

**LA RACIONALIZACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES
LABORALES Y LA EMERGENCIA DE NUEVAS FUENTES
REGULADORAS EN EL ORDEN INTERNACIONAL**

***THE LEGAL RATIONALIZATION OF LABOUR RELATIONS AND
THE EMERGENCE OF NEW REGULATORY SOURCES IN THE
INTERNATIONAL ORDER***

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Artículo recibido el 6 de noviembre de 2017.

Artículo aceptado el 15 de noviembre de 2017.

RESUMEN

La globalización neoliberal no ha perdido su identidad y su pretensión autorreguladora respecto del Derecho Internacional y de la legislación territorializada de los Estados. La autorregulación expresa un pluralismo jurídico en virtud del cual existe una permanente tensión entre las fuentes extralegislativas (*lex mercatoria*, principalmente) y las fuentes clásicas del Derecho Internacional contemporáneo y las propias de los Derechos estatales. En el actual proceso de mundialización se está ante un nuevo pluralismo jurídico y un policentrismo

jurídico. La *lex mercatoria* es un derecho de grupos empresariales creado para regular sus actividades sin interferencias de los Estados nacionales. Es a través de la *lex mercatoria* y la red de acuerdos formales e informales entre empresas y entre sectores económicos y entidades financieras donde se expresa la centralidad del *derecho de la producción* en la época de la economía global. Este derecho de la producción impulsa los valores e imperativos del sistema económico sobre los sistemas socio-políticos y culturales. Los límites de los gobiernos nacionales sobre el control de la economía de escala mundial han incidido en una erosión de la capacidad regulatoria del Derecho del Trabajo y también en un vaciamiento del proceso de democrático de toma de decisiones. Es así que los derechos sociales ha sido objeto de flexibilización (*rectius*, liberalización de las relaciones laborales) o de desconstitucionalización expresa o tácita.

PALABRAS CLAVE: Fuentes de regulación laboral en el orden internacional, globalización neoliberal, *lex mercatoria*, derechos sociales, “justicia social”, “trabajo decente” o digno, flexibilidad laboral, desconstitucionalización de los derechos sociales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “Pilar Europeo de los derechos sociales”.

ABSTRACT

Neo-liberal globalization has not lost its identity and its pretension self-regulating with respect to international law and the territorialized legislation of States. Self-regulation expresses a legal pluralism by virtue of which there is a permanent tension between the extralegislative sources (*lex mercatoria*, mainly) and the classical sources of contemporary international law and the rights inherent State. The *lex Mercatoria* is a right of business groups created to regulate their activities without interference from the national states. It is through the *lex Mercatoria* and the network of formal and informal agreements between companies and between economic sectors and financial institutions where the centrality of the right of production is expressed at the time of the global economy. This right of production promotes the values and imperatives of the economic system on the socio-political and cultural systems. The limits of national governments on the control of the global economy have affected the erosion of the regulatory capacity of labour law and also in an emptying of the democratic decision-making process. Thus, social rights have been the subject of flexibilization (*Rectius*, liberalization of labour relations) or of deconstitutionalization expressed or tacit.

KEY WORDS: Sources of labour regulation in the international order, neoliberal globalization, *lex mercatoria*, social rights, "social justice", "decent work" or dignified, labor flexibility, deconstitutionalization of social rights, International human rights law, "European pillar of social rights".

SUMARIO

1. *La globalización neoliberal y la erosión del constitucionalismo democrático-social.*
2. *Las respuestas jurídico-políticas de los diversos actores políticos y socio-económicos que tratan de contrarrestar los “poderes del mercado global”.*

1. La globalización neoliberal y la erosión del constitucionalismo democrático-social

En las dos últimas décadas han quedado cuestionados los presupuestos político-jurídicos y económicos del reformismo socio-político propios de la Era del constitucionalismo social iniciada desde la primera postguerra mundial. El principio de acumulación se ha impuesto sobre el principio de protección, cuya conciliación era estimada imprescindible para alcanzar la igualdad y la hegemonía social en condiciones de democracia política. Se imponen formas de Estado fuerte que se traducen en la forma del Estado de competencia económica, que reflejan un proceso político de readaptación de la forma estatal a la construcción de los mercados mundializados y también la mercantilización de la fuerza de trabajo y también la privatización de activos, empresas públicas y servicios públicos; y asimismo mercantilizando ámbitos hasta entonces cerrados al mercado como “intercambios obstruidos”¹. Por contraposición a la lógica desmercantilizadora que informó el

¹Respecto a esto último se ha formulado el concepto de “acumulación por desposesión”; HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo* (2003), trad. Juan Mari Madariaga, Madrid, Eds. Akal, 2007, págs. 111 y sigs., y a los “intercambios obstruidos”, WALZER M.: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, FCE, 1993, y respecto a los derechos sociales como derechos de “desmercantilización”, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y 45 y sigs. La tendencia a la mercantilización de todas las cosas había sido subrayada por Karl Marx, y retomada posteriormente por autores como POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989, o últimamente por SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Ed. Península, 2011. Una reflexión sobre la justicia social desde la teoría relacional, en MÁRQUEZ PRIETO, A.: *Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teoría de los juegos y relaciones laborales en la empresa*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2008, págs. 42 y sigs.; y en una perspectiva más general sobre las teorías de la justicia y la justicia material, SEN, A.: *La idea de la justicia*, trad. H. Valencia Villa, Madrid/Buenos Aires, Ed. Taurus, 2010; NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona/Buenos Aires, Ed. Paidós, 2007; HELLER, A.: *Más allá de la justicia* (1987), trad. J. Vigil, Barcelona Ed. Planeta-De Agostini, 1994; *Ibid.*, *Ética general*, trad. Á.

reformismo sociopolítico, el Estado de competencia muestra toda su capacidad operativa y persuasiva para subordinar todas las relaciones sociales a la lógica mercantil. La gobernabilidad autoritaria desplaza a la preocupación por la reforma social del capitalismo organizado. Se postula el Estado mínimo en términos unilaterales de descompromiso en el campo de la protección social, pero no respecto a su compromiso activo (incluida la socialización de costes empresariales y de reproducción de la mano de obra) por el restablecimiento de la rentabilidad y competitividad de las empresas. Ahora fuerzas políticas y sociales de implantación nacional y transnacional promueven un modelo de reforma social que atiende a un criterio de *desmercantilidad mínima, donde la reforma social asume la función primordial de política de contención de la conflictividad social emergente*. En este paradigma liberalizador se impulsan políticas de desregulación social y de privatización controlada; y asimismo se construye un marco de Derecho de la Economía (en el que se incluye el mismo Derecho del Trabajo que ha de estar comprometido con los intereses del mercado y el Derecho de la competencia) que funcionaliza el intervencionismo público hacia la creación de las condiciones más favorables para el funcionamiento de los mercados y la mejora de la posición competitiva de las empresas.

Las políticas de flexibilidad laboral y desregulación legislativa –y materializadas en las leyes de reforma laboral- están determinando una “remercantilización” de las relaciones laborales, debido a un doble fenómeno: repliegue o retroceso de la normativa estatal (desregulación legislativa del mercado públicamente “inducida”) e incremento del papel regulador (débilmente condicionado por la legislación pública) de la autonomía privada (colectiva e individual). Ello configura una constitución flexible del trabajo post-industrial e incluso tendencialmente “post-social” en el marco de un nuevo orden post-hobbesiano, muy influida por la expansión de la ideología del liberalismo jurídico y político (ideología que promueve una determinada percepción –captación- y expresión selectiva –diferenciada- de problemas y conflictos sociales condicionando las actitudes y el tipo de respuesta de los agentes implicados). Se postula, así, una intensa flexibilización de los mercados de trabajo, flexibilización en la disponibilidad empresarial de la fuerza de trabajo (con el consiguiente incremento de los poderes unilaterales del empleador en las distintas fases de la contratación laboral). Este modelo de Derecho del Trabajo de la *Era de la Flexibilidad* y de la inseguridad en la tensión entre garantías de los derechos de ciudadanía de los trabajadores y del principio de eficiencia económica se vence decididamente por este último. Esto se aprecia en la flexibilidad laboral interna cuando se produce una subordinación permanente de la

Rivero Rodríguez, Centro de Estudios Constitucionales, 1995; RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, trad. M.D. González, Madrid, 1993 (2ª reimpresión); WALZER, M.: *Las esferas de la justicia*, trad. H. Rubio, México, FCE, 1993; HONNETH, A.: *El derecho de libertad. Esbozo de una ética democrática*, trad. G. Calderón, Buenos Aires/Madrid, Katz Editores, 2014; LARENZ, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. y Presentación de L. Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1993 (reimpresión de la primera edición, 1985); BUENAGA CEBALLOS, Ó.: *El concepto de justicia*, Madrid, Ed. Dykinson, 2017.

fuerza de trabajo a las exigencias del sistema productivo y de la rentabilidad empresarial, y en la más problemática traslación directa de los riesgos empresariales en la posición jurídica del trabajador (“trasvase de riesgos” empresariales, que replantea la relatividad de la doctrina de la “ajeneidad en los riesgos”)². Y en contexto de crisis no sólo económica (coyuntural) sino también política (estructural), pues desde la política del Derecho se pone en cuestión la legitimidad del Estado Social, caracterizado por la reversibilidad (introducción de medidas regresivas pese a la prohibición internacional de llevarlas a cabo) en la práctica jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales³.

Las reformas laborales orientadas hacia la flexibilidad y la desregulación controlada desde la década de los noventa han tenido como eje la tutela de la viabilidad económica de la empresa y, en relación a ello, su defensa de la posición competitiva en el mercado. Adviértase, pues, que la desregulación legislativa es un proceso normativo de carácter selectivo y planificado, y que el mismo plantea (favoreciendo la metáfora de una cierta “circularidad normativa”) una “*re-regulación*” igualmente selectiva y cuidadosamente programada, que lleva aparejada la creación de un complejo entramado de normas que disciplinan (con reglas relativas a deberes y derechos) las relaciones sociales de tipo económico (relaciones de mercado). De manera que la desregulación, como técnica de política legislativa, no supone tanto una suerte de desintervención del Estado en la economía como, ante todo, una *neointervención* más autoritaria que determina las reglas de juego que deben ser respetadas por los actores.

En lo laboral, la reorientación del Derecho del Trabajo hacia un Derecho flexible de marcada tutela de los intereses empresariales se hace visible en el diseño de los institutos laborales en la dirección de la flexibilidad unilateral (tanto en su dimensión de flexibilidad interna como de flexibilidad externa), con el consiguiente incremento de los poderes directivos del empleador, y la tutela prioritaria de la viabilidad, competitividad y rentabilidad de las empresas, como *objetivo directo* –a menudo explícito- de las normas laborales. Y esta orientación no sólo se percibe en el “momento legislativo”, sino también en el “momento aplicativo” de los productos normativos. Es harto

² Y resulta especialmente llamativa la tensión permanente (y en un sentido ascendente) entre los poderes de control empresarial y la situación de subordinación, por un lado, y por otro, entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores. Puede consultarse, por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, y la bibliografía allí citada; DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2012; MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005; MERCADER UGUINA, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, espec., págs. 121 y sigs.

³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los Principios del Sistema jurídico Internacional Multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *RGDTSS Atelier*, núm. 45 (2017). La prohibición de regresividad se vincula en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al principio de progresividad. Así, por ejemplo, el art. 2.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), en su interpretación por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

significativo que el Tribunal Supremo haya considerado relevante a efectos de interpretación de las normas laborales los nuevos “principios” (sic.) de la viabilidad, competitividad y flexibilidad de las empresas (Paradigmáticamente, en este sentido, resulta la STS 17 de mayo de 2005, RJ 9696). Pero igualmente, a veces, las sentencias de los Tribunales también han servido de freno o de dique de contención frente a las pretensiones liberalizadoras. Se trata de tendencias, principios y objetivos que reflejan una conformación del Derecho del Trabajo más “pro-empresarial”, pero que se están manifestando ya en las estructuras normativas y en la interpretación judicial de las normas laborales, las cuales, en esta deriva, dudosamente podrían seguir siendo denominadas técnicamente como “normas *sociales* de trabajo”.

En consecuencia, el proceso de reconfiguración actual⁴ no consiste, pues, en una simple eliminación de las normas jurídicas, aparte de que a veces puede tratarse sencillamente de modificación o simplificación de las reglas. En gran medida en el fenómeno de la desregulación se está ante el hecho constatable no de la simple eliminación de normas, sino su sustitución por otras nuevas que disciplinan las materias o instituciones objeto de regulación. En este proceso desregulador no crea un supuesto (y utópico) “estado de naturaleza”, sino más exactamente un nuevo orden normativo, lo que podría llamarse la “neoregulación”, que remite a la predisposición de nuevas reglas mínimas o pautas de funcionamiento de los mercados o de las relaciones sociales. En la experiencia de los distintos países pone de relieve que la desregulación viene seguida por un proceso nuevo de crecimiento normativo, que comporta el efecto (sólo aparentemente paradójico) de una gran malla de regulación de la nueva situación creada con el proceso desregulador. Distinto es que en el modelo resultante se confiera un predominio a los propios operadores para realizar la regulación, dejando en un papel residual a la intervención directa del Estado (autorregulación con control y vigilancia pública); o, en otro caso, se atribuya la función “re-reguladora” al propio Sistema normativo estatal, con la mayor o menor intervención (modelo heterónimo de “re-regulación”) de los actores económicos y sociales implicados en el proceso de elaboración normativa.

En la perspectiva del orden jurídico y del Derecho Internacional Público y Privado cabe señalar varios fenómenos de respuesta jurídica a la mundialización en su fase de globalización, lo cuales reflejan que la misma ha supuesto una verdadera ruptura con el antiguo orden, que, sin embargo, no ha hecho desaparecer la centralidad de la forma política del Estado-nación.

1º). La respuesta autorreguladora de los poderes económicos (“los poderes salvajes”⁵) dominantes en los mercados mundiales. Es decir, *lex mercatoria* como la

⁴ Puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., págs. 29 y sigs. *Passim*.

⁵ FERRAJOLI, L.: *Los poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2011; *Ibid.*, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 516 y sigs.

regulación jurídica propia del capital y de la empresa global, que tiende a vaciar de operatividad el Derecho Internacional Público. Respuesta autorreguladora reforzada por el actual modelo de globalización neoliberal. Es seguramente la forma más antigua de transnacionalización del campo jurídico, y desde su origen evidencia que su creación obedece a exigencia de instituir un orden jurídico supranacional que llamador a servir a los intereses de los comerciantes. La nueva *lex mercatoria* se compone de varios elementos, entre los que se hayan los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las costumbres y los usos, los contratos tipo y los laudos arbitrales.

