

# La Constitución social del trabajo y su crisis

Por JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Universidad de Granada

*SUMARIO:* 1. CONJUNCIÓN DE PARADIGMAS: ESTADO SOCIAL Y ORDEN SOCIO-ECONÓMICO.-2. LA CONSTITUCIÓN «SOCIAL» DEL TRABAJO. 3. LA CONSTITUCIÓN «FLEXIBLE» DEL TRABAJO Y SUS FUNDAMENTOS.

## 1. CONJUNCIÓN DE PARADIGMAS: ESTADO SOCIAL Y ORDEN SOCIOECONÓMICO

La vigencia de la constitución «liberal» del trabajo puso de manifiesto que en la democracia (formal) puede producirse la injusticia material a pesar de la observancia de las formalidades propias del Estado de Derecho. En la concepción jurídico-material del Estado de Derecho la democracia queda vinculada por el respeto a los derechos fundamentales «y por las decisiones objetivas de valor en ellos contenidas». Bajo esta perspectiva, el Estado de Derecho es adjetivado de «social». No era posible hacer frente a un problema material como era la «cuestión social» con la forma liberal de Estado de Derecho. Por contraposición, el Estado material de Derecho se interesa por el contenido y la orientación de la actividad del Estado al servicio de los valores superiores del Sistema jurídico. En el carácter social y democrático del Estado constitucional va implícita la realización de la concepción material del Estado de Derecho, que se concreta, en resumen, en el deber de garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales orientando en tal sentido las acciones políticas pertinentes (Benda).

La materialización del Derecho del Estado social da cuenta de que la libertad jurídica carece de valor sin libertad fáctica (real), esto es,

sin la posibilidad efectiva de elegir entre lo permitido en un orden democrático. Estas libertades fácticas deben asegurar también los presupuestos del uso de las libertades jurídicas, y, en consecuencia, son normaciones no sólo de poder hacer jurídico, sino también de *poder actuar realmente*. Esto encuentra apoyo directo en el principio de Estado social y en el principio de igualdad jurídica (Alexis, 1993, 489). A su vez, los derechos sociales de prestación encuentran su fundamentación en el hecho de que en las condiciones de la moderna sociedad industrial esa libertad fáctica de individuos pertenecientes a grupos sociales desfavorecidos no tiene su substrato material en el ámbito de la vida que ellos sean capaces de controlar por sí mismos (como sujetos jurídicos individuales), sino en un ámbito condicionante que esencialmente exige de la actuación «desmercantilizante» del Estado o poder público. Esto supone que el Estado social y democrático de Derecho ha de domesticar el sistema económico, garantizando al mismo tiempo la equidad social y la eficacia económica, a través de formas heterónomas de regulación y control. En el paradigma de Estado social evolucionado se ha acabado por conjugar –por contraposición al paradigma liberal– tres tipos de racionalidades que conviven contradictoriamente entre sí: la racionalidad formal (Derecho jurídico-formal), la racionalidad material (Derecho jurídico-material) y la racionalidad jurídico-reflexiva (Derecho reflexivo), que permite conjugar la heteronomía pública (regulación pública o estatal de las relaciones sociales, que persigue asegurar tanto la igualdad jurídica como la igualdad fáctica, condicionada, ésta por circunstancias vitales y por posiciones de poder; y, en parte, trata de conseguirlo mediante medidas que garanticen una justicia distributiva) y la autonomía privada de los grupos en la vida jurídica (*status* activo de ciudadanía en la formación del Derecho; es lo que ocurre, significativamente, en el caso de la autonomía social de los grupos profesionales cuyo poder normativo se expresa formalmente en los convenios colectivos), la cual se inserta en una progresión histórica contradictoria del sistema establecido hacia la democracia participativa. El resultado de las dos racionalidades públicas y reflexiva es un Derecho materializado que se expresa en ese doble proceso de juridificación de «lo social», y que trata de mediar (carácter instrumental del Derecho contemporáneo) entre la facticidad de la política y de la economía y la pretensión de validez normativa de la moral. Con todo, el Derecho del constitucionalismo social (Estado social y autonomía social de los grupos) ponen límites a la pretensión de autonomía del subsistema económico y forma una tupida red de garantías sociales que persiguen una efectiva garantía de libertad en los individuos. El Estado social de Derecho regula jurídicamente el poder político y económico.

La cláusula de Estado social, una vez superada la concepción tradicional de su carácter exclusivamente programático, debe entenderse como regla delimitadora de los fines o tareas del Estado y como un principio rector vinculante de su política social y económica, corres-

poniendo al legislador estatal hacer lo esencial para realizar el Estado social. Se trata, en realidad, de una cláusula abierta necesariamente a las necesidades del tiempo y lugar. La cláusula del Estado social impone la realización de una política social comprometida con el principio de igualación social (Monereo). La cláusula del Estado permite al legislador la configuración legal del orden social y económico con la finalidad de garantizar la justicia social. La dignidad humana (art. 10.1 CE) exige el aseguramiento del derecho a la existencia y el derecho a participar en la creación del producto social (lo que de ordinario se produce a través de la efectividad del derecho al trabajo). Impone igualmente una solución equilibrada de los conflictos sociales y una política de integración basada en la garantía de la plenitud de los derechos de ciudadanía de todos los individuos.

Con todo, Estado de Derecho y Estado social son compatibles (contra, Forsthoff; Hayek) en el marco del sistema constitucional democrático, porque el mismo texto constitucional los vincula a través de la fórmula del «Estado social de Derecho», afirmando, pues, la unidad del Estado de Derecho y del Estado social. El Estado social se preocupa de las causas y no sólo de las consecuencias de la desigualdad, esto es, debe contribuir a la creación de un orden justo y la integración de los ciudadanos en la vida política (art. 9.2 CE). Todo ello partiendo del hombre «concreto» en cuanto no aislado, sino inserto en grupos y colectividades particulares. Su supuesto real antropológico no es el hombre abstracto según el esquema liberal de pensamiento, sino el hombre situado diferenciadamente en la estructura social.

Tras la forma del Estado Social se encuentra un pacto político-social pluralista, que se aparta del mito de la voluntad uniforme del pueblo como colectivo homogéneo, entendiendo que la voluntad popular se expresa en el proceso constituyente y su cristalización en el texto constitucional, como apertura constitucional en una sociedad abierta. La idea de democracia social inserta en dicha fórmula constitucional comportaría la extensión al orden social del trabajo y de la economía de la idea del «Estado material de Derecho», sometiendo su dinámica de funcionamiento a los fines de la vida humana en una sociedad democrática (Heller; Mortati). La adjetivación social refleja su compromiso activo con la promoción de la igualación social u homogeneidad social (Heller), con la correspondiente creación de las condiciones materiales más adecuadas para una existencia digna y un ejercicio efectivo de la libertad. La fórmula Estado «Social» y «Democrático» de Derecho es unitaria, de manera que la crisis institucional de «lo social» entraña una crisis simétrica de la índole democrática de esta forma política. Por otra parte, el Estado Social impone un equilibrio entre la razón social (principio de protección social) y la razón económica (principio de mercado), de manera que deben reconocerse derechos de desmercantilización (derechos sociales) y mecanismos de control y dirección del mercado; lo que en ambos casos impone un gobierno político-democrático del mercado. El Estado Social ha

de realizarse a escala europea, lo cual supone que la UE deberá de dotarse de una auténtica «constitución social», como exigencia misma de democratización del proceso de integración europea. El carácter democrático-social del Estado constitucional implica una obligación positiva efectiva en la posición de los poderes públicos para orientar necesariamente su política socioeconómica hacia la realización de los valores superiores de la Constitución (libertad, igualdad, democracia...) sometiéndose al control del TC, pues de lo contrario se produciría una devaluación significativa de la fuerza normativa de la Constitución socioeconómica en el caso de que las políticas públicas en el campo económico y social entraran en contradicción con el principio de Estado social; una mayoría en el poder político no puede imponer legítimamente medidas que vulneren el sistema de principios constitucionales basándose en la carencia de medios económico-financieros, porque esa situación normalmente no es tanto «dada» como «creada» por una determinada dirección de la política del Derecho. La constitución social pretende establecer un Estado social que garantice un elevado grado de desmercantilización de los modos de satisfacción de las necesidades sociales (de prestaciones suficientes y adecuadas, hablan los arts. 41 y 50 de la CE; y de remoción de las situaciones de desigualdad y no sólo de las situaciones de pobreza y de exclusión social habla también el art. 9.2 CE) (Monereo). A pesar de que se haya de reconocer que «el principio de Estado social y democrático de Derecho apela a una fórmula de contornos elásticos, que se concretan en el momento en que se tienen que resolver los problemas jurídico-constitucionales» (Balaguer). La inherencia de los derechos sociales al sistema democrático (y, por consiguiente, esa unicidad de la fórmula constitucional entre la adjetivación «social» y «democrático» de Derecho) se percibe perfectamente cuando se comprueba que los derechos sociales son, ante todo, *derechos de participación* de los individuos y grupos en una sociedad pluralista (Menger, Gurvitch, Monereo).

