

## La Constitución social del trabajo («decente»): ¿un divorcio entre el ideal normativo y la cruda realidad en busca de nuevo «convenio regulador» o de «reconciliación»?

La Constitución ha abierto el mayor periodo de libertad, paz y prosperidad que España haya disfrutado jamás. Nuestra Carta Magna se ha convertido en origen y cúspide del ordenamiento jurídico, ha permitido el goce efectivo de libertades y derechos, ha regulado un orden democrático avanzado y ha conseguido llevar a cabo una descentralización del poder. (...). Es gracias a ella, y al pleno acatamiento de los valores que esta propugna, que España pertenece como miembro destacado a Europa y Occidente

Juan José GONZÁLEZ RIVAS (2018)<sup>1</sup>

No aspiramos a hacer Constituciones centenarias. Nos contentaríamos con que hiciéramos una Constitución que fuera hábil y practicable para los españoles

Emilio ATTARD (1978)<sup>2</sup>

Las generaciones posteriores a la constituyente tienen también el derecho de revisar sus formulaciones, manteniendo el hilo de continuidad que reside en sus valores, en sus principios y en sus opciones fundamentales

Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional (2006)

### 1. INTRODUCCIÓN: ¿«CELEBRAR» O «CONMEMORAR» LOS 40 AÑOS DE CONSTITUCIÓN?

En la cultura social de nuestro tiempo, cumplir 40 años suele ser expresión de alegría, un gran motivo para la fiesta, que suele preparar amorosamente un integrante de la pareja al otro (u otra). En el imaginario colectivo de hoy, representaría el equilibrio casi perfecto entre juventud (energía y estímulo renovador), que persiste, y la experiencia (bagaje de conocimiento y capacidades acumuladas) que deja como poso tan razonable periodo vital. La «estación de los 40» se convierte en todo un hito (personal). A la estabilidad –presunta– que nos da la experiencia pasada, se sumaría el mayor dominio o control del futuro que nos aporta el conocimiento acumulado. No siempre fue

<sup>1</sup> Vid. entrevista al presidente actual del Tribunal Constitucional (TC) en Capa, C. (2018). Entrevista a Juan José González Rivas, presidente del Tribunal Constitucional [Sección Con sello personal]. *Revista Escritura Pública*, 113 [septiembre-octubre], p. 17.

<sup>2</sup> Presidente de la Comisión Constitucional del Congreso, 5 de mayo de 1978.

así. Los que ya peinamos canas –satisfechos por mantenerlas, pues podría ocurrir que tampoco quedara nada que peinar– recordamos que ser del grupo de los «cuarentones» o, aún peor, en una sociedad claramente sexista, «cuarentonas», añadía una connotación «despectiva» porque, además de propiciar la suma de «hilos de plata y grasa abdominal» (Arjona. R. Señora de las cuatro décadas –sirve también para el señor–), la indeleble huella del tiempo nos haría, a partir de ese momento, cada vez más invisibles.

Nuestra Constitución de 1978 cumple 40 años. ¿Tiene más motivos de celebración o, al contrario, debe contentarse con la pura conmemoración? Aunque en estricta semántica ambas expresiones tienen una análoga significación, de modo que se utilizan como sinónimos (se dice que conmemorar es celebrar una ceremonia o una fiesta para recordar un acontecimiento), el uso real de ambas expresiones presenta connotaciones claramente diferenciales. Si celebrar implica siempre motivo de gozo, de alegría y vitalidad, conmemorar suele identificarse más con fastos debidos, pero en modo alguno expresa identificación o adhesión intelectual o emocional al hecho conmemorado. En este sentido, el mes pasado se «conmemoró» el final de ese gran desastre de la humanidad –del que no se aprendió, y años después vendría otro, aún peor, si cabe– que fue la Primera Guerra Mundial, acaparando portadas por todo el mundo y, sin embargo, ni una sola expresó que se «celebra» el final de tal tragedia.

---

### **Nuestra Constitución de 1978 cumple 40 años. ¿Tiene más motivos de celebración o, al contrario, debe contentarse con la pura conmemoración?**

---

No es retórica esta última referencia hablando de la Constitución de 1978, porque es un lugar común, unánimemente aceptado –lo que ya es motivo de celebración–, recordar que un gran mérito de la Constitución de 1978 fue impulsar el tránsito entre una –nefanda– época de dictadura (también de 40 años) y un tiempo de democracia para toda España (vida social), no ya solo para el Estado español (vida política, como ahora tanto gusta acotar, para nosotros, impropia). Sin embargo, significativos sectores de la población española no celebrarán, se limitarán a «conmemorar» (algunos, por imperativo legal), reclamando al tiempo una reforma profunda, y otros ni siquiera «conmemorarán» un nuevo «periodo constituyente».

No es retórica esta última referencia hablando de la Constitución de 1978, porque es un lugar común, unánimemente aceptado –lo que ya es motivo de celebración–, recordar que un gran mérito de la Constitución de 1978 fue impulsar el tránsito entre una –nefanda– época de dictadura (también de 40 años) y un tiempo de democracia para toda España (vida social), no ya solo para el Estado español (vida política, como ahora tanto gusta acotar, para nosotros, impropia). Sin embargo, significativos sectores de la población española no celebrarán, se limitarán a «conmemorar» (algunos, por imperativo legal), reclamando al tiempo una reforma profunda, y otros ni siquiera «conmemorarán» un nuevo «periodo constituyente».

Ni que decir tiene que «celebrar» no es adherirse acríticamente a la causa (de hecho, bien sabido es que «las fiestas» suelen ser propicias para críticas encubiertas de «exaltación de la amistad»), pero sí implica siempre el reconocimiento no solo de lo que fue, sino también de lo que todavía puede, y debe, ser para el futuro. La observación viene a cuento porque a nadie se le escapa que el escenario actual es el de una «gran crisis constitucional», desvelada por unos, más velada para otros, pero no menos profunda, porque asistimos a un progresivo deterioro, en apenas cuatro años, de la confianza no ya solo política, sino social, en la Constitución de 1978 como norma eficaz para ordenar no solo la convivencia territorial (debate de identidades y de pertenencias, con sus derivas competenciales), sino social (debate sobre la libertad, la igualdad y la justicia social reales). Si, inicialmente ([Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional, 2006](#)), el debate estaba en la reforma parcial y selectiva del texto constitucional, para adaptarlo a nuevas realidades sociales y políticas, para cuya solución habría mostrado cierta insuficiencia

por las arrugas del tiempo, concitando un significativo consenso (por ejemplo, eliminación de la regla sexista en la sucesión a la Corona; el encaje constitucional del Senado, de cuya inutilidad todo el mundo es consciente; una mejor inserción de la Unión Europea en la Constitución y una puesta al día del modelo territorial), en estos momentos la mecha prende y arde más allá del fuego sobre el principio de autonomía territorial de la forma de Estado<sup>3</sup>.

El desafío al orden constitucional de 1978 procede no solo del órdago a la grande del independentismo catalán, sino que afecta cada vez más de lleno a otros ámbitos de la vida propiamente social, como son los asociados a los principios democrático y social que deberían cualificar, no solo «adornar» estéticamente, esa forma del Estado constitucional de derecho *ex artículo 1.1 de la Constitución española* (CE).

Al cuestionamiento constitucional del modelo de organización político-territorial, que no será en modo alguno ajeno al sistema de reparto de las competencias normativas en materia de empleo, trabajo, seguridad social y protección social (un análisis de esta vertiente en el magnífico [estudio del profesor Manuel Carlos Palomeque López](#), así como el no menos sugerente [diálogo del profesor Eduardo Rojo Torrecilla](#), en este número), hay que añadir ahora el sistema de reconocimiento y garantía constitucional de los derechos sociales y laborales de las personas a consecuencia tanto de la dilatada crisis económica y social cuanto también del modo –leyes y políticas– de afrontarla. Desde esta perspectiva, propia del jurista del trabajo (y de la protección social), la alteración del orden constitucional social en sentido remercantilista ya habría tenido lugar, en un doble plano:

- Reforma formal exprés, impuesta, no dialógica –consagración del principio de primacía de las leyes del acreedor frente a las del deudor *ex art. 135 CE*– y
- Mutación constitucional interna (fáctica), en virtud de la prioridad otorgada a las leyes y a las políticas económicas y sociales basadas en la gobernanza económica europea y en la tiranía de sus valores de austeridad<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Esta visión de obligada revisión, o «repensamiento», más amplia de la cuestión de la reforma constitucional en Freixes Sanjuán, T. y Gavara de Cara, J. C. (Coords.) (2016). *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica* [Parte primera]. Madrid: BOE. Recuperado de <[https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2016-51](https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2016-51)>.