Sin embargo la *lex mercatoria* puede entrar en conflicto con el derecho internacional público, sobre todo cuando es utilizada para crear formas de inmunidad que operan tanto frente al derecho nacional como frente al derecho internacional público. No es una ordenación jurídica amorfa ni neutral; depende de las relaciones de poder entre las partes, pudiendo operar de un modo muy rígido y jerárquico o bien de un modo flexible. Las articulaciones de la *lex mercatoria* con el sistema mundial actual pone de relieve cómo operan las dialécticas de desterritorialización y reterritorialización en este campo jurídico. Precisamente la internacionalización del capital ha sido siempre el motor que ha impulsado la expansión de la *lex mercatoria*, pues ésta es, básicamente, un derecho transnacional de los negocios o, en términos más amplios, un derecho económico que se dan las propias fuerzas económicas (mercantiles y financieras) que operan en el mercado⁶.

La nueva *lex mercatoria* es expresión jurídica de la autonomía de la voluntad como fuente de un Derecho uniforme o armonizado del comercio internacional. Este Derecho de producción autónoma constituye un cuerpo jurídico profuso, difuso y fragmentado. Da apertura por su propia lógica interna al establecimiento de particularismos jurídicos y microsistemas normativos con dinámicas evolutivas diferenciadas en marcos productivos y de negocios (normativa autorreguladora de la actividad económica) dentro de una economía mundializada que avanza con ritmo exponencial a impulso de las fuerzas económicas de nuestro tiempo y de las grandes potencias mundiales.

La nueva *lex mercatoria* favorable a las empresas transnacionales es el Derecho Comercial global. En este ordenamiento jurídico transnacional se otorga preferencia al Derecho económico frente a los derechos sociales y al derecho privado respecto al Derecho público; se tiende a la desformalización de las normas jurídicas, a la privatización y a la incertidumbre en las fuentes de su legitimación. Se forma una tupida red jurídica que envuelve a las normas de la OMC, Tratados Regionales, Tratados Bilaterales de Libre Comercio e Inversión y contratos transnacionales; y asimismo se constata la existencia y reenvío de las obligaciones sociales y laborales de las empresas

⁶Véase SANTOS, B. de S.: *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá (Colombia), Universal Nacional de Colombia, 1998, págs. 104 y sigs.

transnacionales a los códigos de conducta privados. Las normas de comercio e inversiones internacionales multilaterales, regionales bilaterales y unilaterales estableciendo marcos reguladores más desterritorializados y de mayor seguridad para la tutela de sus intereses.

Pero eso no es todo, pues las empresas transnacionales disponen de un marco jurídico sustantivo que protege con plenas garantías sus derechos e intereses. Se ha ido construyendo una serie de principios fundamentales del Derecho del Comercio Global, haciendo entrar en juego la OMC, el Tratado Regionales y Tratados Bilaterales de Libre Comercio e Inversiones. Con la creación de la OMC en 1995, se ha tenido como objetivo prioritario el establecimiento de normas que permitan la plena liberalización económica y comercial de los mercados. Esa normativa liberalizadora ha permitido garantizar la integración de la actividad de las grandes empresas transnacionales y relegar el tratamiento de los derechos laborales y medioambientales. En este sentido las obligaciones de las corporaciones transnacionales se reenvían a los ordenamientos nacionales, subordinados a la desregulación neoliberal, o bien, a los códigos de conducta voluntarios, enmarcados en la llamada RSE, esto es, al “derecho blando”, lo que evidencia la intensa asimetría normativa que se genera entre el Derecho Internacional del Comercio y los códigos de conducta. Esta forma de derecho autorregulado, propio de la globalización neoliberal, suele ser difícilmente compatible con el derecho internacional de los derechos humanos⁷. La nueva *lex mercatoria* se enmarca dentro de la problemática más amplia de las “fuentes extralegislativas” en material sociolaboral. Las reglas de la *lex mercatoria* son frecuentemente volátiles y no siempre fáciles de localizar expresan (no sin cierto enmascaramiento) la acción de los poderes desregulados del mercado.

La *lex mercatoria* puede ser entendida como un junto de principios y reglas consuetudinarios y de base contractual que son extensos y uniformemente reconocidos y aplicados en las transacciones internacionales. Esta forma de regulación es probablemente la forma más antigua de globalización del campo jurídico⁸. La internalización del capital en la economía-mundo⁹ ha constituido el factor determinante

⁷ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Edita hegoa/Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional/Universidad del País Vasco, 2009, págs.148 y sigs., 185 y sigs. , y 289 y sigs.

⁸Ahora bien: “Por muy informal que sea, la nueva *lex mercatoria* no es amorfa ni neutral; las costumbres y los usos no son necesariamente universales, ni mucho menos tradicionales o inmemoriales. La nueva *lex mercatoria* , como campo jurídico transnacional emergente, es un localismo globalizado, constituido por densas expectativas cognitivas y delegadas lealtades normativas, reproducidas ambas a través de la repetición rutinaria de un gran número de relaciones contractuales transnacionales y por sus abogados, así como por bancos y organizaciones internacionales dominadas por unas y otros respectivamente”. Dependiendo de las relaciones de poder entre las partes la nueva *lex mercatoria* puede ser más rígida o más flexible. Cfr. SANTOS, B. de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, pág. 351.

⁹ BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1984; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de*

de la *lex mercatoria*. Es así que la *lex mercatoria* es esencialmente un Derecho transnacional de los negocios o Derecho de la economía a escala internacional y sometido a una lógica particularista, en cuanto mediatizadas por intereses no universalistas en el campo jurídico (A diferencia, señaladamente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que supone una globalización más jurídico-formal que jurídico-material de los derechos humanos)¹⁰. Más allá del formalismo jurídico (que reduce el fenómeno normativo a los instrumentos jurídicos dotados de la coactividad específica paradigmática en la normativa origen público o estatal) este tipo de ordenación de base contractual –en muchos aspectos configurados como verdaderos contratos normativos- debe reconducirse hacia el campo propio de las fuentes del Derecho en sentido pluralista, siendo este tipo de contratación un elemento de innovación jurídica¹¹. Este mecanismo de regulación no se rige por el principio de “justicia social” (o justicia redistributiva), pues precisamente parte del criterio de que las asignaciones a través del mecanismo del mercado se rige por el interés económico y no atiende a principios redistributivos. Su aplicación comparta una transforma del orden económico-social que se basa en el mercado. En el enfoque de la filosofía neoliberal la misma idea de “justicia social” supone una destrucción del carácter espontáneo del orden del mercado, de manera que la “justicia social” entraría en contradicción con la libertad¹².

Para Hayek el Estado de Derecho se basa en una “justicia distributiva”, es decir una justicia en los intercambios libres, por lo que la noción mismo de Estado de Derecho excluiría de por sí el perseguir una “justicia distributiva” como le es inmanente a la esfera de la llamada “justicia social”¹³. El Estado de Derecho (que no debería adjetivarse de “social”) debería ser un Estado regulador –situado, pues, muy lejos del ideologizado e irrealista *laissez-faire* postulado por cierta tradición liberal clásica- orientado prioritariamente a ser garante o guardián del Derecho privado limitando la acción de aquellos sujetos o instancias que dificultan o impiden su buen funcionamiento

la Economía, Estudio Preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XIII-CL.

¹⁰ Para ese Derecho internacional de los Derechos Humanos, puede consultarse MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares, 2014.

¹¹ Esto se intuía en el ensayo de GALGANO, F.: “Le istituzioni della società post-industriale”, en GALGANO, F., CASSESE, S., TREMONTI, G. y TREU, T.: *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, págs. 13 y sigs., en particular págs. 20-23 (“El contrato como fuente del Derecho”).

¹² HAYEK: *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., Londres, Routledge & Kegan Paul, 1979 (*Derecho, legislación y libertad*, 3 vols., Madrid, Unión Editorial, 1978-1982. Para él, no resulta aplicable el concepto de “justicia social a los resultados de los procesos de índole espontáneo”; y “los intentos de corregir el orden del mercado acaban por destruirlo” (Vol. II, que lleva el título significativo, *El espejismo de la justicia social*, págs. 119 y sigs., y 246 y sigs., respectivamente). Igualmente entiende que se ha producido una “transformación del Derecho privado en Derecho público mediante la legislación ‘social’” (vol., I, págs. 217-222).

¹³ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998).

(paradigmáticamente, los sindicatos y sus instrumentos principales de acción colectiva como la huelga y la negociación colectiva). El Estado de Derecho debe establecer normas reguladoras del orden público económico que permitan que el mercado pueda operar correctamente a través de la libre actuación de los sujetos de Derecho privado. Por ello mismo la constitución económica de la libertad es para el pensamiento neoliberal de Hayek la base del sistema jurídico del Estado de Derecho en una sociedad de mercado¹⁴.

Entonces la “gubernamentalidad” asegura ese orden del mercado se traduce en un amplio entramado de producción de normas jurídico-económicas. De este modo, desde la perspectiva de la técnica jurídica y de la política del Derecho, el “mercado” es en parte una realidad en parte dada y en parte construida política y jurídicamente. Goza de marcos normativos y permite la apertura hacia la elaboración de sus propias reglas o normas de funcionamiento. Esto es lo que significa un “mercado regulado” por normas de organización y competencia como lo es paradigmáticamente el mercado interior de la Unión Europea obedeciendo a una decisión constituyente reflejada en el sistema de los Tratados fundacionales. Este sistema de los Tratados europeos formaliza al máximo nivel una constitución jurídico-material que hace prevalecer la constitución económica del mercado sobre la débil constitución social de la Unión y las vigentes constituciones nacionales. Esta ordenación del mercado legitima las actuales formas flexibles de gobernanza europea de la economía y del llamado “mercado de trabajo” (Su eje es la Troika, integrada por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional). Gobernanza flexible que marca la orientación vinculante para los Estados miembros de las reformas estructurales en el orden económico y en la flexibilización del mercado laboral. Bajo el principio de primacía del Derecho comunitario –donde domina el Derecho de la competencia y la integración a través de la competencia económica- sobre los derechos nacionales los procedimientos flexibles de gobernanza se imponen no sólo políticamente sino también en términos estrictamente jurídicos. De este modo, la Unión Europea viene actuando “como máquina de liberalización”, apelando al derecho de la competencia que conduce a la integración negativa en el camino hacia la instauración del “Estado de mercado único” contrapuesto al Estado Social de Derecho¹⁵.

Friedrich A. Von Hayek ha sido uno de los principales impulsores de la *market liberalism* (junto con el otro gran pensador austriaco Ludwig von Mises), en cuyo pensamiento late siempre la relación y tensión dialéctica entre mercado y política institucional estudiada desde el punto de vista de la teoría del Derecho y del constitucionalismo liberal. Resulta significativo que –aunque subyace a todo su análisis-

¹⁴ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998).

¹⁵ STREECK, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Buenos Aires/Madrid, Katz Editores, 2016, págs. 105 y sigs., *passim*, con una acertada crítica a la gobernanza político-económica imperante en la Unión Europea.

Hayek tiende a excluir el análisis del conflicto y las relaciones de poder (y con ello al Estado como condensación de fuerzas políticas de potencia), que quedarían desplazados de su teoría del orden espontáneo; un orden espontáneo (*cosmos*) que, en su opinión, es capaz de resolver, en lo principal, los problemas de coordinación y articulación social entre los individuos. Para él el conflicto y el desorden es reconducido al ámbito de las patologías sociales. Este relativo desinterés determina una desatención hacia los efectos perversos del funcionamiento del mercado competitivo moderno en las condiciones del capitalismo, como los órdenes opresivos y socialmente injustos que dejan indefensos a los individuos frente a los poderes dominantes (visibles e invisibles) en el mundo de la política y de las relaciones poder social en el mercado y en la empresa (los mercados competitivos presididos por los recursos de poder de los diversos actores generan distribuciones desiguales de poder social). De este modo, en su modo de pensar, la estatalidad fuerte impulsada por la “justicia social” vendría a trastocar el orden natural de las cosas (la naturaleza de las cosas) transmitiendo su artificiosidad a la vida económica y social.

Este enfoque, que se realiza ante todo en sus últimas obras (“*Derecho, Legislación y Libertad*” [1982], Madrid, Unión Editorial, 2006; y *La fatal arrogancia* [1988], Madrid, Unión Editorial, 1997), no supone desconocer la relevancia de la organización (*taxis*), la ley (*nomos*) y el mandato (*thesis*). E incluso considera necesario que el Estado intervenga para corregir o modular el rumbo del orden espontáneo cuando éste adquiera por sí mismo disfuncionalidades no superables a través de la interacción de las fuerzas económicas. En este caso la organización pública se constituye en apoyo instrumental del orden espontáneo. Pero más allá de ese papel instrumental del Estado, lo que la experiencia histórica muestra es que el mercado depende de la política (incluyendo, lógicamente, de la política del Derecho). La sociedad de mercado (muy lejos de una supuesta dinámica autosostenida) es una sociedad regulada y ha necesitado por su buen funcionamiento de la intervención estatal (Se trata, con intervención pública, de garantizar las libertades económicas de los empresarios, el derecho de propiedad, la libertad de contratación, la libertad de circulación de capitales, mercancías y personas; es decir, el “hábitat” necesario para la libertad económica en un capitalismo de mercado). De ahí la fuerte interconexión entre mercado y política del Derecho.

Desde otra óptica, esa interconexión funcional es constitutiva en la constitución socio-económica del Estado Social de Derecho, con el reconocimiento de las libertades de los empresarios y los derechos sociales de desmercantilización de los trabajadores, que exigen de suyo una “domesticación” del mercado, haciendo frente a los excesos de las fuerzas que dominan en ese espacio económico. El Estado Social democrático supera en este objetivo al Estado liberal de los orígenes, y refuerza la “politicidad” y en gran medida la “juridicidad” de las relaciones económicas y laborales enmarcándolas (“encuadrándolas”) en las estructuras político institucionales. La política del Derecho económico y sociolaboral configura un orden y garantiza la previsibilidad y el

desarrollo de los mercados, a través del establecimiento de las reglas que hacen posible su funcionamiento compatible con el sistema democrático.

Hayek cuestiona la racionalidad jurídica del Derecho Social del Trabajo basada en la “justicia social” y entiende que dificulta la eficiencia del mercado de trabajo al imponerle trabas excesivas para su buen funcionamiento en términos de equilibrio espontáneo¹⁶. El orden social espontáneo *nomos* (cuya expresión típica y genuina sería la propiedad privada y la economía de mercado como orden espontáneo de una sociedad libre o “catalaxia”, en cuando formado por la acción interdependiente y el ajuste mutuo de los hombres en interacción social) se opone al orden social organizado *thesis* (cuya expresión máxima, a su vez, sería la planificación como expresión de organización jerárquica estructurada mediante órdenes y normas encaminadas a alcanzar fines específicos).