La Constitución diseña un orden económico. La misma realización de los fines del Estado impone una dirección y control de la economía por parte de los poderes públicos. De este modo el intervencionismo estatal ha de desplegarse en el doble ámbito interdependiente de la política social y de la política económica. Corresponde al Estado realizar una política distributiva y de crecimiento responsable de la economía. De este modo, el Estado asume el rol de agente o actor regulador de los procesos económicos y sociales, mostrando su capacidad para influir e introducir los cambios pertinentes. Esa capacidad reguladora y de «modelación» del Estado es importante en fases históricas como las actuales en las que se está produciendo de modo palpable un cambio de época de magnitudes que no se alcanzan todavía a entrever en toda su dimensión (emerge un tipo de sociedad cada vez más insegura, la llamada «sociedad del riesgo»; Beck). Ahora bien, el poder público se mueve dentro de un amplio margen de libre

disposición sobre la determinación concreta del modelo económico, porque del texto constitucional no se puede deducir la imposición de una decisión por un determinado modelo económico, que vincularía estrictamente al Estado obligándole a un mandato configurador de la actividad económica conforme a los criterios prefijados por él. Dentro de los límites que se infieren del grupo de normas que regulan la constitución económica caben distintas opciones de política económica. En la Constitución se contienen elementos de mercado (señaladamente, art. 38 CE) y elementos de control y planificación pública de la economía (señaladamente, arts. 40, 128 y 131 CE). Pero su combinación específica y singular no está enteramente prefigurada por la Constitución jurídica. Sólo medidas muy extremas podrían en la práctica ser susceptibles de declarar su inconstitucionalidad por situarse «fuera» del marco constitucional. En este sentido no parece que la Constitución pueda admitir la implantación de un modelo de planificación dirigista o centralizada; ni la supresión de la garantía constitucional de la propiedad privada, ni del principio de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado. De ahí que puede decirse que lo que más conviene seguramente a la Constitución es un sistema de economía mixta, donde encuentran cabida posible una pluralidad de modelos económicos. La política económica pública puede ponderar de diversos modos los límites que impone la cláusula del Estado Social.

La constitución económica, como conjunto integrado de normas y principios que regulan y «gobiernan» las instituciones y las relaciones económicas, tiene un marco abstractamente definido en el texto constitucional. La Constitución jurídica refleja una decisión político-jurídica sobre un modelo económico-social orientado hacia un sistema organizado de mercado, pero con apertura hacia modelos distintos de organización de la economía. Garantiza las libertades económicas (arts. 33, 35.1, 38, etc.), pero también las funcionaliza socialmente, y, al propio tiempo, reconoce los derechos de contenido social (aunque, ya es significativo, que la mayoría se regulen dentro del capítulo dedicado a los «principios rectores de la política social y económica»). En este sentido dentro de una constitución económico-social relativamente abierta (relatividad, porque no existe propiamente una «indefinición» absoluta de la constitución económica) se trata de establecer un sistema de equilibrios entre el principio de protección social y el principio económico de rendimiento y productividad. Con todo, el texto constitucional no impone un modelo o sistema económico determinado que no admitiría libres y distintas opciones de política del gobierno de la economía (SSTCo 8 abril 1981 y 16 septiembre 1981). Se puede decir que el artículo 38 CE constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución en cuanto hace referencia al modelo económico instituible (la economía de mercado) –salvo reforma constitucional siempre posible– y, por tanto, coloca *alrededor* de dicha declaración fundamental la intervención estatal (art. 128 CE).

Los derechos cuyo reconocimiento es obligado en una economía de mercado son, además de la libertad de empresa, naturalmente, el derecho a trabajar y a elegir libremente la profesión u oficio (art. 35 CE) y el derecho a la propiedad privada y la herencia (art. 33 CE) (Paz-Ares/Alfaro). En una interpretación liberal del precepto se ha entendido que, concebida la libertad de empresa como mandato de optimización, su contenido puede formularse afirmando que obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella. En esta interpretación liberal la libertad de empresa adquiere un fuerte protagonismo y una fuerte expansión, especialmente porque aunque corresponda al legislador determinar «cuánto» mercado quiere que haya en la economía española, a falta de decisión legal expresa, regirá, por defecto, el mercado como mecanismo para la provisión de bienes y servicios y para la asignación de los recursos económicos disponibles (art. 38 CE) (Paz-Ares/Alfaro). El mercado es así un sistema en el que las decisiones sobre lo que ha de producirse y cómo ha de producirse se deja en las manos de los particulares, es decir, es el sistema en el que las decisiones económicas son adoptadas libremente por los individuos dentro de los límites marcados por la Constitución y las legítimas políticas del Derecho de la Economía.

Se consagra, pues, una «constitución económica fuerte» (aunque relativamente abierta) y una «constitución social débil» que ha facilitado, no obstante su existencia en términos de calculada ambigüedad, un amplio margen de discrecionalidad en su desarrollo por el legislador infraconstitucional, mostrando su «fragilidad».

En la realidad constitucional sus desarrollos legislativos han estado presididos por la unilateralidad en un doble plano: en primer lugar, por el juego de una programación económica selectiva a favor del principio de rendimiento y productividad de la económica, y, en segundo lugar, y en relación a ello, por la supremacía de lo económico sobre «lo social», condicionado y subordinado en todo momento (en las decisiones estructurales) al primado de lo económico. Ello se ha traducido en un desequilibrio entre las dos razones que coexisten en el Estado social contemporáneo, a saber: la razón económica que regula las relaciones mercantiles conforme a la lógica del beneficio y del rendimiento (pero que disfuncionalmente para la lógica de la constitución social tiende cada vez más a penetrar en la regulación de «lo social» o de la materia sociolaboral); y la razón social que impone una lógica desmercantilizadora, esto es, una redistribución operada con independencia de los criterios de mercado en forma de reconocimiento de derechos sociales públicamente garantizados (Monereo).

El Estado social comporta una *vinculación jurídico-social del Estado*, esto es, un compromiso de éste para garantizar la cobertura de las necesidades fundamentales de los individuos. En tal sentido el Estado asume la función de orientar la economía hacia la satisfacción de dichas necesidades y la remoción de las situaciones de desigualdad social incompatibles con los principios del Estado Social y la cláusula transformadora y de fomento de los poderes públicos (arts. 1 y 9.2 CE). De este modo el Estado Social ha de ser un Estado intervencionista que garantice una remoción de las «causas» de la desigualdad (*in fine*, art. 9.2 CE) y corrector de las «consecuencias» de las disfuncionalidades generadas por el sistema económico del capitalismo (función correctora o de compensación), lo que determina que el Estado social ha de ser al mismo tiempo un Estado distribuidor y «pro-activo», esto es, de impulso de las condiciones de fomento de la libertad, igualdad y participación. Pero respetando en esa lógica de intervención y heterorre Regulación los equilibrios constitucionales entre los principios compromisorios subyacentes. Es de señalar que la Constitución prefigura dentro de su textura abierta (que le hace compatible con una multiplicidad de modelos económicos, siempre que se respete el contenido básico de las instituciones económicas fundamentales) una «constitución económica» (STCo 1/1982, de 28 de enero), que cuenta, por lo demás, con una regulación de las distintas formas de intervención del Estado en la economía (Título VII de la Constitución, y normas constitucionales concordantes, especialmente las recogidas en el Título I). La decisión política fundamental se resuelve en esa fórmula compleja del Estado Social de Derecho, que configura una constitución Socioeconómica que sólo puede hacerse realidad mediante una intervención sistemática de los poderes públicos en la vida económica y social, como reflejo de un «compromiso político y jurídico».