<sup>4</sup> El concepto de «mutación constitucional» remite a la conocida construcción del insigne jurista alemán G. Jellinek, para el que la realidad político-social, y económica, tiende a modificar las Constituciones al margen de los procedimientos formalmente previstos para su reforma formal. Así sucedería a través de las leyes, la interpretación constitucional de los jueces y las prácticas institucionales, que pueden dar un sentido diverso, cuando no opuesto, a los

En este contexto conflictivo, político y socialmente, en un momento de recuperación (solo) de la macroeconomía, no sorprende que alguno de los partidos políticos que asumen la representación de las generaciones más jóvenes, que no pudieron votar en el referéndum de la Constitución,

en consecuencia, y que solo percibirían la incapacidad —o la resistencia— de la «interpretación constitucional» para frenar la devaluación y pérdida de intensidad del acervo de derechos laborales y sociales que les dicen que contiene la Constitución, apuestan claramente por una reforma mucho más profunda. Dejando de lado el debate, minoritario aún, que reabre el conflicto monarquía o república, sí existe un fuerte movimiento dirigido a una reordenación constitucional del sistema de reconocimiento y garantías de los derechos sociales, llevándolos a su configuración como genuinos derechos fundamentales de las personas, asegurados tanto frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo (por ejemplo, compromisos de gasto presupuestario básico en términos de un porcentaje mínimo del PIB, por ejemplo), cuanto al poder jurisdiccional, tanto el constitucional como el ordinario. Y, en esta dirección, cobra especial actualidad un debate clásico, que hoy adquiere nuevas dimensiones, precisamente por la centralidad adquirida, y tan solo intuida tímida y dispersamente en la Constitución del 78 (arts. 10.2, 93 y 96 CE), como es el relativo al principio de progresividad recibido en los estándares internacionales (europeos y universales) y, sin embargo, negado por leyes y jurisprudencia constitucional española.

El debate tiene una proyección más visible en relación con los derechos de protección social (de gran interés al respecto los magníficos [estudios de los profesores José Luis Monereo Pérez y José Luis Tortuero Plaza](#)). Pero también tiene un reflejo importante en el ámbito más estrictamente laboral, en virtud del efecto de devaluación salarial (regresividad laboral) que buscó, y logró, el proceso de reforma del mercado de trabajo 2012-2013, incluidas las relativas a la estructura de la negociación colectiva. La plena disponibilidad del convenio sectorial por el convenio de empresa no tenía un sentido concesivo, sino peyorativo.

Consecuentemente, el jurista del «trabajo decente», aunque por lo general queda postergado del debate de reforma constitucional, está concernido en primer plano por esta dialéctica entre la suficiencia del orden constitucional vigente para abordar los retos (del trabajo y la protección social) de hoy, prefiriendo reformas legislativas y reorientación interpretativa constitucional, y la necesidad, no solo ya la oportunidad, de una reforma constitucional que le permita afrontarlos con mayor capacidad de equilibrar, de forma justa y eficiente, los derechos e intereses encontrados. Desde esta segunda perspectiva, no bastaría con la mo-

---

preceptos constitucionales formalizados. Una mutación o una alteración de sentido que tanto puede dirigirse a hacerlos inoperativos, vaciándolos de sentido, cuanto a darles una nueva vitalidad para afrontar las nuevas demandas de orden y justicia constitucional. *Vid.* Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución* [Trad. P. Lucas Verdú]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

dernización de las leyes laborales y sociales, pese a ser inaplazables (por ejemplo, nuevo Estatuto de los Trabajadores [ET] a la altura del tiempo que vivimos, marcado por la «revolución digital»; para algunos, «neofeudalismo digital»), en la medida en que la originaria, y, por qué no decirlo, algo sombría, «Constitución social» (del trabajo digno *ex art. 35* en relación con

el *art. 10.2 CE*) estaría siendo desnaturalizada por la «Constitución flexible» (económica) del trabajo, en la que flexible se identificaría más que con adaptabilidad con disponibilidad (por parte de los poderes constituidos, incluso por los agentes sociales), sin que la norma constitucional parezca estar en condiciones de establecer un sistema de límites operativos para evitar que dispositivo equivalga a devaluación.

---

**No bastaría con la modernización de las leyes laborales y sociales, en la medida en que la originaria, y algo sombría, «Constitución social» estaría siendo desnaturalizada por la «Constitución flexible» (económica) del trabajo**

---

## 2. LAS ARRUGAS (NO BELLAS) DEL TIEMPO: DESNATURALIZACIÓN DE LOS RASGOS QUE «HACEN» ÚNICA EN NUESTRA HISTORIA A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Antes de entrar en la exposición, somera, de los principales temas de actualidad del debate sobre la vigencia efectiva de la Constitución y de su eventual reforma (sí, no, cómo), desde un prisma de jurista del trabajo (y de la protección social), buena parte de los cuales serán afrontados de forma sugerente y exhaustiva en los estudios y diálogos que integran este [número monográfico](#) (a los que remitimos), conviene recordar, en tiempo conmemorativo (dejamos para el final la valoración de si también celebrativo), qué hace (o hacía) de 1978 un hito constitucional muy especial, único en nuestra historia (jurídica, política y social). A nuestro juicio, la Constitución de 1978 sintetiza de una forma emblemática tres rasgos determinantes que la diferencian notablemente de cualquier otra de nuestra atormentada historia, habiendo todas ellas terminado de la peor manera posible cuando se vieron enfrentadas a problemas y crisis<sup>5</sup>, optando no por las reformas dialógicas, comunicativas, que conservan lo mejor del texto y cambian lo inadaptable, sino por las «liquidaciones» del «pasado constitucional» y la apertura de un «nuevo proceso constituyente», haciendo tabla rasa con aquel.

Estos rasgos serían:

**1.** Su legitimación radical no reside en una autoridad que la impone, sino en el consenso social que la refrenda. Es un tópico apelar a la mayoría social que la avaló (90% de la población; 325 votos de los 350 integrantes del Congreso de entonces). Nunca será suficiente enfatizar que el con-

---

<sup>5</sup> Vid. Muñoz Machado, S. (Coord.) (2017). *Ideas para una reforma de la Constitución*, punto 7, p. 6

senso subyacente a la Constitución de 1978 refleja el compromiso político y ciudadano para zanjar de una vez la imagen de las dos Españas (su hermosa crítica poética machadiana no puede diluir lo real de su amenaza constante) y las constituciones «partidistas» (liberales y conservadoras)<sup>6</sup>.

2. No se trataba de una «carta programática» de buenas intenciones y mejores deseos, sino de una auténtica norma jurídica, con vocación de ordenar no solo la vida política (ejercicio de la soberanía), sino también la vida de la ciudadanía (normas de conducta para regir la convivencia diaria en paz, libertad, igualdad, justicia y seguridad). Como es bien sabido, así lo afirmó tempranamente el TC, en su primera época, la gloriosa, de conformidad con la doctrina científica más solvente del momento. Con ello no solo se acogía la doble tradición jurídico-constitucional influyente en este ámbito –la alemana y la norteamericana; no hay ordenamiento jurídico válido sin una norma suprema, una *Grundnorm* o un *Higher law*–, sino que se pretendía acabar con un concepto simple y monopolista de la Constitución como norma ordenadora de la cuestión de soberanía (parte orgánica), heredado de la tradición revolucionaria liberal francesa y dominante en el constitucionalismo previo a la Segunda Guerra Mundial, para primar su visión de norma de conducta para la vida ciudadana. Primero, expresión de derechos civiles –no ya solo políticos–, y más tarde, aunque con garantías más deficientes, sociales. El principio democrático ya no tenía solo una dimensión formal (procedimientos), sino material (sustancias de derechos fundamentales), enlazando con el principio social<sup>7</sup>.

3. La Constitución, aun en su defensa del pluralismo, es un proyecto de transformación de la vida social y económica española mirando al futuro (principio de modernización). La conjunción del primer rasgo y el segundo lleva a este tercero: la Constitución pretende ser, más que una norma, un «modo de vida» (dialógico, comunicativo, transaccional) para todas las generaciones futuras, uniendo pasado y futuro. De ahí que sea una obra viva y abierta de modernización, aun al ritmo de los diferentes proyectos políticos.

Cláusulas abiertas y normas de sistema como las de los artículos 1.1, 9.2, 10.2, 14, etc., ponen de relieve esta función de transformación social progresiva de la Constitución de 1978 que, con altibajos, habría venido cumpliendo hasta 2008 (fecha del gran crac). Así se pronunciaba recientemente la profesora (presidenta emérita del TC) María Emilia Casas, en su discurso de toma de posesión del cargo de consejera del Consejo de Estado (8 de noviembre de 2018):

<sup>6</sup> (...) el testigo de aquel «trono liberal» [evocando las apalabras de un periódico gaditano del siglo XIX respecto de la Constitución de 1812] lo recoge hoy nuestra Constitución, un verdadero prodigio intelectual a la vista de la tormentosa historia constitucional española, y que ha hecho posible, en palabras de Francisco Tomás y Valiente, «la articulación armónica entre el todo y las partes». O lo que es lo mismo, entre la soberanía nacional que descansa en el conjunto de la nación española y cada uno de los ciudadanos.

