

DERECHO LABORAL, ECONOMÍA Y PSEUDOCIENCIA

Sergio Gamonal C.

*Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez**

Resumen: Desde la década de los ochenta el derecho laboral ha sido criticado por sus negativos efectos económicos, como limitar el crecimiento, favorecer la cesantía, desincentivar las inversiones, etc. La solución propuesta por muchos economistas ha sido la flexibilidad y la desregulación de los mercados laborales. Estas críticas, basadas en el pensamiento económico neoliberal, constituyen una narrativa hegemónica que denunciaremos en este artículo como una impostura intelectual. En efecto, muchos economistas presentan su disciplina como una ciencia exacta, con capacidad predictiva como si se tratara de biología, física o bioquímica, cuando en realidad es una ciencia social más, como la sociología o la ciencia política. Por su parte, los estudiosos del derecho laboral defienden la necesidad de esta rama del derecho desde una perspectiva valórica y de principios, otras veces entran al debate económico representando la importancia de este derecho para el desarrollo económico y, en no pocas ocasiones, han decidido rendirse y orientar el derecho del trabajo hacia fines tan vagos como la empleabilidad. Concordando con las dos primera reacciones, que vemos como complementarias, concluiremos este trabajo con la idea de que la economía es necesaria para el derecho del trabajo pero puesta en contexto, como una ciencia social más, que depende de la ideología de sus cultores y que es enteramente opinable.

Palabras claves: Derecho, economía, narrativa, ideología.

Cítese como: Gamonal, S. (2017) “Derecho laboral, economía y pseudociencia”, en *Derecho y Crítica Social* 3(1) 1-44. ISSN 0719-5680. Recibido el 28 de junio de 2017, aprobado para su publicación el 21 de agosto de 2017. Contacto del autor correspondiente: sergio.gamonal@uai.cl.

* Agradezco los comentarios de Gonzalo Durán al borrador de este trabajo. Cualquier error es responsabilidad exclusiva del autor.

LABOUR LAW, ECONOMICS AND PSEUDOCIENCE

Sergio Gamonal C.

*Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez**

Abstract: Since the 1980s labor law has been criticized for its negative economic effects, such as limiting growth, promoting unemployment, discouraging investment, and so on. The solution proposed by many economists has been the flexibility and deregulation of labor markets. These criticisms, based on neoliberal economic thinking, constitute a hegemonic narrative that we will accuse in this article as an intellectual imposture. Indeed, many economists present their discipline as an exact science, with predictive capacity as if it were biology, physics or biochemistry, when in fact it is a more social science, such as sociology or political science. For their part, scholars of labour law defend the need for this branch of law from a value perspective and principles, other times enter the economic debate representing the importance of this right for economic development and, on many occasions, have decided surrender and orient the labor law towards purposes as vague as employability. In agreement with the first two reactions, which we see as complementary, we conclude this work with the idea that economics is necessary for labor law but put into context, as a social science more, that depends on the ideology of its cultists and that is entirely disputable.

Keywords: Law, economy, narrative, ideology.

Cite as follows: Gamonal, S. (2017) “Derecho laboral, economía y pseudociencia”, en *Derecho y Crítica Social* 3(1) 1-44. ISSN 0719-5680. Received on June 28, 2017 and approved for its publication on August 21, 2017. Corresponding author contact: sergio.gamonal@uai.cl.

* I am grateful for the comments of Gonzalo Durán to the draft of this paper. Any error is the sole responsibility of the author.

“Es increíble en esta época oscura, que el ciego total es considerado el sabio”.

SIRI GURU GRANT
SAHIB (229)

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del trabajo es un derecho en constante crisis. Desde la primera ley laboral, la *Ley Peel*, de 1802¹, sobre límites al trabajo infantil, hubo enemigos de este derecho sobre todo por su carácter protector del contratante débil, lo cual constituía una óptica absolutamente revolucionaria en relación al paradigma imperante en esa época y aún vigente de un derecho racional, universal, abstracto y objetivo². Por el contrario, y aunque el derecho laboral obviamente es racional, su práctica argumentativa está destinada a la tutela de sujetos concretos en situación de dependencia personal. En palabras de quien es considerado el primer laboralista, Hugo Sinzheimer:

“El Derecho del Trabajo debe también contemplar aquellas relaciones que se siguen de que el trabajador sea un miembro de una determinada clase, que tiene necesidades concretas, cuya satisfacción elemental es objeto de un Derecho Social, que no sólo nace de la noción abstracta de “Persona”, sino de la aparición concreta del hombre necesitado”³.

