la rápida evolución de la crisis, es primordial llevar a cabo un meticuloso seguimiento de los efectos directos e indirectos de cada intervención, a fin de velar por la pertinencia de las medidas de respuesta en el plano normativo.

El fomento de la confianza por medio del diálogo es fundamental para que las medidas políticas resulten eficaces. En una coyuntura de mayor tensión social y de falta de confianza en las instituciones, es especialmente importante fortalecer los mecanismos de diálogo social y la confianza en los mismos, a fin de sentar unas bases sólidas que propicien una estrecha colaboración entre empleadores, trabajadores y gobiernos. El diálogo social a nivel empresarial es también primordial.

La OIT establece varios pilares fundamentales para luchar contra el Covid-19 sobre la base de las Normas internacionales del trabajo: la Protección de los trabajadores en el lugar de trabajo; el

Fortalecimiento de las medidas en materia de SST; la Adaptación de acuerdos laborales y señaladamente el relativo al trabajo a distancia dadas las nuevas circunstancias de la pandemia; la Prevención de la discriminación y la exclusión; el Acceso a servicios sanitarios de toda la población; la Ampliación del derecho a bajas remuneradas; el Fomento de la actividad económica y la demanda de mano de obra Promoción de una política fiscal eficaz; la Aplicación de políticas monetarias flexibles; el Apoyo financiero y de concesión de préstamos a sectores específicos, en particular el sanitario; el Apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos; la Ampliación de la protección social a toda la población; la Conservación del empleo: reducción del horario laboral y bajas remuneradas, entre subsidios; las Ayudas financieras y reducciones fiscales para las PYMES.

La *protección de los trabajadores en el lugar de trabajo* para reducir todo lo posible los efectos directos del coronavirus, en consonancia con las recomendaciones y directivas de la OMS, ha de hacer hincapié en los aspectos siguientes:

- mejora de las medidas de SST, en particular el distanciamiento social, el suministro de equipos de protección (especialmente para los trabajadores sanitarios y afines, voluntarios y otras personas que estén en contacto permanente con la población), los procedimientos de higiene y los métodos de organización del trabajo (con apoyo de campañas de información y aumento de la concienciación), así como del diálogo social entre empleadores y trabajadores y sus representantes, por ejemplo en el marco de comités de SST;

- fomento de acuerdos laborales flexibles y adecuados, por ejemplo, sobre trabajo a distancia;

- prevención de la discriminación y la exclusión con respecto al Covid-19;

- fomento del acceso universal a servicios sanitarios de financiación conjunta, en particular para trabajadores no asegurados y sus familias;

- ampliación del derecho a bajas remuneradas o subsidios por enfermedad, para ocuparse del cuidado de los hijos o atender a otras personas, en el marco de programas de financiación conjunta, a fin de garantizar la estabilidad de los ingresos de personas enfermas, en situación de cuarentena o responsables del cuidado de niños, personas de edad avanzada u otros miembros de su familia;

- Fomento de la actividad económica y de la demanda de mano de obra mediante políticas económicas y de empleo que contribuyan a estabilizar la actividad económica, por medio de:

    - políticas fiscales eficaces, incluidas medidas de protección social, transferencias específicas y factores de estabilización automática sobre la base de prestaciones por desempleo, inversión pública y reducciones fiscales para personas de bajos ingresos y PYMES;

    - políticas monetarias flexibles (reducción de tipos de interés, flexibilización de los coeficientes de reserva y disposiciones específicas en materia de liquidez);

- apoyo financiero y en materia de concesión de préstamos a las empresas, especialmente las PYMES, en sectores específicos. La inversión en sistemas sanitarios es fundamental para fomentar la resiliencia y la recuperación frente a la crisis de Covid-19, y crear empleo decente.

— apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos de las empresas y los trabajadores que se han visto afectados adversamente de forma indirecta (por ejemplo, como consecuencia del cierre de fábricas, la interrupción de las cadenas de suministro, las restricciones de viaje o la anulación de actos públicos), mediante:

— medidas de protección social basadas en mecanismos existentes y/o la remuneración específica de trabajadores, en particular los trabajadores informales, ocasionales, temporeros y migrantes, así como los que desarrollan su labor por cuenta propia (por ejemplo, mediante el fomento de las prestaciones por desempleo y programas de asistencia social o empleo público);

— disposiciones sobre conservación del empleo, en particular acuerdos sobre reducción de la jornada laboral o prestaciones parciales por desempleo, entre otros tipos de apoyo a las empresas por un período de tiempo determinado, por ejemplo subvenciones salariales (y reducción temporal de las retenciones fiscales en nómina o exención del pago de las cotizaciones a la seguridad social), concesión de bajas remuneradas a los trabajadores y ampliación de prestaciones existentes, bajas con fines de formación y subvenciones, entre otras medidas conexas;

— medidas de ayuda financiera o de reducción fiscal y de estabilización de ingresos por un período de tiempo determinado, con objeto de garantizar la continuidad de la actividad empresarial, en particular respecto de las PYMES y los trabajadores por cuenta propia (por ejemplo, mediante subsidios o programas de mediación para facilitar la concesión o la refinanciación de créditos con el fin de evitar restricciones de liquidez).

6.2. El garantismo jurídico de la Carta a la prueba de los hechos: ¿Enriquecimiento de los derechos de la Carta? Nuevas tecnologías y nuevos derechos laborales digitales

La CSEr -junto con otros instrumentos de garantía de derechos fundamentales- ha operado como un escudo social frente a la tentación de restringir los derechos sociales, bajo la coartada de mantener los equilibrios de déficit público. Pero no es sólo eso, lo más relevante es que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales ha contribuido en sí para el restablecimiento de la salud y del orden económico a través del mantenimiento de los niveles de rentas. Desde luego, como ha sido advertido, la CSE, desde su mismo origen no ha sido nada parecido a la "pariente pobre" o "hermana pobre" del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[108].

Se subrayó anteriormente el carácter dinámico del estándar de derecho sociales garantizados por la CSEr, y que esa historicidad depende de estado de cultura de los derechos y del desarrollo del sistema de necesidades y capacidades humanas. Pues bien, la dinamicidad de la CSEr y su objetivo

[108] Jimena Quesada, L.: "Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018, p. 17; Jimena Quesada, L.: "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de Covid-19", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 460, 2021, p. 50.

de "progresividad" en el perfeccionamiento de los derechos y la asunción de otros nuevos, nos debe llevar a la ampliación del estándar de derechos fundamentales por ella garantizados. Señaladamente, parece necesario e ineludible que la CSEr incluya los nuevos derechos laborales digitales, y lo haga sobre la base de las experiencias más avanzadas de los Estados miembros del Consejo de Europa. Si se observa atentamente la actual CSEr está preparada para incorporar estos derechos laborales digitales con sus correspondientes garantías y contenido esencial, pero se convendrá que en cierto modo es un instrumento que adolece de una cierta connotación "analógica" más que "digital", cuando lo que es necesario es atender a los requerimos de protección y tutela de nuevas situaciones de necesidad precisamente provocadas por sociedades cada vez más digitalizadas, como es el caso de las europeas. Estos nuevos derechos -que ya están presentes en las legislaciones de varios países miembros- exigirán la creación de nuevas formas de protección, pero partiendo que son nuevos derechos sociales diversificas, pues en unos casos estamos ante derechos sociales digitales de libertad y en otro frente a derechos sociales digitales a prestaciones positivas, ambos requieren de la intervención legislativa. Configurados como derechos de desmercantilización que en cuanto tales garantizan posiciones activas de ventaja frente a los poderes (reales) privados y públicos. Sin derechos como a la protección de datos personales en el ámbito laboral no son garantizados no sólo se perjudicará el objetivo materializado en el estándar, sino también su carencia de garantías adecuadas (los harían más vulnerables) a los derechos y libertades ya garantizados en el sistema interno de la CSEr. Dicho en otras palabras: el pleno reconocimiento en el sistema de la CSEr de los derechos laborales digitales supone una *autentificación y garantía de efectividad* de los demás derechos ya consagradas en el estándar mínimo vigente diseñado en este instrumento jurídico. Por tanto, es necesaria la ampliación de los derechos subjetivos "digitales", para superar el déficit -comprensible, ciertamente- que representa el no reconocimiento específico de los derechos laborales digitales, configurados como verdaderos derechos subjetivos de desmercantilización, para evitar que puedan ser mercantilizados y ser dependientes de los poderes que operan en el mercado de datos y tecnologías digitales, a través de entendidas mercantiles (incluidas las empresa virtuales, dotadas de gran poder) y plataformas privadas con fuerza para "extraer datos" y ejercer un dominio de vigilancia y control del trabajo dependiente o subordinado[109]. Esta realidad, sin duda, pone en peligro la democracia constitucional en su doble proyección formal/procedimental y material/sustancial, pues nada escaparía a los nuevos poderes irresistibles e incontrolables que operan en mercados mundializados o internacionalizados. Es así, que la incorporación de los nuevos derechos laborales en el sistema de la CSEr va más allá de enriquecimiento adicional, para convertirse en una exigencia de efectividad de este instrumento jurídico a una realidad digital y no sólo analógica, por utiliza esta expresión en un sentido metafórico. La transformación digital supone un cambio de paradigma para los instrumentos de protección de los derechos sociales fundamentales (y en general para todo el sistema de derechos en su conjunto). Las plataformas digitales, son tantos vehículos para el ejercicio de derechos y libertades (información, comunicación, cauces de expresión individual y colectiva, instrumentos de protesta y reivindicación laboral, de expresión del malestar social, etcétera; pero también implican la presencia de poderes difusos, que no son fáciles de controlar en orden democrático como lo son en potencia otros poderes más tradicionales en su manifestación y formas de ejercicio). Las nuevas entidades tecnológicas (empresas del sector digital) manejan datos, hacen predicciones de comportamientos que contribuyen de limitar las libertades y derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (los algoritmos en las redes, la mercantilización de los

[109] Puede consultarse la obra de Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder,* Barcelona, Paidós, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa "neopanóptica", la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa.

datos, los sistemas de videovigilancia y geolocalización, etcétera). Su capacidad manipulativa de las conductas y el propio ejercicio de los derechos los hace singularmente peligrosos para un régimen democrático. Ante esta situación se requiere una regulación pública limitadora de la mercantilización y de garantía de los nuevos derechos digitales (derechos laborales digitales, como a la protección de datos, a la intimidad, a la propia imagen, a la desconexión digital en el ámbito laboral…). Es el único modo de evitar realmente la acumulación por desposesión de elementos que forman parte de la persona y de las organizaciones sociales en las que se despliega su personalidad. Los códigos éticos, siendo útiles, no son los instrumentos de garantía más adecuados para los derechos de la personalidad en una nueva era digital. En sí misma la digitalización no erosiona los derechos y libertades, pero sí facilita dicha erosión a través de su uso para reforzar los poderes del mercado y los poderes directivos y de vigilancia de los empleadores respecto de sus trabajadores en los lugares de trabajo. Esa capacidad de erosión instrumental por poderes privados en la era digital constituye una amenaza pues cuestiona la efectividad de los derechos fundamentales laborales generales y específicos de la persona que trabaja en condiciones de subordinación (en puridad lo que hace es reforzar ésta de manera más sutil y penetrante en la esfera de la personalidad, muy lejos, pues, de tener una fuerza emancipadora y supuestamente más facilitadora de sus ámbitos de autonomía en el desarrolla de la actividad laboral).

La proliferación de Cartas de Derechos digitales, aunque instrumentos *soft law*, y por tanto sin fuerza normativa, como el caso de la Carta de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno español[110].

[110] *Carta de Derechos digitales,* aprobada en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia. El cap. 4, está dedicado a los "Derechos del entorno laboral y empresarial". Resulta significativo el catálogo de derechos laborales digitales en el "XIX Derechos en el ámbito laboral" (Dentro del cap. 4) para tomarlos en consideración en un verdadero instrumento normativo (*hard law*) más allá de una mera Declaración *soft law* como éste documento: 1. Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales. 2. En los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a: a) La desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar. b) La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales. Del uso de tales dispositivos o herramientas se informará a la representación legal de las personas trabajadoras. Esta información alcanzará los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. c) La protección de los derechos de la letra anterior en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. d) La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal. e) El uso lícito, leal, proporcionado y transparente de los controles empresariales digitales. f) Recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales, así como a ser informadas sobre la política de uso tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados. g) La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales. h) La cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo. 3. En los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la voluntariedad y la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, os derechos de las personas que residen en él, el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y la garantía de los derechos reconocidos en la legislación y los convenios colectivos. 4. En los procesos de transformación digital: a) Las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales. b) La representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse. 5. La negociación colectiva podrá establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la

Pero estamos en el campo donde la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales en tensión exige que la dinámica de la empresa no pueda derivar en una organización interna de poder de dominio y vigilancia prácticamente ilimitado sobre las personas que prestan servicios profesionales bajo condiciones de dependencia o subordinación organizacional. Si se aceptara su "normalización jurídica" sin límites precisos la vigilancia y control de las personas que trabajan entonces pasamos del trabajo como "mercancía sui generis" ("mercancía ficticia", porque la personas no lo son como señalara Karl Polanyi[111]) a la dominación directa de la persona del trabajador y la neutralización funcional/instrumental de sus derechos personalísimos en el marco de las relaciones de trabajo. Esto es, se transitaría de la simple subordinación o dependencia contractual al más amplio poder instrumental de un tipo de subordinación capaz de incidir en la naturaleza humana. Se arrebataría (o más exactamente se invadiría) al trabajador lo que le es más íntimo, esto es, la esfera inherente a su personalidad. Es un poder (poder biopolítico neopanóptico normalizado que sobrepasaría a la formulación originaria del poder biopolítico empresarial que realizara Michel Foucault[112]) que presentaría el riesgo de incrementar la disciplina y el principio de autoridad más allá de lo que pueda resultar razonable en una relación jurídica contractual o estatutaria en un régimen de democracia constitucional. La idea de poner freno a formas de organización y vigilancia de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo que incrementan los poderes exorbitantes de la dirección de la empresa y la intrusión en la esfera personalísima de los trabajadores es una exigencia del propio sistema democrático de relaciones laborales[113], pues pone en cuestión el disfrute de los derechos de la persona como ciudadano en la empresa u organización productiva. Las formas de organización empresarial propias de un reforzado orden de dominio de la vigilancia y control laboral invasivo "abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas", expropia datos personales y posibilita la elaboración de modelos predictivos conductuales que limitan la esfera de libertad real de la persona que trabaja y la hacen más vulnerable frente al poder del empleador[114].

---

determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar. 6. En todo caso, el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes en el ámbito laboral exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial contenidos en esta Carta y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación. 7. Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas. https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2021/Carta_Derechos_Digitales_RedEs_140721.pdf

[111] Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989, pp. 121 y ss., y 267 y ss.

[112] Foucault, M.: *Vigilar y castigar,* Madrid, Siglo XXI Editores, 1978, espec., pp. 139 y ss.

[113] No es baladí hacer notar que la Comisión Europea haya propuesta una Declaración que establezca que las tecnologías digitales, en general, deben garantizar la protección de los derechos de las personas y reforzar la democracia. Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital,* Bruselas, 26.1.2022 COM(2022) 27 final.

[114] Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder,* Paidós, Barcelona, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa "neopanóptica", la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa. Véase Fernánez Ramirez, M.: *El derecho del trabajo a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa "neopanóptica",* Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, espec., pp. 27 y ss., y 157 y ss.

Por otra parte, hay que tener en cuenta los cambios que se viene produciendo en el "modelo antropológico" de la figura del trabajador en la últimas década y que está provocando una cierta expansión del Derecho del Trabajo hacia un orden jurídico capaz de abarcar paulatinamente a toda la actividad profesional (trabajadores subordinados y trabajadores "débiles" en general), que podría entenderse como un *nuevo impulso hacia la "juridificación"* de las relaciones socio-profesionales en un sentido de realización de la justicia social limitadora de las condiciones de subordinación o dominación de la persona que trabaja a través de la garantía de todos sus derechos fundamentales . Estamos en un momento en que es necesario evitar la demolición para proceder a la refundación de los ordenamientos laborales, lo cual exigiría un periodo de transición de difícil itinerario. Es posible reflexionar sobre los confines del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en una dirección expansiva hacia todas las personas que trabajan[115].

Hay que tener en cuenta que el autoempleo -el trabajo autónomo y por cuenta propia- en numerosos casos ha dejado de ser una libre elección por parte de la persona que trabaja, siendo más bien una imposición del empresario dominante o fuertemente condicionada por la situación de debilidad en el mercado. En la práctica lo que se cuestiona es la libertad de elegir la forma de trabajar ("autoempleo" ideológicamente calificado como expresión de "emprendimiento" y de "espíritu de empresa"). Y a pesar de que se ha mejorado el sistema de garantías sociales atribuidas al trabajo autónomo, no deja de tratarse de formas de contratación que quedan privadas de importantes garantías iuslaborales, tanto de carácter individuo como de naturaleza colectiva o sindical.