Vid. Matute, M. (2018). La Constitución cumple 40 años: crónica de un éxito [Sección El escaparate]. *Escritura Pública*, 113 [septiembre-octubre], p. 6.

<sup>7</sup> Por todos, Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

La predisposición al futuro es la esencia de la Constitución. Intensificar su capacidad efectiva de integración social como marco de convivencia, para resolver los problemas de nuestra organización política y de nuestra construcción democrática, es tarea que corresponde al poder de reforma. Con la certeza (...) de que no hay democracia fuera de la Constitución, que la ha constituido y regulado los procedimientos para esa reforma.

Ciertamente, esa «esencial» mirada constitucional como proyecto de futuro abierto a una continuada modernización para las sucesivas generaciones ciudadanas residentes en España (no solo de los españoles, como algunos derechos reflejan; caso del derecho al trabajo, por ejemplo), puede –y debe– hacerse con reforma constitucional, pero también sin ella.

---

**Los tres rasgos (consenso, normatividad jurídica y espíritu de transformación social permanente) que hicieron –que hacen– única en nuestra historia a la Constitución de 1978, y que refleja su «historia de éxito», están hoy en crisis**

---

En todo caso, hoy debemos tener bien claro que esos tres rasgos (consenso, normatividad jurídica y espíritu de transformación social permanente) que hicieron –que hacen– única en nuestra historia a la Constitución de 1978, y que refleja su «historia de éxito», están hoy en crisis y ganan adeptos, a pasos agigantados, los sectores que se suman a la crítica de la Constitución por la desnaturalización o vaciamiento de los mismos. En lo que concierne al consenso político y social, sea por una cuestión «ideológica», sea por otra «generacional», es lo cierto que un alto porcentaje de la población española, en especial los más jóvenes, apoya la reforma constitucional para aspectos significativos de la misma. Al margen de la cuestión del grado de consenso alternativo realmente necesario para promover y legitimar, al margen de la exigencia formal (arts. 167 y 168 CE), que en modo alguno puede ser el mismo de origen, pues se pretende la reforma, no un nuevo proceso constituyente, existe una creciente convicción de que las generaciones actuales se han ganado ya el derecho a expresar su grado de aceptación del texto constitucional, de modo que, sin perjuicio del necesario «hilo de continuidad que reside en sus valores, en sus principios y opciones fundamentales», puedan también participar de un nuevo consenso reafirmador del orden constitucional (reformado). Así lo entiende hoy la mayoría de los constitucionalistas y así se reflejó en el [Informe del Consejo de Estado de 2006](#), único intento serio, por el momento, de abrir un proceso reformador parcial, pero relevante.

El carácter estrictamente normativo de la Constitución también ha quedado tocado y cuestionado por el intenso proceso de devaluación de los derechos sociales a raíz de las leyes de austeridad y reforma remercantilista de las instituciones laborales y sociales; las típicas del Estado de bienestar.

Precisamente, si a partir de 2010 ([sentencia](#) que limita el estatuto catalán de segunda generación) el texto constitucional perdió capacidad de integración política, a partir de 2012 perdería la capacidad de integración (legitimación) social. La extremada apelación del «sumo intérpre-



te constitucional» al socorrido expediente de la «libre configuración legal» de los derechos, así como al límite fáctico de lo «económicamente posible», ha dado prácticamente «carta blanca» a la mayoría política de cada tiempo para que los preceptos constitucionales relativos a derechos sociales adquiriesen el significado querido en la ley (a menudo, en el real decreto ley, luego convalidado acriticamente por la misma mayoría de rodillo del partido en el Gobierno), vaciando de sentido el momento constitucional creativo. Los tórridos vientos de la crisis económica, de un lado, y de las leyes de austeridad ideada para resolverla, a menudo impuestas por la autoridad de la gobernanza económica mundial (comunitaria e internacional), de otro, habrían creado la «tormenta perfecta» para llevarse por delante buena parte de la normatividad constitucional como sistema de límites a los poderes constituidos.

De este modo, aquel halo áurico de la Constitución de 1978 como ariete contra la «tiranía que, por tantos siglos, con su cetro de hierro, nos abrumó», promoviendo una «nueva época fausta» en la que la «justicia» (en forma de más libertad, más igualdad, más seguridad, etc.) dominaría con su «trono liberal» y «social» sobre cualquier intento de reedición de un «orden autoritario» y de «regresividad social», quedará ensombrecido por el juego combinado de la hegemonía de las leyes al servicio de la

---

**Aquel halo áurico de la Constitución de 1978 como ariete contra la «tiranía que, por tantos siglos, con su cetro de hierro, nos abrumó», quedará ensombrecido por el juego combinado de la hegemonía de las leyes al servicio de la «nueva tiranía de los valores de austeridad» (y del mercado como medida de todo)**

---

«nueva tiranía de los valores de austeridad» (y del mercado como medida de todo) y el aval mayoritario del intérprete constitucional, agriamente denunciado por la «interpretación constitucional minoritaria». Así, el poder constitucional llamado en la Constitución a garantizar la primacía normativa y social de su orden de valores y derechos frente a los debilitamientos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo reproducirá en su seno las diversas formas políticas de entender los principios democrático y social del Estado constitucional de derecho, lo que conlleva una crisis sin precedentes –quizá comparable a la que sufrió con la lejana sentencia Rumasa– para la justicia constitucional. Esta devaluación del orden social constitucional originario (aunque antes de la crisis de 2008 la mayoría de los análisis defendía que el orden constitucional español era más liberal que social, pero bastará que pueda deteriorarse más aún para que se idealice el modelo –«Virgen-cita, que me quede como estoy»–) tendrá, como se apuntó, un momento de reforma constitucional formal –el infausto [art. 135 CE](#)–, y otro informal, fáctico, de mutación constitucional. La denominación del proceso quedó expresada de este modo en la minoría constitucional «mosquetera»: las leyes de austeridad habrían promovido y consolidado «el tránsito desde el modelo del *Welfare State* (constitucionalismo social avanzado) al de *Workfare State* (eficiencia y racionalización)».

Como es lógico, la desnaturalización del segundo atributo, relativo a la garantía social (la plena disponibilidad de los «derechos sociales» para la «autoridad» del «príncipe» –Poder Ejecutivo– de cada momento ha quedado clara en el [Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio](#), sobre el acceso universal al sistema nacional de salud; *exitus acta probat*: el fin –económico ayer, social



hoy– justificaría los medios), de la Constitución de 1978 llevará consigo el deterioro galopante del tercero. De este modo, el debilitamiento del sentido constitucional de los límites jurídicos a los poderes se acompañaría de un giro de inversión social. No solo la Constitución no avanzaría, sino que se mostraría incapaz de frenar cualquier tipo de acción política y social regresivas, de modo que, lejos de mirar al futuro, pareciera dejarse el futuro a su espalda.

---

**Desde esta perspectiva crítica, a la citada cuestión de la «corrosión de los sistemas de solidaridad jurídico-social», que no es una cuestión solo nacional, sino que constituye uno «de los efectos más visibles» del proceso de integración europea, habría que añadir la «cuestión de la devaluación de las libertades»**

---

Desde esta perspectiva crítica, a la citada cuestión de la «corrosión de los sistemas de solidaridad jurídico-social», que no es una cuestión solo nacional, sino que constituye uno «de los efectos más visibles» del proceso de integración europea, inclinado hacia las libertades económicas<sup>8</sup>, habría que añadir la «cuestión de la devaluación de las libertades». Y ello tanto para una amplia gama de movimientos sociales civilmente críticos (conocido es que la **Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana** se conoce hoy como la ley mordaza –en este momento se tramita su reforma en el Parlamento–; reiterados reveses del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] por la vulneración de la libertad de expresión en la justicia penal española), cuanto para la propia libertad sindical y el derecho de huelga. Así sucedería con la extensión de acciones procesales contra iniciativas sindicales (por participar en piquetes –300 sindicalistas acusados en las huelgas generales contras las reformas laborales 2010 y 2012–) que, globalmente valoradas, bien parecieran reeditar la vieja acción represiva directa del pasado y que se viviría en el **artículo 315.3 del Código Penal** –CP– (proviene del antiguo art. 496 del viejo CP, introducido por la reforma del CP de 1976, en plena transición política y que, reflejando la anomia reguladora en materia de huelga, no sufrió modificación posconstitucional). Aunque la experiencia no es lineal (la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] **69/2016, de 14 de abril**, reclama la responsabilidad civil como una vía de desaliento del derecho, pero la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [STSJ] **de Cataluña de 2 de mayo de 2018 (rec. 15/2018)**, defiendo un concepto expansivo de huelga profesional-política, llevando al máximo la doctrina de la **STC 36/1993, de 8 de febrero**; la **STC 89/2018, de 6 de septiembre** –comentada en el **estudio preliminar de la sección de diálogos** de este número– protege la libertad de expresión sindical), sí habría una imagen de recriminalización del conflicto social crítico con la «tiranía de la austeridad» en detrimento del «imperio de los valores democráticos» –procedimentales y sustanciales–.