La *Ley Peel* tuvo numerosas críticas, a saber, que se vería afectada la autoridad de los padres dado que ellos autorizaban a sus hijos a trabajar; que limitar la jornada de los niños dañaría la vida familiar al contar con menos recursos económicos, y que al disponer de mayor tiempo libre los niños terminarían en la pereza y la dipsomanía⁴. Resulta bastante clara la debilidad

¹ Gamonal & Rosado (2014) 9-11.

² Olsen (2001) 307.

³ Sinzheimer (1984) 72.

⁴ Ramm (1994) 104 y 105.

de estas objeciones. Desde la perspectiva del siglo XXI estos argumentos resultan inaceptables, aunque la lacra social del trabajo infantil siga vigente en nuestros días⁵.

Sin embargo, se discutieron otros dos argumentos en contra de la *Ley Peel* y que han perdurado en el tiempo: (I) si se limitaba la jornada de los niños luego seguirían nuevos límites en beneficio de los adultos, y (II) la reducción de horas supondría una ventaja para los competidores extranjeros⁶.

La primera crítica fue premonitoria, ya que luego se dictaron más y más leyes y un siglo más tarde no se dudaba de la existencia de una nueva rama del derecho: el derecho del trabajo.

La segunda está muy vigente en la actualidad, la crítica económica. El derecho laboral siempre ha considerado aspectos económicos en su regulación, buscando proteger al trabajador sin por ello debilitar a las empresas. En ese contexto se trata de un derecho capitalista⁷, que no busca cambiar el sistema si no hacerlo más justo. Por ejemplo, se ha indicado que el Fordismo sustentaba la teoría del salario de eficiencia, a saber, que se puede incrementar la productividad de un trabajador aumentando su salario,

⁵ Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 168 millones de niños y niñas trabajan en el mundo. De esta cifra, 81 millones corresponden a trabajos peligrosos. Véase: <http://www.oit.org/global/topics/child-labour/lang-es/index.htm> (visitada el 8 de junio de 2017). Y en Chile se calcula en 229 mil los niños, niñas y adolescentes que trabajan, el 90% en labores peligrosas. Véase: <http://noticias.universia.cl/cultura/noticia/2015/06/13/1126711/realidad-trabajo-infantil-chile.html> (visitada el 8 de junio de 2017).

⁶ Ramm (1994) 106.

⁷ De hecho, los empresarios y los grupos conservadores pueden estar a favor de una legislación laboral para eliminar las ventajas competitivas de zonas con costos laborales más bajos, y las industrias pueden estar a favor de la legislación laboral con el fin de solicitar la intervención de grupos mediadores, tales como las agencias administrativas en los conflictos del trabajo. Además, las indemnizaciones tarifadas permitieron eximir a los empleadores de las reglas generales de responsabilidad, y la legislación laboral moderada permitió frenar los ataques de los políticos y prensa progresista. Al respecto, véase Gordon (1990) 270-272.

es decir, integrando en los salarios las aspiraciones obreras es posible incrementar la productividad⁸. Resulta paradójico que muchas de las críticas que se hacen al derecho laboral y sus regulaciones en los países desarrollados se deben, entre otros factores, al éxito de este derecho al moderar el capitalismo salvaje⁹. En este sentido el derecho del trabajo es víctima de su propio éxito¹⁰.

En la crisis actual del derecho del trabajo, en parte por la caída de la Unión Soviética¹¹, por la revolución neoliberal y por la revolución tecnológica¹², nos encontramos con renovadas críticas económicas sobre todo dentro de

⁸ Philippe Aszenazy citado por Daniel Cohen. Véase Cohen (2007) 41.

⁹ Nótese que hablamos de moderación y no de cambio. En efecto y como indica Karl Klare, el derecho del trabajo ha aceptado sin problemas la permanencia del poder gerencial de dominación, presumiendo que la relación de empleo debe ser de dominación y subordinación. Véase Klare (2004) 12-13.