En un espacio económico global, los Estados y las fuerzas económicas dominantes han impuesto un modelo de globalización (globalización neoliberal) que limita intensamente el margen de maniobra de los Estados nacionales más débiles para definir su política económica y social, orientando su economía hacia una economía abierta gobernada por los imperativos de la competitividad, la contención del gasto público y la primacía del principio axial de eficiencia económica como nuevo componente mítico. Es el primado de la razón instrumental técnico-económica (en el sentido otorgado a esta expresión por Horkheimer) que en este contexto globalizado exige nuevas formas de regulación de lo económico para subordinar a la fuerza de su lógica específica la regulación de «lo social», incidiendo en una ruptura de los equilibrios constitucionales presentes en el texto constitucional. Se produce un desplazamiento de la idea de economía «social» de mercado dentro del Estado-Nación (en la tradición del constitucionalismo social contemporáneo) por la idea de una economía transnacio-

nal abierta a la competencia global (art. 3 del TUE). En este marco la incorporación a la Unión Económica Europea atendiendo al estadio actual del proceso de integración político-económica ha supuesto por el momento una opción de política del Derecho a favor de un modelo económico liberalizador, reduciendo el margen de maniobra ulterior (margen permitido por nuestra Constitución económica) para realizar políticas de intervención socializantes (y de desmercantilización) respecto al mercado. Una decisión política que supone una autolimitación de las posibilidades de articular una soberanía nacional en la definición del modelo económico. Se establece una transferencia de poder decisorio en materia económica y cada vez más también en materia sociolaboral (al menos por lo que supone de prefiguración de gran parte del contenido material de los derechos sociales). A partir de ahí las opciones fundamentales en materia económica quedan condicionadas por la decisión de las instituciones de la UE. Se comprende, de este modo, la política de privatizaciones, de reducción del déficit público en protección social, de remercantilización (desregulación) de los derechos sociales, y de flexibilidad laboral (*rectius*, liberalización). La aplicación de esta política está produciendo una liberalización más completa del sistema económico y un cambio de modelo de Derecho del Trabajo desde el garantismo jurídico de los derechos sociales hacia la flexibilidad, con la *mutación constitucional* en sentido liberalizador. La naturalización de los procesos económicos y su justificación por los resultados se hace acompañar de la emergencia del nuevo «jurista ingeniero» en el ámbito científico-jurídico y, en la dimensión gerencial, de la aplicación del modelo «dirigencial» en la organización de la empresa. En este modelo las decisiones de gestión se presentan como de *naturaleza funcional*, apareciendo en coherencia como objetivamente necesarias para la buena marcha de la organización productiva. El conflicto de intereses en las organizaciones es simplemente funcional y no un conflicto basado en el antagonismo social en términos materiales de principio, conforme viene acreditado en la experiencia. Predomina la idea de interés común en la «comunidad de la empresa». Ello supone la neutralización o supresión de la concepción pluralista de la empresa entendida como ámbito de encuentro de una multiplicidad de intereses (con zonas de conflicto y con ámbitos de colaboración fluctuantes). En este sentido se difumina la significación intrínsecamente conflictiva de la noción jurídica de subordinación que se pretende (aunque en la realidad jurídica no es así; reténgase el mismo tenor y la finalidad de los arts. 1 y 20 de la LET) sustituir por formas más espiritualizadas y de «autonomía responsable» del trabajo individual o en grupo. Bajo ese esquema tecnocrático (en la perspectiva «dirigencial» que realza la base organizativa de las élites y el control que ejercen sobre el Estado y las instituciones de la economía) el poder se «presenta» míticamente como exclusivamente funcional e instrumental en cuanto exigencia de dirección y organización de personas y medios encaminados al fin común de

la máxima rentabilidad y competitividad empresarial. La «potestad» sería sustituida por la «auctoritas» y la subordinación del trabajador por la autonomía productiva individual y en grupo. Un esquema de pensamiento ideológico que persigue la cohesión interna de la empresa (por otra parte descentralizada y externalizada) que tiende a enmarcar la realidad constitutiva de un reforzamiento del principio de autoridad y la mayor subordinación de la generalidad de los trabajadores a las condiciones de trabajo impuesta en una organización empresarial típicamente disciplinaria como es la empresa flexible contemporánea. El principio de eficiencia económica se impone y es percibido como el eje del proceso político-económico y del desenvolvimiento social, funcionalizando e instrumentalizando todos los demás ámbitos de la sociedad al servicio de su dinámica de funcionamiento y de la constelación de interés que envuelve (algo ya percibido por Marx, en *El Capital*, y que también sería el criterio posteriormente seguido por Polanyi). Su exacerbación se traduce actualmente en los procesos de remercantilización en términos de desregulación legislativa selectiva de la legislación sociolaboral y de privatización de servicios públicos. La vida del individuo –y la satisfacción de sus necesidades– se hace cada vez más dependiente de los mecanismos autorreguladores del mercado. Cada vez existen menos «intercambios obstruidos» por las políticas públicas en el campo sociolaboral dentro de un mercado (económico y «laboral») que exige para sí un mayor espacio de autorregulación al mismo tiempo que una intervención pública selectiva en apoyo de su dinámica de funcionamiento. De este modo, frente a la aparente despolitización del mercado y la «naturalización» de sus exigencias técnicas de funcionamiento lo que en realidad se postula es una precisa *opción* de política selectiva en favor de la creación de las condiciones más adecuadas para la rentabilidad y acumulación del capital.

El sistema económico está integrado complejamente por la conjunción de las reglas del ordenamiento interno y del ordenamiento comunitario, en cuyo Tratado fundacional se regula una auténtica constitución económica intracomunitaria reflejo de una decisión constituyente de los poderes político-legislativos de la Unión Europea. En el TCE se establece un conjunto de libertades económicas y se protegen a las instituciones económicas fundamentales de la economía de mercado. Se persigue el fortalecimiento de la competitividad de las empresas de la Comunidad; y, asimismo, se establece una política económica comunitaria común en ámbitos esenciales y la coordinación entre las políticas económicas y sociales de los Estados miembros (arts. 2 y 3 TCE). Por otra parte, mostrando una cierta solución de *compromiso constituyente*, los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad reforzando su cohesión económica y social (arts. 158 y 159 TUE).

## 2. LA CONSTITUCIÓN «SOCIAL» DEL TRABAJO

Uno de los pilares fundamentales de la constitución jurídica del trabajo es el denominado «estatuto de los trabajadores» (art. 35.2 CE). El modelo que trataba de implantar el artículo 35.2 CE era el de instaurar una auténtica «constitución del trabajo», esto es, un Estatuto de los Trabajadores que se situara en el núcleo de una constitución jurídico-social del trabajo basada en la garantía de derechos económicos y sociales, es decir, que tutelara los derechos de ciudadanía de los trabajadores (derechos generales o inespecíficos y derechos específicos o propiamente sociales) en el ámbito de la empresa y del mercado de trabajo (Monereo). Sin embargo, el Estatuto legal sólo reguló algunos derechos constitucionales, como el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o el derecho al trabajo, a la promoción en el trabajo, a la percepción puntual de una remuneración suficiente (englobados en el art. 35.1 CE), o los derechos de representación colectiva (art. 129.2 CE). Pero no desarrolló los derechos fundamentales de libertad personal y de autoorganización y expresión colectiva (con alguna excepción, como es el caso del derecho a la negociación colectiva). Siendo una legislación protectora, una norma globalizadora para la clase trabajadora (típica legislación integradora), no se dirige a garantizar los derechos de libertad y dignidad personal de los trabajadores para permitir su ejercicio efectivo en la empresa. Ha sido, así, el TC el que ha desarrollado esos derechos fundamentales del ciudadano en cuanto a su tutela y ejercicio dentro de la empresa: el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, la libertad de expresión y la libertad de información, el derecho de reunión (arts. 14, 15, 16, 20 y 21). La jurisprudencia constitucional ha establecido la aplicación directa de tales derechos y su eficacia en las relaciones privadas, lo que ha tenido una especial incidencia en el ámbito laboral. En la penetración de los derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo en la dirección que marcará clásicamente el «Estatuto de los Trabajadores» italiano ha tenido un papel central la actividad creadora del TC, compensando las insuficiencias de regulación y tutela del modelo legal estatutario en la opción originaria por una suerte de «codificación» incompleta y parcial (Moreno Vida).

La Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se apartó nítidamente de las intenciones político-jurídicas de los proponentes del artículo 35.2 CE, de cuyo desarrollo se hacía reclamo. No fue más allá del enunciado de los derechos y libertades fundamentales realizado en el artículo 4 LET (y deslavazadamente en otros preceptos como señaladamente el art. 17 LET), porque no pretendió como idea-fuerza la penetración de la constitución en la empresa y su plena vigencia en el mercado de trabajo. El ET se quedó en esa función de «código del

trabajo incompleto» como deliberada opción de política del Derecho, ya que pudo optarse por el «modelo de constitución garantista del trabajo» al estilo italiano (*statuto dei lavoratori* italiano de 1970) más conforme, sin duda, con las previsiones constitucionales, atendiendo a la posibilidad de haberlo instrumentado a través de una técnica legislativa diversificadora y su integración en un cuerpo normativo funcional en atención al rango de los derechos sociales (de libertad y de prestación) objeto de regulación.

El ET ha sido al tiempo la pieza central del DT español, al establecer la regulación general de las fuentes y establecer las reglas de juego a las cuales debían atenerse los actores sociales. A su estela se situaría una amplísima red normativa que ha conformado el modelo legal de relaciones laborales. No obstante, el papel central de la LET, tras las últimas y profundas reformas llevadas a cabo en 1994, hoy ha quedado cuestionado, si no formalmente, sí desde el punto de vista sustancial. Las llamadas «Leyes de Reforma del Mercado de Trabajo» que se aprobaron en 1994 (Ley 30/1994, 19 de mayo, y, sobre todo, Ley 11/1994, de 19 de mayo) llevaron a cabo una modificación sustancial de la regulación contenida en el ET de 1980 en una dirección desreguladora y flexibilizadora de las relaciones laborales, que finalmente se tradujo en la regulación de un Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo. Las políticas reformistas implantadas desde la década de los noventa están determinando una desestructuración de los estatutos protectores del trabajo diseñados conforme a los esquemas democrático-sociales y un vaciamiento progresivo del espacio regulador efectivo de la LET. De este modo, la «constitución flexible del trabajo» (Monereo) que surge tras dichas reformas se configura como una constitución jurídica del trabajo adaptada a las nuevas exigencias planteadas por el principio de eficiencia económica en condiciones de máxima competitividad y globalización de la economía mundial, que conduce a una recontractualización principalmente colectiva (pero también con apertura de amplios espacios de regulación para la autonomía individual) de las relaciones laborales sobre el presupuesto de una desregulación pública (Monereo). Es así que gradualmente se va debilitando no sólo la «idea-fuerza» del ET en términos garantistas (esto es, conforme al modelo garantista de los derechos sociales de ciudadanía), sino también el ET como pieza normativa central del sistema normativo laboral, el cual cede ante la proliferación de los «microsistemas» normativos; hasta puede, acaso, vislumbrarse una pérdida aún mayor de su supuesta condición de «Derecho común» laboral del trabajo asalariado. El universo normativo laboral adquiere cada vez más la conformación de un polisistema normativo. La brecha abierta en el sistema del Estatuto de los Trabajadores es profunda y tiende además a ensancharse hacia lo que se puede llamar no sólo el Derecho flexible del trabajo sino aún más expresivamente el Derecho «disperso» del trabajo. Este desplazamiento vertical de la pretensión

(más que realidad jurídica efectiva, porque nunca se alcanzó totalmente) de «unidad» (un ordenamiento poli-sistemático) hacia una acusadísima «diversidad» de regulaciones normativas parece imparable y situarse en una innegable orientación «des-constructiva» del Estatuto «garantista» del trabajo asalariado (Monereo, 1996,71). En la etapa histórica actual se está produciendo una mutación de la constitución jurídica del trabajo, en el sentido de que la constitución del trabajo del Estado social («constitución social del trabajo») se está viendo desplazada progresivamente por una nueva constitución del trabajo («constitución flexible del trabajo»), bajo el prisma de la flexibilidad y de la tutela preferente del principio de eficiencia económica, en términos de garantía del rendimiento y de la productividad empresarial.

El «Estatuto Social del Trabajo» (integrado por el grupo de reglas que configuran la posición jurídica de la clase trabajadora en cuanto tal) es la cristalización de todo un proceso histórico encaminado a la «legalización de la clase trabajadora» mediante la instauración de un «estatuto social integrador». En el desarrollo histórico se puede apreciar, en efecto, un modelo específico de regulación del trabajo asalariado; una «constitución jurídica del trabajo». La «constitución del trabajo» remite a la ordenación de la vida económica, el papel de los actores políticos, económicos y sociales y, asimismo, al esquema de valores que quedan implicados (vid., ampliamente, Monereo; Maestro Buelga). En esa perspectiva amplia el concepto de «constitución del trabajo» es comprensivo del conjunto de factores jurídicos y reales que intervienen en la configuración de las relaciones de trabajo. Tiene en cuenta las reglas jurídicas y la fuerza normativa de los hechos en la distribución y articulación del poder en la sociedad del trabajo asalariado (Ramm).

La «constitución social del trabajo» se caracteriza típicamente por la racionalización material (según principios y criterios de valor establecidos en la Constitución jurídica). La idea-fuerza aquí es que la revisión de la racionalidad liberal (reflejada esencialmente en los códigos civiles), que había mostrado su fracaso para la solución del conflicto social (su reconducción al orden establecido), obliga a cambiar gradualmente el paradigma de racionalización jurídica (de constitución jurídica del trabajo), el cual ahora se traduce en un paradigma garantista-integrador del trabajo, pero dejando sustancialmente intacto el sistema de libertades económicas individuales de los empresarios («individualismo posesivo»). La legislación laboral incorpora un tipo de racionalidad material que da cuenta de los valores político-sociales vinculados al trabajo profesional. En este sentido, la racionalización material es la que inspira la desmercantilización relativa del trabajo (relativa, porque la «inmunidad» respecto al mercado opera sólo en relación con el «standard mínimo», quedando sometida a una lógica «mercantil» en lo restante) a través de la garantía de los derechos sociales del ciudadano trabajador (o, lo que es lo mismo, de la persona en su condición de trabajador); garantías de derechos de «integración»

social que, sin embargo, no cuestionó tampoco las condiciones de subordinación del régimen salarial (aunque sí la racionalizó a través del establecimiento de límites jurídicos). En particular, los derechos sociales de prestación asumen la función de técnica político-jurídica de redistribución, orientada, pues, hacia la igualdad (racionalidad social). Tales derechos se han de equilibrar en la lógica interna del DT con los derechos económicos de los empresarios, orientados hacia el rendimiento económico (racionalidad económica). El criterio de la desmercantilización supone una relativa superación de la concepción estrictamente mercantil del trabajo, ya que éste se considera como un valor de referencia necesaria de los derechos fundamentales del trabajador (generales y específicos) implicado en dicha actividad, por lo que el trabajo no puede ser representado como «mercancía». Sin embargo, como se verá ahora, las actuales políticas de flexibilidad y desregulación laboral pueden revitalizar la idea del trabajo considerado como una «mercancía sui generis», esto es, entendido, ante todo, como una fuerza de trabajo *instrumental* para realización de las finalidades productivas y del mercado, con olvido de su condición de actividad en la que se despliega la personalidad del trabajador. Esto sucede cuando las políticas laborales no son capaces de garantizar el necesario equilibrio (necesario para la domesticación socio-política del mercado capitalista) entre el principio de eficiencia económica y el principio de protección del trabajador (crisis del principio de tutela a favor del trabajador).

Por otra parte, la garantía de los derechos sociolaborales en los textos constitucionales determina que el DT sea ya una realización específica de principios constitucionales: un Derecho especial separado del Derecho civil, el cual ha dejado de ser el Derecho común regulador de las relaciones jurídicas privadas o entre particulares. El centro del universo jurídico es ahora la constitución formal, aunque la Constitución no proporciona siempre una respuesta ni segura ni definitiva a los problemas. El DT es un Derecho de carácter profesional, hecho para una categoría particular de personas (Ripert).