Hayek se opone tanto a la igualdad económica (entiende que las desigualdades del mercado hacen imposible la igualdad de oportunidades) como a la “justicia social”, que considera contraria a la libertad económica y sus beneficios para el orden social espontáneo. Para él apelar a la “justicia social” es en cierto sentido una invitación a un orden político totalitario. En este sentido entiende que el “Estado-providencia” (Estado Social o Estado del Bienestar) encarna esa idea de “justicia social” perniciosa para la libertad¹⁷. El Estado no debe actuar como impulsor de “justicia social”, dirigida a garantizar repartos equitativos de riqueza para todos; ello iría en contra de la sociedad del libre mercado¹⁸. El intervencionismo público debe dirigirse a apoyar políticamente y garantizar jurídicamente la esfera propia del Derecho privado (*nomos*)¹⁹, limitando a lo estrictamente necesario la esfera del Derecho público (*thesis*) al servicio legítimo de orden espontáneo, de este modo sustentado en el poder público y su Derecho instrumental.

Más allá de ello Hayek no sólo parece ignorar las bases democráticas de la construcción del Estado Social de Derecho, sino también el hecho empíricamente demostrable del soporte político-institucional y jurídico que el mismo mercado necesita para funcionar con una mínima eficiencia (incluso en los términos requeridos por un

¹⁶ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998); *Ibid.*, *Camino de Servidumbre* [1944], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 2008); *Ibid.*, *Derecho, Legislación y Libertad* [1973], Madrid: Unión Editorial, 2006. Hay elementos de relativa discontinuidad de pensamiento en esta última obra.

¹⁷ Hayek dedica toda la “Parte Tercera” de su obra *Los fundamentos de la libertad* [1959], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998) a contraponer críticamente “La libertad y el Estado-providencia” (págs. 279-416); y en ese marco incluye las tendencias expansionistas de la Administración, la protección del trabajo, los sindicatos, la Seguridad Social, la redistribución de la riqueza, los bienes comunes, etcétera.

¹⁸ HAYEK, F.A. VON: *Los fundamentos de la libertad* [1960], Madrid, Unión Editorial, 1975 (última edición, 1998).

¹⁹ No es posible descender aquí al detalle en las diferencias específicas entre la idea del *nomos* en las concepciones de Hayek y Carl Schmitt. Para el pensamiento antiliberal de éste último, extensamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

modelo económico capitalista). No se olvide que el mercado no es un *locus naturalis*, sino un *locus artificialis* donde las decisiones política y jurídicas formalizan y conforman en orden de la economía de mercado (he incluso se suele hablar, de manera harto significativa, en términos constitucionales, de una “economía social de mercado”)²⁰. Hayek incurre en la utopía neoliberal de un “sociedad de mercado”, según la cual el mercado económico no es el espacio político y jurídico, sino la auténtica instancia reguladora de la sociedad en su conjunto. En el mercado no hay lugar –en su opinión– para la libertad “social”, sino para la esfera exclusivamente individual. La economía de mercado, no fue nunca una “economía natural” y tampoco el resultado supuestamente espontáneo de un proceso de evolución interna, pues su constitución (como su desarrollo o despliegue posterior) obedeció en gran medida a decisiones político-institucionales que favorecieron su implantación. Pero tras en este enfoque negador de la “justicia social” (nótese que Hayek hace referencia al “espejismo de la justicia social”, que según él contradice la idea liberal de justicia propia del Estado de Derecho)²¹ subyace un acotamiento restrictivo de la misma noción de “derechos”, que permite en el pensamiento neoliberal y supone expresamente una negación de verdaderos derechos a los derechos sociales constitucionales y la reducción del ámbito de la ciudadanía (crítica que es paralela a las afirmaciones sobre la supuesta “imposibilidad” de otorgar juridicidad al Estado social y, por consiguiente, a la misma “cláusula” constitucional del mismo tenor)²².

Ahora bien, el Hayek de la época madura no es un liberal clásico del siglo diecinueve, partidario de un *laissez-faire* (que históricamente no existió dado el papel constructivo del Estado en el establecimiento de las condiciones esenciales del orden del capitalismo), sino un neoliberal contemporáneo que admite la importancia y legitimidad de la intervención del Estado en apoyo de los derechos y libertades esenciales para el buen funcionamiento del mercado y la creación de sus condiciones específicas y dinámicas para su mantenimiento. Aunque pudiera parecer inicialmente una afirmación paradójica, el Hayek (sobre todo en su época madura) no rechaza en términos de principio un capitalismo regulado a través del intervencionismo público fuerte (no es

²⁰ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, estudio preliminar a la que en sí misma es una obra dedica a la juridificación del orden del capitalismo moderno, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2000, págs. XIII a CL, con análisis de la “ordenación jurídica de la economía” y “la juridificación del sistema económico” (págs. XVIII y sigs.); “Constitución Económico-jurídica y Estado Social de Derecho: El orden económico en el sistema democrático-social” (págs. LXXXIII y sigs.); e “Instituciones jurídica de la economía en el capitalismo organizado” (págs. XCII y sigs.).

²¹ Sin embargo, el “liberalismo social” contemporáneo ha afirmado precisamente lo contrario. En este sentido, HOBHOUSE, L. T.: *Liberalismo* [1911], edición y estudio preliminar, por J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los fundamentos del “Liberalismo Social” y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 136 (2007), págs. 711-761.

²² En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 194 a 220.

ingenuo, pues la sociedad contemporánea es una sociedad compleja y altamente juridificada), pero siempre que esté verdaderamente al servicio de un orden del mercado basado en la defensa de la propiedad privada y de la libertad de contratación, en la libertad de iniciativa económica y la libre competencia. Para Hayek el Estado –y en general los poderes públicos- debe garantizar política y jurídicamente el orden del mercado y el conjunto de libertades económicas individuales necesarias para su óptimo funcionamiento, incluso, si fuera preciso, calculando y liberando de ciertos riesgos a las empresas. Este sería el sentido de una “gubernamentalidad” o gobernanza neoliberal del capitalismo avanzado; una “gubernamentalidad” calificable de “realista”, por así decir, porque comprende la necesidad de dicha intervención pública tanto en el plano político como en el estrictamente jurídico. Prueba de ello han sido –y continúan siéndolo- los planes/programas de intervención en las llamadas “reformas” económicas y de la regulación de los mercados de trabajo (forma elíptica de hacer referencia a la “liberalización” del Derecho del Trabajo Clásico), ante lo que se entiende como fracaso del Estado Social y de sus formas jurídicas y de intervención en el sistema económico. [Lo cual se corresponde también con las técnicas legislativas de flexibilidad controlada propias de las formas de gobernanza actuales].

Bajo el neoliberalismo actual el Estado regula al mercado y crea espacios para actuación de los actores económicos y la “financiarización” de la economía, en un contexto donde se ha cuestionado la supuesta constante del Estado de interés general (es decir, al servicio del bien común) y con ello, afectando negativamente al proceso de legitimación del Estado democrático. En lo más próximo a lo que interesa a esta investigación establece una redefinición del estatuto del trabajo y del mercado de trabajo en una orientación más flexibilizadora, con la retracción de garantías sociales, la precariedad laboral y la inseguridad estructural para la inmensa mayoría de los trabajadores. La esfera del mercado de trabajo –a fuerza de remercantilizar los derechos sociales que introdujeron limitaciones de orden público en su dinámica de funcionamiento- tiende a ser privada de toda dimensión social y sólo es configurado como un espacio de libertad estrictamente individual de los sujetos económicos bajo la presión de la competencia. No hay lugar ni para la libertad social ni para la igualdad social en un espacio de mercado liberado de garantías jurídico-sociales en los intercambios. El capitalismo se organiza política y jurídicamente de una manera distinta a la política y al Derecho del Estado Social. Pero el orden actual genera una nueva cultura del capitalismo que acrecienta el individualismo posesivo e insolidario frente a las formas comunicativas de cooperación social y de acción colectiva/sindical y la desconfianza frente a las decisiones política de gobierno.

Hayek parte de Kant señalado que “lo que depende de las circunstancias materiales no puede someterse a reglas generales”. Hayek entiende que las reglas o normas de organización (más propias del Estado Social) entran inevitablemente en contradicción con las reglas o normas de órdenes espontáneos. El Derecho social se construiría sobre el arquetipo de las normas de organización concretas que conducen al

arbitrio jurídico, con lo que subyace una refutación de la noción de justicia social y una negación de “lo social” (y tras ello de la juridicidad del Estado Social de Derecho) por lo que tendría de invasión en los derechos individuales y de condicionamiento externo del mismo orden espontáneo del mercado. Negar lo social es negar también el hecho sindical y el sistema dualista propio de las fuentes del Derecho del Trabajo, en la dialéctica heteronomía pública y autonomía privada colectiva²³. El trabajo no es una mercancía (Declaración de la OIT de Filadelfia de 1944; Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008), pero negar la legitimidad de la justicia social supone en sí fundamento para que en la práctica pueda continuar siendo tratado como tal (una “mercancía *sui generis*” o peculiar y factor o fuerza productiva que se “adquiere” en el mercado de trabajo y que como tal fuerza de trabajo se “usa” en las organizaciones productivas).

Prolongando las teorías de Hayek se ha considerado al mercado como un orden espontáneo que conduce a la justicia del mercado obtenida a partir de su idoneidad para la asignación de factores productivos y la distribución eficiente de los bienes y de la riqueza²⁴. Pero en realidad la economía de mercado presupone un elevado nivel de juridicidad, de normas jurídicas y políticas intervencionistas que se camuflan bajo la afirmación de la libre iniciativa económica y la libre competencia. El único impulso del orden económico actual no es, evidentemente, la universalidad de un *homo oeconomicus* movido por el cálculo de la utilidad individual.

Pero –se insiste– el pensamiento neoliberal tiende a desconocer el carácter político-jurídico del mercado (es decir, “construido”), esto es, que frente al criticable naturalismo económico, la economía de mercado es un *locus artificialis*, y no un *locus naturalis*; esa artificialidad deriva de una técnica del Derecho, la cual, en dependencia de decisiones político jurídicas, confiere *forma* a la economía. De ahí la existencia jurídica del estatuto normativo del mercado (de cualquier mercado)²⁵. En el fondo, la ciencia social que se denomina “economía” se sustenta en una abstracción inicial que consiste en disociar una categoría particular de prácticas, o una dimensión particular de cualquier práctica, del orden social en el que toda práctica humana está inmersa²⁶.

²³ Una parte de la crítica de la crítica a la justicia social y la normatividad específica del ordenamiento laboral, también en SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. J.L. Gil y Gil, Madrid, MTAS, 1996, págs. 233 y sigs.

²⁴ FRIEDMAN, M. y R.: *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1980.

²⁵ IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2ª ed., 2004, Prefacio, págs. V y sigs., y págs. 31 y sigs., 97 y sigs., 135 y sigs., y atendiendo a los nuevos espacios, *Ibid.*, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006, espec., págs. 45 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 359 y sigs. (“El orden internacional y la soberanía en la era de la globalización”); *Ibid.*, *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría Política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 9 y sigs., 460 y sigs. (“El nuevo sistema mundial en una “situación de excepción”: Globalización neoliberal y crisis económica”), 508 y sigs. (“El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”).

²⁶ BOURDIEU, P.: *Las estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2003, pág. 13.

Incluso en el ámbito que le corresponde al Derecho Social del Trabajo se ha tratado de juridificar conforme al constitucionalismo democrático-social las relaciones sociales de producción cuyo objeto es el trabajo, corrigiendo las enormes asimetrías de poder entre trabajadores y empresarios a través de un constitucionalismo de los derechos fundamentales que pivota sobre la idea de “justicia social”.

En la era contemporánea se ha reforzado esa idea de establecer un conjunto jurídico desterritorializado de principios y reglas, expresados frecuentemente en fórmula tales como “principios generales comunes”, “principios del Derecho internacional”, “usos mercantiles internacionales, etcétera. Se pretende –más o menos de forma explícita- impedir la sumisión a las leyes nacionales y evitar el conflicto tradicional de leyes, de manera que los contratos transnacionales se configuran así mismo como autorregulados en cuanto sometidos fundamentalmente a sus propias reglas establecidas por sus fuentes de producción específicas. La nueva *lex mercatoria* se ha reforzado como una suerte de arquitectura jurídica de los procesos de autorregulación de las fuerzas económicas en una economía global. Más allá de una aproximación propia del razonamiento jurídico formalista existe también una interconexión entre la *lex mercatoria* y las legislaciones nacionales e internacionales que a veces impulsan o restringen los contratos o acuerdos transnacionales pactados en régimen de autorregulación. Importa destacar que la *lex mercatoria* no es un derecho débil desde el punto de vista de observación de su fuerza jurídica y capacidad de imponerse, pues es una forma de Derecho de base contractual fuerte que formaliza la gobernanza de las actividades y del Derecho de los negocios de las grandes empresas transnacionales²⁷. La *lex mercatoria* refleja la permeabilidad de las nuevas formas de Derecho flexible a las exigencias de ordenación de la economía y de las relaciones laborales autorreguladas por los agentes económicos que dominan el mercado mundial bajo la tolerancia (aunque, a menudo, la impotencia) de las legislaciones nacionales. La *lex mercatoria* actualmente aparece como una forma de derecho (los contratos estándar y figuras afines) creado por actores empresariales sin la directa intervención de los poderes legislativos de los Estados nacionales; es decir, por fuerzas sociales difusas, pero que se hacen visibles cuando adquieren expresión jurídico-formal.

La globalización neoliberal no ha perdido su identidad y su pretensión autorreguladora respecto del Derecho Internacional y de la legislación territorializada de los Estados. La autorregulación expresa un pluralismo jurídico en virtud del cual existe una permanente tensión entre las fuentes extralegislativas (*lex mercatoria*, principalmente) y las fuentes clásicas del Derecho Internacional contemporáneo y las

²⁷La gobernanza está estrechamente vinculada al Derecho flexible a través del cual los poderes públicos actúan con los actores e intentan alcanzar decisiones de gobierno participadas y consensuadas. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, pág. 420.

propias de los Derechos estatales²⁸. En el actual proceso de mundialización se está ante un nuevo pluralismo jurídico y un policentrismo jurídico. La *lex mercatoria* es un derecho de grupos empresariales creado para regular sus actividades sin interferencias de los Estados nacionales. Es a través de la *lex mercatoria* y la red de acuerdos formales e informales entre empresas y entre sectores económicos y entidades financieras donde se expresa la centralidad del *derecho de la producción*²⁹ en la época de la economía global. Este derecho de la producción impulsa los valores e imperativos del sistema económico sobre los sistemas socio-políticos y culturales.