Ese *modelo antropológico de trabajador* como centro de referencia normativa del garantismo jurídico-social que confiere el ordenamiento laboral ha sufrido un cambio que tiende a ser radical, como consecuencia de los fenómenos de la organización descentralizada de la empresa, la exteriorización o externalización de funciones, la "terciarización" del tejido productivo, el impacto de las nuevas tecnologías digitales, etcétera. Todos estos fenómenos (que integran la organización post-fordista del trabajo) han supuesto una "deshomogeneización" de la figura del trabajador, con la fábrica flexible y la formación de mercados internos y externos. El nuevo Derecho del Trabajo tendría que tender hacia un Derecho de la actividad profesional, esto es, abarcando las distintas formas de trabajar más allá de su formalización a través de la figura típica del contrato de trabajo; utilizando distintas técnicas de calificación como la dependencia económica hasta alcanzar a toda la actividad profesional de las personas que trabajan personal y directamente. Ello implicaría una cierta diversificación de las tutelas conferidas por el nuevo Derecho del Trabajo (es decir, una pluralización de los estatutos jurídicos protectores del trabajo personal) que se corresponden con las nuevas formas de trabajo profesional con formas muy difusas (verdaderas "zonas grises") entre "subordinación" y "autonomía relacional. Pero ello supone, desde luego incorporar las tutelas a los trabajadores de todas clases (formas atípicas o diversas al paradigma clásico estandarizado) que prestan servicios en la economía informal o irregular haciéndola emerger hacia la economía *regulada* por un Derecho del Trabajo garantista, esto es, un trabajo digno (decente) dotado de la dignidad y del conjunto de derechos a ella vinculados[116]. Al tiempo el principio que sirve de base a la regulación es que el trabajo -en cualquiera de sus formas- no es una mercancía objeto de comercio[117]. He aquí la función típica del Derecho del

[115] Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, *9*(1), 2021, pp. 220-294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982

[116] Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coautores) *et al*: *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Comares, Granada, 2016.

[117] Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, núm. 9(1), 2021, pp. 220-294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982

Trabajo como garantía de los derechos sociales de "desmercantilización", impidiendo que el trabajo esté sometido exclusivamente a los poderes del mercado[118].

Esto fenómeno de expansión del trabajo autónomo debilitado en su posición contractual y necesitado de la protección que dispensan las típicas tutelas del trabajo subordinado, quizás debería hacer reflexionar de manera producente y diferenciada sobre alguna previsión de la nueva CSEr sobre alguna extensión de derechos sociales a determinas formas de trabajo autónomo (en algunos casos estamos ante figuras complejas como las conocidas como "trabajo parasubordinado", "trabajo autónomo dependiente", "trabajador económicamente dependiente", que reflejan la realidad de la heterogeneidad del trabajo y el carácter fluido de sus fronteras delimitadoras; es cierto que también evidencia en algunos casos que algunos de estos trabajadores "autónomos" débiles en realidad debería ser objeto de tutela directa como trabajadores subordinados; el caso de los "trabajadores autónomos económicamente dependientes" en España sería un exponente de la aplicación de la vis expansiva del ordenamiento laboral porque en lo principal tienen los rasgos tipológicos de una relación de trabajo en el sentido del art. 1 del ET, y desde luego son "dependientes" en sentido jurídico formando parte de verdadero contrato de adhesión y estando bajo el círculo directivo y el plan de empresa del empleador para el que prestan servicios profesionales retribuidos con dedicación exclusiva. Pero más allá de la huida del Derecho del Trabajo, es cierto que hay trabajadores autónomos que lo son en sentido estricto y requerirían de una cierta protección, sin que ello tenga que tener como resultado que se desvirtúe y desnaturalice la finalidad principal del instrumento garantista que constituye la CSEr).

No es baladí indicar que el catálogo de derechos de estos dos instrumentos del Consejo de Europea (como también cabe predicar respecto del catálogo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) nunca ha sido un estándar acabado, sino que está abierto al tiempo de los derechos condiciones por las nuevas necesidades, demandas y aspiraciones que los miembros de una sociedad política desean garantizarlas como verdaderos derechos que permite el libre y pleno desarrollo de la personalidad como exigencia de la dignidad humana.

6.3. La Carta Social Europea Revisa frente al neoliberalismo jurídico: declive del constitucionalismo democrático social supranacional y tendencias hacia la "desconstitucionalización" material de los derechos sociales

En la coyuntura histórica actual y en una perspectiva de futuro existen riesgos reales de que se produzcan regresiones en la protección de los derechos sociales, e incluso en la negación de algunos derechos sociales (prestacionales y de libertad colectiva/sindical) que ya están consagrados en el catálogo estándar de la CSEr. Se percibe un declive del constitucionalismo democrático social en el Derecho Internacional y la tendencia hacia la "desconstitucionalización" material y la "re-mercantilización" legislativa de los derechos sociales fundamentales como debilitamiento del garantismo jurídico fuerte.

Vivimos en una época compleja para Europa en su conjunto, con una crisis de valores y con proyectos incompletos de integración a través de las dos grandes organizaciones internacionales: el Consejo de Europa y la Unión Europea. Y todo ello tras una crisis económica equiparable al crack de 1929, la presente crisis provocada por la "guerra de Ucrania". Esto determina que estemos ante tiempos difíciles para la garantía de los derechos y para la plenitud de la democracia constitucional.

[118] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss.; *Ibid., La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Laborum, Murcia, 2019, pp. 161 y ss.

El este contexto el neoliberalismo (en sus expresiones políticas, económicas y jurídicas), ya antes de la pandemia[119], pero que emerge de nuevo en esta fase de transición inacabada de post-pandemia pretendiendo estructurar a Europa a través de los postulados típicos del neoliberalismo contemporáneo, el cual pretende ampliar sus márgenes de acción y apropiarse de la dinámica del Estado, atrapado como "Estado de Mercado", orientado en permanente servicio a la defensa de las fuerzas del mercado y de la competitividad las economía en detrimento de los principios, valores y derechos y liberales fundamentales en los que aquéllos se materializan; mientras que el Estado hace primer la racionalidad económica sobre la racionalidad social.

El modelo de "adaptación" del Derecho Social a las nuevas realidades políticas, económicas y del empleo está siendo complejo y contradictorio donde coexistenten medidas garantistas con medidas flexibilizadoras de orientación neoliberal de "nuevo tipo" (no es en todos sus modos de pensar y actuar el ordoliberalismo del siglo pasado. Las reformas sociolaborales se han venido realizando -salvo importantes excepciones, como en España con el Gobierno de coalición socialista- desde el prisma del neoliberalismo jurídico, con una acusada tendencia hacia la referida "desconstitucionalización" material y la "re-mercantilización" legislativa de los derechos sociales fundamentales como debilitamiento del garantismo jurídico fuerte.

En una perspectiva más general -y por el momento- es constatable un cambio tendencial desde el Estado Social ("forma Estado") hacia un "Estado de competencia" económica (o Estado Social Postfordista), haciendo referencia a la forma de Estado emergente dentro de una nueva estrategia de acumulación. Ese "Estado de Competencia" o "Estado competitivo" ("Estado de mercado") tiende a desplazar gradualmente al Estado Social propio de la Era del constitucionalismo democrático-social. En esta forma de Estado emergente adquiere una especial centralidad los objetivos de modernización y competitividad estructural de las economías abiertas, esencialmente a través de la intervención en el lado de la oferta; y asimismo la subordinación de la política social a las exigencias de flexibilidad de los mercados laborales y de competitividad de las empresas. Es un "Estado de Competencia" nacional (y, al menos en Europa, supranacional). Destáquese que el rasgo característico de los "Estados de Competencia" es la asunción del compromiso activo preferente en el fomento de la competitividad de sus economías ante la intensa competencia en el ámbito de la economía global. Esta forma de Estado neoliberal de nuevo tipo puede tener consecuencias perversas:

1ª. Los cambios estructurales producidos en los países desarrollados y los procesos de reforma política y legislativa del Estado social contemporáneo han supuesto la emergencia de un nuevo fenómeno acotado bajo la denominación de la *"nueva cuestión social"* (en gran parte superpuesta a la tradicional derivada de los conflictos entre clases en las sociedades industriales), que hace referencia ahora también a un conjunto de "problemas" derivados no ya tanto de la industrialización y de la organización jurídico-política de la sociedad industrial, sino más precisamente de la crisis de la sociedad del trabajo y del problema de la exclusión social. Un conjunto de problemas (paro, pobreza, marginación...), que no cabe residenciar ni conectar necesaria ni principalmente con la relación salarial (bajo el esquema de las relaciones capital-trabajo), sino con la "subclase" o "infraclase" privada de los beneficios inherentes a la ciudadanía social (pero también la política y la civil general). Si la "vieja" cuestión social se planteó respecto a las consecuencias de los procesos de liberalización económica y jurídica e institucional nacida de la "gran transformación" que afectó a la vida económica y la consideración del trabajo como "mercancía ficticia"; la "nueva" (situaciones de nueva pobreza y exclusión, diversidad de las situaciones sociales e individualización de lo social; surgimiento de

[119] Un estudio completo del Derecho social de la emergencia durante la pandemia en la perspectiva post-pandemia, en Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M. N., Vila Tierno, F., Álvarez Cortés, J. C. (Dirs.), Fernández Rámirez, M. y Pedrosa Ramírez, S. I. (Coords.) *et al*: *Salud y Asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Tomos I y II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

un nuevo proceso de estratificación social denominado "infraclase" o "subclase" -vinculado la precarización de las relaciones profesionales-; el nuevo concepto de trabajo y trabajador, es decir, la crisis y "dilución" de la condición de subordinación que ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo asalariado, la cual sólo puede resolverse atendiendo también al hecho de la integración del trabajador en la organización empresarial) deriva de procesos estructurales relacionados con la desindustrialización y la crisis del trabajo para abarcar también los cambios culturales y de las orientaciones de política del Derecho: surgimiento de los valores post-materialistas y renacimiento del individualismo posesivo e insolidario, unido al creciente descompromiso social de los poderes públicos.

2ª. En este contexto, el Derecho del Trabajo actual (de "transición") es un sistema de Derecho desequilibrado, donde tiende a predominar el principio de eficiencia económica (y con ello el de libertad de empresa elevada a la última "potencia"). Ese nuevo Derecho flexible del Trabajo formaliza jurídicamente una nueva "constitución flexible del trabajo"[120]). El modelo de regulación legal, disperso y flexible, no se acomoda al modelo garantista diseñado en la Constitución, ni tampoco al estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Existe una cierta desatención del legislador de su obligación de garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del mercado de trabajo y de la relación de trabajo. Los derechos fundamentales juegan un papel esencial en la "legitimación de la legalidad". El Estado como instrumento protector de los derechos de ciudadanía, contemplando al trabajador como un ciudadano, lo cual exige un estatuto jurídico al que se reconduce el conjunto de los derechos de ciudadanía social[121]. La opción de política del Derecho actual no permite equilibrar los principios subyacentes al Derecho social del Trabajo. No permite proteger satisfactoriamente los derechos sociales ni los valores y derechos extra-patrimoniales de la persona que trabaja. Los temores no son infundados, como ha quedado acreditado en la experiencia jurídico-política. En gran medida la legislación favorece al principio de favor hacia la empresa, más que, desde luego, al principio de protección. El nuevo modelo de Derecho del Trabajo, diversifica patológicamente los "estatutos del trabajo" reduciendo los niveles de tutela, y diferenciando entre un "Derecho de los fuertes" (mercado primario) y un "Derecho de los débiles" (mercado secundario regulado a través de un Derecho de mínimos de protección). Se hace más funcional a las exigencias de la racionalidad económica. Con todo, el Derecho del Trabajo no desaparece se remodela internamente conforme a las nuevas prioridades o preferencias de política del Derecho flexible, y en coherencia interioriza en su racionalidad jurídica la racionalidad económica.

El proceso de remodelación del sistema del Estado Social (incluido, en términos generales, el proceso de reformismo social llevado a cabo en nuestro país desde la década de los noventa) se viene traduciendo en una reducción del potencial desmercantilizador de las políticas sociales, produciéndose una mayor dependencia de los trabajadores respecto al mercado ("remercantilización"), tanto en la esfera propiamente de las relaciones laborales como en el cuadro de los sistemas de protección social. Desde este enfoque, la calidad de los derechos sociales ha quedado sensiblemente mermada y, asimismo, los espacios de libertad real de que disfrutan los trabajadores (y que sólo se garantizan efectivamente mediante el reforzamiento de los grados de inmunidad frente a la relación de mercado). En la adaptación del Estado Social a las exigencias de funcionamiento de la economía y a la lógica de los mercados, se detecta un progresivo desplazamiento del modelo de Estado del Social "institucional" hacia el Estado "marginalista" (en el que tiende a prevalecer el mercado a expensas de las políticas y

[120] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; *Ibid. ,El Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid.,* "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo", en Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V. (Coords.) *et al*: *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[121] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss., y 159 y ss.

sistemas públicos). Ese "plegarse" a la lógica del mercado puede crear la falsa apariencia de realidad de que los mercados no están penetrados constitucionalmente por la regulación realizada por el poder público.

El Derecho Flexible del Trabajo (formalizador de la constitución flexible del trabajo) supone una ruptura del Derecho Social del Trabajo Clásico garantista (la constitución del trabajo) del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de las últimas décadas. Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de Derecho del Trabajo, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El Derecho del Trabajo aparece, por momentos, como un Derecho "invertido" respecto a las previsiones constitucionales y los Tratados y Acuerdos Internacionales, sin que formalmente se haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional. EL Derecho del Trabajo se hace más unilateral y desequilibrado, en la medida en que se subraya su condición de instrumento regulador del mercado respecto a su papel de garante de derechos sociales de la ciudadanía. El Derecho del Trabajo del constitucionalismo democrático-social había tratado, por el contrario, de equilibrar los principios del mercado (lógica económica) y de protección social (lógica social o razón social). La fundamentación "mítica" e ideológica es explicitada en las leyes de reforma cuando se hace referencia al fenómeno de la globalización, el cambio tecnológico (la sociedad de la información; la era de la información; y ahora en la "Era digital"-Revolución 4.0)[122], competitividad internacional, las exigencias de flexibilidad y adaptabilidad de las empresas, etcétera. Cabría inquirir sobre si el Derecho del Trabajo actual deviene o deriva en un derecho de la producción y de la competencia y no tanto en un derecho de la distribución.

El Derecho del Trabajo clásico del Estado social es calificado (o, más propiamente, "des-calificado" ahora) de Derecho rígido e ineficiente e incluso "unilateralmente favorable" (cuando nunca ha tenido ese carácter unilateral, la legislación laboral siempre ha sido una legislación de compromiso (Georges Scelle) entre el pluralismo de los intereses implicados)[123]; es objeto de un juicio de reproche respecto al funcionamiento normal de los mercados. El Derecho "Flexible" del Trabajo lejos de equilibrar los principios que lo informan (protección y rendimiento), se vence hacia la tutela del principio de rendimiento y productividad empresarial. Hasta tal punto es así que se puede hablar, con propiedad, en términos generales, de un principio regular e intervencionista pro-empresarial. Preside en el actual Derecho del Trabajo la razón instrumental economicista y tecnocrática, que se traducen en la re-mercantilización de espacio substraídos a los mecanismos contractuales de regulación del

[122] Los cambios tecnológicos siempre han influido en la dinámica del Derecho del Trabajo, sin que ello suponga aceptar en absoluto ninguna suerte de determinismo tecnológico. Puede consultarse Hyman, R. y Streeck, W. (Comps.): *Nuevas tecnologías y relaciones industriales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, espec., pp.35 y ss. Se critica el enfoque tradicional en torno al vínculo entre las relaciones industriales y el cambio técnico que considera a este último como un factor exógeno que influye sobre las primeras desde el exterior -considerándose el interior esencialmente en términos de un subsistema social semiautónomo en el modelo pluralista-funcionalista. Como resultado, la dirección y la esencia del cambio técnico aparece como independiente de las instituciones sociales que regulan el intercambio entre capital y trabajo. Las relaciones industriales, tanto en la teoría como en la práctica, quedan limitadas a la introducción de estrategias empresariales de cambio técnico y como si nada tuvieran que ver con su concepción. Esto permitir legitimar el reforzamiento de la exclusión del trabajo en las sociedades de capitalismo avanzado de las decisiones industriales importantes, como son las de la tecnología. Por otra parte la tecnología (y el cambio tecnológico) en sí misma no determina la estructura industrial, sino que más precisamente ofrece opciones entre las que la dirección de la empresa, los sindicatos y los responsables industriales pueden elegir dentro de un amplio margen de maniobra.