¹⁰ Como señala Bauman, el “fantasma de la revolución” fue clave para que el estado capitalista de principios del siglo XX impusiera límites al lucro empresarial y limitara el apetito de quienes iban tras las ganancias y la inhumanidad de las condiciones laborales, impidiendo de esta forma la pauperización proletaria y constatándose que los trabajadores se establecían, ya fuera con gusto o desgano, en el seno de la sociedad capitalista. Y fue por esto que Lenin afirmaba que el proletariado librado a sus propios recursos y sabiduría no lograría superar la mentalidad sindical. Este rumbo inesperado de los trabajadores incorporándose en el seno del capitalismo gracias a la legislación protectora y sindical, contradujo abiertamente las expectativas del análisis marxiano. Véase, Bauman (2011) 48-49.

¹¹ Claramente al sistema capitalista le falta competencia. Desde la caída de la Unión Soviética no pareciera haber necesidad de contener el capitalismo salvaje y los resultados de un capitalismo monopolista y neoliberal están a la vista. Si observamos un mapa nos percataremos de que el capitalismo de bienestar más espectacular se encontraba geográficamente a pocos kilómetros de su competidor, el sistema comunista. Se trata de los países escandinavos, el Benelux, Alemania Federal, Austria e Italia.

¹² Sobre la interrelación de estos tres elementos en la crisis actual, véase Gamonal (2013) 16-17.

los cultores del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED¹³) o *Law & Economics*.

Muchos economistas se caracterizan por intentar demostrar que su disciplina es científica, como las ciencias de la naturaleza. El tono de muchos es el de un matemático que dicta cátedra sobre lo que debe o no debe hacerse, sobre todo en otras áreas como la política y el derecho. Lo anterior podría ser meramente anecdótico y muchos podríamos concordar que la falta de humildad y de verdadero espíritu crítico de los economistas no es más que un grave defecto de muchos cultores de esa disciplina. Pero la situación es bastante más grave. Cuando se haga la historia de esta época probablemente se dirá que es un período en que dominaban los economistas y sus opiniones antojadizas, aunque la hegemonía neoliberal haya producido resultados económicos mediocres¹⁴. Respecto del derecho, con el desarrollo del AED desde la década de los sesenta muchos economistas opinan libremente sobre cómo, cuándo y dónde regular. Y en el caso del derecho laboral la posibilidad de regulación es casi siempre inoportuna, salvo cuando se trata de limitar la actividad sindical. Las críticas económicas al derecho laboral han constituido una narrativa relevante, esencialmente anti trabajador y antisindical, y esta narrativa ha influenciado eficazmente en muchos legisladores y políticas públicas, por medio de la búsqueda de flexibilidad laboral y desregulaciones. Es lo que Schwab denomina “la invasión económica del derecho laboral”¹⁵.

Por ello, en este artículo explicaremos brevemente las posturas que los estudiosos del derecho del trabajo han adoptado respecto de las críticas económicas, para luego denunciar, en la sección siguiente, que la narrativa económica hegemónica está sobrevaluada, dado que pretende ser una ciencia exacta y no es más que una impostura intelectual. El carácter ideológico y político del AED fue denunciado hace más de 30 años por

¹³ Para una introducción al análisis económico de derecho véase Ugarte (2001).

¹⁴ Chang (2012) 76-86, 162-172 y 258-268.

¹⁵ Schwab (1989) 236-242. En todo caso, como veremos más adelante, Schwab es uno de los laboristas fanáticos del AED.

Morton J. Horwitz¹⁶, sin embargo la narrativa neoliberal y el AED se han impuesto exitosamente en el discurso público y global. En este artículo retomaremos la crítica de Horwitz desde una perspectiva mucho más general, citando a los economistas marginados del discurso dominante que han denunciado los límites del análisis económico. Concluiremos colocando la economía en su lugar respecto del derecho del trabajo¹⁷.

Por último, debemos aclarar dos puntos. Primero, que una determinada disciplina no sea una ciencia exacta en nada afecta su importancia. Aún más, justamente por ser un área de estudio centrada en las incertidumbres del ser humano, probablemente es igual o más difícil que un área de estudio que siempre puede contrastar sus teorías con lo que ocurre en el mundo natural. Segundo, este trabajo no ataca a la economía o los economistas. La economía es un área de estudio muy relevante y han existido grandes

¹⁶ Horwitz (1980) 905-912. La crítica de este autor se basaba en la subjetividad de la noción de eficiencia utilizada por los economistas y en el problema de la distribución del bienestar.