Los límites de los gobiernos nacionales sobre el control de la economía de escala mundial han incidido en una erosión de la capacidad regulatoria del Derecho del Trabajo y también en un vaciamiento del proceso de democrático de toma de decisiones. Pero sin olvidar el papel activo de los propios Estados (especialmente las grandes potencias mundiales) que han asumido los rasgos propios del paradigma de Estado neoliberal o Estado de mercado, y que actúan en apoyo de las fuerzas operantes en los mercados. Es así que los derechos sociales ha sido objeto de flexibilización (liberalización de las relaciones laborales) o de desconstitucionalización expresa o tácita. Es palpable el progresivo vaciamiento de las instituciones y las formas jurídicas garantistas (legales y convencionales) construidas bajo la égida del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Pero la “des-sustancialización” de la democracia supone también una “des-democratización”, un vaciamiento de la democracia misma, pues en la civilización contemporánea la democracia no se percibe formalmente (ni se configura constitucionalmente) sólo como un procedimiento de elección de las élites, sino también como una democracia social que garantiza los derechos sociales fundamentales.

Pero también la fragmentación de regulaciones laborales que se genera en el sistema mundial (fragmentación jurídica) conduce a frecuentes colisiones jurídicas entre los distintos órdenes normativos que coexisten (y que no suelen confluir en sus diversas racionalidades). La complejidad jurídica deriva de los conflictos existentes en un pluralismo de las fuentes de regulación jurídica operando una crisis en la ordenación jerárquica de las fuentes normativas con frecuente colisiones jurídicas: las fuentes del derecho estatal o internacional (con sus procesos de producción y sanción jurídica) y las fuentes autónomas privadas, que crean su propio derecho sustantivo en materia

²⁸ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 359 y sigs. (“El orden internacional y la soberanía en la era de la globalización”). De este modo al pluralismo jurídico clásico se añade un nuevo pluralismo contemporáneo. Puede consultarse, en una perspectiva general, ENGLE MERRY, S., GRIFFITHS, J. y TAMANAHA, B.Z.: *Pluralismo jurídico*, Estudio preliminar por L. Ariza Higuera y D. Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

²⁹ Daniel Bell hace referencia al principio axial de la eficiencia económica como factor determinante de la ordenación del sistema económico. Véase BELL, D.: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid, Alianza Editorial, 2006; *Ibid.*, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

mercantil y laboral (Ese Derecho autónomo extralegislativo y no estatal se expresa de modo predominante –no exclusivo- en la *lex mercatoria* y en la amplia malla de acuerdos formales e informales entre los sujetos y entidades privadas; y tiene sus propios procedimientos de producción, autojuridificación y sanción jurídica).

El poder de los mercados se expresa en la *lex mercatoria* como un orden jurídico autónomo que garantiza cierta impunidad respecto a la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular en relación a los derechos sociales. Es una “normatividad fuerte” en su condición de fuente extralegislativa de los poderes económicos; no se muestra como un “derecho blando” desde el punto de vista de su efectividad. Esta fuente de autorregulación jurídica reflejaría el primado del Derecho privado sobre el orden constitucional que preside en los Estados constitucionales.

Con todo, en la lógica del nuevo pluralismo jurídico global se ha pasado de la monocentralidad (propia de la afirmación del positivismo legalista de que el Derecho encuentra su fuente legítima en la soberanía estatal en su proyección interna e internacional) a la policentralidad (que desafía el orden jurídico piramidal legado por el positivismo estatalista precedente)³⁰. También aplicable a la esfera jurídico-laboral. El hecho es que se produce una privatización de la producción de normas a escala internacional, y que los nuevos instrumentos de producción normativa en los distintos ámbitos jurídicos se someten al desarrollo de mecanismos de gobernanza privados que afecta a la exclusividad de la autoridad del Estado y del Derecho internacional clásico³¹.

2. Las respuestas jurídico-políticas de los diversos actores políticos y socio-económicos que tratan de contrarrestar los “poderes del mercado global”

Ahora bien, esto no significa que no se hayan producido respuestas jurídico-políticas de los diversos actores políticos y socio-económicos que tratan de contrarrestar esos “poderes salvajes” del “mercado total”³². No sólo es el caso de la acción de la OIT relativas al “trabajo decente” o digno de la persona que trabaja, sino también de los mecanismos de autorregulación unilateral (Responsabilidad Social de la Empresa, de carácter voluntario y de débil eficacia jurídica, dando lugar a fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en las empresas transnacionales, como es el caso

³⁰ En este sentido, ARNAUD, A-J.: *Entre modernité et mondialisation*, París, LGDJ, 1998; Igualmente, SANTOS, B de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido en el derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, págs. 254 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch*, estudio preliminar a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 13 a 146.

³¹ SASSEN, S.: “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en VV.AA.: *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, págs. 103 y sigs.

³² FERRAJOLI, L.: *Los poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 21 y sigs.; SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona, Ed. Península, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría Política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 508 y sigs. (“El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”).

de los códigos de conducta y buenas prácticas)³³ y de la autorregulación colectiva (Acuerdos Marco Internacionales).

2º). La respuesta normativa pública remite ante todo al sistema internacional de normas sociolaborales integradas por el derecho internacional de los derechos humanos y las normas de la OIT. Hay que tener en cuenta que el modelo de globalización neoliberal ha debilitado la aplicación de los instrumentos internacionales de la OIT, pues esta organización y Derecho Internacional uniforme se basa en el tripartismo de base representativa ubicada en los Estados nacionales miembros (con representación de los gobiernos y organizaciones sindicales y empresariales más representativas en cada Estado) y la ratificación de sus típicos instrumentos normativos (los convenios de la OIT). Las fuerzas dominantes en el mercado mundial tienden a imponer sus regulaciones con independencia de los Estados nacionales, pero también al margen de las normas laborales internacionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su poder se autonomiza tanto del orden jurídico internacional como los ordenamientos jurídicos nacionales, de manera que pueden eludir la observancia de las obligaciones jurídicas derivadas de ambos órdenes. Esto ha sido posible no sólo por la fuerza detentada por estos poderes del mercado, sino también por la debilidad del Derecho Internacional respecto a la imposición de obligaciones jurídicas (y en particular, jurídico-laborales, por lo que aquí más interesa), pues se hace visible cómo los poderes económicos desterritorializados y ante todo las empresas transnacionales escapan a todo control y pueden definir con un amplísimo margen de libertad el Derecho comercial global y la regulaciones laborales flexibles por ellas establecidas, por más que en algunas ocasiones éstas aparezcan revestidas de consenso con otros actores sociales³⁴. Así el reclamo de los instrumentos de *Soft Law* –elaborado fuera de las fronteras nacionales- escapan del Derecho Internacional basado en instrumentos *Hard Law*, y paradójicamente los nuevos poderes de producción jurídica aducen como elemento legitimador de la nueva juridicidad la misma deficiencia o insuficiencia de los instrumentos tradicionales de regulación jurídica de las relaciones laborales emanados o pactos en el marco de las organizaciones internacionales nacionales.

La acción de la OIT a través de los Convenios y Recomendaciones y de la acciones de política del Derecho en favor del “Trabajo Decente” (Entre ellas la

³³ Véase BAYLOS GRAU, A. (Coord.): *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, 2003; SANGUINETI RAYMOND, W.: (Dir.): *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Madrid, Ed. Cinca, 2015.

³⁴ Puede consultarse, DAUGAREILH, I.: “Responsabilidad Social de las Empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 27, núm. 1 (2009), págs. 81 y sigs.; DE LA VILLA GIL, L.E.: “La Responsabilidad Social Corporativa, además de la ley. Pero no en sustitución de la ley y, menos todavía, en contra de la ley”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.): *Autonomía y heteronomía en la Responsabilidad Social de la empresa*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1303 y sigs.; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: “Los códigos de conducta. Una forma atípica de regular las relaciones laborales”, en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la responsabilidad Social Corporativa*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009, págs. 119 y sigs.

Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Ginebra, de 10 de junio de 2008, y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Ginebra, 2010)³⁵ refleja el giro “normativista” de la OIT respecto de una globalización de los derechos basada no sólo en instrumentos débiles, sino en normas internacionales jurídicamente vinculantes, y con ello en el estándar mundial definidor del “trabajo decente” construido en su seno y en otras instancias políticas del Derecho Internacional³⁶. Para ello se enfatiza la existencia de estándares mínimos de derechos garantizados a nivel universal. El “trabajo decente” presenta una dimensión transversal u horizontal que comporta un modo de trabajar con la plenitud de derechos individuales y colectivos de las personas que trabajan o han dejado de trabajar (de modo temporal o definitivo)³⁷. Pero comparte también una concepción integral del desarrollo humano y de las políticas económicas, sociolaborales y de empleo (v.gr., Convenio OIT, núm. 122, sobre la política de empleo)³⁸.

También en el seno de las Naciones Unidas se está planteando la necesidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El 26 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó mayoritariamente una resolución sobre la conveniencia de crear una normativa internacional jurídicamente vinculante para que las grandes empresas transnacionales respeten los derechos humanos³⁹. Se trata de superar la asimetría entre la fortaleza de la *lex mercatoria* y fragilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁰.

No es baladí hacer notar la relevancia de la aplicación horizontal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los denominados *Host States*. En este sentido,

³⁵ Sobre las normas transnacionales de la OIT en una perspectiva de conjunto, OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho transnacional del trabajo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 123 y sigs.

³⁶ OIT: *El trabajo decente para un desarrollo sostenible*, Ginebra, OIT, 2007; OIT: *Una Alianza para el Trabajo Decente*, Ginebra, OIT, 2009; OIT: *Declaración de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, OIT, 2010.

³⁷ ERMIDA, O.: *La Dimensión Social del MERCOSUR*, Montevideo, Fundación Cultural Universitaria, 2004; PECCOUD, D.: *El trabajo decente puntos de vista filosóficos y espirituales*, Ginebra, OIT/Consejo Mundial de Iglesias, 2006.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho al desarrollo”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951 y sigs.

³⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/HRC/RES/26/9 “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”: adoptada con votación en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014, Ginebra, 26 de junio de 2014.

⁴⁰ Véase HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *Contra la lex mercatoria*, cit., págs. 115 y sigs.; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Hegoa y OMAL, 2009; TEITELBAUM, A.: *La armadura del capitalismo*, Barcelona, Icaria Editorial, 2010; GEORGE, S.: *Los usurpadores. Cómo las empresas transnacionales toman el poder*, Barcelona, Icaria Editorial, 2015.

los Estados nacionales además de ejercer un control sobre las empresas transnacionales a través de la aplicación de sus Derechos nacionales, asumen la obligación jurídica de garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional del Trabajo en el ámbito de la esfera privada. Es de señalar que los Convenios de la OIT (normas paccionadas) ratificados y los diversos instrumentos jurídicos internacionales adoptados, se incorporan a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, de manera que han de asegurar su cumplimiento en general y en particular por las empresas transnacionales que operan en su espacio geopolítico territorial. Se trata de obligaciones jurídicas que imponen los Estados a las empresas transnacionales en cumplimiento del Derecho internacional⁴¹.

La globalización neoliberal en sí misma es incompatible con la tutela efectiva de los derechos humanos y en particular, por lo que aquí interesa, con la garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales.

De entre las distintas respuestas democrático-sociales que tratan de contrarrestar las consecuencias perversas o negativas en el ámbito de la política del Derecho Social cabe destacar la iniciativa emprendida por la OIT sobre el “Trabajo Decente” y vinculada al derecho al desarrollo humano. Esto ha conducido a establecer ciertas “Declaraciones” que desde el punto de vista jurídico-político son manifestación todavía de “derecho blanco”. Es el caso de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (adoptada en 1977, pero modificada en noviembre de 2000, insertando la Declaración relativa a los Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo) y de la Declaración de Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo de 1998. (En esta dirección de control de las empresas transnacionales se encuentran las directrices de la OCDE y se sitúa el Pacto Mundial de la ONU, que son también manifestaciones de “derecho blando”).

La acción político jurídica de la OIT respecto al “trabajo decente” y al control de cumplimiento de las empresas transnacionales se ha instrumentado, así, a través de instrumentos débiles que pretenden persuadir y animar al cumplimiento de ciertos fines y objetivos diseñados más que a través de la técnica normativa fuerte a nivel universal para alcanzar los resultados en la lógica del garantismo jurídico propio del Derecho Internacional del Trabajo clásico. Estas normas jurídicas universalistas se muestran más eficaces de los códigos *ad hoc* de la OIT, OCDE y ONU, que, pese a su relevancia práctica, no pueden contrarrestar la fuerza de los instrumentos autorreguladores del Derecho Comercial Global (básicamente, la *lex mercatoria*). Los códigos *ad hoc*, a parte de su eficacia débil que contemplan y desarrollan métodos persuasivos de control, son instrumentos jurídicos que requieren de la necesaria colaboración de los Estados.

⁴¹ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Edita Hegoa/Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional/Universidad del País Vasco, 2009, págs. 319 y sigs.; GÓMEZ ISA, F.: “Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”, en *Lan Harremanak. Relaciones Laborales*, Hegoa/Universidad del País Vasco, 2006, pág. 62.

Por ello su eficacia ha sido relativa y moderada en sus resultados. En este sentido, las normas internacionales, los códigos externos e internos, los Estados, la extraterritorialidad universal y los sistemas universales y regionales son ciertamente necesarios para contrarrestar el poder autorregulador de las grandes fuerzas económicas que operan en el mercado mundial, pero ha de superarse las prácticas meramente persuasivas estableciendo verdaderas técnicas normativas eficaces y sancionadores de incumplimientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La OIT –como la ONU- debe retomar la intervención normativa la regulación de las cuestiones sociolaborales, pasando de las Declaraciones –promocionales, sin fuerza normativa y con controles débiles y difusos- a las garantías jurídicas de los derechos sociales. Es verdad que esto no es fácil ante la crisis del tripartismo presente en el diseño y estructuras institucionales de la OIT y la oposición de las representaciones empresariales y las reticencias de algunas representaciones gubernamentales. La experiencia muestra que se ha reducido la adopción de instrumentos normativos fuertes y una ralentización de la revisión de los mismos, donde la falta de consenso se traduce en una situación de semi-bloque normativo de propuestas de materialización normativa del trabajo decente que finalmente se reconduce hacia instrumentos no vinculantes. En un contexto tan complejo como el actual es insuficiente una intervención jurídico-política realizada principalmente a través de instrumentos no vinculantes (o de vinculatoriedad débil) propios del “derecho blando”. También aquí los derechos sociales garantizados constituye la “ley del más débil”⁴² en cuanto derechos de desmercantilización⁴³, ya que los instrumentos blandos, dada su misma fragilidad, no permite hacer frente al reforzamiento de los poderes económicos que dominan los mercados insuficientemente regulados en la esfera iuslaboral (como también en la económica). Los instrumentos de “derecho blando” pueden ser un “disolvente” del Derecho del Trabajo garantista, de manera que el porvenir del Derecho Social del Trabajo no puede basarse en los instrumentos no vinculantes o de vinculatoriedad debilitada.