---

<sup>8</sup> Autores del prestigio de A. Supiot, o María Emilia Casas, destacan el papel preeminente en la Unión Europea de las «fuerzas impersonales del mercado» sobre la solidaridad, tratada como obstáculo. Vid. Casas, M.<sup>a</sup> E. y Supiot, A. (14 de noviembre de 2018). Sobre la democracia en Europa [Sección Tribuna]. <[https://elpais.com/elpais/2018/11/14/opinion/1542197795\\_952881.html?id\\_externo\\_rsoc=FB\\_CC&fbclid=IwAR2LMwUKLCZXCtZFoUYlkc\\_R\\_t8SiVbRrIMHsUZJMmO1o8yLvbuix\\_doO6M](https://elpais.com/elpais/2018/11/14/opinion/1542197795_952881.html?id_externo_rsoc=FB_CC&fbclid=IwAR2LMwUKLCZXCtZFoUYlkc_R_t8SiVbRrIMHsUZJMmO1o8yLvbuix_doO6M)>.

### 3. REFORMAS CONSTITUCIONALES «INESPECÍFICAS» EN «CLAVE LABORAL»: IGUALDAD, FEDERALISMO SOCIAL, PROGRESIVIDAD, «DEMOCRACIA INDUSTRIAL»

Aunque las voces políticas y sociales a favor de una significativa reforma constitucional van creciendo, en realidad solo habría dos procesos serios abiertos a tal fin. Uno, muy reciente, y con pretensión de rapidez, aun con un alcance limitado, relativo a la reforma de supresión de ciertos aforamientos, con el horizonte de una reforma más amplia vinculada a la «regeneración democrática» del país. Otro, un poco anterior, más difuso, pero también específico, vinculado a la reforma del «Estado autonómico», a fin de establecer unas bases más firmes y renovadas para la convivencia, misión –¿imposible?– de la nueva comisión del Congreso para la reforma del modelo territorial creada el año pasado, si bien no parece que haya avanzado mucho, ni parece que lo vaya a lograr en el corto plazo, pese a la insistencia constitucionalista en que no es opción razonable la no reforma de esta materia, prioritaria al entender de la mayoría<sup>9</sup>. Una mención merece también un proceso anterior, el más elaborado y reflexivo, pero dejado en dique seco, seguramente por la falta de cultura de reforma constitucional, y más ampliamente de cultura del pacto (quizá la única excepción en nuestra historia ha sido la experiencia que dio vida a la Constitución, de ahí que nadie se atreva a tocarla de forma significativa, salvo en el espurio caso del art. 135 CE, impuesto por una avasalladora y antidemocrática gobernanza económica de la Unión Europea), que fue el impulsado –como el del art. 135 CE– por el expresidente Rodríguez Zapatero y luego plasmado en un sesudo informe del Consejo de Estado, presidido entonces por el que fuera vicepresidente del TC, el señor Francisco Rubio Llorente. También en este caso las reformas se referían a la parte orgánica de la CE (eliminación de la preferencia de varón en la sucesión al trono; la recepción expresa en la Constitución del proceso de construcción de la Unión Europea; la inclusión de la denominación de las comunidades autónomas y la recurrente reforma del Senado).

Aunque en este último caso se expresó claramente que con las reformas propuestas, «conjuntamente y con igual grado de consenso (...)», no se «pretende rectificar o invertir el núcleo de las decisiones adoptadas en su día por el constituyente. Antes bien, tienen en común su voluntad de completar y culminar en cada caso, adaptándolo al presente, el diseño normativo de 1978»<sup>10</sup>, quedó durmiendo el sueño de los justos. En todo caso, vemos que todas ellas se vinculan a la gobernanza institucional de la vida política, asociándose básicamente o al principio de (más y mejor) autogobierno territorial o al principio democrático formal.

<sup>9</sup> Vid. Muñoz Machado, S. (Coord.) (2017). *Ideas para una reforma de la Constitución*. La razón de la reforma no siempre se impone. Para Albert Hirschman, los miembros de una institución en crisis o en declive disponen de una triple opción: pueden criticarla para reformarla desde dentro (*voice*), pueden abandonarla (*exit*) o pueden no criticarla ni abandonarla, aunque estén insatisfechos, sino permanecer por lealtad (*loyalty*) –Hirschman, A. O. (1970). *Exit, Voice and Loyalty. Response to Decline in Firms, Organizations and States*. Harvard University Press–.

<sup>10</sup> Vid. Consejo de Estado (2006). Informe sobre modificaciones de la Constitución española. Recuperado de <<http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>>, p. 14.

Ahora bien, ¿es posible identificar algunas claves relevantes desde la óptica laboral y de protección social de las diferentes reformas constitucionales «inespecíficas» propuestas, es decir, no específicamente sociolaborales? Sin duda.

Aunque no es posible entrar en el más mínimo detalle, sí se estima oportuno enunciar esas conexiones de las reformas constitucionales orgánicas con cuestiones típicamente sociolaborales; exijan o no, en su caso, reforma constitucional o baste solo con una reforma legal (o un desarrollo convencional o, incluso, una mera «interpretación evolutiva constitucional»). Al

respecto, conviene hacer ver a la cultura constitucional de hoy que el debate sobre la (nueva) estructura territorial del Estado, en la dirección de un modelo más «federalista», al margen de la nominación que reciba (el mito del nombre de la cosa), así como la recepción constitucional de la cláusula de integración comunitaria, así como, de forma más general, la relativa al sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales, no puede desentenderse hoy de su dimensión social y laboral, a raíz del creciente impacto de los estándares internacionales de regulación sociolaboral en el propio actuar de la jurisdicción social, con desplazamiento relevante de la propia posición de la jurisprudencia constitucional. Asimismo, pero esta conexión es mucho más evidente, la persistente preferencia constitucional del varón sobre la mujer en el [artículo 57 de la CE](#), que debería haber dado lugar a una reforma exprés hace años, no haría sino recordarnos que ninguna de las cláusulas de transformación social (arts. 9.2 y 10.2 CE) ni de las «normas de sistema» ([art. 14 CE](#)), relativas a erradicar las discriminaciones contra la mujer y a promover la igualdad por razón de sexo en el mercado de trabajo y en el sistema de protección social, habrían cumplido satisfactoriamente su ambiciosa, e inexorable, misión, sin perjuicio de las notables evoluciones en la materia.

En apretada síntesis, esas lecturas sociolaborales de las reformas constitucionales inespecíficas con mayor debate político y con mayor proyección en aquellas claves serían:

**1.** La cuestión territorial relativa a la nueva extensión y los límites del principio constitucional de autogobierno trae en causa la dimensión «sociolaboral» del modelo «federalista» que se propone.

Frente a los procesos de recentralización competencial impulsados en estos años, aquí se abre un nuevo horizonte más proclive a la asunción de competencias reguladoras por las comunidades autónomas en materias típicas de empleo y protección social. No cabe duda de que el futuro del Estado social pasará, sin perjuicio de la garantía de igualdad «básica» de los derechos, por una mayor profundización en el ámbito autonómico, incluso mediante un modelo de mayor competencia al alza, con el consiguiente riesgo también, por supuesto, de problemas de financiación.

---

**¿Es posible identificar algunas claves relevantes desde la óptica laboral y de protección social de las diferentes reformas constitucionales «inespecíficas» propuestas, es decir, no específicamente sociolaborales? Sin duda**

---

Aquí la reforma constitucional con proyección sociolaboral parece manifiesta ante la resistencia de la interpretación constitucional reciente (a diferencia de la [STC 239/2002](#) para los complementos autonómicos de pensiones no contributivas) a avanzar en esa dirección de apertura (sobre la cuestión competencial, remitimos al [estudio del profesor Manuel Carlos Palomeque](#) y al [diálogo del profesor Eduardo Rojo](#) –[STC 71/2018](#)–).

Una vez más, y como evidencian las idas y venidas del derecho a la asistencia sanitaria universal, el aspecto competencial no puede separarse del fondo. Así lo ilustran el real decreto-ley de austeridad ([16/2012](#)), que ha recibido la crítica del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) por incumplir el artículo 11 de la Carta Social Europea, enmendado parcialmente, y de forma alambicada, el [Real Decreto-Ley 7/2018](#), que avanza en la universalización pero mantiene la recentralización competencial (*vid.* el [estudio preliminar de la sección de diálogos](#) y el [número de noviembre](#) de esta revista).