Es lo cierto que «lo social» en el marco del constitucionalismo democrático-social se resuelve en la predisposición de sistemas de regulación y racionalización que no son los del mercado, establecidos para tratar de paliar ese problema social «de orden», y garantizar cierta satisfacción de las necesidades del individuo –antes situado en los márgenes de la sociedad– con independencia de su posición en el mercado; esto es, dar cobertura a aquéllas como derechos sociales de «desmercantilización». Desde el punto de vista jurídico-político, se acomete una corrección del modelo contractual de fijación de la situación jurídica de los trabajadores mediante la conformación de un modelo de regulación dualista, contractual y estatutario, a través de un conjunto de normas públicas y colectivas de regulación de las relaciones individuales de trabajo. De este modo, de una gestión individualizada «privada» se pasa a una gestión pública y colectiva de la

fuerza de trabajo. La clase trabajadora recibía (por ley o convención colectiva, que fue reconocida como mecanismo para la gestión de los conflictos laborales) un estatuto jurídico-social que penetraba automáticamente en los contratos individuales de trabajo. Ese «estatuto de la clase trabajadora» en la sociedad delimitaba objetiva y normativamente la situación de los trabajadores prevaleciendo sobre el poder de la autonomía de la voluntad individual. Se pudo afirmar que «las categorías de trabajadores, las clases, han adquirido una estructura jurídica definida» (Duguit) que estabilizaba su situación como clase social. El Estado Social contemporáneo asumió una función de intersección del mercado y del trabajo asalariado, y se constituyó en instancia de gestión política de los conflictos y en garante de los derechos fundamentales del trabajador; y asimismo asumía el «rol» de agente impulsor de los «intercambios obstruidos» (servicios básicos de bienestar social, derechos civiles fundamentales inalienables, aceptación de condiciones de trabajo contrarias a los derechos fundamentales...) como límites a la mercantilización y como limitación a las relaciones de dominación que ella comporta. El Estado Social es garante de la «moralidad» de los mercados y en calidad de tal introduce cambios en las relaciones sociales.

El Ordenamiento liberal disponía de «su» constitución del trabajo. La nueva constitución social del trabajo no suprimió dicha constitución, sino que sencillamente la «reformó» (en aplicación de programas de reforma social), adaptándola a las nuevas exigencias de conservación del orden del capitalismo. Pero la constitución del trabajo del ordenamiento democrático-social no constituyó una mera prótesis o «máscara» de la constitución económica liberal. Conjugando la racionalidad formal (de los fines) y la racionalidad material (de los valores) entrañó el reconocimiento –aun dentro del sistema vigente– de posiciones de «status» democrático (condiciones jurídico-políticas) de la ciudadanía, que constituyen un complejo de posiciones jurídicas atribuidas al individuo –garantías mínimas inderogables, esto es, imperativas prescindiendo de eventuales pactos individuales– en atención a su pertenencia a un grupo social, precisamente a la clase trabajadora; una posición no situada ya en oposición, sino como «heterointegración» del contrato. El Estado Social empezó a darle al trabajador algo que antes no tenía: un nuevo *status* político y social para desarrollar su propia personalidad, reconociéndole plenos derechos políticos y haciendo penetrar la Constitución en el mercado de trabajo y en la empresa, bajo la proclamación político-jurídica (constitucional y legal) de que el trabajo no era una simple mercancía. Por otra parte, el Derecho del Estado social no es sólo «obra» del poder público, es también el resultado de una lucha por el derecho de ciudadanía.

La «constitución social» del trabajo del capitalismo avanzado descansa en la plurirracionalidad, formal y material, como tipo de racionalización específica operante en dicha constitución. En el constitucionalismo social se refuerza también la racionalidad material.

Puede considerarse al Estado constitucional moderno desde el punto de vista del proceso de juridificación de los poderes políticos y económicos, lo cual enlaza con el establecimiento del sistema democrático de legitimación y el reconocimiento del «status» de ciudadano y con la penetración en el esquema contractual formalizador de la relación de trabajo de dicho «status» democrático, haciendo valer la unidad sustancial de la ciudadanía y del sistema de derechos que forman parte de la misma, como «ciudadanía jurídica». Puede entenderse el desarrollo del DT atendiendo a la función que le sería específica, a saber, la garantía de la seguridad y la integración, y no tanto sólo bajo el prisma unidireccional de la dominación política legal (el Derecho como instrumento de dominación). Esto, es obvio, se vincula con la concepción más positiva del Derecho como sistema de garantías del conjunto de los derechos de la persona.

El constitucionalismo social –que consagró la forma política del Estado social de Derecho– ha tratado de abordar lo político inherente a la «cuestión social» desde una solución de compromiso relativa a la pretensión de compatibilizar el capitalismo con la democracia y con los principios de libertad, igualdad y participación política. La política laboral es un intento de domesticación de «lo político» en el ámbito de la conflictividad y antagonismo propio de las relaciones laborales. Trata de evitar la destrucción y de establecer el orden. Para ello ha desarrollado una teoría pluralista del sujeto, superadora de la concepción racionalista liberal del sujeto unitario (reflexiónese atentamente sobre el sentido político-jurídico del art. 9.2 CE y su proyección en el mismo texto constitucional), y que supone el abandono del universalismo abstracto («hombre abstracto»). Los derechos sociales son precisamente la expresión de la diferencia y del carácter heterogéneo por contraposición a la idea del hombre uniforme. Es el «hombre situado» socialmente el que interesa hacer valer. La Constitución social supone el rechazo del individualismo propietario que caracterizó al liberalismo clásico. Los códigos del diecinueve –más allá de su innegable valor científico y sistematizador– habían pretendido «conservar» el orden liberal burgués estableciendo unas reglas de juego globalmente favorables a las clases propietarias y empresariales. Se había señalado que el Código civil era el «Código del individualismo», denunciando su carácter burgués y servidor del capitalismo liberal (Menger; Solari). La racionalización jurídica de ese orden constituía el centro y eje del sistema jurídico. La legislación social originaria –más «correctora» que propiamente «rectificadora»– iría, sin embargo, progresivamente dotándose de principios diferentes (al mismo tiempo que iba sistematizándose, haciéndose más «coherente» desde el punto de vista de la política del Derecho) a los del liberalismo individualista en los que estaba forjado el Código civil. Hasta tal punto es así, que la «legislación especial» fue erosionando la estructura de los grandes códigos de Derecho privado. La «legislación especial» fue capaz de introducir el tipo de regulación necesaria para el establecimiento de

«nuevas reglas de juego» de la paz, lejos de la pretensión de intangibilidad de los códigos civiles. Si la legislación excepcional apoyada en el propio texto constitucional no amenazaba los calificativos de definitivo y completo reivindicado por el Código civil, las leyes especiales sí introducían derogaciones a los principios individualistas del Código civil, pero realizando directa e inmediatamente los valores consagrados en la Constitución jurídica fundamental, elevada al centro del universo jurídico. De este modo se produce una clausura de la etapa de la codificación burguesa, y abre el nacimiento de la «era de la descodificación». Ni siquiera es factible —como la experiencia ha demostrado— realizar el «sueño» de un Derecho Social del Trabajo «codificado» en una sociedad de masas que parece imponer la diversificación de los esquemas de regulación jurídica. Es así que la legislación especial ha venido *substrayendo* progresivamente materias enteras, o grupos de relaciones, a la regulación de los Códigos de derecho privado, y con la tendencia de crear «microsistemas» normativos, con lógicas propias, autónomas y diferenciadas. Basta reparar en el «Derecho privado colectivo», como categoría intermedia entre el Derecho público y el Derecho privado, derivado de la autonomía colectiva de los grupos sociales organizados. Su resultado es un cierto «vaciamiento» de contenido de la regulación codificada, y una tendencia a suplantarse a los códigos como eje del sistema jurídico.