La “justicia social” –de índole material o sustancial- enlaza con la función desmercantilizadora del Derecho Social del Trabajo a través de las normas sociales, por contraposición a la “justicia del mercado” que sólo alcanza a una justicia communitativa de asignación de recursos en función de las relaciones de poder en el mercado (o espacio mercantil). La defensa de la “justicia social” forma parte del conjunto de dispositivos para evitar la anexión de la democracia por el mercado, o más exactamente, por las fuerzas dominantes en el espacio de mercado; y lo hace con la finalidad de proteger a las personas, domesticando los mercados para que se adapten y sean

⁴² FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995); *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y 45 y sigs.

compatibles con el desarrollo de las personas y el desarrollo humano. El Derecho del Estado Social impide la absolutividad de la “justicia del mercado” y del individualista *Homo oeconomicus*⁴⁴ universal sobre la “justicia social” y defiende el “trabajo decente” poniendo un coto vedado a los procesos de re-mercantilización del Estado del Bienestar y del conjunto de los derechos sociales fundamentales. Es decir, frente a la instauración de una suerte de “Estado de mercado”, y con referencia a la Unión Europea, desde un enfoque neoliberal, implantando un “Estado de mercado único”.

Pero ese camino hacia la normatividad fuerte se ha de recorrer si se quiere responder al reto de someter al Derecho democrático los poderes que dominan el mercado mundial y su pretensión de mercantilización de todas las cosas y de los mismos seres humanos y de escapar a todo tipo de control fuerte por los sistemas institucionales de control democrático del gobierno mundial. Es preciso elaborar normas internacionales de trabajo; la relativa inefectividad de los instrumentos débiles muestra los límites intrínsecos de una política del Derecho Social preordenada a establecer una generalización de un modelo de regulación que pivote principalmente sobre el *Soft Law* en las acciones de la OIT. Se necesita un sistema normativo de Derecho Internacional para neutralizar el poder que a los agentes económicos confiere el Derecho Comercial Global; mientras esto no ocurra se continuará perpetuando la posición jurídica dominante actual de poderes económicos amparados en normas de autorregulación y en la debilidad de los instrumentos de garantía y de control débil que puede aportar el “derecho blando”. Un “derecho blando” (RPS y Códigos de Conducta) que es ineficiente y que incluso puede ser un mecanismo elusivo del establecimiento de normas reguladoras y de control capaces de neutralizar el poder que confiere el Derecho Comercial Global/Nueva *Lex Mercatoria*⁴⁵. Es en esta perspectiva donde cabe

⁴⁴Respecto a la ideología económica del *Homo oeconomicus*, puede consultarse, DUMONT, L: *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Ed. Taurus, 1999.

⁴⁵ Véase, al respecto, el análisis de HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las Empresas Transnacionales frente a los derechos humanos*, cit., págs. 353 y sigs., y 659 y sigs., que constata el bajo nivel de ratificaciones de los Convenios de la OIT, favoreciendo, además, que las representaciones gubernamentales y sobre todo empresariales se adapten a los enfoques de regulación neoliberal flexible o de “derecho blando”. También constata que una de las características más destacables de los sistemas jurídicos internacionales en la actual globalización neoliberal reside en la debilidad, cuando no ausencia, de normas universales como garantía de los valores y derechos de la comunidad internacional. Frente a la debilidad de los Estados nacionales para controlar a las empresas transnacionales, los sistemas universales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus jurisdicciones competentes son incapaces de neutralizar la nueva *Lex Mercatoria*. Su debilidad se expresa por el cuestionamiento del carácter vinculante de algunos de los instrumentos que constituyen el *ius cogens* (Declaraciones, Pactos Internacionales...), por la necesidad de ratificación por los Estados y por la debilidad de las jurisdicciones internacionales para dotar de efectividad el contenido de los mismos (pág. 668). Igualmente, BONET PÉREZ, J.: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Ed. Atelier, 2007, págs. 156 y sigs. TEITELBAUM, A.: “Naciones Unidas y Sociedades Transnacionales: una asociación deletérea”, en *Transnational Institute*, 6 de junio de 2007; BAYLOS GRAU, A.: “Códigos de Conducta y buenas prácticas de las empresas en material laboral. El problema de su exigibilidad jurídica”, en *Aspectos Económicos de la Jurisdicción Social*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 253 y sigs.; *Ibid.*, “Códigos de Conducta y Acuerdos-Marco de Empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, en *Lan Harremank. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 12 (2005).

reivindicar la función civilizatoria democrático-social de las normas internacionales del trabajo⁴⁶.

Sería necesario ir más allá del campo de las Declaraciones y en general de los instrumentos de “derecho blando” y pasar al plano de la normatividad internacional de las garantías de los derechos sociales imponiéndolos a todos los agentes económicos que operan en el mercado mundial a través de eficientes mecanismos de control de su cumplimiento. Se trata de superar la lógica del “derecho blando” o *Soft Law*, para alcanzar una globalización de los derechos alternativa a la globalización de los poderes económicos que dominan en la actual globalización neoliberal. La eficacia de la tutela de los derechos fundamentales exige la implantación de normas sociales vinculantes para sus destinatarios (*ius cogen* u orden público de Derecho Internacional con sistemas de protección multinivel), como único instrumento para garantizar una mínima simetría y equilibrio de poder entre empresarios y trabajadores y sus organizaciones empresariales y sindicales. Será necesario, pues, invertir la tendencia en el orden internacional actual transitando desde la generalización del “derecho blando” en detrimento del “Derecho fuerte” hacia el Derecho Internacional del Trabajo clásico o garantista (tanto normas públicas como normas convencionales jurídicamente vinculantes y exigibles ante instancias de control jurisdiccional o cuasijurisdiccional). Para ello será preciso reclamar tanto la “ciudadanía de los derechos” como la “ciudadanía de los poderes” colectivos/sindicales en la remoción de las condiciones que impidan la expansión del constitucionalismo democrático-social y el estándar de derechos fundamentales.

Pero, con todo, sin desconocer otras formas de regulación jurídica nacidas en el ámbito de la sociedad civil internacional; una regulación jurídica realmente participativa en condiciones más simétricas de poder que actúe como elemento contrahegemónico respecto a la hegemonía de los grandes grupos de poder internacional. En esta lógica se inserta la formulación de un nuevo tipo de globalización que contrapondría la “globalización desde abajo” a la “globalización desde arriba” en la construcción de un pluralismo jurídico cosmopolita⁴⁷. En lo que se refiere a las empresas transnacionales ello supondría el establecimiento de nuevas bases de juridificación y la transición de la simple RPS a un diverso modelo de empresa participada y social y jurídicamente responsable y plenamente respetuosa con el estándar universal de los derechos humanos⁴⁸.

⁴⁶ Véase en general, SEGENBERGER, W.: *Globalización y Progreso social. La función y el impacto de las Normas Internacionales del Trabajo*, Caracas, Friedrich Ebert Stiftung y Nueva Sociedad, 2004; SERVAIS, J.M.: *Normes Internationales du Travail*, París, LGDJ, 2004; *Ibid.*, “Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, en SERVAIS, J-M., BOLLÉ, P., LANSKY, M. y SMITH, C.L. (Dir.): *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, MTAS/Colección Informes OIT, 2007, págs. 817 y sigs.

⁴⁷ DE SOUSA SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Eds.): *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2007.

⁴⁸ Véanse las aportaciones recogidas en MORENO, J.A. (Coord.): *RSC: para superar la retórica*, en *Dossieres EsF*, núm. 14 (2014), págs. 1-47. <http://www.ecosfron.org/publicaciones>; HERNÁNDEZ

3º). Respecto a la respuesta unilateral voluntaria de la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) cabría interrogarse sobre dónde ha quedado en este largo periodo de crisis, reestructuraciones, deslocalizaciones, etcétera. Y asimismo es necesario atender a la negociación colectiva internacional a través de los “Acuerdos Marco Internacionales” suscritos entre organizaciones profesionales representativas de los trabajadores y de los empresarios, destacando su papel relevante en el contexto de la mundialización.

La responsabilidad social de la empresa se insertaría en la lógica del derecho flexible (*Soft Law*), frente al tradicional “derecho duro” o “fuerte” (*Hard Law*)⁴⁹. El derecho flexible es un derecho típicamente posmoderno, que ha sido importante en la construcción jurídica de la sociedad global y en la transformación del pluralismo jurídico a nivel mundial⁵⁰. Su creación no obedece tan sólo a la complejidad de los procesos sociales de las sociedades postmodernas del riesgo, sino que va más allá de los factores funcionales al ponerse al servicio de cambiantes opciones de política del Derecho flexible para la gobernanza de los poderes públicos y/o de los poderes de creación privada de Derecho, y dando lugar a un nuevo tipo de pluralismo jurídico. De elaboración más flexible y de eficacia jurídica más débil, que no necesariamente exige el elemento de la coacción y en no pocos casos resulta suficiente el reclamo de su carácter persuasivo (se trata de instrumentos regulativos “blandos” como códigos de conducta, “guías”, directrices, recomendaciones, estándares comunes, circulares, etcétera). Su cumplimiento es igualmente de carácter flexible dejando un amplio espacio de decisión discrecional para los sujetos destinatarios. Esta forma de derecho remite a un modelo no jerárquico, sino más horizontal, de interacción entre diversas redes de centros de poder jurídico-económico. No son auténticas normas jurídicas, pero tienen efectos jurídicos relevantes.

Resulta harto significativo que se disponga un sistema jurídico internacional bastante elaborado (en la lógica propia del *Hard Law*), pero que sus importantes carencias y sus problemas de efectividad y de orden sancionador haya sido una “*vía de escape*” fácil para la expansión de un modelo de juridificación a través de distintas formas de *Soft Law*, con una fuerza y vinculatoriedad jurídica más debilitada o suave.

ZUBIZARRETA, J.: “¿*Lex Mercatoria* o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales”, en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P. (Dirs.): *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009.

⁴⁹ LAPORTA, F.J.: “Gobernanza y *soft law*; nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en RUIZ MIGUEL, A. (ed.): *Entre Estado y cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

⁵⁰ Véase TEUBNER, G.: *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, trad. C. Gómez-Jara Díez, Lima (Perú), ARA Editores, 2005, págs. 71 y sigs., y 115 y sigs.; *Ibid.*, *Le droit, un système autopoiétique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, págs. 101 y sigs.; ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011; SENDEN, L.: *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

La RSE –que tiene una multiplicidad de expresiones- puede plasmarse en instrumentos encuadrables en la esa categoría heterogénea que se denomina *Soft Law*, reflejo de la decisión regulativa de los actores implicados de dotarse de instrumentos de autorregulación adaptadas a la articulación de los grupos de intereses privados. Esta articulación de intereses esta mediatizada por las posiciones de poder detentadas por las partes y la correlación de fuerzas existente en el proceso de regulación. Esto determina que si esa posición es asimétrica o desigual (en lo que se refiere a factores base de poder) las reglas establecidas serán adhesivas y ocultarán la imposición unilateral de las condiciones por parte del actor o grupo más fuerte.

La eficacia de estos instrumentos ha sido relativa –y en gran medida modesta en sus resultados prácticos desde la lógica del garantismo jurídico laboral-. Pero suponen un esfuerzo de adaptación del Derecho del Trabajo en el proceso actual de globalización, tratando de controlar sus consecuencias sociales (*dumping social*, deslocalización⁵¹, operaciones de reestructuración (in)socialmente responsables⁵², explotación en el tercer mundo, la presión competitiva a la reducción de garantías de derechos sociales en los países desarrollados, etcétera). Incluso se ha podido hablar de una nueva etapa en el gobierno de la globalización⁵³, vinculada y respetuosa con la garantía jurídica internacional multinivel de los derechos fundamentales, reclamando la preferente solución normativa (tanto estatal como la normación paccionada de los Acuerdos y Convenios Internacionales sobre relaciones laborales)⁵⁴ sin perjuicio del reclamo complementario y no sustitutivo de la llamada responsabilidad social de la de las empresas⁵⁵. Se pretende evitar, así, una escalada creciente en el proceso de

⁵¹ SASTRE IBARRECHE, R.: “Responsabilidad social y deslocalizaciones productivas”, y SANGUINETI RAYMOND, W.: “Transnacionalización del empleo, nuevas tecnologías y *dumping social*: Un inventario de posibles respuestas”, en VELARDE ARAMAYO, M^a.S. (Coord.): *Derecho económico e internacionalización empresarial*, Salamanca, Ed. Ratio Legis Librería Jurídica, 2006, págs. 155 y sigs., y 243 y sigs., respectivamente.

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006, págs. 3 y sigs., y 251 y sigs.

⁵³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la Responsabilidad Social empresarial*, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 32 y sigs.

⁵⁴ Véanse las aportaciones recogidas en la trilogía VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012; VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014; VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017. En una perspectiva de conjunto, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; ALFONSO MELLADO, C., JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la Crisis económica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014; SALCEDO BELTRÁN, C.: *Negociación colectiva, conflicto y Carta Social Europea*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014.

⁵⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la Responsabilidad Social empresarial*, cit., págs. 91 y sigs.;

“privatización” de la normativa internacional de los derechos humanos previa su deliberada “devaluación” en el sistema internacional de fuentes del Derecho internacional.

En el campo de las regulaciones laborales las empresas transnacionales se permiten elegir libremente entre las normativas legales y convencionales nacionales en función de sus niveles de protección sociolaboral, optando por la legislación que le es menos favorable en términos de reducción de costes y de reducción del poder sindical; se favorece una eliminación paulatina de los sistemas normativos considerados menos aptos para satisfacer las expectativas de reducción de costes o de carácter financiero de las grandes empresas o inversores⁵⁶. Determinando no sólo un darwinismo social sino también un darwinismo jurídico-normativo. Se realiza expresivamente una especie de “hacer *shopping*” entre los órdenes normativos laborales vigentes en los Estados nacionales⁵⁷. Dualidad de fenómenos darwinistas que eran conocidos –y viejos compañeros de viaje en la crítica al Derecho del Trabajo de los orígenes-. (Sería suficiente reparar en el Preámbulo originaria de la Constitución de la OIT de 1919, sucesivamente modificada, el cual parte de la afirmación de “que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”; pero añade después: “Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”)⁵⁸. Se trata de una renovada manifestación del *dumping social y económico* en la era de la globalización neoliberal.