Ahora bien, como se advertía anteriormente, la dimensión laboral de la gran cuestión territorial con orientación federalista, incluso «asimétrica» (como asume la profesora María Emilia Casas), no se ventila solo en el ámbito del reparto de poderes de regulación pública, sino también en el reparto de poderes de regulación convencional. Aunque este es un aspecto que pasa desapercibido en el debate, incluso científico, las reformas de la estructura de la negociación colectiva de 2011 y 2012, en la línea de facilitar la devaluación de los salarios (potenciado más con la preferencia [ex art. 84.2 ET](#) de los convenios de empresa sobre los de sector, pero también con la preferencia legal de los convenios colectivos de sector estatal respecto de los provinciales), también ilustran el efecto de la recentralización por los menores salarios que proporcionan frente a los provinciales. De ahí que el sindicalismo de la mayor representatividad autonómica proponga, apoyado en la actual capacidad de presión de los partidos soberanistas (y/o nacionalistas), un blindaje del autogobierno convencional territorial. La tensión entre los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y los autonómicos está ya servida y, si bien no plantean problema alguno de reforma constitucional, sí crean un espacio de nuevo debate de reforma legal en aras de principios de autogobierno colectivo.

**2.** La revigorización del principio democrático del Estado y la cuestión del reforzamiento, frente al debilitamiento precedente, del modelo de participación colectiva (sindicatos y organizaciones empresariales) en la gobernanza de las relaciones de trabajo.

Junto a más autogobierno, se pide más democracia. La respuesta a la crisis económica no solo habría tenido más referencia en el principio de autoridad que en el de participación, sino que se habría dirigido igualmente al debilitamiento del sujeto sindical, pese a su expreso reconocimiento también como sujeto político de trascendencia constitucional [ex artículo 7 de la CE](#).

---

**Frente a los procesos de recentralización competencial impulsados en estos años, aquí se abre un nuevo horizonte más proclive a la asunción de competencias reguladoras por las comunidades autónomas en materias típicas de empleo y protección social**

---

El debate sobre la revitalización del principio democrático, no solo formal, también en lo sustancial, no debería prescindir de esa recuperación del factor de legitimación social del orden constitucional que supuso la garantía de un poder originario de autonomía colectiva. Una vez más, han debido ser los organismos de garantía internacional de los derechos de este tipo, los derechos hu-

manos colectivos, los que evidenciaran esta devaluación de garantías, tan perniciosa para la democracia en su dimensión de diálogo social, e incluso, según un viejo, y ciertamente ambiguo concepto, de «democracia industrial». Si, como dijera Massimo D'Antona, el ET de 1970 (*Statuto dei Lavoratori*) italiano originario era «la ley de la condición de ciudadanía del sindicato en la empresa», no hay ninguna duda de que ese rol lo juega en nuestro ordenamiento jurídico la Constitución (y la [Ley orgánica de libertad sindical](#)) a través del protagonismo de los sujetos colectivos, y al margen de la cuestión ya eterna –y vaporosa– de la «participación de los trabajadores en la empresa» *ex artículo 129.2 de la CE*.

Cuando menos, y de forma más operativa, cabría plantearse revisar los desajustes del modelo legislativo favorecedor de la presencia de formas de interlocución no sindicales, ni siquiera colectivas en sentido estricto (por ejemplo, comisiones *ad hoc ex art. 41.4 ET*). Naturalmente, todo ello siempre en el contexto de un permanente conflicto, agudizado en la crisis, entre el modelo de mayor representatividad sindical y el de los sindicatos minoritarios. Un sugerente análisis de los orígenes, evolución y disfuncionalidades del modelo puede leerse en el [estudio realizado para este monográfico por el profesor Joaquín García Murcia](#). Como interesante es, para analizar el estado actual, de evoluciones y regresiones, de una de las «armas de acción colectiva» más determinantes en la consecución de esa democracia real, de un modelo más democrático de relaciones laborales como es el apuntado derecho de huelga *ex artículo 28 de la CE*, 40 años de recurrentemente lamentada orfandad legislativa, pese a las llamadas del propio TC, conocer cómo impactan las principales innovaciones en la organización del trabajo en aquel, en su efectividad de ejercicio. Sin duda, hoy esas innovaciones se vinculan, en gran medida, a la descentralización productiva y a la transformación digital (muy sugerente el [diálogo efectuado por la profesora Margarita Miñarro](#) al respecto en el monográfico de la sección de diálogos). Aquí el problema no es de reforma constitucional, sino de toma en serio, sea por el legislador orgánico, sea por el intérprete supremo de la Constitución, de la necesidad de una adecuación de la regulación de tan fundamental derecho social para la democracia real a la realidad.

De nuevo, este debate tiene una vertiente más amplia, europea o comunitaria; ámbito para el que también se predica esa necesidad de «renacimiento democrático», no solo formal, sino también sustancial. Como se ha recordado recientemente: «(...) el déficit democrático de Euro-

---

**La respuesta a la crisis económica se habría dirigido igualmente al debilitamiento del sujeto sindical, pese a su expreso reconocimiento también como sujeto político de trascendencia constitucional *ex artículo 7 de la CE***

---

pa tiene su raíz en la inclusión en los tratados de decisiones de política económica que (...) deberían resultar de la deliberación (...) política»<sup>11</sup>.

Justamente, y regresando al ámbito nacional, aunque la interacción es patente, no es casual que en el acuerdo de presupuestos entre PSOE y Podemos –de suerte muy incierta– se repare expresamente en la necesidad de abrir un debate profundo, político, social y sindical, también económico, sobre un «nuevo marco de relaciones laborales más democrático». En consecuencia, el apuntado proceso de reforma hacia un moderno ET del siglo XXI no podrá ya prescindir en modo alguno, junto a la auspiciada modernización digital, de la «regeneración democrática» del tejido de garantías colectivas perdido tras la crisis y sus reformas de remercantilización.

**3.** La recepción constitucional de la garantía multinivel de los derechos fundamentales: dignidad, progresividad y cláusula social frente a las libertades económicas.

Precisamente, esta contemporánea hegemonía de las «libertades económicas», que se inicia con el fortalecimiento de la libertad de empresa, coloca tanto al orden comunitario como al orden constitucional en una fuerte y creciente contradicción entre sus valores y principios (de libertad económica frente a los de libertad civil e igualdad social; de pluralismo frente a los de justicia social, etc.), de modo que el «principio federal» del Estado se daría más a través de un modelo que prima el «papel de los poderes impersonales del mercado» (F. Hayek) sobre las solidaridades sociales, nacionales o globales<sup>12</sup>. Tanto el TC español como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) habrían sido cómplices, cada uno en sus respectivos ámbitos de competencia, de esta (in)evolución hacia un orden mucho más económico que socialmente integrado, nacional, comunitario, así como, por supuesto, internacional. Si la condicionalidad económica internacional de los procesos de decisión nacional se desarrolla sin obstáculos, la condicional-

---

**No es casual que en el acuerdo de presupuestos entre PSOE y Podemos –de suerte muy incierta– se repare expresamente en la necesidad de abrir un debate profundo sobre un «nuevo marco de relaciones laborales más democrático»**

---



---

**Esta contemporánea hegemonía de las «libertades económicas» coloca tanto al orden comunitario como al orden constitucional en una fuerte y creciente contradicción entre sus valores y principios**

---

<sup>11</sup> Vid. Grimm, D. (2016). *Europa ja – aber welches?: Zur Verfassung der europäischen Demokratie (Europa sí, ¿pero cuál?)*. Beck, p. 288 –citado en Casas y Supiot (2018)–. En esta misma línea crítica, oponiendo la deseable «federación democrática de Estados» al actual «federalismo ejecutivo posdemocrático» de la Unión Europea, vid. Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta.

<sup>12</sup> Hayek, F. A. (1939). The Economic Conditions of Interstate Federalism. *The New Commonwealth Quarterly*, 5(2) [septiembre], 131-149.



lidad social los halla por doquier, pues se asocia a la ciudadanía y al presupuesto nacional, sin que se haya formalizado aún una «comunidad mundial inclusiva» (J. Habermas). Aunque el momento de creación originaria de nuestro orden constitucional no es ajeno (arts. 10.2 y 96) a tal necesidad de protección más compleja de los derechos fundamentales, presentan ciertas debilidades y ambigüedades a tal fin.

---

**Pese a lo cual, el principio de civilización internacional (arts. 10.2, 93 y 96 CE) puede cumplir ese papel de condicionalidad social útil para el poder –público y privado– nacional: dignidad, principio de progresividad. Lo ilustran dos sentencias muy recientes de la Corte Constitucional italiana**

---

Pese a lo cual, y sin perjuicio de la mayor intensidad de esa perspectiva de protección multinivel en un modelo «federativo», el principio de civilización internacional auspiciado (arts. 10.2, 93 y 96 CE), como expresión de apertura modernizadora, también puede cumplir de forma muy razonable ese papel de condicionalidad social útil para el poder –público y privado– nacional: preferencia de la cláusula social, del valor de la dignidad, principio de progresividad, etc. Aunque no dudamos de que constitucionalizar este sistema de garantías multinivel reforzaría su fuerza jurídica<sup>13</sup>, ya puede resultar plenamente operativa a la interpretación constitucional –y jurisdiccional ordinaria–. Para ilustrarlo, entendemos de enorme utilidad traer a colación dos sentencias muy recientes de la Corte Constitucional italiana que, con estricto fundamento en los artículos 11 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH), relativo al derecho de asociación profesional (derecho civil integrado con contenidos sindicales) y 24 de la [Carta Social Europea](#), relativo al derecho a una indemnización disuasoria de despido injustificado (garantía civil de un derecho laboral), han dado un vuelco de 180 grados en la regulación legal, sin cambio constitucional alguno.