[123] En este sentido, Monereo Pérez, J.L. "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de Constitución flexible del trabajo", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1527 y ss.; "El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 160, 2013, pp. 17 y ss., y antes *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

mercado, con el efecto de una privatización de ámbitos funcionales cuya regulación se confiere a la negociación colectiva o a la contratación individual. Este sector diferenciado del ordenamiento jurídico *se convierte en un instrumento de la política del Derecho orientada hacia la garantía preferente del principio de eficiencia económica*, en términos de productividad o de rendimiento. En el plano de las relaciones de poder en el trabajo asalariado, este modelo normativo de Derecho del Trabajo ha supuesto un reforzamiento de los poderes unilaterales atribuidos a la posición jurídica de la dirección de la empresa. Su lógica implícita o subyacente es la propia de una "rama" del Derecho de la Economía.

Se asiste a una *metamorfosis del trabajo* a finales del siglo veinte y en los inicios del transcurso del siglo veintiuno; una evolución marcada por la disgregación y la atomización de aquel modelo aparentemente monolítico en el pasaje desde la producción en masa estandarizada hasta el llamado postfordismo, es decir, hasta una dimensión productiva y social molecular, reticular, horizontal, que parece derribar radicalmente el paradigma anterior. Estamos ante la nueva forma adoptada del "trabajo flexible". El modelo de empleo estándar (estable, a tiempo completo…) es cada vez menos representativo del mundo del trabajo actual (OIT, 2015)[124]. Ello entraña grandes retos para las políticas y las instituciones, que se han establecido en torno al modelo estándar de empleo[125]. Las nuevas tecnologías y los cambios en la forma en que las empresas organizan la producción son factores determinantes de la evolución de la relación de empleo y de la extensión de las nuevas formas de trabajo. El cambio tecnológico (piénsese, paradigmáticamente, en la automatización del proceso productivo) y las nuevas formas de organización del trabajo pueden determinar una cierta pérdida de centralidad del trabajo, convirtiéndolo en algunos sectores en un elemento periférico a la producción y provocar, consecuencialmente, su devaluación como elemento de articulación y estructuración social[126]. Por lo demás, el sistema productivo aparece cada vez más tecnificado en el que los procesos

[124] Realza la OIT que la relación de empleo es cada vez menos segura: "El presente informe releva que se ha producido un alejamiento con respecto al modelo estándar de empleo, en cuyo marco los trabajadores perciben un sueldo o un salario en una relación de empleo dependiente con respecto a sus empleadores, tienen un trabajo estable y trabajan a tiempo completo. Ahora bien, el modelo estándar de empleo es cada vez menos predominante en las economías avanzadas. En cuanto a las economías emergentes y en desarrollo, si bien se ha observado un cierto fortalecimiento de los contratos y las relaciones de empleo, el empleo informal sigue siendo una práctica corriente en muchos países y la utilización de contratos de muy corta duración y de horarios de trabajo irregulares se está generalizando en los tramos inferiores de las cadenas de suministro mundiales (véanse los capítulos 1 y 5 del presente volumen). En la actualidad, el empleo asalariado solo representa alrededor de la mitad del empleo mundial, proporción que incluso se reduce a cerca del 20 por ciento de la fuerza de trabajo en regiones como África subsahariana y Asia meridional. En varias economías avanzadas se ha registrado una tendencia hacia la disminución de la proporción del empleo asalariado, que se aparta de la evolución histórica. En cambio, están creciendo el trabajo por cuenta propia y otras formas de empleo que quedan fuera del ámbito de los acuerdos suscritos tradicionalmente entre los empleadores y los trabajadores asalariados. En las economías emergentes y en desarrollo, la tendencia histórica hacia la extensión del empleo asalariado se está ralentizando. Además, en la mayoría de los países en desarrollo, la proporción del empleo en la economía informal y en el trabajo familiar no remunerado sigue siendo persistentemente alta. Además, entre los trabajadores asalariados en su conjunto están apareciendo nuevas dinámicas. Menos del 45 por ciento de los trabajadores asalariados tienen un empleo a tiempo completo y permanente, y la tendencia parece ser hacia la baja (véase gráfico 1). Esto significa que, en todo el mundo, al cerca de 6 de cada 10 trabajadores asalariados están ocupados en formas de empleo a tiempo parcial o temporal. Las mujeres constituyen una parte desproporcionadamente alta de las personas ocupadas en modalidades de empleo asalariado temporal o a tiempo parcial. En resumen, *el modelo de empleo estándar es cada vez menos representativo del mundo del trabajo actual, ya que menos de uno de cada cuatro trabajadores está empleado hoy en condiciones que corresponden a ese modelo*" (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, p. 3).

[125] Casas Baamonde, M. E.: "El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 7, 2015; Monereo Pérez, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en la 'era de la flexibilidad'", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, pp. 444 y ss.

[126] Monereo Pérez, J.L.: "El Derecho Social del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial", en Capella Hernández, J. R. (Coord.) *et al*: *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 2002. Un profunda y actualidad reflexión sobre el impacto de las nuevas tecnologías y la digitalización en las formas de trabajo y en las relaciones laborales puede hallarse en las atinadas reflexiones de Mercader Uguina, J.: *El futuro*

de gestión y toma de decisiones se controlan por un grupo cada vez más reducido de personas. Y la crisis del trabajo es inevitablemente la crisis de la "sociedad del trabajo". De ahí que la consecución del modelo de empleo estándar para la mayoría de los trabajadores sea cada vez más difícil.

Igualmente están en declive las ilusiones prometeicas que han dominado el pasado siglo suponía un canto romántico al progreso económico, a la industrialización, y a la globalización sin fronteras. Una globalización cosmopolita apoya en el cambio tecnológico (calificado sin más de "progreso tecnológico"). Sin advertir -evitando caer en un pesimismo metodológico- que el progreso puede ser una fuente de destrucción irreversible[127]. Es lo cierto que las nuevas tecnologías y su aplicación a los procesos productivos y a la organización del trabajo está redefiniendo la "sociedad del trabajo"[128]; más que del mito del fin del trabajo vinculado a las nuevas tecnologías[129] nos encontramos con una transformación de las formas de trabajar, aunque también con la pérdida de numerosos empleos que ceden el paso y desaparecen en la sociedad "postindustrial" y "postmoderna" (o de segunda modernidad)[130]. El progreso tecnológico no puede equipararse mecánicamente al progreso social (lo intuyeron autores como H. George, G. Sorel, F. Tönnies, W. Benjamin). En relación el proceso tecnológico y su impacto ambivalente en la sociedad del trabajo se ha podido hablar de "la escatología del fin del trabajo", a la par que se subraya la repercusión de la digitalización y de la robótica en las nuevas formas de trabajo y en la privacidad en la empresa[131]. La globalización ha tenido una gran incidencia en el Derecho Social del Trabajo. Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones han supuesto un desplazamiento de las formas de organización y prestación del trabajo: incidencia en las mejora de la productividad para garantizar la competitividad; facilitando el trabajo a distancia con ayuda de las nuevas tecnologías (señaladamente, el teletrabajo); propiciando -y facilitando el fomento- de las distintas formas de trabajo autónomo; reforzando los mecanismos de dirección y control de la actividad de los trabajadores y su afectación los derechos fundamentales del

del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Puede consultarse la perspectiva de conjunto realizada por Monereo Pérez, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la "era de la flexibilidad"", *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 10, 2016; *Ibid.,*"Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno", en Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L. y otros (Edited by): *The Balance between Worker protection and Empleyer Powers: Insights from around the World,* Cambridge, Scholars Publishing, 2018, pp. 16-109.

[127] Que ya había sido advertido por algunos autores lúcidos de en la primera mitad del siglo veinte. Así, señaladamente, Benjamin, W.: *Angelus Novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2012; Sorel, G.: *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el Porvenir social],* edición y estudio preliminar, "El pensamiento socio-político de George Sorel" (pp. XI-LXII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011; Monereo Pérez, J.L.: "La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología", estudio preliminar a Spencer, H.: *Instituciones industriales,* Granada, Comares, 2009, pp. VII-XLVI.

[128] Offe, Cl.: *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro,* Madrid, Alianza editorial, 1992, pp. 17 y ss., y 371 y ss.; Castel, R.: *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo,* Buenos Aires, FCE, 2010, pp. 77 y ss.

[129] Paradigma de excesos discursivos al respecto, es la obra de Rifkin, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era,* Barcelona, Ed. Paidós, 1998; y su pertinente crítica, Alonso, L. E.: *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, que reflexiona críticamente sobre el mito del fin del trabajo, pp. 143 y ss.; *Ibid., Trabajo y posmodernidad: el empleo débil,* Madrid, Ed. Fundamentos, 2000, pp. 187 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2011, pp. 9 y ss., y 103 y ss.; y un enfoque desmitificador del trabajo, en Meda, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción,* Barcelona, Gedisa Editorial, 1998.

[130] Más que de fin del empleo en sí cabe hablar de transformación del trabajo. En este sentido Carnoy, M.: *El trabajo flexible en la era de la información,* Madrid, Alianza editorial, 2001, pp. 74 y ss.

[131] Mercader Uguina, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 38 y ss., 79 y ss., 121 y ss., y 217 y ss.

trabajador; incidiendo en la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo (derechos de información, formas de acción colectiva, esquirolaje interno y tecnológica en la huelga…), etcétera[132].

Es así que las políticas públicas no deberían centrarse únicamente en promover la transición desde modalidades de empleo no estándar hacia el empleo permanente, a tiempo completo y dependiente. También se debería tener en cuenta la necesidad de asegurar una protección adecuada para los trabajadores ocupados en todos los tipos de empleo. En el informe se examina el papel que cumplen en este sentido las normativas en materia de protección social y de empleo. Debido a esta transformación en las relaciones de empleo, hacen falta políticas que amplíen y desarrollen la cobertura de la protección social. La cobertura insuficiente de la protección social y la inclusión de criterios de admisibilidad que en la práctica determinan que solo pueden beneficiarse de la mayoría de prestaciones las personas que tienen contratos de trabajo regulares, limitan el alcance y la contribución que los sistemas de protección social podrían hacer a vastos sectores de la fuerza de trabajo. Por consiguiente, se deberían revisar las reglamentaciones vigentes a fin de tomar en consideración la transformación de las modalidades de empleo. Como se indica en el informe, varios países han logrado progresos sustanciales al respecto y sus experiencias podrían servir de modelo para avanzar en este campo. Cuando los sistemas de protección social están en su proceso de establecimiento, se abren oportunidades para incluir inmediatamente en su ámbito de cobertura a diferentes formas de empleo. Cuando los sistemas están ya arraigados, es necesario modernizar los criterios de admisibilidad y cobertura a fin de tener en cuenta adecuadamente la composición de la fuerza de trabajo[133]. Por tanto, la regulación laboral tiene que adaptarse a estas formas de empleo diversas[134]. Todo ello se enmarca en "un sistema integrado de objetivos universales de sostenibilidad"

[132] Una exposición de conjunto de ese impacto múltiple y totalizador pueden encontrarse en Purcalla Bonilla, M.: *El trabajo globalizado: Realidades y propuestas,* Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2009, pp. 151 y ss.; Sanguinetti Raymond, W. y García Laso, A. (Eds.): *Globalización económica y relaciones laborales,* Salamanca, Eds. Universidad de Salamanca, 2003.

[133] La introducción de este tipo de innovaciones en las políticas ha permitido ampliar la cobertura legal, y en algunos casos efectiva, de la protección social e incluir así a las formas de empleo no estándar, a través de medidas como la creación de nuevas categorías contributivas, la simplificación de los procesos de registro y de recaudación tributaria, y el pago de subsidios para las cotizaciones y contribuciones a los regímenes de protección social. Por ejemplo, en Argentina, Brasil, China y Sudáfrica, la adopción de modalidades innovadoras de protección social ha ayudado a mejorar la seguridad del ingreso de los trabajadores en situaciones de empleo vulnerable. En diversas economías avanzadas y en desarrollo, los gobiernos han aplicado combinaciones de políticas en materia de protección social y de mercado de trabajo que han permitido incrementar el empleo formal. Al margen de estas tendencias positivas, sigue habiendo brechas importantes en la protección social de los trabajadores ocupados en diferentes tipos de empleo. Por ejemplo, el desarrollo de programas de seguro social contributivo para trabajadores autónomos y derechos de pensión para los trabajadores que tienen formas atípicas de empleo - la mayoría de los cuales son mujeres - sigue siendo insuficiente. (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, pp. 4-5).

[134] En el informe se indica que muchos gobiernos han respondido a la transformación de las modalidades de empleo adaptando las normativas sobre empleo y extendiendo su alcance. Al respecto, ha habido mejoras significativas en algunos ámbitos de la legislación, en particular en lo que se refiere al empleo autónomo, al trabajo a tiempo parcial, al empleo de duración determinada y al trabajo obtenido a través de agencias de empleo temporal. El informe plantea que la capacidad de protección en este ámbito de las normativas laborales ha aumentado de manera sostenida con el transcurso del tiempo en la mayoría de los países analizados, en parte gracias a la introducción de leyes sobre la 'igualdad de trato', en virtud de las cuales se exige una protección equivalente tanto para los trabajadores con empleo estándar como para los que tienen empleos no estándar. No obstante, en los países donde los marcos jurídicos no tienen adecuadamente en cuenta la naturaleza cambiante de las relaciones de empleo, un gran número de trabajadores todavía carecen de cobertura de la legislación de protección del empleo. Por otra parte, algunos países, especialmente en Europa, han introducido en los últimos años cambios que han reducido el nivel de protección de los trabajadores, ya sea con empleo estándar o empleo no estándar, con el objetivo de estimular el crecimiento del empleo. Sin embargo, el análisis incluido en el informe sobre la relación entre la regulación laboral y los indicadores clave del mercado de trabajo - como, por ejemplo, el desempleo - sugiere que la reducción de la protección de los trabajadores no conlleva una reducción del desempleo. De hecho, los resultados que presenta el informe indican que, cuando los cambios introducidos están mal diseñados y debilitan la legislación sobre protección al empleo, su aplicación será con toda probabilidad contraproducente para el empleo y la participación en el mercado laboral,

con metas absolutas y disponibles para su aplicación diferenciada a niveles regional, nacional y local. La Agenda Post-2015 se basa en principios y valores básicos compartidos. En tratados y declaraciones políticas internacionales, sobre todo la Declaración de Río de 1992 y la Declaración del Milenio de 2000[135], los gobiernos han acordado principios fundamentales que son cruciales para las relaciones a nivel nacional e internacional. Son, al menos, ocho los principios que pueden servir como una base normativa para una futura agenda de desarrollo: principio de solidaridad y justicia social; principio de no maleficencia que refleja la idea de evitar causar daños a las personas o a la naturaleza; principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas entre los Estados; principio de "quien contamina paga"; principio de precaución; principio de subsidiariedad en la adopción de las decisiones buscando la proximidad; principio de consentimiento libre, previo e informado de las comunidades respecto de proyectos o acciones propuestas por los gobiernos o empresas que puedan afectar su medio de vida y las tierras que tradicionalmente poseen, ocupan o usan; y el principio de solución pacífica de controversias de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. En cuanto a los valores, en la Declaración del Milenio de 2000 se recogen los siguientes principios: libertad, igualdad, diversidad, respeto por la naturaleza. Es necesario traducirlos a derechos y deberes legalmente consagrados. Aquí el sistema universal de los derechos humanos juega un papel esencial. El sistema universal de derechos humanos establece principios fundamentales: libertad, igualdad, diversidad, respeto por la naturaleza. Los gobiernos en general han dado su aprobación a estos principios y valores. Sin embargo, esto no es suficiente. Es necesario traducirlos a derechos y deberes legalmente consagrados. Aquí el sistema universal de derechos humanos juega un papel esencial. El sistema de derechos humanos establece un conjunto principios y derechos que conforman un estándar internacional[136].

Se ha producido un cambio del modelo antropológico de trabajador, el cual que se proyecta en un doble plano: por un lado, dentro de la figura del trabajador por cuenta ajena, centro de referencia del Derecho del Trabajo clásico garantista, donde se aprecia la transición paulatina del "trabajador masa" al "trabajador heterogéneo" del postfordismo; y, por otro, la expansión y "laboralización" parcial de ciertas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo (trabajadores "parasubordinados" o "semi-autónomos"; trabajadores por cuenta propia "dependientes"), en cuyo marco los trabajadores profesionales se encuentran en una situación económica y jurídica de debilidad contractual y de subordinación a los poderes directivos y de fijación unilateral de las condiciones del trabajo de un empresario contratante. Por lo demás, las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo se hacen cada vez más difusas. Respecto de los cuales pueden aplicarse ciertas garantías de protección (es decir, un conjunto de derechos sociales insertados como posición estatutaria en los contratos de servicios) tradicionalmente aplicables a los trabajadores asalariados. El Derecho del Trabajo clásico (esto es, garantista) tenía como centro de referencia antropológico a la figura del trabajador homogéneo (trabajador industrial "estandarizado" en grandes complejos empresariales, "fábricas") propio los sistemas fordistas de organización del trabajo. Ahora es el propio sistema jurídico el que explícitamente fomenta el trabajo autónomo, y en ciertos casos propicia la "huida" del Derecho del Trabajo de trabajadores llamados supuestamente "parasubordinados" o "económicamente

tanto a corto como a largo plazo. Es evidente que en este ámbito de las políticas no hay una solución válida para todos. Por el contrario, existe una clara necesidad de contar con enfoques cuidadosamente diseñados, basados en las condiciones específicas de cada mercado de trabajo y en datos fácticos sobre los resultados, y no en posturas ideológicas. Es más probable que esto pueda lograrse en un marco de diálogo social que ayude a encontrar el camino a seguir. (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, p. 6).