La Constitución jurídica del Estado Social trata de garantizar la plenitud de los derechos de ciudadanía, poniendo especial cuidado en la predisposición de medidas activas de ventaja para la protección efectiva de la ciudadanía integral, la cual comprende la ciudadanía civil, política, social, económica y cultural. La ciudadanía plena expresada en esa triada de derechos es posición «status» democrático que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad nacional o internacional, existiendo una tendencia que marcha en la dirección de su atribución a la persona y no sólo en la condición de ciudadano. La Constitución forma y conforma el Derecho Social general, y en particular el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como componente esencial de la constitución social y económica consagrada en el Texto Constitucional. No es de extrañar que el TC pueda señalar que «debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos y a la primacía (no exclusivamente económica, sino también de relevancia jurídica estricta) y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico compensador e igualitario, lo que tiene el fundamental apoyo del art. 9.2 CE

y en general en la cláusula del Estado Social de Derecho» (SSTCo 14/1983, fj. 3.º; 46/1983, 109/1983, 114/1983 y 20/1984, entre otras).

En la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho subyace, en efecto, un compromiso entre el Estado formal de Derecho, y su configuración formal de la igualdad ante la Ley, y el Estado Social y Democrático de Derecho, que trata de garantizar jurídicamente una igualdad real o sustancial sin perjuicio de respetar la igualdad formal. *De este modo, conviven en la Constitución dos vertientes compatibles del principio de igualdad, pero situadas en permanente tensión.* La Constitución social del trabajo contiene una indicación prescriptiva para realizar la homogeneidad social y económica, alcanzable haciendo uso de los instrumentos garantísticos y redistributivos propios del Estado Social intervencionista. La homogeneidad social tiene una extraordinaria importancia para la efectividad de la democracia política. La condición fundamental de la democracia política es un estado de homogeneidad social no excluyente de la diversidad inherente a lo social y al pluralismo, ya que sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal puede convertirse en dominio de un orden social político al servicio de las clases más favorecidas. El peligro para la democracia política puede derivar de las disparidades económicas existentes entre las clases (cuestionando el principio de igualdad de oportunidades), por lo cual es necesario realizar políticas activas para alcanzar un cierto grado de homogeneidad social para que la propia comunidad política resulte posible y aceptable éticamente. De ahí la intrínseca vinculación entre la función promocional (cfr. art. 9.2 CE) y la forma política del Estado Social. Con ella el constituyente concibe el conflicto como una realidad efectivamente existente e impone a los poderes públicos remover todos los obstáculos para superar sus bases económicas, sociales, políticas y culturales. Pero es de señalar que la sociedad no se contempla como una totalidad ideal e indiferenciada, sino como un entramado donde existen distintos agregados sociales y donde se verifican rechazables e intolerables diferencias de clase, grupos y categorías de personas. El constituyente se muestra consciente de esta realidad social subyacente (una sociedad fragmentada) y reconoce que la sociedad que formaliza presenta una estructura económica y social deficiente y en muchos aspectos superable.

La Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho se corresponde con «Estado de pluralidad de clases», al cual formaliza y le dota de un cuerpo orgánico y de principios de actuación. Desaparece la pretensión de una homogeneidad social y política apriorística y se realza, por el contrario, la heterogeneidad como una característica de las sociedades complejas avanzadas. Los derechos sociales en el Estado Social son la manifestación más evidente del intento de integración de la clase trabajadora (y de las personas y grupos en situación de exclusión social) en el sistema político institucional. En cierta medida reflejan, como se indicó, la legalización de la clase trabajadora en el

Ordenamiento jurídico. Los derechos sociales en el Estado Social son, ante todo, derechos de desmercantilización.

El *estatuto social del trabajo* está integrado por los conjuntos normativos del DT y del Derecho de protección social pública (y, dentro de este último, especialmente el Derecho de la Seguridad Social). Este estatuto (esencialmente publicista en su fines sociales, no necesariamente en los medios) inserta en las relaciones sociales de base laboral y en la red de contratos de trabajo una regulación imperativa o de orden público, que en calidad de tal se aplica necesariamente a las relaciones laborales así «reglamentadas». Dicha regulación «estatutaria» está principalmente dirigida a establecer un equilibrio igualizante en el seno de las relaciones laborales y organizar un sistema de solidaridad respecto de los riesgos que afectan a los trabajadores (tales como el accidente, la enfermedad, la vejez, el desempleo, etc.) (sistema de Derecho social). También se funcionaliza hacia la realización de una *política de «orden»* (paz y estabilidad social y económica).

Este estatuto salarial está mostrando signos de «descomposición» y de «desestructuración», contribuyendo a crear una sociedad laboral desestructurada. Ello se ha reflejado en las dos vertientes del Derecho Social articuladas en dos ramas diferenciadas pero íntimamente articuladas: por una parte, en la tutela del trabajador en el cuadro de su relación laboral, donde se aprecia un debilitamiento de los mecanismos de compensación de la desigualdad derivada de la subordinación jurídico-económica del trabajador. Por otra, en la organización de la solidaridad que hace posible la tutela de la clase trabajadora ante los riesgos derivados de la existencia y del propio trabajo dependiente, donde se comprueba una progresiva reducción de la calidad de la protección dispensada y el renacimiento bajo nuevas formas de «solidaridades particularistas» y la crisis de la «solidaridad general».

Con todo, se puede constatar la «ruptura» de dos compromisos fundamentales del Estado social respecto a la protección social de los ciudadanos frente a las adversidades de la existencia (y que definen un estatuto jurídico-político especial): por una parte, el trabajador en activo queda más indemne frente al empresario, como resultado de la mayor disciplina que suponen las nuevas formas de empleo y contratación. A consecuencia de ello, se incrementa el grado de subordinación y disminuye el papel satisfactivo de la política de ingresos. Por otra parte, el individuo encuentra enormes dificultades para acceder y mantenerse en el trabajo y ello está en la misma base del fenómeno de la nueva exclusión social y del incremento de la vulnerabilidad en la sociedad contemporánea. Además, se han incrementado las inseguridades (la incertidumbre) respecto a la suficiente protección del trabajador «pasivo» (retirado de la vida activa) ante la crisis del actual modelo de Estado del Bienestar. Una prueba de ello es el debate actual sobre las pensiones, incluida la anticipación de acuerdos políticos y sociales en el marco del desarrollo legislativo del «Pacto de Toledo»,

que en la práctica está determinando una progresiva pérdida de la calidad de la protección satisfecha por el sistema público.

No cabe duda de que en el Derecho Social no ha existido nunca un estatuto «uniforme» del trabajo (no pasó de ser más que una aspiración), pero es de destacar que la diversificación de los regímenes y estatutos de regulación del trabajo no han hecho sino acrecentarse: la fragmentación del trabajo, y de su división, se traducen en la fragmentación de los sistemas de Seguridad Social, que acaban creando fenómenos de dualización social; o lo que viene a ser lo mismo una ciudadanía social fragmentada y por consiguiente no igualitaria. Aquí el Derecho acaba creando la división y la segregación social. Una nota sustancial del nuevo Derecho de los débiles (no especialmente protegidos a través del «paraguas» o red de protección del convenio colectivo) es la separación entre estatuto social y contrato, de manera que aquél se hace depender de solidaridades mínimas organizadas en cuanto «estatuto social mínimo». El carácter mínimo del estatuto superpuesto al contrato de los débiles opera en un doble plano: en el mercado como «trabajador precario» y en el espacio de la política pública de solidaridad, el trabajador-ciudadano amparado en solidaridades mínimas. De ahí hacia el camino entonces más transitable de una esfera económica que no sería social. Así del Estado del Bienestar tendencialmente institucional se avanzaría hacia un Estado asistencialista, que acabaría desplazando –hasta ocupar su lugar– a los sistemas de solidaridad salarial que determinaron el surgimiento de los viejos sistemas de Seguridad Social. La nueva publicación de la cuestión social se hace acompañar simétricamente de una vasta privatización selectiva de ámbitos funcionales del sistema clásico de Seguridad Social. Proceso que puede ser llamado de «remercantilización» de la Seguridad Social o protección social pública, que supone el creciente trasvase legislativo al mercado de los servicios y la gestión de prestaciones sociales; el cual se presenta ideológicamente en términos de restitución de espacios a la «sociedad civil», que en rigor lo es hacia el mercado y las familias (Monereo). Esta orientación es cada vez más generalizada en los hechos, siendo sólo objeto de discusión los procedimientos utilizados (se asume el retroceso de la solidaridad social) y la «cronologización» en la introducción de las transformaciones estructurales.