De un lado, la Sentencia 120/2018, de 13 de junio, ha declarado la inconstitucionalidad del precepto del código del ordenamiento militar que establecía que este personal no puede constituir asociaciones sindicales ni adherirse a otras asociaciones sindicales, reconociendo a este personal, con limitaciones importantes –entre ellas, la prohibición del derecho de huelga y de intervenir sobre elementos centrales de la ordenación estrictamente militar de sus cometidos profesionales–, sobre la base de la aplicación del referido artículo 11 del [CEDH](#), integrado con las normas de la [Carta Social Europea](#) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la materia. Esta noticia abre interesantes cuestiones para nuestro ordenamiento jurídico (frente a la más restrictiva Sentencia del Tribunal Supremo [STS], Sala 4.ª, 549/2016, de 22 de junio, destacamos la aperturista STS, Sala 3.ª, 218/2018, de 13 de febrero, que estima el recurso de casación de la

---

<sup>13</sup> Vid. Freixes Sanjuán, T. (2016). Los derechos fundamentales: el enfoque multinivel. En T. Freixes Sanjuán y J. C. Gavara de Cara (Coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica* [Parte primera]. Madrid: BOE. Recuperado de <[https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2016-51](https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2016-51)>, pp. 36-37.



Asociación Unificada de Guardias Civiles –AUGC– permitiendo su afiliación a Eurocop). De otro, la [Sentencia 194/2018, de 26 de septiembre](#), que declara la ilegitimidad constitucional del sistema de indemnizaciones tasadas en caso de despido injustificado por contradecir los preceptos constitucionales que son de aplicación en el sentido que le otorga la norma internacional. ¿Aviso a navegantes? ¡Qué diferente, pues, la opción interpretativa del TC español! Este viene haciendo del principio social del Estado de derecho puro rito, mera referencia nominalista, sin extraer consecuencia práctica alguna, con lo que vaciaría de sentido o utilidad real la fórmula constitucional inicial.

Las cosas de la interpretación constitucional española ahora son así, sí; pero mañana pueden no serlo. Sobre todo ello reflexiona atinadamente, para la conexión entre los valores de la dignidad de la existencia humana, el principio de progresividad social y la suficiencia de los derechos de prestación, el profesor José Luis Monereo Pérez, a cuyo atinado [estudio](#) se remite. En suma, una vez más, al menos desde el plano jurídico-laboral, el problema no es tanto de reforma constitucional como de reinterpretación constitucional, conforme a la realidad de los tiempos que vivimos (garantía evolutiva) y del sistema de protección internacional dominante (garantía multinivel).

4. La preferencia constitucional del varón en la sucesión al trono como símbolo contumaz de la discriminación de la mujer –en el trabajo y en pensiones–: en busca de la necesaria perspectiva de género.

Hemos dejado para el final la que, sin duda, constituye la necesidad más perentoria de una reforma constitucional debida, cuya inactivación sorprende a estas alturas de los tiempos «modernos»: la preferencia del [artículo 57 de la CE](#) por el varón en la sucesión al trono (Corona). Al margen de profesar o no el «feminismo», clave ideológica de la que ahora parece presumir la «autoridad» del «nuevo príncipe», no es dudoso que la debida perspectiva de género brille por su ausencia en la Constitución de 1978. En solo dos ocasiones la mujer es nominada como tal en el texto. La primera, en el [artículo 32.1](#) para declarar la igualdad jurídica plena –carente en la época franquista– entre marido y mujer en una institución clásica: el matrimonio. La segunda, la referida postergación de la mujer en la sucesión a la Jefatura del Estado. Una y otra son muy sintomáticas de un modelo patriarcal y sexista de sociedad, que la Constitución de 1978 aspira a corregir parcialmente, pero no a superar de forma plena.

En el primer caso, quedaba claro que la Constitución, aun no prejuzgando la diversidad de formas de familia ([art. 39 CE](#)), dejaba su preferencia por la tradición: matrimonio heterosexual. Por supuesto, que así fuese en el origen en modo alguno impedía su evolución, como reconocería varias décadas después la interesante [STC 198/2012](#), que convalidaba, no sin una pugna interna en su seno, el matrimonio gay ([Ley 13/2005](#)), una de las manifestaciones más relevantes de la ca-

---

**En el momento constituyente, los «padres» –no es baladí que no haya «madres»– de la Constitución no pudieron sustraerse al vicio original, al reparto patriarcal de formas de trabajo**

---

pacidad de evolución del texto a través de la interpretación constitucional, yendo más allá de la jurisprudencia del TEDH (que ha sentenciado que no hay un derecho al matrimonio homosexual en los arts. 8 y 12 CEDH, aunque tampoco lo prohíbe –STEDH de 9 de junio de 2016, demanda 40183/07–), y mucho antes de que el TJUE declarara que, haya o no derecho a tal matrimonio en un Estado, debe ser reconocido como cónyuge a los (solos) efectos de libertad de circulación (STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16).

Pero, en todo caso, era evidente que, en el momento constituyente, los «padres» –no es baladí que no haya «madres»– de la Constitución no pudieron sustraerse al vicio original, al reparto patriarcal de formas de trabajo, de modo que el productivo será para los hombres y el reproductivo básicamente para las mujeres, una de cuyas responsabilidades sería, a partir del matrimonio, la de «cuidar a su esposo». Aunque pueda sorprender, todavía hay altos tribunales de justicia –por fortuna no afectaba a los de ámbito nacional– que están convencidos de que así es, como ilustra la STEDH de 25 de julio de 2017 (caso Carvalho Pinto de Sousa, demanda número 17484/15, que determinó la existencia de discriminación por razón de sexo y también por razón de edad (discriminación múltiple), derivada de estereotipos de género y edad, por parte del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal, que rebajó la indemnización civil por error médico reconocida a una mujer, pues, «dada la edad de la demandante (50 años), solo debe cuidar a su esposo» (sumando además la siguiente perla: «Tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad»).

En el segundo caso, si era evidente que el destino de la práctica totalidad de las mujeres de nuestro país no sería el de ser «reinas», quedaban igualmente nítidas dos cosas. Una, que el puñado de afortunadas que sí lo fuesen quedaban postergadas por los varones. Otra, que en la cúspide del ordenamiento jurídico se consagraba el «techo de cristal»; a la hora de elegir entre una mujer y un varón para ocupar altos cargos (aquí el más alto de la Jefatura del Estado), la preferencia sería de la mujer. Las cláusulas de transformación social igualitaria (art. 9.2 CE) y la norma de sistema modernizador antidiscriminatorio (art. 14 CE) hallaban en el propio texto constitucional una contradicción profunda. Sorprendentemente, no solo ha pervivido así, y ahí sigue «viendo pasar el tiempo», fiada la justicia antidiscriminatoria para la primogénita del rey a esa gran protectora nacional que es la providencia (esta ha querido que el rey actual tenga solo, de momento, niñas, pero la posibilidad de nuevo hijo varón no se descarta por biología), sino que incluso un insigne civilista, magistrado constitucional en la época gloriosa, cuyo hijo –presidente de la Sala Tercera del TS– vive su infierno particular, firmó un voto particular para conservar el artículo 57 de la CE, como si de «tablas de la ley» tratáramos, en sus «propios términos», apelando al viejo argumento de autoridad histórica: «Por el valor histórico que tiene, en la medida en que es el precepto en que la Constitución creó la actual monarquía».

En fin, sin mayores comentarios queda. Pero el peso de la tradición no es pura historia, sino que ha vuelto en fechas muy recientes, evidenciando las enormes

---

**Las cláusulas de transformación social igualitaria (art. 9.2 CE) y la norma de sistema modernizador antidiscriminatorio (art. 14 CE) hallaban en el propio texto constitucional una contradicción profunda**

---

resistencias existentes para que el propio TC asuma una interpretación constitucional con perspectiva de género, como si están haciendo ya determinados niveles de la jurisdicción ordinaria social.