[135] Onu.: *Declaración del Milenio,* Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de septiembre de 2000 (A/RES/55/2/00 55954).

[136] Grupo de Reflexión de la Sociedad Civil sobre Perspectivas Globales de Desarrollo, 2015; sobre el sistema universal de los derechos humanos y sus garantías de efectividad, puede consultarse, ampliamente, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Granada, Ed. Comares, 2014, *passim.*

dependientes"[137]. En esas fronteras se impone también un concepto más flexible y espiritualizado de subordinación vinculada al proceso de *integración* del trabajador en una organización productiva. El nuevo Derecho del Trabajo garantista debe incorporar las nuevas formas de relación de trabajo -atípicas o informales- al sistema de estándar mínimos que este sector del ordenamiento jurídico está llamado a dispensar. Nada relevante se consigue sin esfuerzo. Pero merece la pena lucha por la expansión subjetiva de las protecciones sociales, tanto más ante el desafío que representa afrontar la solución de los problemas de desestandarización y desestructuración del trabajo productivo en una "sociedad del riesgo". El trabajo "frágil" y "precario" se expande inexorablemente, de manera que las políticas de flexibilidad y desregulación suponen una redistribución de los riesgos, transfiriéndolos del Estado y la economía al individuo -persona que trabaja-. Es así que la sociedad del trabajo se transforma en una sociedad del riesgo marcada por una siempre creciente incertidumbre[138]. Entonces la expansión del Derecho del Trabajo hacia un orden jurídico capaz de abarcar paulatinamente a toda la "actividad profesional" (trabajadores subordinados y trabajadores "débiles") podría entenderse como un *nuevo impulso hacia la "juridificación"* de las relaciones socio-laborales en un sentido de realización de la justicia social limitativa de la subordinación o dominación de la persona que trabaja a través de la garantía de todos sus derechos fundamentales. Estamos en un momento en que es necesario evitar la demolición para proceder a la refundación de los ordenamientos laborales, el cual exigirá un periodo de transición de difícil itinerario.

Hay que tener en cuenta que el autoempleo -el trabajo autónomo y por cuenta propia- en numerosos casos ha dejado de ser una libre elección por parte de la persona que trabaja, sino una imposición del empresario dominante o fuertemente condicionada por la situación del mercado. En la práctica lo que se cuestiona es la libertad de elegir la forma de trabajar ("autoempleo" ideológicamente calificado como expresión de "emprendimiento" y de "espíritu de empresa"). Y a pesar de que se ha mejorado el sistema de garantías sociales atribuidos al trabajo autónomo, no deja de tratarse de formas de contratación que quedan privadas de importantes garantías iuslaborales, tanto de carácter estrictamente individual como de naturaleza colectiva o sindical.

Este *modelo antropológico* de trabajador como centro de referencia normativa del garantismo social que confiere el Ordenamiento laboral ha sufrido un cambio que tiende a ser radical, como consecuencia de los fenómenos de la organización descentralizada de la empresa, la exteriorización o exteriorización de funciones, la "tercerización" del tejido productivo, etc. Todos estos fenómenos (que integran la organización post-fordista del trabajo) han supuesto una "deshomogeneización" de la figura del trabajador, con la fábrica flexible y la formación de mercados de trabajo internos y externos. El Derecho del Trabajo podía articular una regulación laboral intervencionista en gran medida general y estandarizada; modelo de regulación general que también era proyectable al sistema de negociación colectiva con una regulación globalmente uniforme, sin espacios reguladoras significativos para la autonomía individual (las normas estatales y las normas convencionales de origen profesional prefiguraban la relación individual de trabajo; haciendo del contrato de trabajo un típico "contrato normado"). Los cambios en el modelo antropológico de trabajador y las normas formas de organización de las empresas (exteriorización, "empresa en red" como forma dominante de organización del ciclo productivo, formación de unidades de pequeñas dimensiones pero integradas de modo flexible para adaptarse a la competitividad en un contexto de globalización de la economía mundial, etc.) han

[137] Ya resulta significativo que el Capítulo II ("Determinación de la existencia de una relación de trabajo") de la Recomendación OIT, núm. 198, adoptada el 15 de junio de 2005, sobre la determinación de la relación de trabajo, considere fundamental que "A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia" (apartado 12); y asimismo que "En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas" (apartado 17).

[138] Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Ed. Paidós, 1998, espec., pp. 175 y ss.

determinado una transformación significativa de ese modelo de regulación. Ahora se impone, como elección de política del Derecho, un modelo de regulación de la diversidad y una legislación mínima de "contención" de la conflictividad social. El nuevo Derecho del Trabajo tendría que tender hacia un Derecho de la actividad profesional, esto es, abarcando las distintas formas de trabajar más allá de su formalización a través de la figura típica del contrato de trabajo; utilizando distintas técnicas de calificación como la "subordinación" o "dependencia" técnico-organizativa (paradigmáticamente, art. 1 del ET) como la dependencia económica hasta alcanzar a toda actividad profesional de las personas que trabajan personal y directamente. Ello implicará una cierta diversificación de las tutelas conferidas por el Derecho del Trabajo (es decir, una pluralización de los estatutos jurídico protectores del trabajo personal) que se corresponden con las nuevas formas de trabajo profesional con formas muy difusas ("zonas grises") entre "subordinación" y "autonomía" relacional. Pero ello supone, desde luego, incorporar a las tutelas a los trabajadores de todas clases (formas atípicas o diversas al paradigma clásico estandarizado) que prestan servicios en la economía informal o irregular haciéndola emerger hacia la economía formal *regulada* por un Derecho del Trabajo garantista, es decir, un trabajo digno (decente) dotado de la dignidad y del conjunto de derechos a ella vinculados[139]. Al tiempo el principio rector que sirve de base a la regulación es que el trabajo -en cualquiera de sus formas- no es una mercancía objeto de comercio. He aquí la función típica del Derecho del Trabajo como garantía de los derechos sociales de "desmercantilización", impidiendo que el trabajador esté sometido exclusivamente a los poderes del mercado[140].

La incidencia de las nuevas formas de organización del trabajo asalariado se deja sentir en un paulatino desplazamiento del trabajador "masa" al trabajador "heterogéneo". Es, éste, un proceso donde se percibe el papel creador y de conformación jurídica de los mercados de trabajo por parte del sistema legal. Esta heterogeneidad comporta también una diversificación de intereses y, a *consecuencia* de ello, la dificultad para una auténtica política de reformismo social de elaborar un proyecto unificador de la sociedad fragmentada del capitalismo tardío, capaz, pues, de aglutinar la diversidad de intereses de los trabajadores, por encima de los intereses "corporativos" o de "sector". Se constata, entonces, un tránsito del paradigma del "obrero-masa" al trabajador social heterogéneo del postfordismo. El "trabajador-masa" es el modelo-tipo (real) de trabajador homogéneo de la cadena de los grandes complejos industriales surgidos del proceso de industrialización (propio de la producción en serie y a gran escala, que caracteriza a las grandes "ciudades industriales"). Para él la empresa es el lugar típico de la relación laboral moderna, donde imperaba una rígida organización "científica" del trabajo. Esa racionalización instrumental del proceso productivo y, consiguientemente, de las condiciones de trabajo, fue en sí misma un factor de cierta homogeneización de la clase trabajadora y elemento determinante de su constitución como clase social específica. El trabajador homogéneo ha sido el centro de atención del Derecho del Trabajo clásico. Fue el protagonista, activo y pasivo, de los procesos de expansión económica y de la política social, pero los conflictos vinculados a la crisis y a la reestructuración económica, a partir de la crisis de los años setenta y las sucesivas y recurrentes, han deteriorado considerablemente ese protagonismo político-social. Produciéndose la búsqueda de formas específicas de representación sindical y mediación política. Todo ello refleja y se corresponde con la actual fase del desarrollo económico a finales del siglo veinte y principios de este siglo. Estas nuevas formas de trabajo y la tendencia hacia la "empresarización" de las relaciones laborales -con un papel creciente de la descentralización, el trabajo a distancia y el trabajo autónomo o semiautónomo- inciden en un vaciamiento de las bases del poder sindical que encuentra grandes dificultades para "representar" a una cada vez más diversa y fragmentada "clase trabajadora" en sentido amplio. Es un

[139] Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y coautores) *et al*: *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Ed. Comares, 2016.

[140] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss.

cambio de época que exige una reinvención de la praxis del sindicalismo y del modelo de regulación predispuesto por el ordenamiento laboral.

Una consecuencia relevante de esa conformación cualitativa de las estructuras productivas y de las formas de trabajo es la emergencia del "trabajador-heterogéneo", el cual surge nítidamente del "segundo mercado" (el mercado secundario o la "otra sociedad del trabajo" asalariado), integrado por trabajadores temporales, parados, marginados, trabajadores a tiempo parcial, jóvenes trabajadores, mujeres, trabajadores con empleo precario, trabajo negro o sumergido, emigrantes, etc.; en general, se trata de trabajadores marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y por el sistema de negociación colectiva y sus respectivas redes de cobertura protectora y desmercantilizadora. Ésta figura tiende a eclipsar al modelo de "trabajador-homogéneo" del fordismo, al menos como objetivo a perseguir. *Dichas formas de trabajo generan nuevas formas de inseguridad social.* Ambas figuras -trabajador heterogéneo y trabajador homogéneo- se vinculan íntimamente a la estructura del proceso laboral; a la abstracción sucesiva del trabajo: el trabajo abstracto como modo de trabajar en una organización productiva de pertenencia ajena, el cual refleja la naturaleza social del proceso productivo. En este orden de ideas, se puede decir que el antónimo del "trabajador-masa" no es tanto y "exclusivamente" el trabajador temporal o a tiempo parcial, como el "trabajador-heterogéneo" y dividido. Las fuerzas de trabajo temporal y a tiempo parcial son una forma más de potencial disgregación de posiciones jurídicas (estatutarias y contractuales) y de intereses sociales "parciales" y singularizados respecto a "los otros", también trabajadores asalariados.

Primeramente, conviene realzar que todo ello conduce nuevamente a un replanteamiento de los fines y de cuál es el trabajo objeto del ordenamiento laboral. Hoy por hoy este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena como centro de referencia "principal" del Derecho del Trabajo. Centro sociológico de imputación normativa (principal). Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni la posible entrada residual de formas de "parasubordinación" (los "Trade" en España, en cuya relación de trabajo se entiende que existe una coordinación directiva o coordinación dependiente) dentro del ámbito personal de esta disciplina tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro a medio plazo) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine con paso firme hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional con ánimo tutelar de la persona del trabajador "parasubordinado" contribuye a la diversificación del tipo contractual (toda vez que las prestaciones de servicios prestadas en régimen de autonomía no suelen estar sometidas a la tutela del Derecho del Trabajo, estando formalizadas jurídicamente a través de contratos civiles como los arrendamientos de servicios) pero no hace enteramente difusa la delimitación de fenómeno trabajo que interesa al Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista, la referencia a la "clase trabajadora" sigue teniendo virtualidad para acotar el centro sociológico de imputación de las normas laborales, y también para la comprensión y explicación de la índole de los problemas de política legislativa que suscita la inserción de aquélla en el orden constitucional establecido. En tanto el régimen del trabajo asalariado sea el dominante en el capitalismo (y no parece que vaya a dejar de serlo en largo tiempo) el centro de imputación principal parece que seguirá siendo el trabajo asalariado o cuenta ajena.

El eje delimitador del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral y del contrato de trabajo como tipo contractual del ordenamiento laboral continúa siendo la subordinación (v.gr., art. 1, apartados 1 y 2 del ET). El criterio de la subordinación (como técnica de delimitación del tipo contractual) ha mostrado una gran capacidad de integración de las nuevas manifestaciones del trabajo (v.gr., el trabajo descentralizado y llamado "trabajo a distancia"; art. 13 del ET), aunque su elasticidad, por así decir, no resulta ilimitada, como muestran las elaboraciones jurisprudenciales sobre los "indicios de laboralidad". Esa elasticidad hace posible que la subordinación que comporta

siempre una heterodirección pueda estar atenuada en ciertas formas de trabajo por la subsistencia de un cierto grado de autonomía en la realización del propio trabajo en el marco de la organización empresarial. Aspecto que confirma la extensión del campo de aplicación subjetiva de nuestra propia disciplina iuslaboral hacia nuevas formas de trabajo (v.gr., trabajo a distancia; pero también el trabajo del personal de alta dirección configurado como una relación laboral especial). La noción jurídica de trabajo autónomo adquiere en el capitalismo industrial-fordista la connotación de un trabajo no subordinado a ninguna prescripción y orden hetereguladora y su presencia es entonces marginal. Sin embargo, en el capitalismo tardío post-fordista, la figura del trabajador autónomo tiende a asumir una presencia en el tejido productivo cada vez más relevante. Por lo demás, esta figura adquiere una fisonomía compleja, pues irradia una multiplicidad de subjetividades profesionales que expresan un hecho diferencial sobreañadido a la diversificación de la figura del trabajador asalariado (subordinado en la tipificación clásica).

En las nuevas formas de trabajo del sistema económico de nuestros días, se puede hablar de *trabajo autónomo de segunda generación,* que indica no sólo un elemento cuantitativo (de crecimiento exponencial en el conjunto de la fuerza de trabajo), sino también de carácter cualitativo, puesto que la realidades del trabajo autónomo ponen de manifiesto que en muchos casos no se opera una separación estricta entre trabajo subordinado o dependiente y trabajo autónomo. Es más: en el capitalismo tardío, el trabajo autónomo suele insertarse, a menudo, en procesos de heterodirección, con grados de sometimiento a prescripciones "externas" crecientes, cuando no a aproximarse intensamente a las formas de trabajo asalariado. Es el caso del TRADE o la relación de trabajo parasubordinado, que en el plano estrictamente formal no es una figura encuadrada en el trabajo subordinado (formalizado en el contrato de trabajo), pero que desde la perspectiva realmente efectiva suele presentar elevados niveles de heterodirección y prescripciones de tareas respecto de la empresa para la cual se trabaja (art. 11.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo: deben "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir del cliente"). A lo que cabe añadir la adscripción a la entidad que retribuye y de ordinario la localización física, espacial, o funcional de trabajo fijo. En los hechos, suele ser un trabajador profesional precario que no goza de todas las garantías de tutela del trabajador subordinado conforme a la regulación general del Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos pensados selectivamente (y subjetivamente) para el paradigma del trabajo asalariado. Lo que ha favorecido la precarización y las formas de "flexibilidad nociva" de esta forma de trabajo profesional (no atenuada por la ley ni por los llamados "acuerdos [colectivos] de interés profesional"). Desde el punto de vista técnico-jurídico el TRADE es un trabajador autónomo (art. 1.1º y 2º.d), y Capítulo III, "Régimen profesional del trabajador autónomo económica dependiente", artículos 11 y siguientes, Capítulo III, encuadrado, a su vez, en el Título II, relativo al "Régimen profesional del trabajador autónomo", de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[141]), pero su régimen jurídico legal al hacer extensible derechos y garantías propios del Derecho Social del Trabajo lo sitúa operativamente como una especie de figura intermedia entre el trabajo autónomo puro y el trabajo por cuenta ajena/subordinado puro. Cabría interrogarse sobre si estamos realmente entre una "huida" del Derecho del Trabajo, pues podría fácilmente haberse configurado como una típica relación laboral especial formalizada jurídicamente en un contrato de trabajo especial en el sentido del art. 2 del ET ("Relaciones laborales de carácter especial"), en cuyo apartado 1.l) se establece que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial (…) "Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Y, además, declarando que "la regulación de dichas

[141] De modo harto significativo y contundente, el art. 3 (Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo puro y del trabajador autónomo económicamente dependiente) de la LETA, en su apartado 3, reitera que "En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD.-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente".

relaciones laborales respetará [como no podría ser de otra manera] los derechos básicos reconocidos por la Constitución" en su condición de personas que trabajan en régimen laboral (art. 2.2 del ET). Y esa, entiendo, que sería la dirección más correcta a seguir *de lege ferenda* respecto a lo actualmente denominados "trabajadores autónomos económicamente dependientes", los cuales en la "forma" son tratados como autónomos (objeto de laboralización parcial), pero en la "sustancia" son desde el punto de vista material -en la realidad jurídica- muy próximos a los trabajadores subordinados a la empresa "cliente" (cfr. artículos 11 y 11 bis de la LETA), lo que podría considerarse, en el plano de la política del Derecho, más como una huida o expulsión legalmente camuflada o encubierta (y, por tanto, legalizada como legítima, aunque discutible, opción de política del Derecho) bajo el ropaje de un contrato de servicios ex art. 12 de la LETA del régimen jurídico-laboral general del contrato trabajo preordenado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Cfr. art. 1 del ET)[142].