Se ha podido hablar de la necesidad de profundizar en el camino que va desde la condicionalidad social (a través de las llamadas cláusulas sociales, con la consiguiente condicionalidad o subordinación de la adopción de determinadas medidas comerciales a la garantía de los derechos sociolaborales) a los Acuerdos Marco Internacionales. Ambos procesos y una transición de política del Derecho Social a nivel internacional son impulsados por la OIT, a través de diversos instrumentos (La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en la 86ª Conferencia de 1998, revisada en 2010⁵⁹). En una dirección de globalización *social* y por tanto

VV.AA.: *La responsabilidad social de las empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011; LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.): *Autonomía y heteronomía en la Responsabilidad Social de la Empresa*, Granada, Ed. Comares, 2012; SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, Granada, Ed. Comares, 2016; GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A.: *La negociación colectiva europea de sector*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

⁵⁶ SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia*, cit., págs. 66 y sigs.

⁵⁷ PERONE, G.: “Globalizzazione e Diritto del Lavoro: sfide e possibili risposte”, en *Il Diritto del Lavoro*, núm. 5 (2001), pág. 340.

⁵⁸ Para el darwinismo social –o, más exactamente, spencerismo social-, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ideología del ‘darwinismo social’: La política social de Herbert Spencer (I y II), en *Documentación Laboral*, núm. 87 (2009) y 90 (2010).

⁵⁹ OIT: *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, OIT, 2010; OIT: *Trabajo decente y Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*,

promoviendo la instauración de una globalización alternativa a la neoliberal, promoviendo el “trabajo decente”, un trabajo protegido o “con derechos” (*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008)⁶⁰.

En todo caso, la debilidad de la RSE desde la lógica del garantismo de los derechos sociolaborales ha quedado en evidencia, por la voluntariedad de su establecimiento, su naturaleza jurídicamente no vinculante y su misma utilización retórica y a menudo elusiva ha permitido crear un “orden” de gobernanza iuslaboral substraído al marco normativo internacional y nacional regulador de los derechos sociolaborales. De este modo, tiende a diluirse y ser ineficaz la normativa internacional vinculante y se crea una suerte de arquitectura jurídica flexible (*soft law*) que asegura un espacio de no sólo de autorregulación sino también de impunidad a los agentes económicos dominantes en la escena internacionales⁶¹. Un espacio autorregulador que tiende a liberar del cumplimiento de las normas de garantías de los derechos (específicos e genéricos) de la persona que trabaja. De manera que a través de estas formas de *soft law*, con diversos grados de “juridicidad”, se incide y atraviesa transversalmente el sistema de fuentes internacionales. El *soft law* para su efectividad utiliza más la persuasión que las técnicas propias del Derecho sancionador y la de la exigibilidad judicial. Su “juridicidad” no se basa en las reglas o normas jurídicamente vinculantes respaldadas por la coactividad específica propias del *hard law*. En donde, pese a la debilidad en términos normativos, imperará la *libertad de elegir*⁶².

En las mismas regulaciones contenidas en los Acuerdos Marco Internacionales y en los unilaterales Códigos de Conducta, impera un amplio margen de discrecionalidad para acogerse a un orden normativo u otro en un mercado de productivos legislativos con la fácil práctica de la “deslocalización” productiva o de la “autorregulación”⁶³. Es la apertura no sólo a la tolerancia sino más directamente a la

Ginebra, OIT, 2005. Véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., págs.141 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho al desarrollo*, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951 a 983, con la fundamentación y defensa del derecho humano al desarrollo en una concepción integral y omnicompreensiva (que comprende la “justicia social” y el “trabajo decente”) y su entronque con la tradición del constitucionalismo democrático-social.

⁶⁰ Puede consultarse, DROUIN, R.-C.: “El papel de la OIT en la promoción del desarrollo de los acuerdos marco internacionales”, en VV.AA.: *Diálogo social y acuerdos transfronterizos (¿Un marco global emergente de relaciones laborales?)*, Madrid, OIT/MTI, 2009, págs. 279 y sigs.

⁶¹ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETE, J. y RAMIRO, P.: *Contra la Lex Mercatoria*, Madrid, Icaria Editorial, 2015, págs. 15 y sigs., y 47 y sigs.

⁶² FRIEDMAN, M. y R.: *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1989.

⁶³ Véase MOREAU, M.A.: *Normes sociales. Droit de Travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, París, Ed. Dalloz, 2006, pág. 176; SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, cit., págs. 66 y sigs.; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes*

admisibilidad/legitimidad del *dumping social*, donde los sistemas nacionales de relaciones laborales compiten entre sí en la reducción de las garantías y costes sociales para ser más atractivos a las empresas transnacionales (bajo la amenaza permanente de la deslocalización) y a los grandes operadores financieros. Es aquí cuando se aprecia que la solución a este tipo de problemas tiene que provenir de una normativa de Derecho internacional (v.gr., Derecho de la OIT) o supranacional (v.gr., Derecho de la Unión Europea), siendo insuficientes las regulaciones de los ordenamientos internos. Son esas normas internacionales las que tienen que establecer los estándares mínimos de derechos sociales de desmercantilización que deben ser observados a nivel global por todas las fuerzas económicas operantes en el mercado, evitando la “absolutividad” del mercado autorregulador⁶⁴. Y esta afirmación no está desprovista de fundamento, toda vez que los procesos de autorregulación social y, en general, los instrumentos del *Soft Law* no sólo han sido deficientes sino que, en muchos casos, ha sido una coartada para eludir las auténticas normas públicas laborales internacionales y nacionales.

La RPS y los instrumentos de *Soft Law* no han sido capaces (incluso han propiciado) la creciente *re-mercantilización* (o su ineffectividad en la práctica) de los derechos sociales fundamentales en sus dimensiones individuales y colectivas. La contención de ese proceso y la creación de nuevos derechos sociales (por ejemplo, el derecho a la renta de inserción o renta básica de ciudadanía) sólo puede alcanzarse plenamente a través de normas laborales dotadas de coactividad específica como es propia del garantismo jurídico en un Estado Social de Derecho; normas públicas de Derecho Internacional, de carácter estatal y provenientes de una negociación colectiva con capacidad de creación de normas paccionadas (cuya fuente de producción jurídica son las organizaciones de intereses sindicales y empresariales). El sistema dual de fuentes del Derecho del Trabajo es el que puede garantizar un mínimo equilibrio entre las libertades económicas de los empresarios y los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (equilibrando la “justicia del mercado” con la “justicia social”); es el que puede impedir la competitividad a la baja de los sistemas de relaciones laborales entre sí como se está produciendo en el vigente orden internacional basado en la *lex mercatoria* y en el derecho blando (*Soft Law*). En este sentido tienen que ostentar un papel central los organismos internacionales como la OIT y la ONU, articulando ese estándar mínimo de garantías dotado de efectividad para su aplicación a nivel mundial en el marco de una globalización no sólo económica sino ante todo de los derechos de las personas.

contrahegemónicas transnacionales), Bilbao, Hegoa, 2009; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009; y en otra perspectiva, PURCALLA BONILLA, M.A.: “Responsabilidad social de las empresas: del mito (o de la moda) a las primeras realidades normativas”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 24 (2011).

⁶⁴ Véase POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

Por otra parte, aunque la distinción y dinámica diferenciada entre la RSE y la negociación colectiva es nítida, y se plasma en los códigos de conducta o prácticas afines (es el caso de la RSE) y en los convenios y acuerdos colectivos (expresión formal resultante del proceso de negociación colectiva), ello no significa que no existan interconexiones y puntos de contacto entre ambas (con remisiones recíprocas, con juridificación negocial, etcétera)⁶⁵.

En el caso de los acuerdos marco internacionales la pretensión es más ambiciosa que en los instrumentos calificables de simples códigos de conducta, pues estos instrumento de regulación bilateral aspiran a ostentan una fuerza jurídica vinculante, creando verdaderas obligaciones jurídicas. La variedad y el poliformismo de estos Acuerdos Marco Internacionales es enorme, con diversas denominaciones y diversa intensidad en su eficacia jurídica. Estos Acuerdos han entrado a regular aspectos básicos de las condiciones de trabajo delimitando estándares y las relaciones entre los propios actores sociales. Y todo ello con una frecuente asunción de las garantías de los derechos sociales establecidas en las normas de la OIT, en dirección de alcanzar el objetivo estratégico del “trabajo decente” no sólo a través de normas de orden público estatal, sino también mediante los instrumentos de la autonomía colectiva negocial⁶⁶. También han permitido cubrir ciertas lagunas o insuficiencias regulativas del Derecho Internacional del Trabajo clásico producido en el marco de instituciones internacionales. Ahora bien, la operatividad de una negociación colectiva en sentido fuerte a escala internacional debe partir –y lo presupone– del empoderamiento del sindicalismo en ese ámbito supranacional como poder social con capacidad plena de acción colectiva, pues será entonces cuando pueda hablarse de un espacio real de libertad de negociación de las organizaciones sindicales, por un lado, y por otro, de las garantías jurídicas e institucionales de aplicación efectiva en los ordenamientos nacionales, pues es la condición necesaria para que tales acuerdos internacionales tengan una eficacia jurídica real en sentido fuerte, yendo más allá de ser instrumentos jurídicos dotados de una abstracta fuerza obligatoria.

⁶⁵ Puede consultarse DE LA VILLA GIL, L.E.: “Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 16 (2008), págs. 8 y sigs.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., págs. 127 y sigs., con referencia también a la obra antes citada.

⁶⁶ Véase, con referencia a las experiencias negociadoras al respecto, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales*, cit., págs. 191 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva”, en VV.AA.: *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2013, págs. 45 a 75; SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La tutela de los derechos fundamentales de trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 20 (2009); SERVAIS, J.-M.: “Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, en VV.AA.: *Trabajar para tiempos mejores (Repensar el trabajo en el siglo XXI)*, Madrid, MTAS/OIT, 2007; VV.AA.: *Diálogo social y acuerdos transfronterizos (¿Un marco global emergente de relaciones industriales?)*, Madrid, OIT/MTI, 2009; VV.AA.: *Ética empresarial y códigos de conducta*, Goñi Sein, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley 2011.

En el caso de la Unión Europea, como un espacio geopolítica supranacional vinculado al proceso de mundialización, el planteamiento es cualitativamente distinto pero insuficiente. Se dispone de la experiencia –reflejo de un espacio de interacción entre los actores sociales- de los Acuerdos Colectivos Europeos, los Comités de Empresas Europeos e instrumentos de participación institucional en las empresas de dimensión europea, con la intervención de diversos actores de las relaciones laborales europeas. Pero dentro de un marco insuficiente y una europeización incompleta del sistema de relaciones laborales⁶⁷. Ello ha incidido en una implicación y autorregulación colectiva de las relaciones laborales en la empresas transnacional de dimensión europea; una autorregulación jurídico-colectiva que está condicionada y mediatizada por las relaciones de poder (que comprende también el poder de decisión y regulación jurídica), en cada momento, entre los actores implicados. En este espacio de poder la toma de decisiones y la regulación jurídica dependen de la capacidad de los actores sociales para movilizar sus recursos e influir también en las políticas y normas de europeas. De este modo la ordenación jurídica (autónoma o heterónoma) es el resultado complejo y contradictorio de un conjunto de intercambios entre dichos actores tanto sociales (con una representación de los trabajadores carentes de factores de poder determinantes de un equilibrio de fuerzas) como estrictamente políticos. El pluralismo jurídico es así inestable y muy contingente.

Pero no se olvide que en el marco de la Unión Europea también tienden a imperar las fórmulas de *Soft Law*, produciéndose una retracción o retroceso de las normas armonizadoras en favor de los instrumentos no jurídicamente vinculantes (recomendaciones, orientaciones, directrices, etcétera), los cuales encuentran su paradigma en el llamado Método Abierto de Coordinación (MAC).

⁶⁷ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, págs. 116 y sigs. (sobre el modelo de diálogo social y de negociación colectiva europea y las modalidades de aplicación de los acuerdos celebrados en el ámbito comunitario: a) eficacia jurídica reforzada a través del instrumento normativo de la Directiva europea; y b) eficacia jurídica autónoma); OJEDA AVILES, A.: “Eficacia de los convenios colectivos europeos”, en VV.AA.: *La negociación colectiva europea*, Madrid, MTAS/CCNCC, 2004; BAYLOS GRAU, A. (Coord.): *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2003; SCIARRA, S.: “Formas de avanzar en la negociación colectiva transnacional y europea”, en *Relaciones Laborales*, núm. 12 (2011); VV.AA.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A., García Valverde, M^a.D. y Maldonado Molina, J.A., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed.Aranzadi, 2007, págs. 15 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa” y “Derecho de negociación y acción colectiva”, en VVAA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed.Comares, 2012, págs. 597 y sigs., y 635 y sigs.; *ibid.*, “Derechos a la información y consulta”, VVAA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 773 y sigs., y la bibliografía allí citada. Una revisión sobre el diálogo social y negociación colectiva en la Unión Europea, en GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A.: *La negociación colectiva europea de sector*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

El MAC constituye uno de los instrumentos de política social utilizados para la consecución de los objetivos estratégicos planteados con ocasión de las medidas de acción europea adoptadas. Se inserta en la lógica de una aproximación o convergencia de las legislaciones nacionales por los objetivos, renunciando a la técnica de armonización legislativa. El Método Abierto de Coordinación (MAC) se introdujo “como manera de extender las prácticas idóneas y alcanzar una mayor convergencia en torno a los principales objetivos de la Unión Europea” en los ámbitos en los que las competencias de la Unión Europea son limitadas. Se trata de un mecanismo que resulta coherente con el papel que asume la Unión en la PSE, en la que ésta apoya y completa las actividades de los Estados miembros, concibiéndose asimismo como un método flexible de gobernanza. El MAC se relaciona con el principio de subsidiariedad, pretendiéndose una ordenación social en la que los objetivos y las actividades para conseguirlos se desarrollen principalmente en los ámbitos más reducidos. Corresponde a las autoridades subestatales o estatales el desarrollo autónomo de la política social europea, sin intervención de las instancias comunitarias. Debe evitarse la intromisión de las autoridades políticas de la Unión en la actividad de las estatales y regionales, pero al mismo tiempo debe prestar su ayuda y promover la actuación de las instancias descentralizadas si éstas no pueden por sí mismas desarrollar sus competencias o desarrollarlas de un modo absolutamente idóneo. Así pues, este método se basa en los trazos básicos de la subsidiariedad, e incluso supone una radicalización de la misma, en cuanto pretende no tan sólo una descentralización en términos verticales sino también en términos horizontales: que se implique además a las partes sociales y a la sociedad civil⁶⁸. Se crea en el marco de la política de empleo y se extiende a otros ámbitos de la política social europea.