---

**El peso de la tradición no es pura historia, sino que ha vuelto en fechas muy recientes, evidenciando las enormes resistencias existentes para que el propio TC asuma una interpretación constitucional con perspectiva de género**

---

Sin entrar ahora en ningún análisis ni sistemático (global) ni diacrónico (en el tiempo) de esta materia, sí merece la pena reseñar, porque condensa o precipita en dos sentencias muy recientes toda la problemática, social y jurídica, de la perpetuación de la división sexista del trabajo (productivo y no reproductivo), la posición del TC tanto respecto de la diferencia de

duración de los permisos de maternidad y paternidad cuanto de la brecha de género derivada de la exclusión legal de la modalidad de jubilación anticipada voluntaria del complemento por maternidad («aportación demográfica»). La lectura de las posiciones mayoritarias en los dos casos ([STC 111/2018, de 17 de octubre](#) y [Auto del TC 114/2018, de 16 de octubre](#), respectivamente) y los votos particulares resumen magistralmente las tensiones entre dos formas diversas de comprender la interpretación constitucional: una, más formalista, apegada a la tradición y al principio de autoridad del texto, con la excusa del respeto al principio democrático (formal), esto es, que provea el legislador, y otra, más realista y evolutiva, que confía a la interpretación evolutiva su continua legitimación social. De ambas sentencias se da cuenta, con posiciones diferentes (la diversa duración peyorativa del permiso de paternidad no genera varones discriminados, sino menores oportunidades de ser un padre corresponsable, que debe corregir el legislador; excluir del complemento por hijos a las mujeres que se jubilan anticipadamente de forma «voluntaria» es una discriminación indirecta por razón de sexo), en el [estudio preliminar](#) de la jurisprudencia 2017-2018 que se incluye en la sección de diálogos de este número.

#### **4. LA CONSTITUCIÓN, LEY DE CIUDADANÍA LABORAL EN LA EMPRESA: UN DESARROLLO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICO LABORAL PENDIENTE DE REFORMA ESTATUTARIA**

Si desde el plano de la proyección sociolaboral de las reformas constitucionales inespecíficas en curso (o más asentadas en el debate, político y social) visto, pasamos a desarrollos constitucionales específicamente sociolaborales pendientes desde hace 40 años, resultan ya especialmente insostenibles sendas «deudas históricas» acumuladas a lo largo de estas décadas. Se deja aquí de lado la más conocida, y ya apuntada, sin duda de sentido más ambiguo, por cuanto no hay claridad alguna en torno a cuál sería el mejor modelo regulador, el legislativo o el jurisprudencial, relativa a la persistente ausencia de regulación, a diferencia de la libertad sindical [ex artículo 28.1 de la CE](#), del derecho de huelga ([art. 28.2 ET](#)). Aunque este claro incumplimiento constitucional es fuente de problemas, sobre todo respecto de los servicios mínimos, abusivos

a menudo, incumplidos también con frecuencia<sup>14</sup>, pesa más el «miedo sindical» a que pueda ser peor el «remedio» (ley orgánica posconstitucional) que la «enfermedad» (señoría judicial sobre norma preconstitucional).

Diferente sería la valoración que merecería la insuficiente, por incompleta, respuesta que el legislador ha venido dando al firme, pero escueto, mandato del [artículo 35.2 de la CE](#): «La ley regulará un estatuto de los trabajadores». Ignorando por completo el debate existente aquel momento constitucional prístino, el legislador de 1980, y los que después le han sucedido, se dirigió más al pasado que al futuro, de modo que en vez de seguir el modelo de referencia para ese mandato, el ET italiano, mantuvo el preconstitucional. De ahí que hizo de la «ley del estatuto de los trabajadores» una nueva «ley del contrato de trabajo», dejando de ser también la «ley de la condición de ciudadanía de la persona en el trabajo», de modo que al alma contractual integrara un alma realmente estatutaria, a través de la cual no ya solo la dignidad de la persona (prohibición de cosificación, de tratarla como medio, no como fin –un magnífico diálogo sobre las consecuencias de la vigencia de este valor lo realiza la doctora [Margarita Ramos Quintana en la sección de diálogos de este número](#), enlazando los valores de la dignidad con los derechos a la integridad personal y a la salud psicosocial de los trabajadores–), sino el conjunto de derechos fundamentales que el trabajador tiene como persona y como ciudadano (los «derechos fundamentales inespecíficos» que llamara el profesor Manuel Carlos Palomeque en su día) tuviese una vigencia especial, limitada y responsable, pero efectiva, en el seno de la empresa.

En ausencia de este cumplimiento pleno, tanto por razones de fondo como de forma (la convicción de que exigía ley orgánica y se carecía de la mayoría necesaria entonces), debió ser el TC el que cubriera ese vacío. En efecto. Parafraseando a Massimo D'Antona, para quien el referido ET de 1970 (*Statuto dei Lavoratori*) italiano originario era «la ley de la condición de ciudadanía del sindicato en la empresa», puede decirse sin temor a errar que la Constitución de 1978 aspiraba a ser «ley de condición de ciudadanía del trabajador (no solo del sindicato) en la empresa». Casi dos décadas más tarde (*Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 46, T. I, 2017, dedicado monográficamente al Estado social), otro insigne laboralista italiano, U. Romagnoli, precisará, de forma abreviada, en qué se concreta básicamente tal concepción del *Statuto dei Lavoratori*. Así, expresaría la voluntad político-jurídica de garantizar la «no expropiación de los derechos que se le suponen al trabajador en tanto que ciudadano», no solo, aunque también, en cuanto «deudor de trabajo» –y acreedor de salario–. Una voluntad que se conjugaría en la mítica norma laboral italiana en «clave de prohibiciones» al empleador (investigar e inmiscuirse en la vida privada del trabajador, discriminarlo, castigarlo con poderes exorbitantes como acusador, juez y parte perjudicada, etc.), pero también de «libertades de acción», predicables directamente para la Constitución de 1978 y su ser una «norma de vida cotidiana laboral».

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, STSJ de Andalucía/Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2018 (desestimatoria Personal Docente e Investigador –PDI– laboral en la Universidad de Málaga) y STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de febrero de 2018, rec. 499/2017 (estimatoria para huelgas del PDI laboral en la de Sevilla).

Esta concepción fuerte de la Constitución como norma de vida sociolaboral quedaría consagrada en la **STC 88/1985, de 19 de julio**, con una formulación tan solemne y precisa como devaluada en la práctica más a menudo de lo que hubiera sido deseable:

2. La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para (...) el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección (...) garantiza (...). Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa (...) legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos (...), que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores (...).

---

**Puede decirse sin temor a errar que la Constitución de 1978 aspiraba a ser «ley de condición de ciudadanía del trabajador (no solo del sindicato) en la empresa»**

---



---

**El ET tendrá un nuevo artículo: «Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión»**

---

Las vicisitudes de esta jurisprudencia, a menudo tan solemne como traicionada en su utilidad práctica, son suficientemente conocidas y no merece la pena volver sobre ellas en este espacio editorial. Lo que sí es interesante recordar es que tanto la transformación tecnológica como el miedo

a que derive en nuevas formas de «feudalismo industrial» como el «feudalismo digital» están en la base del **proyecto de ley (PLOPD)** que parece querer remediar (muy) parcialmente este déficit, en virtud de la nueva «carta de derechos de ciudadanía digital de los trabajadores en la empresa» que incorporará la ley de protección de datos personales, ahora en tramitación en el Senado, y previsiblemente aprobada ya sin cambios este mes de diciembre. Según la disposición final decimotercera –análoga a la decimocuarta para el Estatuto de Empleados Públicos–, el ET tendrá un nuevo artículo: «Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión». Su contenido es el siguiente:

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

El marco aplicable sería, mediante esta técnica de remisión formal (en borradores anteriores la técnica acogida era la remisión material, esto es, se regulaba dentro de la norma laboral

el contenido del derecho, repitiendo el contenido en la norma común, inespecífica) a los artículos 87 a 91 del PLOPD. No es este el lugar para un análisis más detenido de este significativo cambio legislativo, quizá más lleno de sombras que de luces, pero que no debería infravalorarse, siquiera sea por la novedad que supone.

Es manifiesto que tanto en el plano de la técnica legislativa (no se incluye la garantía del derecho a la desconexión digital en el art. 4, propio de los derechos básicos, donde sí está la protección de la intimidad considerada en todas sus facetas; se acoge la deficiente técnica de los bis, lo que implica falta de coherencia reguladora e improvisación) como en el de los contenidos (los derechos tienen más bien una esfera de protección negativa, dejando la iniciativa

al empleador, y sin establecer obligaciones positivas, sin perjuicio de lo que pueda ser acordado colectivamente *ex art. 91 PLOPD*; los límites fijados son los que prevé la doctrina del TEDH en la materia, incluso restrictivamente considerada, etc.), el margen de crítica es alto, por sus limitaciones, incluso por sus disfunciones (al respecto, de gran acierto el [análisis crítico de la doctora Margarita Miñarro](#) en la actualidad laboral del número de julio de 2018). Pero creemos que ahora es tiempo de poner el acento en lo positivo, resaltando, como se decía, la novedad.