¹⁷ Desde hace más de 20 años se han enfatizado en Chile y América Latina las debilidades de la narrativa económica pro flexibilidad laboral, sobre la base de que esta noción carece de base empírica y solo es una construcción ideológica. Véase Ermida (1992) 29-54, Gamonal (1996) 40-45 y Ermida (2000). En efecto, la flexibilidad laboral postulada como dogma científico por los economistas, ha sido fuertemente criticada por “carecer de rigurosidad científica” y constituir una mera ideología económica que se desea imponer. Véase, Gamonal (2003) 64. Se acusa, además, que no está claro que la flexibilidad laboral permita el desarrollo económico de países como Chile, y que “no existe nexo causal entre las rigideces laborales y el desempeño de la economía”. La teoría flexibilizadora económica hace citas abusivas, sin considerar todos los países y es ambigua frente a los datos empíricos. Se destaca que en materias como los efectos del ingreso mínimo, ni los propios economistas están de acuerdo en si aumenta o disminuye la pobreza. Véase, Gamonal (2003) 65. En definitiva la flexibilidad laboral fue el primer indicador de que algo andaba mal en la narrativa económica dominante: “De hecho, la verdadera rigidez está dada por el debate acerca de la flexibilidad laboral, bastante ideológico, poco técnico y parcial. En el camino al desarrollo, todo indica que nuestra legislación laboral no es un escollo y, por el contrario, establece un marco regulatorio sujeto a perfeccionamientos pero bastante flexible en materia de condiciones de trabajo.”. Véase, Gamonal (2003) 68.

economistas cuyas ideas aún son debatidas en la actualidad, como, por ejemplo, Adam Smith y Carlos Marx.

Este trabajo se centra en la narrativa económica neoliberal, su supuesto carácter científico y su cruzada ideológica anti regulación y anti derecho laboral¹⁸.

II. EL DERECHO LABORAL BAJO ATAQUE POR LA NARRATIVA ECONÓMICA

La narrativa neoliberal dominante se reviste de lenguaje científico y matemático, como si fuera una ciencia exacta o natural, otorgando autoridad a sus argumentos, y mimetizando sus opciones ideológicas en favor de los más ricos. Desde los gobiernos de Thatcher en Gran Bretaña y Reagan en Estados Unidos, ambos en la década de los ochenta, ha predominado el fundamentalismo de mercado el cual, en palabras de David Harvey, busca como ideal que el trabajador sea “desechable”¹⁹. Aunque en la actualidad resulta evidente que la vigencia del mercado sin restricciones de justicia implica enormes desigualdades²⁰ y asimetrías de funcionamiento que convierten en quimera la idea de mercado perfecto²¹, el argumento

¹⁸ Otras importantes críticas que se han desarrollado al AED, son resumidas en Ugarte (2001) 42-46. Pero, en este artículo, nos centraremos en una óptica distinta, que es la falta de seriedad metodológica de la economía, lo cual afecta también el supuesto carácter de “ciencia dura o exacta” del AED.

¹⁹ Harvey (2007) 185.

²⁰ MacCormick subrayaba ya hace años que los que desean restaurar el mercado saben que éstos, aunque funcionen correctamente, generan cotas considerables de desigualdad económica, y no pueden defenderse o pretender su irresponsabilidad a este respecto. Véase MacCormick (1989) 319-320.

²¹ De hecho, junto con la desintegración de parte del sindicalismo y la precarización de los trabajadores, los gerentes han aumentado exponencialmente sus remuneraciones. Al respecto, el sociólogo Adam Goldstein en Estados Unidos, ha estudiado cómo los despidos, fusiones, informatización y desindicalización, que prometían un aumento de las ganancias de los accionistas, han derivado en un aumento del número de directivos en las empresas junto a un gran incremento en sus salarios. Por ello titula su artículo como la “revancha de los gerentes”. Véase Goldstein (2012) 268 y ss. En la misma línea, Thomas

económico neoliberal sigue manteniendo un gran peso en el mundo y una hegemonía casi absoluta en Chile. Si bien podemos concordar con que el