Esta realidad cuestiona la ideología jurídica y la opción técnica de tipificación específica y diferenciada -cuando no de fomento- del trabajo parasubordinado o económicamente dependiente, pues los elementos presentes o subyacentes de actividad heterodirigida se incrementan vertiginosamente conforme se expande en esa zona difusa o gris entre la autonomía y la dependencia/subordinación fáctica, donde la condición de flexibilidad y precariedad existencial asume nuevas formas. Mientras tanto el trabajo flexible tiende a pulverizar no sólo las formas contractuales de ordenación jurídica, sino también a pulverizar la representación colectiva o sindical de la fuerza de trabajo con esa formación de mercados de trabajo segmentados. No es de extrañar que en la mayoría los países de la Unión Europea, los trabajadores autónomos económicamente dependientes ("autoempleo dependiente") sean un motivo de preocupación creciente. Definir y medir con exactitud el autoempleo económicamente dependiente supone un paso decisivo para comprender la magnitud del problema y encontrar soluciones adecuadas duraderas en el plano de la política jurídica para las personas afectadas (OIT, 2014, 96). Y en muchos casos habría que pensar seriamente en reconducir al esquema del contrato de trabajo subordinado a ciertas formas de trabajo autónomo (y no sólo, es obvio, a los "falsos autónomos"), donde se constata en el elemento predominante (sobre la autonomía) de la heterodirección ajena de la prestación de trabajo de la persona que trabaja y, por tanto, donde se produce y se ejerce un poder directivo unilateral del empresario "cliente" sobre la persona que trabaja para él en el cuadro de su organización productiva. En la relatividad de la dependencia anida el hecho de que no son pocos los trabajadores que gozan de un cierto margen de libertad que suaviza la tradición visión jerarquizada de la subordinación jurídica: una libertad dirigida, pues está sometida a objetivos establecidos por la persona para la cual se presta servicios y que ejerce el poder de conformación y normalización de los comportamientos en la relación de trabajo en el marco de la organización.

Con ello se evitaría una nueva "huida" del Derecho del Trabajo. El trabajo autónomo [económicamente, ¿sólo?] dependiente o "parasubordinado" debería de configurarse como una relación laboral especial, otorgándosele una tutela iuslaboral más reforzado (y en cuanto "especial" no necesariamente idéntica a las relaciones laborales comunes u ordinarias: se admitiría un régimen adaptado a la forma singular de trabajar en el marco de la figura del contrato de trabajo y disfrutando del estándar mínimo de tutelas o derechos básicos propios del "trabajo decente" o "digno" de la persona que trabaja para otro en relación de dependencia de mayor o menor intensidad) y evitando esa huida -más o menos encubierta o enmascarada a través de una encuadramiento extralaboral y una mínima extensión de tutelas del trabajo asalariado al autónomo dependiente- del Derecho del Trabajo. El modelo binario de prestación de servicios debe dejarse para la distinción jurídica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo puro o en sentido estricto. En las zonas de proximidad hacia

[142] En una distinta dirección de apoyo, fomento y promoción del trabajo autónomo se sitúa la por lo demás muy relevante "Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo" (122/000043), presentado el 08/11/2016, calificado el 15/11/2016, por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Situación actual: Comisión de Empleo y Seguridad Social Informe.

la subordinación sería necesario en la lógica del garantismo su encuadramiento técnico-jurídico en la figura del contrato de trabajo especial (que formaliza jurídicamente una relación de trabajo especial cuyo objeto es el trabajo entendido como una actividad o hacer de la persona que trabaja conforme a un plan organizativo establecido básicamente -conforme al criterio normativo de primacía de la realidad del hecho social trabajo y el juego de la técnica de la presunción de laboralidad- por la entidad o empresa para la cual se presta servicios). Ello se contrapone a la aceptación de la autonomía de la voluntad contractual como fuente calificadora o descalificadora del contrato de trabajo, dado la asimetría de poder jurídico existente normalmente entre trabajadores económicamente dependiente o parasubordinados y empresas clientes o receptoras de la prestación de sus servicios profesionales. En definitiva, la diversificación o graduación de tutelas en las zonas grises o de proximidad deber hacerse en el marco de la lógica del contrato de trabajo especial. Es obvio que esta solución de reconducción técnico jurídico siempre planteará previamente la cuestión de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, pues las fronteras en subordinación/autonomía ofrecen zonas grises, de fronteras difusas e indefinidas, generadoras de inseguridad e incerteza además por la expansión de prácticas de falsos autónomos que ocultan y disimulan relaciones de trabajo subordinado o dependiente (la ficción de ser un trabajador profesional independiente)[143]. Todo apunta a la conveniencia político jurídica de que los trabajadores más próximos a la subordinación o dependencia en sentido estricto deberían encuadrarse en el Derecho del Trabajo a través de la figura de los contratos especiales de trabajo. Es así como se puede garantizar la efectividad de las tutelas y evitar nuevos fracasos del Derecho del Trabajo respecto del cumplimiento de su función transaccional y de equilibrio en la reglamentación de los intereses contrapuestos en las variadas manifestaciones de las relaciones de trabajo en régimen de dependencia o subordinación. En todo caso, las soluciones no son definitivas, pues dependerán de las transformaciones de las formas de trabajo profesional y de las orientaciones autorreflexivas de los actores con capacidad normativa creadora de normas sociales de trabajo y los factores base de poder ostentan respectivamente[144]. La juridificación del trabajo depende en gran medida de los equilibrios de poder e intereses y de la acción de los sujetos -públicos y colectivos- que están implicados en el sistema de relaciones laborales[145].

Es así que (y en una perspectiva ya no secundaria ni residual, pues debe dejar de ser una anomalía para el Derecho Social) ante el aumento extraordinario de nuevas formas de trabajo

[143] Las actuales manifestaciones y la extensión de estas prácticas analizadas significativamente desde Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en Camino Frías, J. J.: "El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 128, 2017, pp. 161 y ss., constatando que en los últimos años se ha observado cómo determinadas empresas han establecido, dentro de su estrategia de recursos humanos, el objetivo de sustituir a trabajadores asalariados por autónomos de forma intensa; también la existencia de relaciones laborales camufladas dentro de la economía colaborativa fuertemente potenciada por el uso intensivo de la tecnología para hacer ineficaces los derechos laborales y de Seguridad Social. Igualmente se deja constancia del alarmante recurso por parte de algunas Administraciones Públicas (señaladamente las administraciones locales) a la figura del trabajador falsamente autónomo, ya sea con fines meramente económicos o para sortear otro tipo de limitaciones administrativas. Sobre la economía colaborativa, véase en la misma revista y número indicados el trabajo de Páramo Montero, P.: "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa", pp. 183 y ss., realzando, por otra parte, el papel de las nuevas tecnologías en el nacimiento de las nuevas formas de trabajo. Se ha hablado, al respecto, de plataformas profesionales bajo sospecha de laboralidad (la anomalía de Uber), Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 84 y ss.; López Insua, B. M.: "Fronteras entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo: el trabajador autónomo económicamente dependiente", en Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L. y otros (Edited by): *The Balance between Worker protection and Empleyer Powers: Insights from around the World,* Cambridge, Scholars Publishing, 2018, pp. 251-277.

[144] Monereo Pérez, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996; *Ibid., Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 134 y ss. ("Significación político-jurídica del Derecho del Trabajo: La función del Derecho del Trabajo en el sistema político del Estado Social de Derecho").

[145] Baylos Grau, A.: *Derecho del trabajo: modelo para armar,* Madrid, Trotta, 1991.

autónomo o semi-autónomo en el capitalismo avanzado (proceso alentado como opción de política del Derecho a través del fomento de las distintas formas de "emprendimiento" y autoempleo, que en no pocos casos legitima la formalización de tipos contractuales de trabajadores precarios, aunque dotados de autonomía organizativa y funcional), nada impide -y parece más bien aconsejable- que se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Ciertamente, los nuevos modos de trabajar profesionalmente en la sociedad contemporánea (facilitados por el uso organizativo de las nuevas tecnologías y la expansión de las técnicas de descentralización o externalización productiva y funcional) están situando en un lugar próximo a trabajadores no asalariados a ciertos trabajadores autónomos[146]. Ello plantea la *dificultad de pensar en términos de reglas estándar el trabajo profesional* y el reto de la diferenciación dentro y fuera del trabajo subordinado o dependiente. Es posible que sea necesario en tal sentido extender ciertos ámbitos de protección a los trabajadores autónomos o semi-autónomo, jurídicamente independientes pero económicamente dependientes de su contratante, lo que a menudo se traduce también en la estricta dimensión jurídica al contratar como contratantes más débiles en un contrato de adhesión. Esto significa la valoración de una opción de política del Derecho que diversifique en el "círculo interno" los estatutos del trabajo dependiente (algo que ya ocurre) y "externamente", en el "círculo externo", establezca otros "estatutos profesionales" para la tutela diversificada de trabajadores no asalariados. Esto supondría que el ámbito de aplicación del nuevo Derecho del Trabajo se estructuraría y articularía a modo de un organigrama circular de tratamiento normativo del trabajo protegido, donde el núcleo o centro neurálgico seguiría siendo el trabajador dependiente, alrededor del cual se situarían otros círculos "periféricos" formados por trabajadores autónomos o semi-autónomos en situación de debilidad económico-jurídica. Estaríamos ante la coexistencia de una pluralidad de esquemas contractuales, cada uno con su propio estatuto regulador y protector (contrato de trabajo, contrato de servicios...). Así se tendería a extender parte del "status" de ciudadanía social a trabajadores no asalariados (muy lejos todavía de una "ciudadanía profesional", que se correspondería con la utopía -legítima- de un Derecho del Trabajo de la actividad profesional en su conjunto). La consecuencia lógica de este proceso es la heterogeneidad del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y la fragmentación interna de éste perceptible en la diferenciación de distintos "estatutos profesionales" con diversos niveles de protección. Es la *edad de la diversidad y disgregación* de esquemas de regulación jurídica del trabajo objeto de nuestra disciplina[147].

Con el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio), se dota de un estatuto de derechos sociales y laborales a los trabajadores autónomos (Capítulo II. "Régimen profesional común del trabajador autónomo") y se opta problemáticamente por la creación del TRADE (Cap. III. "Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente"). Atendiendo a la misma configuración legal y su cristalización en la praxis, en la relación de trabajo de los TRADE no se puede desconocer que concurre también una relación entre un detentador de poder (el empresario "cliente" con el cual se contrata) y quien no detenta poder significativo (el TRADE). Figura ésta que, por lo demás, no acaba de implantarse en la práctica de las relaciones profesionales. Leyes similares -y con frecuentes reformas- se han dictado en otros países europeos en análogo sentido. No obstante los innegables avances conseguidos con el Estatuto legal del Trabajo Autónomo, cabe decir que esta opción segregacionista de los TRADE respecto a la categoría del contrato de trabajo ha supuesto, por el momento, el rechazo de crear un Derecho Común del Trabajo profesional, es decir, hacia la construcción de un Nuevo Derecho Común de Toda la Actividad Profesional o un Derecho del

[146] Puede consultarse, Vega Ruiz, M. L.: "El futuro del trabajo: ¿Revolución industrial y tecnológica o crisis del Estado Social?", en *IUSLabor*, núm. 1, 2017, pp. 1-13; Ojeda Avilés, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. La Ley, 2010, pp. 351 y ss.

[147] Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 68 y ss. ("La edad de la diversidad normativa: El problema de la unidad del Derecho del Trabajo en la sociedad fragmentada del capitalismo tardío"); *Íbid., Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, 1996, pp. 64 y ss.

Trabajo "sin adjetivos" (sin perjuicio de que esto podría ser construido siempre de *lege ferenda*). El que esto no se haga actualmente supone la desprotección relativa (protección de menor intensidad) de un número significativo de trabajadores "autónomos" (que gocen de todos los atributos como tales en términos de eficacia jurídica real; sic.) que son económica y jurídicamente contratantes más débiles parte de un "contrato de adhesión en sentido fuerte". Entre otras cosas, la relación de trabajo de los legalmente denominados TRADE debería haberse configurado jurídicamente como relaciones laborales de carácter especial (pues están más próximas a "lo laboral" que a "lo autónomo")[148]. Y es que en la práctica permite que por vía legal y paradójicamente se encumbran o enmascaren relaciones de trabajo subordinado comportando así una suerte de huida del Derecho del Trabajo.

Se ha de tener en cuenta el carácter evolutivo de la institucionalización del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, el cual siempre ha sido acotado con carácter provisional y contingente en atención a las exigencias de la Política del Derecho que ha venido afrontando las exigencias reguladoras planteadas en cada momento por la cuestión social. No es de extrañar que hoy se vuelva a plantear -aunque con elementos más estructurales, ya que se cuestiona la subordinación- el tipo de trabajo objeto del ordenamiento laboral. En el estadio actual del Derecho positivo, este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena y dependiente como centro de referencia principal del Derecho del Trabajo. Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni el reconocimiento residual de formas de "parasubordinación" tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine inexorablemente hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional y constitutiva, con ánimo tutelar la persona del trabajador "parasubordinado", contribuye a la diversificación del tipo contractual, pero no hace difusa la delimitación del supuesto de hecho principal sobre el que descansa el Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista, la referencia a la "clase trabajadora" sigue teniendo virtualidad para acotar el centro sociológico de imputación de las normas laborales, y también para la comprensión y explicación de la índole de los problemas de política legislativa que suscita la inserción de aquélla en el orden establecido.

En la regulación protectora de las nuevas formas de trabajo autónomo debería atenderse a un criterio de flexibilidad que evite la tentación de llevar a cabo regulaciones uniformes. Por un lado, no parecería oportuna una regulación iuslaboral uniforme para todas las manifestaciones del trabajo autónomo sino que esa regulación deberá ser plural y diversificada para ordenar la tutela protectora sin cuestionar la funcionalidad real de la diversificación de las formas de trabajar autónomamente. Por otro, tampoco no parece que deba incorporarse necesariamente y "a priori" al trabajo autónomo un régimen de equiparación completa con el trabajo por cuenta ajena, a riesgo de olvidar las diferencias realmente existentes entre ambas figuras (esto es, su respectiva función económico-social de relevancia jurídica y que las partes contratantes han querido utilizar específicamente de modo legítimo), y de hacer inviable la aplicación al trabajo autónomo de muchas categorías específicamente pensadas para su aplicación al trabajo asalariado.

Un análisis de los sistemas normativos europeos permite apreciar la *complejidad creciente del tipo contractual laboral* (el contrato de trabajo como tipo contractual). Actualmente se asiste una crisis de identidad del contrato de trabajo vinculada la nueva fisonomía de la realidad subyacente al ordenamiento laboral y a la pluralización de las tipologías normativas, a la flexibilización laboral impuesta *ope legis* y a la redistribución del trabajo en sus diversas formas. El contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo, de orientación homegeneizadora, está siendo desplazado en los últimos años por una multiplicidad de tipos contractuales flexibles que traslucen una mayor debilidad

[148] Monereo Pérez, J.L.: "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II)", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal,* vol. 2, núm. 4-5, 2009, pp. 79-106 y 71-101, respectivamente.

contractual de la persona que trabaja. Ello coexiste con la crisis del modelo clásico estandarizado propio del dominio del sistema industrial, caracterizado por la existencia de una empresa estandarizada, tendencialmente uniforme y jerarquizada, con producción masiva y reducida diversificación y a menudo muy centralizada. Ahora este modelo deja de ser el dominante y tiende a verse sustituido progresivamente por una amplia variedad de situaciones vinculadas a las circunstancias cambiantes del momento, desde el *just-in-case al just-in-time,* en un nuevo modelo de trabajo con diversas expresiones. Por otra parte, y en relación a ello, se constata la huida del Derecho del Trabajo, que se concreta en la difuminación de las partes del contrato, porque por un lado adquiere una mayor presencia la descentralización productiva y domina con fuerza las empresas-red, mientras que, por otro, se percibe se contrae -o se restringe su espacio vital en configuración jurídica de las relaciones de trabajo- la misma figura del propio trabajador subordinado, en virtud de las estrategias empresariales de deslaboralización que lo convierten en socio, autónomo o colaborador, cuando no en un falso autónomo[149]. Por lo demás, el poder unificador pretendido originariamente por una la legislación de orientación uniforme cede ante un *soft law* ("derecho blando" carente de efectos normativamente vinculantes) de eficacia jurídica debilitada y a un Derecho legal dispositivo para la autonomía privada contractual[150].