Se consolida la tendencia en el proceso de reformas graduales hacia la implantación de un Estado del Bienestar *minimalista* cuyo único objetivo es la lucha contra la pobreza extrema, recurriendo a las técnicas de «control social» de la pobreza, justificada precisamente por la individualización de lo social y la verificación de la real situación de necesidad y, en suma, de la falta de recursos. Estado asistencialista y desregulación relativa del trabajo se combinan, haciendo posible que el poder público (y en definitiva la colectividad general organizada) asuma un papel aún mayor en la reproducción del trabajador y su familia y liberando a las empresas de una buena parte del coste del

trabajo. Por esta vía se puede introducir un mecanismo de flexibilidad nociva y de ventaja competitiva de las empresas. Es así que el modelo liberal renovado más que suprimir situaciones de desigualdad puede servir al propósito bien distinto de crear nuevas desigualdades, no ya sólo en los márgenes (excluidos y marginados) de la sociedad sino también en el centro de la estructura social: la degradación de la condición salarial y la pérdida de ciudadanía activa de los sin trabajo o «trabajadores pobres»; pero también de los «pensionistas pobres» (Castel, 1997; Monereo/Molina).

### 3. LA CONSTITUCIÓN «FLEXIBLE» DEL TRABAJO Y SUS FUNDAMENTOS

La constitución democrático-social del trabajo hace explícitos los conflictos (premisa sobre la que se construye el modelo de relaciones laborales en nuestra Constitución) e intenta crear las condiciones de una democracia deliberativa que promueva una solución negociada de la conflictividad laboral inherente al sistema de relaciones laborales. En la coyuntura actual bajo el perfil de una redefinición de la constitución social del trabajo como constitución flexible se proyecta una racionalidad instrumental y neutralizadora de «lo político» (pero también de la dimensión moral de las decisiones) en el marco de las relaciones laborales. Es la unilateralidad de la razón instrumental (criticada por Horkheimer y Adorno, 1998) o la racionalidad con arreglo a fines (en la formulación de Max Weber, 1983). Llevada al extremo esa lógica instrumental fricciona con los objetivos del sistema democrático moderno de humanización del mundo del trabajo (y no sólo del empleo asalariado) y la más amplia domesticación sociopolítica del capitalismo de mercado en una política de «juridificación» del mundo de la vida al servicio del orden social-democrático o democrático-social. Esa extensión del dominio del Derecho (especialmente del Derecho social) adquiere la condición de legitimidad democrática del Sistema establecido. Precisamente la institucionalización del «Estado democrático y social de derecho» supone el reconocimiento y puesta en práctica de los derechos sociales y económicos. El Derecho social moderno adquiere un carácter ambivalente: por una parte, el Estado pone límites a la autonomía del subsistema económico con la finalidad de afianzar de algún modo la libertad (la igualdad y la participación) de todos los agentes sociales y reforzar la estructura democrática del mundo de la vida; pero, por otro lado, trata de extender una tupida red de garantías o mecanismos de protección jurídica (una red de garantías sociales y laborales). El Derecho social ha sido valedor de los valores democráticos del mundo de la vida frente a los imperativos sistémicos, pero puede invertirse con las consecuencias «reificantes» de la utilización instrumental de las normas jurídicas

basada exclusivamente en la razón instrumental económica. En este marco los derechos humanos deberían asumir la condición de criterio de legitimidad democrática; de «dique» a la mercantilización.

La racionalidad instrumental al servicio de los nuevos valores e intereses (recubiertos del «mito»; de la mitología jurídica en expresión de Santi Romano, 2002, 165) parece reivindicar para sí un criterio de validez incontestable. Ese carácter supuestamente neutral de la política social del trabajo y de su racionalidad acaba por crear un efecto de ocultación que impide el funcionamiento adecuado de la política democrática basada en la discusión y, eventual, acuerdo entre los actores políticos y sociales sobre las reglas de juego y sobre los valores e intereses que han de presidir la regulación y orden jurídico concreto. En realidad, se verifica aquí la certeza de una idea más general, según la cual *la pretensión de neutralidad sirve para mantener las normas establecidas bajo la apariencia del discurso público* (Connolly). Esto es lo que está sucediendo con las medidas amparadas en el principio de rendimiento y de productividad, «justificadas» con el reclamo de la mejora de la posición competitiva de las empresas, la globalización, el cambio tecnológico, etc., cuya delimitación y establecimiento deben ser objeto de una regulación conflictiva y de una simple aceptación racional que sea refractaria al conflicto que le es inherente (y donde reside el núcleo de lo político en materia de regulación sociolaboral). La especificidad del sistema democrático-social, ahora cuestionado, exige abordar los problemas de regulación desde el punto de vista de lo político subyacente e inherente a toda opción reguladora, creando un conjunto de instituciones a través de las cuales el conflicto puede ser limitado y encauzado, sin negar en términos de principio su existencia. Sobre lo político en el ámbito sociolaboral pueden funcionar los mecanismos propios de la democracia deliberativa y la lógica del pluralismo que la informan, incluidas las políticas de concertación social. Pero esa democracia deliberativa pluralista se instala en un sistema de relaciones de poder cuya realidad existencial no puede ser negada. Una democracia pluralista debe tener en cuenta «lo político» en su dimensión de conflicto y antagonismo y ha de determinar las consecuencias de la irreductible pluralidad de valores a través de una democracia conflictual y deliberativa que sitúe en el centro de su interés una imprescindible reorganización permanente del espacio simbólico común de la democracia.

La constitución flexible supone una ruptura de la constitución del trabajo del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de la década de los noventa (especialmente la crucial de 1994 y la de 1997), junto con las reformas confluyentes del sistema de Seguridad Social, sobre los pasos de los «Pactos de Toledo». Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de DT, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El DT aparece como un Derecho «invertido» respecto a las previsiones constitucionales, sin que formalmente se

haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional. El DT 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 DT 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), competitividad internacional, la exigencia de flexibilidad y adaptabilidad de las empresas, etcétera.

El DT clásico del Estado social es calificado de Derecho rígido e incluso «unilateralmente favorable» (cuando nunca ha tenido ese carácter unilateral, la legislación laboral siempre ha sido una legislación de compromiso entre el pluralismo de los intereses implicados); es objeto de un juicio de reproche respecto al funcionamiento normal de los mercados. El DT «flexible» 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 DT la razón instrumental economicista y tecnocrática, que se traduce en la re-mercantilización de espacios abstraídos a los mecanismos contractuales de regulación del mercado, con el efecto de una privatización de ámbitos funcionales cuya regulación se confiere a la negociación colectiva o a la contratación individual. El DT 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 DT ha supuesto un reforzamiento de los poderes unilaterales atribuidos a la posición jurídica de la dirección de la empresa.

La constitución flexible del trabajo se corporeiza en el nuevo «Derecho flexible del Trabajo» (Monereo) por contraposición al Derecho Social del Trabajo «garantista» propio del constitucionalismo social. La constitución «legal» del trabajo actual (constitución jurídica realmente existente) se superpone a la constitución del trabajo formalizada en el texto constitucional (supralegal en sentido jurídico-formal). En este proceso se asiste –y en parte se escenifica– a una destrucción de las categorías tradicionales del DT garantista, las cuales son eliminadas en la justa medida en que se muestra «inservibles» para los fines instrumentales del principio de eficiencia. En este sentido el DT es objeto de una crítica total «redentora», que permite justificar la adopción político-legislativa de cualquier medio o medida para introducir los cambios, las «derogaciones» y «excepciones»

correspondientes en las reglas garantistas del DT, desvirtuando el proyecto de la modernidad al que sirve (racionalidad finalista orientada a la expansión de la democracia y el igualitarismo social, con la progresión de los derechos cívicos a los políticos y más tarde a los sociales y culturales; Marshall; Monereo).