Piketty hace referencia a los “supermanagers” de los países anglosajones y sus abultados, excesivos y desproporcionales salarios respecto de los demás trabajadores. Véase Piketty (2014) 315 y ss. Por último, Michael Sandel señala con horror que en el 2007 la remuneración de los gerentes generales de las mayores empresas de Estados Unidos era 344 veces la de un trabajador promedio. En 1980 era de 42 veces. Si se compara con otros países, según datos del 2004-2006 los gerentes generales de Estados Unidos ganaron, en promedio, 13,3 millones de dólares anuales. Sus pares en Europa 6,6 millones y en Japón 1,5 millones. ¿Será que los gerentes de Estados Unidos tienen el doble de mérito que sus pares europeos y nueve veces el de los japoneses? ¿O en esto nada tiene que ver el Mercado o el mérito personal? Véase Sandel (2011) 28. Sobre el mismo tema Cohen habla de la nueva hiperclase. Véase Cohen (2013) 51 y ss. El aumento de la desigualdad en el mundo es un dato objetivo de los efectos de la narrativa neoliberal. Por ejemplo, en Dinamarca el 20% más rico gana 4 veces más que el 20% más pobre, en Estados Unidos gana 8 veces más y en Chile 13 veces más. Véase diario La Tercera “*El secreto danés para la equidad económica*” (29 de junio de 2014) 36. Lo anterior sin considerar que, en países como Dinamarca, la salud y educación son, además, gratuitas. En nuestro país, por el contrario, todo tiene precio. Este año ha salido un estudio que documenta la caída de la participación de los trabajadores en el PIB de Estados Unidos y cómo esto se encuentra en vinculación directa con el aumento de los monopolios privados. Véase, Dorn et al. (2017). Por otro lado, las décadas de dominio neoliberal han generado que hoy hay menos mercado y más monopolio. Por ejemplo, a fines del gobierno de Obama, en 2016, salió un informe acerca de la pérdida de competencia en el mercado norteamericano por las acciones empresariales y gubernamentales. Destaca la necesidad de que las autoridades y los jueces hagan efectiva la legislación antimonopolio y de esa forma disuadan conductas desviadas en el futuro. Lo anterior, sin perjuicio de otras acciones estatales para promover la libre competencia. En definitiva, la lucha contra la concentración monopólica ayudará a los trabajadores y consumidores. A los trabajadores, por ejemplo, cuando las empresas compiten y elevan salarios para atraer a los mejores empleados. O el poder del monopsonismo en el mercado laboral puede llevar a una empresa a restringir el empleo, reduciendo los salarios por debajo de lo que decretaría un mercado realmente competitivo. Es el clásico caso de las ciudades de empresas aisladas a finales del siglo XIX y principios del XX, donde los trabajadores sólo tenían una opción para vender su mano de obra y, por ello, a lo menos en el corto plazo, podrían ser explotados por la empresa sin contrapesos. Véase *Benefits of Competition and Indicators of Power Market* (2016), Council of Economics Advisers Issue Brief, April 2016. Disponible en: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20160414_cea_competition_issue_brief.pdf

mercado es un importante medio de asignación de recursos, no existe algo así como el mercado libre. Para la existencia de un mercado cualquiera es necesaria la regulación²² y el mercado de trabajo es uno de los más imperfectos en su funcionamiento²³.

Tanto la Globalización como la revolución informática han beneficiado al empresariado generando un desequilibrio en su favor que ha puesto en entredicho el antiguo orden mundial²⁴. En la actualidad, el capitalismo accionario cortoplacista se ha apoderado del planeta producto de la ideología del libre mercado imperante en el mundo²⁵. Y esta narrativa hegemónica neoliberal ha incidido también en los jueces, por ejemplo, en Estados Unidos²⁶. Por su parte, la Organización Mundial del Comercio fomenta y difunde el libre comercio y la competencia a cualquier costo, y se produce un darwinismo normativo, donde las multinacionales escogen entre los distintos ordenamientos jurídicos, específicamente el que se amolde mejor a sus intereses. Como señala Alain Supiot, se trata de una verdadera selección natural entre ordenamientos jurídicos (law shopping)²⁷. Es decir, el derecho sometido al mejor postor²⁸.

Pese a lo anteriormente dicho y al poder de estas ideas, no todos los economistas y científicos sociales concuerdan con esta visión hegemónica.

²² Chang (2012) 25 y ss.

²³ Sobre el funcionamiento del mercado y la constatación de que no existe algo así como el mercado libre, así como sobre la invisibilidad de las regulaciones: véase Chang (2012) 25-34.

²⁴ Cohen (2007) 23 y ss.

²⁵ Chang (2012) 35 y ss.

²⁶ Véase el artículo de Epstein, Landes y Posner analizando la tendencia mayoritariamente pro empresa y pro negocios de la Corte Suprema norteamericana en los últimos 50 años. Ver Epstein *et al.* (2013) 1431 y ss.

²⁷ Supiot (2011) 67.