Resulta harto significativo cómo la Unión Europea bajo la nueva forma de "gobernanza" o gobernación ha rehusado avanzar por la vía de la armonización legislativa social a través de normas comunitarias de Derecho fuerte o estrictamente normativo, y sólo ha optado por la aproximación por objetivos, la estrategia de coordinación internormativa y el reclamo del Método Abierto de Coordinación (MAC), que se impone políticamente bajo el predominio de la constitución económica. En él se reconoce un amplio margen de libertad de actuación a los Estados miembros para que de forma coordinada a través de objetivos compartidos determinen su propia ordenación normativa. El proceso no deriva de un imperativo de la fuerza de los hechos, sino de identificables y precisas elecciones de política del Derecho del Trabajo encaminadas a culminar el proceso de transición del Derecho del Trabajo Clásico garantías del Estado Social (correspondiente a la "constitución democrático-social del trabajo") por el Derecho Flexible del Trabajo (correspondiente, a su vez, con la "constitución flexible o neoliberal del trabajo" que se pone al servicio de las fuerzas del mercado). Pero por el momento la cuestión de remercantilización del trabajo subordinado se viene traduciendo en un reforzamiento de los poderes y prerrogativas del empleador en todos los aspectos fundamentales de la relación laboral. La flexibilidad en el nuevo Derecho del Trabajo (Derecho flexible del trabajo) es la principio que la gestión empresarial del trabajo. Sin embargo, ni el proceso de transición está acabado, ni tampoco es previsible. Pero en un sistema democrático hay un espacio para la decisión constitutiva y constituyente de política del Derecho.

La empresa como actividad profesional económica y como organización productiva está recibiendo -e imponiendo- todas las manifestaciones fundamentales del Derecho flexible del trabajo (la constitución flexible del trabajo) (políticas de flexibilidad "interna" y "externa", adaptación a las condiciones de competitividad, dualización de los mercados de trabajo "internos" al ciclo productivo, incremento de la disciplina y de la precarización laboral, individualización de las relaciones laborales,

[149] Se pone en evidencia, y con preocupación fundada, en el Dictamen del Comité Económico y Social (CESE) sobre, *El uso abusivo del estatuto del trabajador autónomo"* (Dictamen de Iniciativa), 31 de marzo de 2013, apartado 3.2.

[150] Véase Ojeda Avilés, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 475-476; y para la verificación de todo este proceso en la larga duración hasta llegar al presente como historia, Monereo Pérez, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 64 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, pp.13-48 y 15-38; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Derecho*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 29 y ss. Sobre las nuevas formas de organización y colaboración interempresarial; Monereo Pérez, J.L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I y II)", *Relaciones Laborales*, núm. 6-7, 2011, pp. 13 y ss., y 15 y ss., respectivamente.

incremento de la alienación del trabajo, políticas de implicación sindical "concesiva" en la gestión empresariales, des-sindicalización, etcétera). Se han abandonado las perspectivas no sólo utópicas sino también de realizar la llamada "reforma de la empresa". Durante gran parte del siglo veinte el imaginario colectivo sobre la empresa fue impresionante, suscitando un debate fuerte entre perspectivas de cambio radical o revolucionario (modificando la base capitalismo de la organización empresarial) y enfoques de reforma social (transformando el papel del trabajo, pero manteniendo la libertad de empresa en el marco del sistema de economía de mercado).

Las nuevas formas de empresa van por delante respecto a las formas de organización sindical en la empresa. Hoy se contempla, ante todo, la empresa "en negativo", como una organización "neutral" de la actividad económica (en la perspectiva de los intereses de los agentes implicados) y el problema de la participación de los trabajadores en la empresa (que el art.129 CE parecía insertar en una lógica propia del constitucionalismo social de empresa) queda relegado a una "participación débil" en términos de garantías de derechos sociales de información y consulta de los trabajadores respecto de cuestiones sociolaborales y relativas a la dinámica de la organización productiva. Predomina el enfoque de "ingeniería social" donde el analista se preocupa de la eficiencia de la empresa en relación a su posición competitiva en el mercado.

La empresa contemporánea, por lo demás, es una unidad de organización económica que se desmembra según exigencias de eficiencia y obtención máxima de beneficios. El capital productivo se inviste y desinviste continuamente, cambiando sus formas y sus métodos de organización. El modelo de organización de empresa como forma económica tiende a organizarse de modo distinto a la empresa industrial clásica. La empresa es organización de una actividad para el mercado "interno" y "mundial", pero en un contexto donde la intensidad del proceso de mundialización de los mercados ha sido impresionante. El postfordismo -en su vertiente de modelo de organización de la actividad económica- conduce a la empresa flexible, con núcleos centralizados y una periferia descentralizada y externalizada o exteriorizada (empresa en red, subcontratación, grupos de empresas flexibles, etc. El resultado es la "empresa mínima" (respecto de la utilización del personal, sobre todo), o incluso su configuración formal como un sistema complejo y articulado de contratos. Es obvio que el Derecho del Trabajo Clásico garantista estaba pensado para un tipo de empresa menos deslocalizada y difusa (tanto espacial como funcionalmente), por lo que se está produciendo una falta de sintonía entre la ordenación jurídico-laboral de las relaciones de trabajo en la empresa y el diverso cuadro real de funcionamiento actual de la misma. Categorías delimitadoras de la empresa, centro de trabajo, empresario-empleador, presentan el riesgo de estar desprovista de realidad. Por lo demás, como se dijo antes, el trabajo "en" la empresa se hace más difuso en sus contornos (la empresa se pulveriza y se dispersa jurídica y económica en sus núcleos productivos), porque existe una cierta indefinición o indeterminación tanto en la condición del empleador como en la figura del trabajador, haciéndose más difusa la antes más nítida distinción entre trabajo dependiente y trabajo autónomo (piénsese en el "teletrabajo"[151]). Las formas de trabajo por cuenta propia "dependiente" o "subordinado" se han visto incrementadas actualmente y gozan de una política de alentamiento público institucional a través del fomento del autoempleo y del emprendimiento con todas sus mitificaciones[152].

[151] Sobre esta forma de trabajo, Mella Méndez, L.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés,* Madrid, La Ley, 2017; Monereo Pérez, J.L., y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica,* Murcia, Laborum, 2022. De singular interés res el Informe de la OIT sobre el teletrabajo OIT: «*Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*» ("Working anytime, anywhere: The effects on the world of work") está disponible en www.eurofound.europa.eu/publications.

[152] Puede consultarse, Luján Alcaraz, J. y Ferrando García, F. (Dirs.) *et al*: *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

Hay que tener en cuenta que las estrategias de organización y re-organización empresarial suelen estar motivadas en una doble racionalidad: la racionalidad económica (búsqueda del beneficio y del éxito en términos de rentabilidad) y la racionalidad laboral (estrategias de flexibilidad laboral en las distintas dimensiones, flexibilidad interna y externa, funcional, salarial, numérica, cuantitativa, etc.). Las políticas de flexibilidad -incluida su nueva versión a través de la flexi-seguridad neoliberal- han supuesto una ruptura radical respecto al principio garantista de estabilidad en el empleo. El lado oscuro de la flexibilidad empresarial (productiva y laboral) se manifiesta en la práctica teórica de considerar que la flexibilidad depende en gran medida de la *perpetuación del trabajo contingente y precario* (esto es, trabajo a tiempo parcial, trabajo estacional, temporal o sujeto a contratos de duración determinadas en sus diferentes modalidades), el desplazamiento hacia formas de organización industrial basadas en redes garantiza un reforzamiento, y no una anulación, de la tendencia hacia la polarización, políticamente no deseada, de los ingresos laborales. No son indiferentes las estrategias antisindicales. Esta concepción de la flexibilidad laboral ha supuesto la estabilización permanente de los mercados de trabajo duales, dentro y fuera de la empresa neofordista (externalización). Esa organización basada en la concentración sin centralización -propia de la era de la producción flexible- opera distinguiendo núcleo (centro decisorio) y periferia, a efectos tanto productivos como de diferenciación selectiva de condiciones de trabajo en general[153].

En otro plano, las nuevas formas de empresa incorporan nuevas formas de trabajo. Primero, porque la empresa es organización y gestión de personas, de manera a la empresa flexible le acompaña -inevitablemente- el trabajo flexible. En segundo lugar, porque la empresa post-fordista exige una mayor participación e implicación del trabajo. Lo cual implica una mayor autonomía del trabajo, los círculos semiautónomos del trabajo flexible en la llamada especialización flexible -el fomento de los círculos de calidad y de producción. Lo cual significa una "relajación" de la "dependencia" o subordinación técnico-organizativa del trabajador en el marco de la relación de trabajo. Es así que no hablamos sólo de segmentación y polarización, sino también de afectación -con mayor o menor intensidad- de los rasgos tipológicos del trabajador asalariado típico o clásico. Con la particularidad adicional de que se trata de un cambio de formas de trabajar y de modos de cumplimiento de la prestación de servicios de inequívocas dimensiones estructurales. Las tendencias "depredadoras" (hacia dentro -explotación del trabajo maximizada con las actuales formas de precarización laboral-, y hacia fuera -deterioro medioambiental a través de una explotación sistemática de los recursos) persisten; no han desaparecido con el modelo de organización reticular en el que se resuelven las nuevas formas de empresa en red. En el proceso de racionalización productiva, los nuevos modelos organizativos reticulares, cuestionan las formas tradicionales de subordinación de los trabajadores, evidenciando la falta de correspondencia existente la subordinación "jurídica" y la subordinación "real" de los trabajadores a poderes "externos" al nexo contractual que se imponen en los hechos más allá de su formalización jurídica.

El objetivo real (y a veces ya explicitada en las Exposiciones de Motivos de las Leyes reformadoras) de las reformas laborales de las dos últimas décadas, no ha sido solo la pretendida "modernización" del modelo de relaciones laborales; su objetivo preferente ha sido la devaluación salarial; la reducción de los costes globales del factor trabajo, transfiriendo riesgos empresariales a la posición de los trabajadores (reducción del coste del despido mediante diversas técnicas, y la más reciente de generalización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de tutela débil; facilitar el descuelgue salarial ante todo para empresas de reducidas dimensiones -la mayor parte

[153] Esto no significa que no existan algunos frenos de respuesta -frenos de emergencia-, como por ejemplo la Directiva comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que prohíbe la discriminación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Véase la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto Diego Porras, sobre equiparación de trabajadores temporales e indefinidos en situaciones comparables.

del tejido productivo español-; el mantenimiento básicamente inalterado de las fórmulas de contratación temporal sin precisar sus causas justificativas, etc.); la facilitación de los despidos (tanto por causas empresariales como en el marco de los despidos disciplinarios ilegítimos), y la mayor discrecionalidad en la utilización flexible de la mano de obra (ampliación significativa de las medidas de flexibilidad "interna", incrementando el poder de dirección del empleador). Muchos aspectos de la regulación reformista contradicen el objetivo autoproclamado por el legislador en las Exposiciones de Motivos de la Ley 35/2010 y de la Ley 3/2012. El legislador reformista continúa la senda de las reformas precedentes, la cuales lejos de atender a las causas más profundas y determinantes de la dualización de los mercados de trabajo y de la progresiva precarización del empleo, con el abuso de la contratación temporal y la utilización de prácticas desviadas que degradan la condición del trabajador se ha inclinado por otras medidas que o bien han sido meramente "paliativas" (pero no "curativas" ni "preventivas") del fenómeno, o bien incluso ha ignorado las medidas correctas a adoptar (y que se perciben en otros países de referencia comparables), o bien, finalmente, ha contribuido -con mayor o menor conciencia de ello, aunque como resultado efectivamente producido- a acentuar el problema con la predisposición de medidas que favorecen la dualización, la temporalidad y la precarización laboral. Es suficiente reparar en el "informador" y "persuasivo" "Libro Verde" de la Comisión Europea para comprobar que "modernización" sinónimo de "liberalización" y reducción de garantías y derechos sociales[154]. Por lo demás, las reformas laborales han supuesto un debilitamiento del poder sindical y de los instrumentos de acción colectiva, negociación colectiva y huelga. De ahí la importancia de redefinir el papel y la estrategia sindical en la sociedad actual partiendo de su centralidad en el modelo democrático de relaciones laborales. Pero la instauración de un nuevo modelo socio-económico neoliberal (con el soporte de un "nuevo espíritu del capitalismo", o una "nueva cultura del capitalismo"[155]) amenaza seriamente a los sindicatos como sujetos políticos; y como sujetos con capacidad negocial y organizadora de las relaciones laborales. El postfordismo comporta una desconstrucción de la empresa tradicional y una desconstrucción de los modelos de regulación colectiva/sindical y de las relaciones de poder en el mundo del trabajo[156].

El resultado ha sido la ruptura de los equilibrios instituciones de poder en el sistema de relaciones laborales, a través de reformas laborales *in peius* dirigistas impuestas por los gobiernos mayoritarios del periodo (R.D.-Ley 7/2011, de 10 de junio; Ley 3/2012, de 6 de julio). Su signo distintivo ha sido el reforzamiento de los poderes del empleador (despido flexible de dudosa acomodación al Convenio OIT, núm. 158 y al art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; modificación unilateral de las condiciones de trabajo y de los convenios colectivos de eficacia limitada extraestatutarios) y el debilitamiento del papel de los sindicatos (imposición de un modelo descentralizado en estructura de la negociación colectiva, haciendo prevalecer los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales sin necesidad de alegación de causa y sin acomodación

[154] COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre "Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI", de 22 de noviembre de 2006. COM (2006) 708 final; y "Comunicación "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", de 27 de junio de 2007. COM (2007) 359 final.

[155] Boltanski, L. y Chiapello, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo,* Madrid, Ed. Akal, 2002, pp. 33 y ss.; Sennet, R.: *La cultura del nuevo capitalismo,* Barcelona, Ed. Anagrama, 3º ed., 2008, pp. 9 y ss.

[156] Atendiendo a las mutaciones estructurales en curso se ha podido hacer referencia a las exigencias de renovación del Derecho del Trabajo en la dirección de un nuevo paradigma resultante. En este sentido, el completo estudio llevado a cabo por Ojeda Avilés, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. La Ley, 2010, pp. 15 y ss., y 92 y ss., y la amplia bibliografía citada; y Monereo Pérez, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en la 'era de la flexibilidad'", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, pp. 444 y ss.; Supiot, A.: "Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo", en el mismo número de la revista antes citada, pp. 500 y ss., que es la traducción del Prólogo a la segunda edición de la obra de Supiot, A. (Dir.): *Au-delà de l´emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail,* París, Ed. Flammarion, 2ª ed., 2016. Para la primera edición traducida al castellano, Supiot, A. y Casas Baamonde, M. E., *et altri: Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

a un procedimiento de control de por los sujetos negociadores del convenio colectivo desplazado unilateralmente, con lo cual se invade el espacio vital de autodeterminación negociadora de los agentes sociales; se facilita la posibilidad de inaplicación de los convenios colectivos; su modificación unilateral en caso de convenios colectivos extraestaturarios o de eficacia limitada; relegación de los instrumentos de concertación social como la legislación negociada y los pactos o acuerdos tripartitos)[157]. Todo lo cual ha situado al Derecho del Trabajo en una crisis de identidad existencial[158].

Reténgase que las nuevas reformas operadas a partir de 2012 se enmarcan en un proceso de transición de largo alcance desde la constitución democrático-social garantista del trabajo (a la cual respondía *grosso modo* la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980) hacia una diversa constitución liberal flexible del trabajo, la cual tuvo su eje inicial en las reformas laborales de la década de los noventa (1994-1997), y prosigue con la actual reforma de ciclo largo iniciada en 2010 hasta el presente. En este proceso la situación es "intermedia", porque coexisten normas típicamente garantistas con normativas típicamente flexibilizadoras y liberalizadoras. Pero el *modelo emergente de flexiseguridad* se orienta preferentemente hacia el modelo defensivo más que al modelo ofensivo (flexiseguridad garantista)[159]. De ello da buena prueba no sólo el contenido de las reformas sucesivas sino también la vocación de permanencia de las medidas adoptadas, pues éstas no se consideran -en su mayor parte- como medidas de carácter coyuntural, sino de naturaleza típicamente estructural; llamadas, así, a perdurar en lo que tienen de revisión cualitativa del modelo preexistente -o pre-vigente- de Estatuto de los Trabajadores. El TRLET, refleja no sólo la idea de sistematizar (loable en sí), sino también de vocación de "estabilizar" las medidas acordadas en el periodo de excepcionalidad jurídico-social. Por ello se puede hablar de que el ciclo de reformas laborales de 2010-2015(con manifiesta proclividad a continuar en esta senda en futuras reformas) constituye un paso más en la senda hacia una mayor liberalización de las relaciones laborales. Si se analiza -como se debe- todo el ciclo reformista en su conjunto, se percibe como está incidiendo en todas las instituciones fundamentales del Derecho Social del Trabajo: desde la reconfiguración de las fuentes (donde pierde peso el papel de la negociación colectiva, especialmente la negociación supraempresarial), hasta abarcar todos los institutos y categorías contractuales con medidas de flexibilidad externa e interna. Queda por completar una más incisiva reforma en la representatividad sindical y de los mecanismos de acción colectiva como la huelga, aunque ya se han abordado medidas limitativas del derecho de autocomposición colectiva del conflicto a través de la sistemática imposición del arbitraje obligatorio en las controversias colectivas (paradigmáticamente el arbitraje final -de sesgo "administrativo"- por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el órganos equivalente de la Comunidad Autónoma; cfr. art. 82.3 del ET).