Por otra parte, la estrategia de coordinación de políticas que representa el MAC debe relacionarse con el hecho de que la globalización de la economía y el proceso de integración europea ya no permite pensar en clave nacional. Dicho mecanismo de conexión de políticas iniciado en la Unión Europea –política económica, a través de grandes orientaciones de la política económica, y política de empleo, a través de las directrices de empleo y los planes nacionales de acción para el empleo, en coordinación con la estrategia de inclusión social– obliga a los Estados miembros a establecer objetivos cuantificados de actuación con desempleados, toda vez que la Unión Europea vincula la distribución de fondos europeos (Fondo Social Europeo) al logro de dichos objetivos, lo que necesariamente impone la instauración de mecanismos que permitan su cumplimiento efectivo⁶⁹.

Por lo demás, entre las políticas sociales y de empleo se produce una interconexión intrínseca. En las políticas comunitarias rige un principio básico, como

⁶⁸ CABEZA PEREIRO, J., “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, en VV.AA., *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo*, Madrid, MTIN, 2008, pág. 38.

⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSÚA, B., “Una política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015 (BIB 2015/678).

es, el de la transversalidad. Lo enuncia el TFUE, en su art. 9, al señalar que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. Por tanto, los objetivos de empleo se erigen en un objetivo transversal de la política y acciones de la UE. Al mismo tiempo, en el sistema normativo comunitario se establece una vinculación entre las políticas de empleo y las de protección social.

La acción de la política social se materializa bajo los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) y proporcionalidad (art. 5.4 TUE). Al respecto, la Unión y los Estados miembros tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. En este contexto, se emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión (art. 151 TFUE).

En este punto, resulta fundamental recordar que la política social de la Unión toma como referente los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Respecto a esta última, tiene una importancia fundamental, en materia de protección social, el art. 34 en el que, de un lado, se establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por otro, se señala que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Y finalmente, se indica que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”.

En las políticas comunitarias rige un principio básico, como es, el de la transversalidad. Lo enuncia el TFUE, en su art. 9, al señalar que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel

elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. Por tanto, los objetivos de empleo se erigen en un objetivo transversal de la política y acciones de la UE. Al mismo tiempo, en el sistema normativo comunitario se establece una vinculación entre las políticas de empleo y las de protección social.

La acción de la política social se materializa bajo los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) y proporcionalidad (art. 5.4 TUE). Al respecto, la Unión y los Estados miembros tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. En este contexto, se emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión (art. 151 TFUE).

En este punto, resulta fundamental recordar que la política social de la Unión toma como referente los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989. Respecto a esta última, tiene una importancia fundamental, en materia de protección social, el art. 34 en el que, de un lado, se establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por otro, se señala que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Y finalmente, se indica que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”. En el mismo art. 34 CDFUE evidencia esa interconexión funcional y teleológica cuando hace referencia a la Seguridad Social y a la lucha contra las situaciones de exclusión social. La conexión es tanto más visible si se tiende a la dirección de política del Derecho que se dirige y orienta hacia la “activación” de la protección dispensada por las prestaciones del sistema de Seguridad Social vinculadas al empleo (por ejemplo, desempleo, jubilación...). No es baladí hacer notar que sobre el “empleo” se ha construido un estatuto jurídico-protector de la persona que trabaja.

Para la consecución de tales objetivos, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: la mejora, en concreto, del entorno

de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; las condiciones de trabajo; la seguridad social y la protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y la consulta a los trabajadores; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; la integración de las personas excluidas del mercado laboral; la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; la lucha contra la exclusión social; la modernización de los sistemas de protección social (art. 153.1 TFUE). A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; podrán adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas (art. 153.2 TFUE).

De lo anterior se deduce que la UE no dispone de un sistema regulador propio en materia de protección social, lo que significa que la ordenación de las protecciones sociales está diferida en prácticamente todo principal a los Derechos Nacionales, los cuales regulan el catálogo de prestaciones, los procedimientos, los sistemas de financiación y gestión etc.). La UE, como se infiere de lo dicho hasta aquí, ha realizado ante todo una regulación de Derecho derivado de coordinación comunitaria o europea de la política social y tan sólo de manera marginal una débil política regulativa de carácter armonizador indirecto y parcial. No hay ninguna intención de construir un sistema europeo propio y homogéneo de protección social en la Unión.

Las razones de esta intervención armonizadora, débil y de mínimos, deriva de una posible aproximación de las legislaciones nacionales con la finalidad genérica de alcanzar una equiparación por la vía del progreso en las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, una protección social adecuada y las luchas contra las exclusiones sociales, en línea con lo previsto más arriba en los arts. 151 y 153 TFUE. El rechazo a una regulación armonizadora en la política social, no solo se vincula a una opción de política del Derecho, sino también se debe a las dificultades que tal tarea supondría, ya que se considera que son muchos los inconvenientes que existen para armonizar la diversidad de modelos de protección. En todo caso, interesa subrayar que no hay una imposibilidad jurídica de legislar sobre esta materia en el ámbito del Derecho de la Unión, pues, como se ha señalado, el art. 153.1 TFUE atribuye la competencia legítima de la Unión para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en los ámbitos

de la Seguridad Social y la protección social, la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la previsión competencial limitativa ex art. 153.4 TFUE.

La política social coordinada tiene un carácter esencialmente neutral respecto de la configuración jurídico-material de los derechos de protección social en los sistemas nacionales. Por tanto, su finalidad no es la de sustituir o privar de competencias en esta materia social a los instrumentos normativos predisuestos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Su objetivo específico es abordar la solución de los problemas y conflictos que derivan de casos de transnacionalidad, determinando, al efecto, la legislación nacional que ha de ser aplicada a través de la utilización de técnicas jurídicas de especificación normativa. Por lo demás, la UE también interviene a través de una armonización debilitada, utilizando el instrumento jurídico de las Directivas, las cuales contienen disposiciones y medidas concretas de protección social.

Junto a la opción de coordinación y de armonización parcial, como se ha dicho, las instituciones políticas de la UE intervienen en el campo de la protección social a través del MAC. Mediante instrumentos de derecho blando, como recomendaciones, comunicaciones, informes, dictámenes, en el marco de dicho método, la UE trata de influir en los Estados miembros para que converjan en sus objetivos respecto de la Seguridad Social y protección social de los trabajadores, así como en relación a la propia modernización de los sistemas nacionales.

En una perspectiva jurídico-crítica y política del Derecho, aplicando la “navaja analítica” de Ludwig Wittgenstein⁷⁰, se debe llevar a cabo una doble crítica interrelacionada al MAC como expresión de “derecho débil o blando”:

1ª). Porque como expresión del *Solf law* que tiende a oponerse al *hard law* por su flexibilidad reguladora en relación a las normas de protección sociolaboral de los trabajadores, el MAC –más allá de sus virtualidades prácticas de aproximación de los objetivos perseguibles- ha permitido y facilitado que la Unión Europea sea un terreno abonado para la competencia entre los Derechos nacionales en materia sociolaboral (aunque también en otros campos como el fiscal). Ello es así porque dicho Método de coordinación pretende aplicar en la esfera jurídico-social las orientaciones y directrices de la política económica de la Unión Europea (teniendo en cuenta que los Tratados fundacionales actúan como una constitución jurídico-material de la Unión que se impone a todas las Constituciones de los Estados miembros). Ello se traduce en la práctica en fomentar la adaptación de los trabajadores y de la legislación a las exigencias de funcionamiento de los mercados. Se trata de una suerte de competencia

⁷⁰ Punto culminante esa filosofía analítica es su libro, WITTGENSTEIN, L.: *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Ed. Crítica/Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988.

soft sin fuerza jurídica coercitiva⁷¹, pero que tiene una gran eficacia persuasiva y determinante en la práctica.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha respaldado esa *competición* tras el mejor y más rentable “derecho débil” al legitimar la búsqueda por las empresas transnacionales de las ventajas competitivas haciendo prevalecer las libertades económicas de los empresarios frente a los derechos sociales de los trabajadores individuales⁷² y colectivos, limitando los derechos de negociación colectiva y de huelga cuando puedan afectar al principio de libertad de establecimiento y, por tanto, a la libertad económica de “deslocalizarse” por parte de las empresas que operan en el espacio europeo (SSTJUE 18 de diciembre de 2007, caso C-341/05, Laval; 3 de abril de 2008, caso C-346/06, Rüffert; 19 de junio de 2008, caso C-319/06, Comisión c/Gran Duché du Luxembourg; 15 de junio de 2006, caso C-255/04, Comisión c/Gran Duché du Luxembourg; 6 de diciembre de 2007, caso C-438/05, Viking). Es la pugna por la mejor oferta social, siendo el fenómeno de las deslocalizaciones empresariales el principal fenómeno mundial de esa competencia entre normas sociales por el juego del principio de libre competencia⁷³ y su reclamo de un orden espontáneo del mercado interior europeo⁷⁴. Un orden espontáneo que en realidad no lo es tanto porque es impulsado y construido en gran medida desde las políticas neoliberales impulsadas por las instituciones políticas de la Unión europea basándose en el control de gasto público (predominio en el sistema de los Tratados constitutivos de la Unión la racionalidad económica sobre la racionalidad social; el sistema de los Tratados opera en términos jurídico-políticos como una “constitución material” de la Unión que se impone con fuera jurídica bilateral sobre las constituciones económicas y sociales de los Estados miembros) y en la primacía del Derecho de la competencia⁷⁵.

La renuncia, por el momento, al derecho fuerte armonizador junto con el MAC propicia esa competitividad por la reducción de costes del factor trabajo de las empresas transnacionales en una escala propia del *dumping social*, que es lo que el Derecho Internacional del Trabajo –cuyo eje ha pivotado en los instrumentos normativos de la

⁷¹ SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia*, cit., pág. 69; *Ibid.*, “Derecho y Trabajo ¿Un mercado mundial de normas?”, en *New Left Review*, núm. 39 (2006).

⁷² STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, Bundesdruckerei, 34.

⁷³ SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia*, cit., págs. 70 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 56 a 59; *Ibid.*, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 163 y sigs.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016, págs. 110-111.

⁷⁴ Es nuevamente la asunción del discurso jurídico-político de Friedrich A. Hayek. En la configuración del “proceso político y el mercado” (HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad. Vol. II. El Espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 2ª ed., 1988, cap. XV, págs. 121 y sig.; en idealización de la naturaleza del orden del mercado y “el orden de mercado o catalaxia”, *Ibid.*, Cap. X, págs. 193 y sigs.).

⁷⁵ En este sentido, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 17 a 62.

OIT- ha tratado de impedir a través de normas de orden público internacional y su observancia por las legislaciones estatales⁷⁶. El nuevo Derecho flexible del Trabajo se instrumenta a esa subordinación de la racionalidad social a la racionalidad económica de las fuerzas dominantes en el mercado. Las normas laborales se hacen cada vez más de “textura abierta” interiorizando la lógica de las categorías económicas como delimitadoras del alcance de la “justicia social” concreta que pretenden realizar: el hilo conductor es la eficiencia del mercado y el principio de competitividad/rentabilidad de la empresa. Y ese hilo conductor opera, sino como criterio de legalidad sí como criterio de legitimidad del orden normativo social⁷⁷.

2º) Es criticable el modelo comunitario de interconexión entre la política de empleo y la política de protección social. Y lo es ante todo por su falta de auténtica coordinación e integración de estas políticas públicas.

Por lo pronto es de señalar que desde hace tiempo –y no es coyuntural- existe un rechazo en la Unión Europea hacia una intervención reguladora de carácter armonizador en la política social, y en particular en materia de Seguridad Social. Tan sólo se pretende realizar una política social y de empleo coordinada e instrumental al servicio del buen funcionamiento del mercado interior europeo, haciendo prevalecer la racionalidad económica sobre la racionalidad social.

Sin embargo, atendiendo a la conexión funcional y finalista existente entre la política de empleo y la política social cabría interrogarse sobre si será posible garantizar la efectividad de un “Trabajo Decente” o “Digno” (un trabajo con plenitud de derechos sociales sin mejorar esa coordinación) y sin establecer un núcleo mínimo de *normas europeas* de garantía específica de los derechos sociales fundamentales de la persona que trabaja. La experiencia muestra que no lo será.

En cualquier caso existen imperativos que imponen una tutela de los derechos fundamentales (específicos e inespecíficos) de la persona que trabaja y que son inherentes a la dignidad humana y al principio de igualdad no sólo en sentido jurídico-formal sino también jurídico-material o sustancial, tal como se impone deducir la garantía multinivel de los derechos fundamentales en el sistema universal de los derechos humanos y en Derecho internacional regional europeo de los derechos fundamentales. Es condición de legitimidad democrática de la Unión Europea, como nuevo espacio geopolítico, garantizar efectivamente estos derechos fundamentales y en particular en su proyección en el ámbito de las relaciones laborales⁷⁸. Al respecto

⁷⁶ En general, GARMENDIA ARIGÓN, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2ª ed., revisada, 2016.

⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, págs. 16 y sigs., y 389 a 395.

⁷⁸ FERRAJOLI, L.: *Garantismo. Una discusión sobre democracia y derecho*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Ed. Trotta, 2005; VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012; VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014; VV.AA.: *La*

interesa realzar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un instrumento normativo relativamente innovador, en el sentido de que reúne en un *texto único* el conjunto de los derechos fundamentales garantizados en la Unión, pero que derivan de las tradiciones constitucionales y de los convenios internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia consolidada del TJUE y del TEDH. Por lo demás, en el sistema universal multinivel de garantía de los derechos fundamentales se subraya la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales con independencia del momento histórico genético de reconocimiento jurídico⁷⁹.