El contrato de trabajo en cuanto contrato normado había abierto un espacio a la persona del trabajador y la penetración de valores extrapatrimoniales que limitaban la concepción de «trabajo abstracto» (concepción mercantilizada del trabajo). El nuevo Derecho flexible del Trabajo produce una cierta inversión de esta lógica desmercantilizadora, volviendo a revitalizar la concepción preferente del trabajo abstracto entendido como bien o actividad mercantil objeto de negocio, frente a la lógica desmercantilizadora del trabajo como expresión de la persona o trabajo concreto («fuente de riqueza interior no cuantificable»; Supiot). En la constitución flexible del trabajo se diversifican los estatutos del trabajo asalariado con una paralela diversificación de las tutelas conferidas, conforme a criterios vinculados, y funcionales, a la lógica del mercado. En este sentido es rasgo definitorio del modelo de regulación la existencia de una estructura de segmentación del mercado de trabajo flexible y precarizado en permanente cambio que necesariamente se vincula a las estrategias empresariales de flexibilidad laboral y de reestructuración del capital.

La crisis del Estado social supone que en gran medida el proyecto constituyente del trabajo ha quedado inacabado, o inactuado en cierta medida, y que puede quizá ya individualizarse una desintonía entre el modelo constitucional del trabajo *garantista*, y el modelo legal ordenador del mismo. Esto abre el interrogante sobre si el modelo actual de Derecho flexible del Trabajo (pues en puridad es evidente que no todo modelo flexible es refractario desde las políticas garantistas o constitucionalistas del Derecho Social del Trabajo) se acomoda recatemente al programa constitucional, a las previsiones constitucionales sobre el modelo de sociedad del trabajo. Cabría interrogarse sobre si, en efecto, el ordenamiento legal actual del trabajo (esto es, su constitución jurídico-legal) es respetuoso con una constitución formal del trabajo en sentido democrático-social, que es reflejo del pacto constituyente. De ser así se podría decir la visión optimista de aquellos que piensan que DT ha sido víctima de su propio «éxito» integrador y pacificador, cuando no liberador. Quizás porque tras ello existe un elemento crítico más hondo, y profundo, de la derrota del pensamiento racionalista de la modernidad a la que el DT, y los derechos sociales que éste estaría llamado a garantizar, estaba íntimamente unido (como se demuestra en los debates, y propuestas de reforma social realizadas durante la elaboración de la Declaración de los derechos del hombre de la Revolución francesa, donde ya apareció la conocida triada de los derechos de ciudadanía, aunque su resultado final acabara siendo una constitución del trabajo esencialmente liberal, con la excepción que

después supuso la inclusión del derecho al trabajo y a la existencia digna en la Constitución de 1848).

En este sentido las *reformas legislativas* (políticas de «estabilización» permanente) han marcado fuertemente una orientación en esa dirección, remercantilizando derechos sociales de ciudadanía (reducción de los derechos sociales de «status») y limitando en la práctica los poderes de la autonomía colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo y de vida de las clases trabajadoras. Son significativas, al respecto, las medidas legislativas encaminadas a *debilitar y des-estructurar* la negociación colectiva y potenciar preferentemente la negociación colectiva de empresa y los espacios reguladores de la contratación individual. Ciertamente en la etapa actual la constitución *legal* del trabajo actúa una fragmentación de los estatutos reguladores del trabajo, haciendo perder del horizonte normativo toda idea iussocial de un DT homogéneo, a través de un proceso reformista cuidadosamente planeado, aunque no exento de contradicciones en el discurso interno (Monereo). El Derecho flexible del Trabajo formaliza *legalmente* la nueva constitución («flexible») del trabajo post-industrial, donde la dimensión garantista es reformulada en términos de garantías mínimas de subsistencia, a diferencia de la vocación expansiva del garantismo público en la tradición del constitucionalismo democrático-social (constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho). El proceso reformista adquiere su momento de cierre a partir del proceso de reforma social y económica llevado a cabo en la década de los noventa del siglo pasado, que debilita las posiciones de poder colectivo e individual en el ámbito del sistema de relaciones laborales. El proceso legal reformista no sólo formaliza, sino que también construye y conforma la diversificación de los estatutos regulados de la constitución flexible del trabajo. No se ha limitado ingenuamente a «reflejar» situaciones «naturalistas» realmente existentes. El legislador ha sido un verdadero actor de los cambios producidos en la conformación de los mercados de trabajo y en la transformación de las culturas del trabajo profesional.

El criterio de la flexibilidad laboral *actual* se sitúa en el eje (sustento principal del modelo de regulación jurídica) de la nueva constitución flexible del trabajo, y con él (y quizás tras la máscara que aquélla ofrece) adquiere una mayor centralidad y primacía el *principio axial de la eficiencia o el rendimiento (relativo al eje principal de un sistema económico o de una organización productiva) definido en términos de mercado moderno en lógicas de necesidad y de racionalidad instrumental y de contención del gasto. Ese principio axial acaba por colonizar todo los ámbitos de la vida social y política, pero también el Derecho contemporáneo, el cual se ha mostrado realmente frágil ante la operatividad y la presión de las fuerzas económicas y las direcciones políticas defensoras del nuevo orden jurídico de la economía. Significativamente las categorías jurídicas son leídas e interpretadas en un sentido acorde con las categorías económicas. Éstas evidencian*

—en su reclamo desde las políticas públicas— su deseo de dominar la conformación y la vida interna de las *instituciones*. Es un nuevo reflejo de la mercantilización de todas las cosas en el desarrollo del capitalismo avanzado y funcionalmente organizado. En otras palabras: de la dominación del hombre por el hombre a través de la mediación de las cosas, y la visión del hombre sobre todo como «homo oeconomicus». *El principio racionalizador de la nueva constitución del trabajo es el principio de la eficiencia económica, que tiende a prevalecer sobre el principio de protección social.* La racionalidad del Derecho es ahora una racionalidad jurídica que desde su propia lógica interna (reflejo de una previa opción de política del Derecho) asume deliberadamente la racionalidad económica y tecnológica instrumental (e incluso tecnocrática en el modo de pensar de Bell y, en el más amplio, de Galbraith) y que presenta el riesgo de descuidar la razón social de los valores constitucionales de la persona del trabajador. Es éste un tipo específico de racionalidad material, que invade tanto al Derecho estatal como al Derecho convencional en el marco de la modernización reflexiva. Es el paradigma de racionalidad del Derecho que se está imponiendo en la era del postfordismo y de la globalización de la economía mundial, fenómenos que inciden sobre el papel de todos los subsistemas sociales dentro del sistema social general, donde el principio de acumulación rentable del capital tiende a predominar en el interior de los demás subsistemas de la trama de orden social. La liberalización de capitales a escala mundial no hace sino incrementar la subordinación de las sociedades actuales a las exigencias impuestas por la lógica de los intereses del mercado. Lo cual ha determinado que el «estatuto del trabajo» (conformador de su constitución social) haya cambiado de orientación político-jurídica.

Un modelo Derecho Flexible del Trabajo que supone actualmente, en primer lugar, un trasvase de riesgos empresariales al trabajo subordinado y una *funcionalización permanente del factor trabajo a las exigencias de funcionamiento de la empresa flexible; necesidades «naturalizadas» y «objetivadas» como independientes de la voluntad de los hombres.* En segundo lugar, este modelo ha disciplinado a los trabajadores bajo el poder empresarial. En tercer lugar, un modelo reformista que ha desequilibrado, y tenderá a hacerlo aún más, el poder colectivo de los trabajadores en el plano de las relaciones de trabajo y en el poder de influencia respecto a la dirección de la economía general. En este sentido la posición de los sindicatos representativos se ha hecho esencialmente defensiva y gestional en relación a los ajustes considerados necesarios para garantizar las condiciones de rentabilidad y mejora de la competitividad de la economía general y de las empresas. A ello se añade la individualización de las relaciones laborales y la pérdida de la unidad de la empresa como centro de referencia de la identidad colectiva y sindical («empresa difusa» y «empresa descentralizada»).

En realidad, se está produciendo un cambio tendencial desde el Estado de Bienestar Keynesiano (allí donde éste se estableció) 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. 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. Para esta forma de Estado emergente es útil la metáfora del «Estado vacío», más disperso. 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. Es nuevamente la conocida dialéctica del «enemigo exterior» que refuerza la unidad nacional «perdida». Es en la Europa unida también un poder transnacional orientado hacia competencia de la económica.