El gran ciclo de reformas ha incidido de modo cualitativamente en una reformulación o reconfiguración del sistema normativo laboral, con una nueva interconexión y distribución de poderes entre el intervencionismo público (heteronomía pública) y los actores privados (autonomía colectiva e individual).

---

[157] Véase Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et al*: *La concertación social en España: Una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M. N., Maldonado Molina, J.A., De Val Tena, Á. L. y Álvarez Gimeno, R., Madrid, Publicaciones del Consejo Económico y Social de España, 2015.

[158] Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos sociales fundamentales ante las recientes reformas. Un desafío para el trabajo decente", en *el futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente (congreso internacional celebrado en granada 2018),* José Luis Monereo Pérez, Fábio Túlio Barroso, Horacio Las Heras, María Nieves Moreno Vida, Juan Antonio Maldonado Molina, 2018, pp. 27-84.

[159] Comisión Europea: "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", COM(2007) 359 final, de 27 de junio de 2007.

C). La refundación del garantismo social y la tutela integral del trabajo digno o decente. La centralidad de la Carta Social Europea para la materialización de esa función garantista

Es posible la "refundación" de nuevo Derecho del Trabajo Garantista y garantizar la tutela integral del Trabajo Decente o digno de la persona que trabaja (es decir, el trabajo con un alto nivel de garantías de derechos de desmercantilización y respecto de los derechos fundamentales de las personas que trabajan)[160]. Necesario es recordar que una función típica del Derecho Social del Trabajo en el marco del Estado Social (inscrito en la tradición del constitucionalismo democrático-social) ha consistido en la intervención regulativa de los poderes públicos para garantizar los derechos sociales de la ciudadanía y la vigencia general de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. En este sentido el orden público laboral[161] garantista ha sido una característica constitutiva de nuestro ordenamiento laboral. Sin embargo actualmente se ha producido una reorientación del intervencionismo legislativo en una dirección liberalizadora (que entraña a menudo una "remercantilización" significativa de los derechos sociales) y un proceso de desregulación en el Derecho social, selectivo y controlado que refleja esa tendencia en el plano legislativo. ¿Cuál es el estado de situación? El legislador hace dejación de ciertos espacios regulativos que la autonomía colectiva (por otra parte, muy debilitada en la coyuntura de crisis actual) no está en condiciones de ocupar o cubrir. Por tanto, esos espacios tienden a ser *reapropiados* por los poderes unilaterales del empleador. Pero no por ello el Estado se ha hecho menos intervencionista, pues la cuestión es más compleja ya que lo que ha cambiado es la orientación y el sentido del intervencionismo público. Lo que se viene produciendo es una desregulación en el campo de las garantías sociales, y una neoregulación comprometida por los nuevos criterios preferentes de garantía de la rentabilidad y la competitividad empresarial. Las reformas del Derecho del Trabajo -que priman la racionalidad económica- son merecedoras de crítica. Este giro político jurídico respecto a las finalidades del ordenamiento laboral acaba incidiendo en los tipos de racionalidad jurídica, especialmente en el sentido de afectar tanto la racionalidad formal (formas de producción del Derecho) como ante todo respecto de la racionalidad jurídica material (valores y derechos implicados en la dirección de atender a valores ahora más incisivamente vinculados a la iniciativa económica y a la libertad de empresa que a la tutela del trabajado subordinado; la constitución democrático-social y su forma política, el Estado Social de Derecho están penetrados por ese ensamblaje entre la racionalidad formal y racionalidad material instrumental).

Las reformas laborales restrictivas de derechos sociales se han realizado, como se indicó, sin diálogo y concertación social: se han impuesto a los sindicatos mayormente representativos, sirviendo nítidamente una praxis de dirigismo político. Pero hay elementos institucionales a tener en cuenta.

Por otra parte, ante estas reformas legislativas la respuesta realizada por el Tribunal Constitucional para garantizar los derechos laborales cuestionados por tales reformas laborales de inspiración neoliberal ha sido cuando menos decepcionante. En efecto el Tribunal Constitucional ha venido avalando, con argumentos poco convincentes, la constitucionalidad de las reformas laborales de "emergencia". Así, las SSTC 119/2014/, de 16 de julio; 8/2015, de 22 de enero de 2015, que han desestimado los recursos interpuestos contra las leyes de reforma laboral, señaladamente, en virtud de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Pese a que se imponen a la autonomía colectiva reglas sobre descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor por causas económica, técnicas, organizativas o de producción; la persistencia de atribuir al poder unilateral del empleador la facultad de modificar, unilateralmente, las condiciones de trabajo

[160] El trabajo decente (en el lenguaje de los derechos y poderes en el trabajo) es la estrategia de política del Derecho Social para recuperar la función transacción y de equilibrio del Derecho Social del Trabajo. La civilización de las relaciones de trabajo.

[161] Para la noción del orden público laboral y sus consecuencias jurídicas y sociales, véase Garmendia Arigón, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo,* 2ª edición revisada, ampliada y actualizada, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2016, espec., pp. 169 y ss.

previstas en los acuerdos llamados "extraestatutarios", que vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos y el principio de inderogabilidad singular de los convenios colectivos, lo que cuestiona el ejercicio de la libertad sindical; la pretensión -fallida por la oportuna intervención de la doctrina del Tribunal Supremo- de descausalizar los despidos por causas empresariales privándoles de la exigencia de "racionalidad"; el diseño disfuncional y contrario al principio de estabilidad en el empleo del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores (que incorpora un periodo de prueba obligatorio *ex lege* de "un año en todo caso"; la imposición de un determinado modelo "legal" de estructura de la negociación colectiva no de carácter promocional de las organizaciones profesionales mayormente representativas, sino de máxima descentralización a través de los convenios de empresa; la imposición de reglas de ultraactividad indisponibles por los sujetos colectivos y sindicales (lo que fue neutralizado a partir de la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, que se decanta por la tesis conservacionista que pretende mantener, a pesar del decaimiento del convenio, las condiciones laborales de los trabajadores en sus contratos de trabajo). Pero no se trata sólo del rechazo de la inconstitucionaidad, sino del tipo de argumentación utilizada para hacerlo, pues tales sentencias del Alto Tribunal introducen -como realzo el Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-ré, al que se adhirieron otros magistrados- vienen a introducir en su razonamiento un novedoso canon de constitucionalidad, conforme al cual se eleva a la categoría de canon de constitucionalidad la coyuntura actual de la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas restrictivas o limitativas de los derechos constitucionales establecidas por el legislador ordinario. Razonamiento marcado por la infiltración de la lógica económica en la ponderación de los límites de los derechos sociales. Y ello a pesar de que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha concluido que "las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero 'no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta'". Siendo así que los gobiernos han de adoptar las medidas necesarias para lograr que tales derechos sean siempre efectivamente garantizados" (CEDS, "Conclusiones XX-3 (2014), (Espagne), janvier 2015). La CSEr. Se ha comportado como un "escudo social". De este modo una situación de crisis económica o de recensión no es un motivo suficiente "per se" para acordar reformas restrictivas de los derechos sociales. Es manifiesto que muchas de las reformas laborales y del sistema de protección social pública encuentran un difícil acomodo en el sistema de garantías multinivel de los derechos sociales fundamentales (Convenios de la OIT y sus instrumentos de acción para realizar la justicia social y el trabajo decente a nivel mundial; Carta Social Europea Revisada, etcétera)[162]. Resulta significativo que el Comité de Libertad Sindical de la OIT declarase que la regulación del art. 315.3 del Código Penal de España (sobre el derecho de huelga, y que fue reformado en 2015) vulnera los Convenios OIT núm. 87 y 98 de la OIT[163]; y asimismo que el Comité Europeo de Derechos Sociales entendiese que la posibilidad de modificación unilateral de los convenios colectivos por parte de los empleadores (art. 41del ET)[164].

[162] Puede consultarse, Salcedo Beltrán, M. C.: "Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: conclusiones XX-2 (2013), *Revista de Derecho Social,* núm. 66, pp. 217-243; *Ibid.,* "Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022, pp. 421-464. También, Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45, 2017.

[163] Comité de Libertad Sindical de la OIT, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafos 503-504 y 511. Este pronunciamiento tiene su originen en UGT y CC.OO.: *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical,* Madrid, 25 de julio de 2014.

[164] CEDS, Conclusión XX-3, de 2014, en interpretación del art. 6.2 de la Carta Social Europea.

Una segunda argumentación discutible en el plano jurídico. La doctrina del TC viene a reforzar la devaluación de los derechos sociales como derechos de estricta configuración legal[165]. Y, adicionalmente, en situaciones de crisis económica pueden ser objeto de limitación con un amplísimo margen de discrecionalidad. Ese amplio margen de discrecionalidad legislativa en el desarrollo y adaptación a las circunstancias históricas del alcance de los derechos constitucionales de contenido social quedarían dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador (Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero de 2014, en relación con el art. 35.2 CE y respecto a la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de las reformas laborales introducidas por el RD.-Ley 3/2012, de 10 de febrero). Esto conduce a una "desconstitucionalización" material y fáctica de los derechos sociales privados del contenido esencial conformador de la constitución en el marco del estándar multinivel de los derechos fundamentales. Por otra parte, para el CEDS, se ha de invertir la carga de la prueba de recayendo en el Estado responsable de adoptar las medidas restrictivas. No se atiende a una interpretación sistemática y finalista del grupo normativo regulador de los derechos fundamentales (señaladamente, el art. 10.2 CE, en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental).

Sólo una parte de estas reformas laborales regresivas -aunque muy significativa- ha podido ser derogada por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, convalidado, por el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 3 de febrero[166].

No es baladí hacer notar que en los hechos tales reformas han conseguido flexibilizar y cambiar la correlación de fuerzas en el mundo del trabajo, pero no ha resuelto los problemas relativos al incremento de empleo de calidad y continúan dominando los contratos temporales frente a los contratos indefinidos, con más parados de larga duración, con un aumento de la pobreza y exclusión social[167]. Es decir, se ha producido una redistribución a la inversa en virtud de las respuestas liberalizadoras a la crisis económica, en cuyo marco hay que incluir las reformas laborales del último período de legislatura del Gobierno conservador. Desde este enfoque no existen condicionamientos constitucionales, ni contenido esencial; ni normas directivas dirigidas a los poderes públicos para actuar imperativamente en el sentido de garantizar la plena efectividad de los derechos sociales constitucionales.

Esta *deriva neoliberal no se corresponde con los principios vinculados al Estado Social-Material de Derecho*. Y supone crear una situación de excepción jurídico-material sin declaración

[165] Ciertamente la interpretación de derechos sociales como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) como derechos de estricta configuración legal ya había sido declarada anteriormente por el propio TC., considerando que el art. 35.2 CE remite a "la ley" la regulación de un estatuto de los trabajadores, siendo, pues, el legislador el encargado de determinar su contenido y alcance. En tal sentido, por parte del TC se ha afirmado que el ámbito de las relaciones de trabajo a que se refiere el art. 35 CE constituye una esfera "cuya configuración se defiere al legislador", con la consecuencia de que dentro de dicha configuración legal queda incluida la determinación de las técnicas y alcance de la reacción frente a la extinción del contrato de trabajo (STC 20/1994, de 27 de enero, f.jº. 2º). En esa exégesis interpretativa, se ha declarado reiteradamente que "si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales" (SSTC 19/2012, de 15 de febrero, fj.º 10, o 174/2013, de 10 de octubre, f.jº. 6). Con ello se desconoce el mando ex art. 10.2 CE. Es harto significativa la diferencia existente entre la postura del Tribunal Constitucional español y la defensa más decidida de los derechos sociales fundamentales de Tribunales Constitucionales europeos como en Portugal e Italia.

[166] Para un estudio completo y exhaustivo de esta reforma laboral, véase Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) y Ortiz Castillo, F. (Coord.) *et al*: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico,* Murcia, Laborum, 2022.

[167] Es suficiente comparar la Encuentra de Población Activa correspondiente al cuarto trimestre de 2011 con la última Encuesta del Gobierno actual del tercer trimestre de 2015 para verificarlo fáctica y empíricamente.

formal que ponen en suspenso los derechos sociolaborales. La democracia constitucional se basa en el principio de legitimidad sustancial (respecto a los derechos fundamentales y principio participativo y pluralista en el marco del Estado *Social* de Derecho; democracia sustancial) y el principio pluralista en su proyección en el sistema de fuentes del Derecho, que conforma y prefigura un modelo de relaciones internormativas entre Heteronomía y Autonomía colectiva. Se establece un estrecho nexo entre sistema de fuentes y pluralismo sociopolítico. La Constitución establece un equilibrio entre las funciones atribuidas a la heteronomía pública y a la autonomía colectiva, teniendo en cuenta que tras la problemática de las fuentes preside siempre el problema del poder y de las relaciones de poder; esto es, qué instancias son competentes y capaces de la decisión jurídica. Se comprenderá, así, que "lo político" se filtra y acaba siendo consustancial a la dialéctica heteronomía-autonomía colectiva en el terreno propio de las fuentes en el Derecho del Trabajo, expresando la relación entre el Poder y el Derecho.

En este sentido cabe decir que se está produciendo una *ruptura de los equilibrios constitucionales* en el orden infraconstitucional y su traslado y visibilidad en las relaciones interfuente: la deriva hacia el intervencionismo legal "fuerte" y autoritario en el espacio propio de la autonomía colectiva (v.gr., imposiciones relativas a la estructura de la negociación colectiva e imposiciones respecto de la vigencia normativa de los convenios colectiva: es paradigmática la regulación legal de la "ultractividad" de los convenios colectivos estatutarios). En esta perspectiva, no es baladí hacer notar la normalización en la práctica de excepciones al principio de reserva legal, que decae ante la penetración totalizadora de las disposiciones reglamentarias o del uso y abuso -ya aludido- de la figura del real decreto-ley como práctica elusiva de la tramitación inicial de proyectos de ley parlamentaria. Esto acentúa precisamente lo que el principio de legalidad quería impedir, a saber: la "gubernamentalización" del sistema normativo regulador de las relaciones laborales, que es propia de sistemas totalitarios y autoritarios, y enteramente refractaria a los principios constitutivos del Estado Social de Derecho.

Se camina hacia un modelo de descentralización de la negociación colectiva impuesto por el poder público, que, adicionalmente (y atendiendo a nuestro tejido empresarial integrado por las Pymes) puede conducir al efecto disfuncional de la individualización. Interesa recordar que la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 primó la descentralización negocial estableciendo la aplicación preferente del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbito superior. El RD-Ley 7/2011 pretendió buscar un mayor equilibrio entre centralización y descentralización manteniendo la preferencia del convenio de empresa salvo que los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos sectoriales nacionales establecieran otras reglas distintas. Finalmente, la Ley 3/2012 ha primado absolutamente la aplicación del convenio de empresa (y, de igual manera, de los convenios de grupo de empresas o de pluralidad de empresas vinculadas), que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior, con preferencia respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las principales condiciones de trabajo.

Es, ésta, la dirección de política del Derecho que transita de la dispositividad de la norma estatal para la autonomía colectiva a la imperatividad absoluta para esta en materias referidas a su propio campo (v.gr., ultraactividad limitada temporalmente por la Ley; periodo de prueba indisponible por convenio colectivo en el marco del fenecido Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores ex art. 4 de la Ley 3/2012; preferencias aplicativas de los convenios de empresa sobre el supraempresarial indisponible por la autonomía colectiva: Normas prohibitivas de orden público establecidas por la Ley 3/2012). A ello se une la crisis innegable de la concertación social y del llamado neocoporativismo democrático como forma de democracia deliberativa, que refleja un detrimento del papel político-institucional atribuido a las organizaciones de intereses colectivos (Manifestaciones de este declive de las prácticas de concertación social son las últimas reformas

laborales y la última reforma en materia de Seguridad Social; no basadas en el consenso social, sino en la imposición unilateral de reformas de envergadura en materia social).

En todo el proceso de reformas preside una "desconstitucionalización"[168] gradual de los derechos sociales (que se hacen en la práctica plenamente disponibles por el legislador "post-social" del Derecho Flexible del Trabajo), un cuestionamiento del sistema normativo que se quiere ver desplazado por un "derecho blando" (*soft law*) -cuando no por la llamada "responsabilidad social de la empresa"- que remitiría a una ordenación unilateral del trabajo por parte del empresario, con acaso una mínima negociación colectiva sobre las condiciones de cumplimiento voluntario de ciertas reglas de regulación del trabajo y de las condiciones de empleo.

Todo ello va parejo al debilitamiento en los instrumentos de control de observancia y cumplimiento de las normas jurídicas formalmente vigentes.