Al respecto, no nos parece menor enfatizar que el marco normativo nuevo, complejo, integrado por la norma común y por las normas laborales, no solo refleja los derechos «civiles» del trabajador en sentido estricto en la relación laboral, vinculado a la transformación digital, sino que incluso hay cierta conexión relevante con derechos netamente sociales, meramente constitucionalizados como principios rectores de la política económica y social. Sería el caso del (esnobista) derecho a la desconexión digital, que no solo enlaza con el derecho (civil) a la protección de la privacidad *ex artículo 18 de la CE*, sino más estrechamente aún con el derecho social al descanso *ex artículo 40 de la CE*. El artículo 88.3 del PLOPD contempla incluso un deber específico de prevenir un nuevo riesgo psicosocial: el riesgo de fatiga informática. Esta capacidad de desarrollar, con relativa autonomía respecto de su fuente, auténticos derechos sociales fundamentales sobre la base de principios generales del derecho y derechos sociales ya ha sido reconocida de una forma muy significativa por el TJUE (por ejemplo, [STJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018, asunto C-684/16](#), en relación con el derecho a vacaciones, atendiendo al paradigma clásico del trabajador como contratante débil y al efecto útil de la directiva sobre tiempo de trabajo a la luz del art. 31.2 [Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–). El TC no es tan proclive a esa ampliación, pero es evidente que tendrá que ir abriéndose a raíz de los nuevos marcos legales, nacionales e internacionales, sobre la cláusula de apertura *ex artículo 10.2 de la CE*, así como del [artículo 93 de la CE](#) ya referido, sea cual sea la suerte de la reforma constitucional en materia de recepción de todo ese acervo de protección multinivel.

---

**Es manifiesto que, tanto en el plano de la técnica legislativa como en el de los contenidos, el margen de crítica es alto, por sus limitaciones, incluso por sus disfunciones. Pero creemos que ahora es tiempo de poner el acento en lo positivo, resaltando la novedad**

---



## 5. «CONSTITUCIÓN SOCIAL» VERSUS «CONSTITUCIÓN FLEXIBLE» DEL TRABAJO: ¿RESISTEN LOS PUENTES ENTRE LA «UTOPIA RAZONABLE» Y EL «DESENCANTO»?

Por supuesto no es suficiente para cerrar el déficit de protección constitucional, pero no es baladí. Y convendría no ignorar de dónde se parte y dónde estamos hoy.

Y para recordar esta cautela frente a pretensiones maximalistas que, decepcionadas por no obtener pleno, devalúan al

extremo la novedad garantista, hagamos hablar al conocido «voto mosquetero» puesto a cuantas sentencias mayoritarias desdeñaban la necesidad de una protección más amplia de los derechos de ciudadanía (responsable) de los trabajadores frente a los riesgos de invasión por las nuevas tecnologías digitales y sus paradigmas «distópicos» de «trabajador transparente» y «trabajador disponible» (un análisis específico del conflicto en estos ámbitos creados por la expansiva jurisprudencia del TEDH y la restrictiva constitucional se hizo en el [número monográfico de diálogos de febrero de 2018](#), número 419):

(...) reitero una vez más la creciente preocupación que me suscita la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales en ámbitos en los que la actuación empresarial restrictiva de su eficacia pretende ampararse, y en todo caso opera, a través de las nuevas tecnologías en el marco de las relaciones laborales. Tuve ocasión de ponerlo de manifiesto, antes que en este voto particular, en los que formulé a las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 39/2016, de 3 de marzo, cuyos argumentos generales y la inquietud entonces expresada, más allá de los particulares del caso, pueden proyectarse sin matices a la dinámica que late en la conducta empresarial examinada en el presente asunto [STC 17/2017, sobre (no) esquirolaje tecnológico –comentada, en su contexto previo y posterior, por la profesora Margarita Miñarro en la sección de diálogos–] (...). (voto particular a la STC 17/2017).

---

**Con limitaciones, técnicas y de fondo, el nuevo legislador se muestra sensible, por fin, a la necesidad de cuidar el estatuto de derecho del trabajador como ciudadano y persona en las relaciones de trabajo, que no son solo relaciones de intercambio contractual, sino también relaciones de poder (H. Sinzheimer)**

---

Con limitaciones, técnicas y de fondo, el nuevo legislador se muestra sensible, por fin, a la necesidad de cuidar el estatuto de derecho del trabajador como ciudadano y persona en las relaciones de trabajo, que no son solo relaciones de intercambio contractual, sino también relaciones de poder (H. Sinzheimer). Estamos, pues, ante una gran oportunidad, limitada, pero no «perdida», aunque pueda parecer «decepcionada».



nante» desde una perspectiva de máximos, de avanzar sobre la efectividad de la Constitución como condición de ciudadanía (responsable, esto es, limitada, por supuesto, por así exigirlo otro derecho fundamental, la libertad de empresa *ex art. 16 CDFUE* –si lo son los demás, no puede negarse a este derecho tal dimensión, reconocida de una forma expresa por la *CDFUE* y por el TJUE, pese a las resistencias de la doctrina científica a ello–) del trabajador en la empresa, una de la grandes «utopías razonables» que alentó la aprobación de la Constitución de 1978 y que, por lo comentado, quedó aletargada o frustrada en parte. De este modo, si bien la Constitución nunca quiso, ni quizá pueda, eliminar toda fuente de desigualdad entre empleador y trabajador en el seno de la relación, pues es de esencia a la misma, sí permite «empoderarlo» en su condición de ciudadano, compensando su debilidad como parte contractual, eligiendo un incremento progresivo de la tutela, no de su reducción, según la opción ominosa dominante por el TC en el último quinquenio sombrío (2014-2018).

Sin duda, son muchos los desafíos pendientes para corregir el desajuste («divorcio») entre el modelo –no cerrado, por supuesto, pero tampoco inexistente– de Constitución social del trabajo digno («decente»), ambigua y defectuosamente pergeñado en 1978, y su posterior desarrollo, y la realidad de su devaluación, incluso regresión, a partir de las leyes obedientes a la tiranía de los valores de austeridad. Pero la reducción del principio democrático integral, forma (principio de autoridad de la ley parlamentaria) y sustancia (principio social), a una sombra de sí mismo (prevalencia del principio de autoridad de la ley del nuevo príncipe; condicionalidad eco-

nómica dominante) no puede hacer ignorar la presencia constitucional, debilitada, pero útil, de los valores y principios de dignidad, democracia sustantiva y solidaridad. Este sistema de valores, principios, normas y derechos integrantes de la condicionalidad social al poder –público y económico–, lejos de diluirse, se refuerza con su acervo de protección multinivel (arts. 10.2, 93 y 96 CE); no son mera cosmética socio-jurídica para **maquillar con «rostro humano tolerable socialmente» a los poderes del mercado total.**

Por eso, y aunque somos conscientes de que son hoy más los proclives a conmemorar que a celebrar, aun siempre críticamente, pues es un deber de todo científico social, así como de cualquier persona socialmente comprometida con un desarrollo o progreso para la mayoría de la población, sin perjuicio de las insuperables desigualdades (que nunca deberían ser respecto de las oportunidades), creemos que no hay que descargar sobre la Constitución los límites de quienes debían preservarla y realizarla: los poderes públicos constituidos, incluido el TC. Al respecto, no estaría de más que recuperara el sentido profundo y útil de su propia **Declaración 1/2004** en re-

---

**Sin duda, son muchos los desafíos pendientes para corregir el desajuste entre el modelo de Constitución social del trabajo digno y la realidad de su devaluación, incluso regresión, a partir de las leyes obedientes a la tiranía de los valores de austeridad. Pero la reducción del principio democrático no puede hacer ignorar la presencia constitucional, debilitada, pero útil, de los valores y principios de dignidad, democracia sustantiva y solidaridad**

---

---

**En definitiva, sin desconocer sus insuficiencias, y la utilidad constructiva de la crítica, seria y razonada, nosotros celebramos, no solo conmemoramos**

---

gernos frente a los excesos de la gobernanza económica, garantizando que se adhiere al principio de progresividad razonable, no incondicional o absoluta, consagrado en el sistema de protección multinivel para los derechos laborales y sociales, relativizando, en tanto no sea derogado, la condicionalidad económico-patrimonialista del [artículo 135 de la CE](#). La Constitución es la «ley de condicionalidad» de todo poder pero, sobre todo, debe ser la «ley de garantías de los ciudadanos más vulnerables» (L. Ferrajoli). Ahora bien, la plenitud democrática no puede depender solo de ella ni de su eventual –y saludable– reforma, sino del compromiso de todos con su cumplimiento diario; más, claro, quienes más pueden y deben (Gobiernos, legisladores y jueces). En definitiva, sin desconocer sus insuficiencias, y la utilidad constructiva de la crítica, seria y razonada, nosotros celebramos, no solo conmemoramos.

lación con el [artículo 10.1 de la CE](#) (límite insuperable de las políticas económicas de la Unión Europea que entran en colisión con el sistema de valores y la cláusula del Estado social). A la Constitución hay que pedirle, como muestra la experiencia portuguesa e italiana, que sea capaz de prote-

Cristóbal Molina Navarrete  
Director