Tímidamente parece iniciar una nueva etapa de autorreflexión crítica con la elaboración de la estrategia relativa a la instauración de un “Pilar europeo de derechos sociales”⁸⁰, acompañada de un documento anexo en el que se establece un “primer esbozo preliminar” del contenido de dicho Pilar de derechos, y de dos documentos de trabajo de los servicios de CE, uno dedicado al acervo social de la Unión Europea y otro a la explicación de cuáles son las principales tendencias económicas, laborales y sociales en las que se basaría ese Pilar. Este Pilar de derechos se inserta en una más amplia estrategia de construcción del futuro de una Europa social. Este sería el sentido político jurídico del *Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*⁸¹; la Recomendación de la Comisión Europea⁸²; y Propuesta de proclamación conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea⁸³; con un cuadro de indicadores sociales para hacer el seguimiento de las tendencias y los resultados en los países de la Unión Europea⁸⁴. Ciertamente, el

garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017. En un análisis de general, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ámbito de aplicación (Artículo 51)*, y *Alcance e interpretación de los Derechos y Principios (Artículo 52)*, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1317 y sigs. (“Interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos humanos fundamentales en el sistema de la Carta de la Unión Europea”) y 1347 y sigs., respectivamente.

⁸⁰ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*, 8.03.2016, COM(126) final.

⁸¹ De 1 de marzo de 2017, COM(2017) 2025 final.

⁸² Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, 29.04.2017, DOUE (L 113/56).

⁸³ COM(2017) 251 final.

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Social Scoreboard 2017. Headline indicators: description and highlights*, UE, 2017. Sobre dicho Pilar europeo de derechos, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El Pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en *Ley: Unión Europea*, y *Diario LA LEY*, Junio de 2017; RAMOS

establecimiento de un pilar europeo de los derechos sociales merece, de entrada, una valoración positiva por lo que supone ante todo que la dimensión social vuelva a adquirir un mayor protagonismo en el marco europeo. Ahora bien, el mecanismo del Pilar Europeo de los derechos sociales resulta insuficiente, pues lo más urgente sería resolver en la fuente un problema previo relativo a la consagración del principio de equiparación efectiva en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe- abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas en el espacio europeo, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos.

Mientras esa equiparación en la Norma Fundamental de la Unión (sistema de los Tratados fundacionales de la Unión) no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales. Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la ineffectividad estructural por la carencia no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados en la Carta –Norma garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos normativamente a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental)⁸⁵. Y esto es tanto más importante por la tendencia actual a devaluar la dimensión configuradora y tutelar (garantista) del Sistema internacional multinivel de garantía de los derechos sociales fundamentales. Dicha devaluación actúa en el marco jurídico y político de las relaciones internacionales. Se trata de la emergencia de los poderes “normativos” auto-constituidos y sus expresiones “pluralistas jurídicas”: La *lex mercatoria*, como vía de flexibilidad y escapa –huida- de la normatividad internacional, y la condicionalidad de las reglas de juego de las legislaciones nacionales.

Debe apostarse por un constitucionalismo social europeo fuerte y reforzado en el Sistema de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, de manera que los derechos fundamentales se incorporen con toda su fuerza vinculante bilateral (todas las personas y los poderes públicos están sujetos a los Tratados de la Unión y al resto del jurídico comunitario). Y será a partir de esta base constitucional europea donde deberán

QUINTANA, M.: “El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017).

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El Pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, cit.; y la defensa de la penetración de un constitucionalismo democrático-social fuerte en el Sistema de los Tratados fundacionales de la Unión Europea, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 190-200; *Ibid.*, “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013); *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, *passim*.

desarrollarse el sistema de garantías legales: Derecho derivado europeo con normas armonizadoras flexibles, capaces de instaurar un zócalo esencial garantizado de derechos fundamentales (y especialmente de derechos fundamentales sociales) en el espacio jurídico de la Unión.

Lo cierto es, en otro orden de ideas, que las reformas morfológicas y de “adaptación” del Derecho del Trabajo han supuesto la elaboración de técnicas de Derecho Flexible que permiten modular las instituciones laborales en atención a la tutela preferencia de ese principio de eficiencia y del reforzamiento de los poderes directivos del empleador. La política de flexibilidad y desregulación determina la reconfiguración de las técnicas y categorías jurídicas preexistentes. Las políticas liberalizadoras de *dirigismo político* de flexibilidad normativa y desreguladora se sitúan en una triple dirección: las desregulación legislativa (que implica, evidentemente, un retroceso del intervencionismo público de carácter garantista, no el tipo de intervencionismo persistente de apoyo al restablecimiento de la rentabilidad empresarial) y reenvío a la autonomía privada (colectiva y/o individual), con la reducción del garantismo legal; el aumento formal de los espacios de regulación de la autonomía colectiva (que –se afirma– desplazaría progresivamente al garantismo legal por una suerte de “garantismo colectivo” debilitado) y una potenciación legislativa de su descentralización empresarial y de la mayor autonomía reguladora de la empresa (especialmente a través de los Acuerdos de empresa) y la preferencia *legal imperativa* en favor de la primacía de los convenios de empresa; y, en fin, la potenciación –todavía débil– de la individualización de las relaciones laborales, por el doble cauce de incremento del papel regulador del contrato individual y el reforzamiento del poder unilateral del empleador de fijación de las condiciones de trabajo. Es la “empresarización” de las relaciones laborales. Ello es coherente con los postulados de la teoría del análisis económico del Derecho, corriente de pensamiento que parte del principio de que el sistema jurídico debería tener como fin prioritario la eficiencia económica. También domina el *modelo de “jurista-económico”* que tiene su propio “dogma” formalista prestado de las premisas conceptuales de la ciencia económica; y un fin apriorístico del Derecho: la eficiencia económica de las instituciones jurídico-laborales en nuestro caso⁸⁶. El nuevo modelo de jurista que se postula –en coherencia-

⁸⁶ Con este enfoque el “mercado” en sí como institución social aparece como una “figura misteriosa” dotada de una “lógica propia” (más allá de la trama de las fuerzas sociales de referencia que se localizan en ese espacio económico) que se proyectaría sobre el sistema jurídico: la institucionalización del mercado se realiza bajo el principio guía del tipo de eficiencia dominante como determinante de las transformaciones del sistema jurídico (haciendo explícitos los fundamentos económicos de las decisiones jurídicas) y como teoría racionalizadora del mismo. De este modo, el mecanismo del mercado, así entendido, significa subordinar la substancia de la propia sociedad a las leyes del mercado. Ello produce una suerte de “mercantilización” de la política y del Derecho: su reducción determinista e instrumental a “lo económico” como elemento determinante de la organización social. En este discurso sobre el Derecho (y en nuestro caso el Derecho Social del Trabajo) el Derecho es reducido aquí también a un “medio” (un instrumento técnico) para la organización social al servicio de la economía. La teoría económica del Derecho pretende la reconstrucción de un sistema jurídico sobre la base de la eficiencia económica como criterio de decisión “suprapolítico”. El Derecho ha de adaptarse –plegarse– en todo momento a las

es el propio del jurista-ingeniero social y económico, que ha de tomar en consideración en el proceso interpretativo de la solución de los conflictos jurídicos la dialéctica de los intereses económicos subyacentes y atender la tensión coste-beneficio implicada en las normas jurídicas objeto de interpretación⁸⁷. Ya se había advertido de la creciente tensión entre el Derecho de la concurrencia y el Derecho del Trabajo, sobre la infiltración de aquél en la lógica de éste último⁸⁸. Su lógica es dual: tiende a eliminar las normas sociales que suponen restricciones al mercado consideradas contrarias a la competitividad empresarial, por un lado, y por otro, autoriza al intérprete (jurista-ingeniero socio-económico) a llevar a cabo una interpretación y resolución de los conflictos jurídicos que haga prevalecer la lógica de sustento del orden público económico que domina el derecho de la libre concurrencia. El “jurista intérprete-económico” en caso de conflicto debería primar el valor de la eficiencia sobre el valor de la justicia distributiva.

También en el plano del “jurista legislador-económico”, en la elaboración de la regulación normativa de los procesos sociales se atiende a ese predominio de la eficiencia económica sobre la justicia social. Es así que con esa doble lógica del discurso jurídico se asiste desde hace tiempo a una crisis del principio de tutela del trabajador y a un redimensionamiento de la función de la normativa pública en el campo de las relaciones entre empresa y “mercado de trabajo”, produciéndose un giro sobre el sentido político jurídico de la normativa laboral y de su dinámica de desarrollo más funcional a las exigencias de funcionamiento de los mercados y de la reestructuración permanente de las empresas.

cambiantes exigencias de la eficiencia y competitividad de la economía. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, cit., págs. 392-393. La obra de referencia en la corriente instrumentalista económica del sistema jurídico es la de POSNER, R.A.: *El análisis económico del Derecho (1992)*, México, trad. E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1998, su proyección en la regulación de la relación laboral, págs. 306 y sigs., y su proyección en la regulación legal de las desigualdades del ingreso, la justicia distributiva y la pobreza, págs. 431 y sigs. Una moderada perspectiva crítica “interna” a esta corriente de pensamiento, en CALABRESI, G.: *Un vistazo a la catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la economía*, Lima, Palestra Editores, 2011, y también del propio CALABRESI, G.: *The future of Law Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Estados Unidos de América), Yale University Press; y “externa” en HIERRO, L.L.: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987; MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; PAZ ARES, C.: “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la Teoría económica del Derecho)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs. 601 a 707; PASTOR, S.: *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989. Una crítica implícita o subyacente, con contundencia en rebatir sus argumentos, a la unilateralidad del enfoque economicista, en SEN, A.: *La idea de la justicia*, Madrid, Ed. Taurus, 2010; *Íbid.*, *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social*, estudio preliminar a POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Ed. Comares, 2004, págs. IX a LXXXIII.

⁸⁸ LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail une technique réversible*, París, Éd. Dalloz, 1995, pág. 90-92.

En el modelo de “jurista del Estado Social”⁸⁹ (vale decir, el jurista del trabajo) se busca un equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social. De manera que se pueda hacer compatible la racionalidad económica y la racionalidad social a la que sirve la ordenación de un determinado instituto jurídico-laboral. Importa aquí el equilibrio o ponderación entre los intereses en presencia y, en su caso, la combinación entre eficiencia económica (en términos de rentabilidad/reducción de costes/riqueza) y distribución justa (en términos de protección sociolaboral/asignación distributiva de la riqueza generada) en una sociedad justa⁹⁰. Pero en la lógica interna del Estado Social de Derecho la eficacia económica (maximización del rendimiento o de la riqueza) no debería prevalecer sobre la justicia social, y en cierto sentido aquélla –en la relación medios y fines- debería ser instrumental para la realización efectiva de la justicia social en una sociedad democrática solidaria y comprometida con el principio de igualdad sustancial. En el sentido de afirmar la relación de interdependencia entre eficiencia (vinculada a la producción y creación de riqueza) y justicia (ligada a la distribución de bienes y recursos para satisfacer necesidades y capacidades humanas formuladas como derechos) desde la política del Derecho se podría decir que la eficiencia económica estaría implicada en el proceso de toma de decisiones distributivas en una sociedad justa.

Y no se olvide que para el jurista crítico el Derecho no es un sistema cerrado, partiendo de la norma como “*primun verum*” y concibiendo la evolución del Derecho como expansión lógica de las normas, sino que parte de la concepción de la ciencia del Derecho como saber problemático o aporético⁹¹. El Derecho no es sólo un conjunto de normas o de reglas y principios de conducta, sino también un modo particular de solución de los conflictos de intereses que se plantean en la misma sociedad. Al iuslaboralista contemporáneo, como científico social, no se le exige sólo que “comprenda”, sino que también se le pide que “explique” el Derecho en vigor. Se le

⁸⁹ El jurista del Estado Social es un jurista crítico, alejado del paradigma del positivismo legalista. Puede consultarse, BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, Edición a cargo de A. Ruíz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1990, págs. 228 y sigs.; BARCELLONA, P., HART, D. y MÜCKENBERGER, U.: *La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultural jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1983 (3ª ed., 2016); MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, Parte II: “El método: La ‘ilusión’ del método en el Derecho Trabajo y el problema del método”, págs. 293 a 414; WOLKMER, A.C.: *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá (Colombia), ILSA, 2003. El jurista crítico ha de abordar las cosas por la raíz, volver a la genealogía que permitió la existencia de determinada forma jurídica.

⁹⁰ El propio Guido Calabresi ha señalado que “una mezcla apropiada de eficiencia y distribución es altamente instrumental para, y tiene una estrecha correlación con, conseguir lo que muchos verían como una sociedad justa”. Cfr. CALABRESI, G.: “About Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, núm. 8 (1980), págs. 553-562, en particular pág. 558; *Ibid.*, *El coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (1970), Barcelona, Ed. Ariel, 1984; *Ibid.*, *The future of Law Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Estados Unidos de América), Yale University Press.

⁹¹ Cfr. ENGISCH, K.L.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Galzón Valdés, edición a cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 215 y sigs.

pide reproduzca teóricamente una determinada realidad socio-jurídica diferenciada, a saber: El Derecho del Trabajo, en su dimensión normativa (la del Derecho positivo) y social (la del “hecho” social del trabajo y de las relaciones individuales y colectivo/sindicales que éste involucra). Esta doble y unitaria tarea de “comprensión” y “explicación” del Derecho prolonga el conocimiento del objeto y puede contribuir a la transformación del sistema jurídico vigente adaptándolo constantemente a las necesidades cambiantes del “mundo de la vida”⁹². En otra perspectiva, el problema de la discrecionalidad y creatividad jurisprudencial ha de ser abordado abiertamente, dejando de lado las hipocresías. Frente a la imagen tranquilizadora del formalismo jurídico como corriente de pensamiento iuspositivista legalista existe una amplia esfera de discrecionalidad judicial cuya legitimidad no puede ser negada. El jurista crítico, se encontrará es las condiciones más idóneas para evaluar la coherencia sistemática y la eficiencia de las propias soluciones jurídicamente posibles. La discrecionalidad, cuando se despliega dentro de los límites intrínsecos del esquema normativo, no constituye en sí misma una suerte de “prevaricación por parte del juez”, respecto del poder legislativo. Y esa presencia de espacios de discrecionalidad judicial, imposibles de evitar en la praxis interpretativa, no compromete en por sí misma la imparcialidad, la cual ha de ser entendida como ajeneidad respecto de los intereses en conflicto y no como pretendida neutralidad; el jurista como experto en un sistema jurídico de Estado Social de Derecho no puede retroceder frente a los valores refugiándose en el limbo de una neutralidad imaginaria, pues ello supondría abdicar de su propia función *constitucional* (y no sólo civil)⁹³.

⁹² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, cit., págs. 413-413; y ampliamente en este sentido, *ibid.*, “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11 a 51.

⁹³ LUZZATI, CL.: *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, trad. F. J. Arena y M.A. Rosso, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013, págs.229 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio*, estudio preliminar a la obra de CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Granad, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016, págs. IX a XLV.