Con todo, se obtiene un debilitamiento del *garantismo jurídico* que, *grosso modo*, se ha venido basando sobre el firme pilar de verdaderas normas jurídicas y técnicas instituciones de garantías de control y observancia (tutelas judiciales, administrativas, sindicales, etc.). Esto significa que el Derecho Social del Trabajo tiende hoy a convertirse en un Derecho "postsocial" del Trabajo y de la Empresa (en el particular sentido de estar permanente al servicio de las exigencias de su funcionamiento en condiciones de competitividad). Cambian los valores de referencia y las prioridades y jerarquías. Todo ello en el marco de una mutación tácita (y en menor medida a través de reformas expresas) de los textos del Constitucionalismo Social vigentes formalmente en los países más avanzados de Europa en virtud de una realidad constitucional que se impone por "gobierno fuertes" que presentan sus reformas restrictivas de derechos sociales como imposiciones inevitables de los "mercados" (sin aclarar, por otra parte, qué fuerzas económicas e institucionales operan en dichos espacios económicos globalizados). Se está produciendo, pues, una "desconstitucionalización" y remercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía. La "constitución jurídico-social" solo adquiere una vigencia jurídico-formal, pero está desprovista de eficacia real y efectiva. A ese paradigma constitucional le está desplazando un nuevo marco jurídico-institucional de configuración de un modelo post-social de relaciones laborales. Desde el punto de vista de la técnica jurídica es manifiesto que en *ius strictum* la *mutación* constitucional por vía de legalidad ordinaria no es el procedimiento correcto, pues lo lógico sería proceder a un debate en la esfera pública democrática sobre el sentido de la revisión constitucional y que llegado el momento se procediera a través de un procedimiento estricto de *reforma* constitucional a través del procedimiento constitucional previsto en la propia Carta Magna. Hay que tener en cuenta que "la Constitución es la única forma posible en la actualidad de restaurar la vertiente material del Derecho, la que tiene que ver con su justedad"[169]. Y en relación a ello hay que tomarse en serio la Constitución pluralista como compromiso general, de manera que la Constitución pluralista "es el esfuerzo común de elaborar, a través de un compromiso, un diseño social y político general. El Derecho constitucional se difunde no sólo por cada rincón de lo "político", sino también por cada rincón de lo "social""[170].

[168] Puede consultarse, Baylos, A.: "La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012", *Revista de Derecho Social,* núm. 61, 2013, pp. 19-49; este proceso tiene sus antecedentes y un largo recorrido anterior a la reforma radical llevada a cabo por el RD.-Ley 3/2012 y su convalidación por la Ley 3/2012, Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 194-209; *Ibid.,* "Para una crítica de las "soluciones" iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo", en la revista *Lan Harremanak,* núm. 20-21, 2009, pp. 51-136; *Ibid.,* "Por una teoría general de los derechos sociales fundamentales que garantice su plena efectividad", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 8, 2017, pp. 698-762; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., pp. 54 y ss.

[169] Zagrebelsky, G.: *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional,* trad. A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2014, p. 134.

[170] Zagrebelsky, G.: *La Ley y su Justicia,* cit., p. 303.

La consecuencia estructural es el *cambio de modelo de Derecho del Trabajo*: del Derecho del Trabajo garantista clásico (la constitución democrático-social y garantista del Trabajo) por el Derecho flexible del trabajo (la constitución flexible y neoliberal del trabajo). No es un programa a corto plazo sino con la pretensión de hacerlo estructural. Por el momento *se presentan* (sic.) como "nomas o legislación de excepción", pero lo que se discute es más amplio que la crisis, esto, el tipo de regulación jurídico-institucional de los "mercados de trabajo" y de las relaciones de trabajo que mejor se correspondan con las condiciones de la globalización de la economía mundial; y, en relación a ello, la pretensión de implantar un modelo de competitividad basado en la competitividad por los costes del trabajo y la precarización permanente como condición existencial de carácter estructural del trabajo profesional.

Las consecuencias políticas y sociales de un Derecho *"postsocial"* del Trabajo, al tiempo no serán otras que el generar una nueva cuestión social devenida en cuestión directamente política y orden político-social. Con la consiguiente desestabilización sociopolítica del orden del capitalismo tardío. La nueva cuestión social exigirá un replanteamiento del Derecho del Trabajo "invertido", porque entonces no podrá seguir cumpliendo su función de pacificación social, de integración del conflicto ("contención social"), y de racionalización jurídica (en términos de limitación y control de los expansivos intereses empresariales y de racionalización de la lógica individualista que informa la actuación de las fuerzas económicas de nuestro tiempo).

Interesa recordar, en este orden de ideas, que el capitalismo y la democracia con Estado Social han estado siempre en tensión y sometido a lógicas contradictorias.

Con todo, se deberá recordar que el Derecho -que ostenta un relativo ámbito de autonomía real y efectiva- no tiene una existencia aislada, interactúa con la economía y con la decisión política constituyente del orden en la comunidad política.

En este sentido, frente a este tipo de políticas sería posible articular una estrategia social y económica alternativa, orientada a *cambiar la dirección de las políticas laborales actuales.* El programa alternativo debe ser de viable realización, en atención a las posibilidades objetivas existentes y a la correlación de fuerzas políticas concurrentes en cada momento. La instrumentación técnica, y en particular, técnico-jurídica, de las medidas alternativas laborales y de política social será funcional a los objetivos de política pública perseguidos y previamente diseñados.

Es aquí donde el ordenamiento laboral puede desplegar eficazmente su capacidad *racionalizadora* del mercado y de las relaciones sociales de producción y asimismo su función integradora de la clase trabajadora en el sistema establecido. El problema estriba en precisar en la coyuntura actual cuáles son los criterios de gobernabilidad (las "reglas de juego") del sistema de relaciones laborales y de organización de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción. El Derecho del Trabajo, ha venido siendo la ordenación jurídica del trabajo asalariado, es decir, el intercambio de trabajo asalariado por cuenta ajena. Se trata de racionalizar el sistema económico y social. El Derecho del Trabajo actual redescubre su vocación original de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego que gobiernan las relaciones profesionales. La reforma legislativa neoliberal de la ordenación jurídica e institucional del mercado de trabajo va más allá de una legislación de adaptación al nuevo marco económico. Pretende impulsar una transformación del modelo de relaciones laborales, con una orientación menos "garantista" y más liberal en la regulación de los procesos sociales. En la práctica las medidas flexibilizadoras aproximan la ordenación del trabajo al tratamiento del trabajo como una mercancía "ficticia" por el pensamiento económico (es el fenómeno de "remercantilización" a que se viene haciendo aquí referencia). Las políticas de flexibilidad es evidente que refuerzan la concepción patrimonial de la relación laboral,

al incidir en la consideración del trabajo como un bien negociable, una "mercancía" (por encima de que su "adquisición" y "uso" goce una intensa predeterminación normativa). Es curioso constatar que a pesar de las tendencias hacia la individualización, en la práctica dichas políticas realzar la condición de "mercancía" de la fuerza de trabajo y relegan su condición del trabajador en cuanto sujeto de derecho implicado en la relación jurídica de trabajo (y cuyos derechos como persona deben ser plenamente garantizados) (Se debe realzar la consideración del trabajador como sujeto de derecho pleno en la relación de trabajo como relación no exclusivamente patrimonial sino también presidida por la suprapatrimonialidad del hombre). En estas coordenadas de política del Derecho es necesario reafirmar el principio de "justicia social" según el cual el trabajo es una mercancía. Lo cual implica, de suyo y en coherencia, la elaboración de políticas sociolaborales de "desmercantilización" del trabajo. En esta dirección garantista -aun tratándose de una "Declaración", un "derecho blando"- la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (Ginebra, 10 de junio de 2008)[171].

En el contexto actual, podría interrogarse sobre la posibilidad de establecer un modelo distinto o alternativo de política social y laboral, redescubriendo la función del Derecho social del trabajo.

Por lo pronto se debe reafirmar la idea de que no existe sólo una única política social posible, y viable económicamente. Frente a la orientación de las políticas conservadoras en la actualidad si no al imposible desmantelamiento absoluto del Estado social a corto y medio plazo, sí hacia la reorganización del mismo como mero Estado del Bienestar *residual o marginal* (otorgando un papel central al mercado como instancia de provisión del bienestar) se debe postular como propuesta y modelo alternativo de viable realización la construcción de un sistema de Estado del Bienestar *expansivo o democrático-social* ("institucional") que sitúe como objetivo preferente la igualdad y la solidaridad social y, en consecuencia, se redefina como la instancia principal de provisión del bienestar y, asimismo, establezca un marco de organización para las obras instancias de provisión (mercado, familia, sociedad civil).

En la perspectiva de los Textos Constitucionales deberá reforzarse la garantía constitucional de los derechos sociales, mediante su ubicación en la parte dogmática que garantice su máximo nivel de protección y garantías de tutela judicial evitando así la subordinación de los mismos a la constitución económica (libertades económicas de los empresarios; derechos de propiedad; competitividad de la economía). Especialmente deberían ser blindados derechos como la Seguridad Social, derecho a un trabajo decente o digno, derecho a la negociación colectiva (La libertad sindical y la huelga ya están incluidos en el capítulo 2º al menos en nuestra Carta Magna). Y suprimir la "regla de oro" impuesta por la Comisión Europea que subordina el gasto social al pago de la deuda y a los equilibrios financieros y pago de las deudas [Por ejemplo esto implicaría: reubicar sistemáticamente los derechos sociales para garantizarlos al máximo nivel. De este modo le asistiría el sistema de garantías del art. 53, apartados 1 y 2[172] , y no las más limitadas previstas en el apartado 3 del art. 53 de la CE.]. Esto es tanto más relevante cuando se constatan los propios límites que impone el tratamiento constitucional de los

[171] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo, derecho de trabajar y derecho a la libre elección del trabajo", y Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B. M.: "Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares, 2014, pp. 773 y ss., y 797 y ss., respectivamente.

[172] Conforme al art. 53 CE: "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a). 2 Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera de Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

derechos sociales (vinculados al déficit de tutela derivado de la correlación de fuerzas en el proceso constituyente de la transición política) y la posición del Tribunal Constitucional que entiende que existe una amplia discrecionalidad en su desarrollo por el legislador infraconstitucional y que salvo reforma constitucional el modelo de garantía de los derechos sociales está ya clausurado. Es más: doctrina jurisprudencial última de nuestro Alto Tribunal se reforzado el criterio de que los derechos sociales -individuales y colectivos- son de estricta configuración legal y que dentro de ese amplio margen de discrecionalidad legislativa pueden verse limitados en su contenido esencial a través del nuevo canon interpretativo de la excepcionalidad planteada por la crisis económica y la interconexión funcional entre la libertad de empresa y fomento del empleo (Señaladamente, Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero; SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero).

Todo es "reversible" o hay "regresividad" de las garantías sociales en la práctica política (aunque se quiso garantizar la "irregresividad" en la postguerra y sutilmente se filtra en algunos instrumentos internacionales como los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea…). Pero también hay que decir que nada es históricamente definitivo: Hay que ser dialécticos, pues en un sistema democrático con Estado Social de Derecho se puede orientar una política del Derecho Constitucional y Legal distinta a la actual. Es un problema de decisión política y jurídica para diseñar un nuevo horizonte constitucional. Así, en el marco de lo que perfectamente podría ser un nuevo proceso constituyente (una reforma constitucional explícita y no una simple mutación tácita de los textos constitucionales como sucede actualmente, en parte) es posible llevar a cabo una reforma constitucional dirigida a reubicar selectivamente los derechos sociales del Cap. III, en la Sección 1ª del Cap. I del Título I de la Constitución, dotándolos de la máxima garantía constitucional. Justificándolo, en normas internacionales y europea, como por ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que considera como tales a los derechos sociales, si bien con ciertas limitaciones. Aunque es un problema de preferencia constitucional que exigiría justamente lo contrario de lo establecido en el reformado -en 2011[173]- y vigente art. 135 CE (la llamada "regla de oro" que garantiza el pago preferencial de la deuda y subordina el gasto social a los equilibrios macroeconómicos, es decir, a la Constitución económica; "regla de oro" que ha quedado en suspenso *de facto,* al menos durante la crisis provocada por la Pandemia y ahora recuperada, pero más "relejada" todavía con la repercusión económica y social de la guerra de Ucrania).

7. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alfonso Mellado, C., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica,* Albacete, Bomarzo, , 2014.

Bauer, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp. IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

Baylos Grau, A. y Castelli, N.: "Libertad sindical (Artículo 5 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Paidós, 1998.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 2002.

[173] Art. 135 redactado por el artículo único de la Reforma de la Constitución Española de 27 de septiembre de 2011 («B.O.E.» 27 septiembre). Los límites de déficit estructural establecidos en el art. 135.2 de la CE entraron en vigor a partir de 2020, conforme establece la disposición adicional única de la citada Reforma.

Bockenforde, E.-W.: "Grundrechte ais Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", en Bockenforde, E.-W.: *Staat, Verfassung, Demokraie,* Frankfurt a. M., Suhekamp Verlag, 1991.

Brecht-Heitzmann, H. y Sadat Khonsari, M.: "El cumplimiento de la Carta Social Europea por Alemania", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo (ACDCT),* vol. IX, 2017.

De Schutter, O. (Coord.): *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour L'Europe,* Bruylant, Bruxelles, 2010.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho,* trad. J. C. Bayón, P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2016.

García González, G.: "La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Jimena Quesada, L.: *La Europa Social y Democrática de Derecho,* Madrid, Dykinson, 1997.

Jimena Quesada, L.: "La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Jimena Quesada. L. y Terol Becerra, M. J. (Dirs.) *et al*: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: "Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea", *Revista de Administración Pública,* vol. 47, 2016.

Jimena Quesada, L.: "Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre), *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 53, 2019.

Jimena Quesada, L.: "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de Covid-19", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 460, 2021.

Kelsen, H.: *Principios de Derecho Internacional Público,* trad. Hugo Caminos y Ernesto C.Hermida, revisión, edición y estudio preliminar, "Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad" (pp. IX-LVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

López Guerra, L.: "La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (Dirs.): *Tratado sobre protección de derechos sociales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Menger, A.: *El derecho civil y los pobres,* edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017. (Es el estudio más completo del sistema de derechos sociales en su conjunto de la Carta Social Europea Revisada).

Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger", estudio preliminar a Menger, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad de la persona del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídicos y de Seguridad Social,* núm. 1, 2020: Monográfico sobre la COVID-19, Estudios doctrinales, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: *Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social*, en *Lex Social*, vol. 8, núm. 2, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Monereo Pérez, J.L., y Tomás Jiménez, N.: "Derecho de huelga (Artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea Revisada,* Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M. N., Vila Tierno, F., Álvarez Cortés, J. C. (Dirs.), Fernández Rámirez, M. Y Pedrosa Ramírez, S. I. (Coords) et al: *Salud y Asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Tomos I y II,.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et altri*: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) y Ortiz Castillo, F. (Coord.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022.

Organización Internacional Del Trabajo (Oit): *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, OIT, 10 de junio de 2008.

Organización Internacional Del Trabajo (Oit): *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017.

Radbruch, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho,* trad. A. del Campo, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

Ramos Quintana, M.: "La ratificación por España de la Carta Social Europea (revisada): su relevancia ante la inminente reforma laboral", *Trabajo y Derecho,* núm. 81, 2021.

Salcedo Beltrán, C.: "Retos y compromisos internacionales para la consolidación del estado social y democrático de derecho en España", *Lex Social: Revista de los derechos sociales,* vol. 9, núm. 1, 2009, 2009.

Salcedo Beltrán, C.: "La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación "presente" a la ineludible integración 'futura'", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Salcedo Beltrán, C.:"Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 434, 2019.

Salcedo Beltrán, C.: "Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: evidencias de la «indiferencia» y «resistencia» a la Carta Social Europea", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2019.

Salcedo Beltrán, C.: "El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

Salcedo Beltrán, C.: "Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte Sociale Européenne en Espagne. Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties", núm. 1, 2020.

Salcedo Beltrán, C.: "La autorización de la firma del protocolo de reclamaciones colectivas: un premio para los derechos sociales, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 58, 2020.

Salcedo Beltrán, C.: "La autorización de la firma del Protocolo de Reclamaciones Colectivas: un premio para los derechos sociales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 58, 2021.

Salcedo Beltrán, C.: "La Carta Social Europea. *Unde venis et quo vadis?",* en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et altri: La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et al*: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant Lo Blanch (Con aportaciones de J. Barceló Fernández, G. García González, J. I. García Ninet, L. Jimena Quesada, J. Malinowski, C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez, C. Salcedo Beltrán, F. M. Silva Ardanuy y F. Valdés Dal-Ré), 2021.

Salcedo Beltrán, C.: "Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopia que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022.

Stangos, P.: "Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Bomarzo, 2016.

Valdés Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et altri*: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Barcelona, Tirant lo Blanch, 2021.

Vida Soria, J.: "Presentación" al libro Lezertua, M. y Vida Soria, J. (Ed.) *et altri: La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea",* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

Vida Soria, J.: "El derecho social y la política de protección social del Consejo de Europa", Estudio preliminar de la obra *Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.