²⁸ Lo que Eric Tucker denomina “Constitución Neoliberal” fomentada hasta la saciedad por el FMI, el BM y la OMC y cuya incidencia en la globalización es mucho mayor que cualquier tratado internacional o norma de derecho. Véase Tucker (2012) 355 y ss.

Por ejemplo, el economista coreano y profesor de la Universidad de Cambridge Ha-Joon Chang, sostiene que los países desarrollados de Occidente se hicieron ricos con recetas contrarias a las que actualmente se propugnan por el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial (BM). En vez de creer en el libre mercado, fueron claramente proteccionistas e interventores. De esta forma, al imponer en la actualidad el libre mercado “quitan” a los países pobres la “escalera” que ellos mismos usaron para desarrollarse: el proteccionismo²⁹. Por otro lado, el premio nobel de economía Amartya Sen ha sido un gran crítico del denominado “enfoque técnico” de los economistas, haciendo presente, por el contrario, el origen ético de la misma³⁰. Desde otra perspectiva, el profesor de derecho Robin Malloy ha sostenido que la búsqueda de la eficiencia económica, como generalmente se la entiende, no conduce a la creación sostenida de riqueza³¹.

Dentro de los académicos dedicados al derecho laboral podemos observar tres posturas frente al ataque del AED. Los que defienden la necesidad de esta rama del derecho desde una perspectiva valórica y de principios, otros que entran al debate económico representando la importancia de este derecho para el desarrollo económico y, por último, algunos que han decidido rendirse y orientar el derecho del trabajo hacia fines tan vagos como la empleabilidad. Ejemplos de la primera tendencia, que denominaremos de vocación protectora³², podemos mencionar, entre otros autores, a Guy Davidov quien opina que la protección del trabajador se mantiene como un imperativo vigente incluso en los países desarrollados³³ y a Harry Arthurs quien promueve la necesidad de que el derecho laboral se incruste en el sistema universal de derechos humanos, así como facilitar el desarrollo de su capital humano y de las capacidades de los trabajadores.

²⁹ Véase Chang (2004).

³⁰ Sen (2011) 22-23.

³¹ Malloy (2007) 175.

³² Véase Gamonal (2017) 255-275 y Gamonal & Rosado (2014) 605-665.

³³ Davidov (2007) 317-319; Davidov (2014) 1-35, y Davidov (2016).

Además, sostiene Arthurs, es necesario tener claro que el objetivo original de esta rama del derecho se ha mantenido intacto: habilitar a los trabajadores para que busquen justicia en el lugar de trabajo y en el mercado laboral³⁴. También el trabajo de Ruth Dukes es muy destacable. Esta autora rescata la función constitucional del derecho del trabajo, ya sostenida por Hugo Sinzheimer en la República Weimar, en orden a democratizar la economía³⁵. Por otro lado, Judy Fudge defiende una renovación del derecho del trabajo señalando que el trabajo es una mercancía ficticia³⁶. Asimismo, Manfred Weiss destaca la vigencia del derecho del trabajo y de sus fundamentos, y la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias sin perder de vista su fin protector primordial³⁷. Autores como Alan Bogg han denunciado en sus trabajos el autoritarismo del legislador británico que nuevamente ha limitado la actividad concertada de los trabajadores con la nueva ley sindical del año pasado (Trade Union Act/2016)³⁸. Finalmente, Lisa Rodgers enfatiza la importancia de las ideas kantianas de legalidad y ciudadanía para el derecho del trabajo³⁹.

Ejemplos de la segunda tendencia, que denominaremos como análisis jurídico/institucional de la economía (AJIE)⁴⁰, son algunos académicos que han cuestionado la idea neoliberal de que los estándares protectores laborales afecten negativamente la competitividad, citando el caso de los países del sudeste asiático⁴¹ o el de Sudáfrica⁴² en donde las regulaciones

³⁴ Arthurs (2011) 13-29, y Arthurs (2006) 373-388.

³⁵ Dukes (2011) 57-68. Dukes publicó luego un libro con un desarrollo más acabado de sus ideas. Véase Dukes (2014).

³⁶ Fudge (2011) 120-136.

³⁷ Weiss (2011) 43-56.

³⁸ Bogg (2016) 299-336.

³⁹ Rodgers (2014).

⁴⁰ Denominamos así esta visión en homenaje a los economistas institucionales y neo institucionales que siempre han considerado al derecho laboral como un factor de relevancia. Véase infra capítulo de conclusiones.

⁴¹ Deakin & Wilkinson (1994) 309.

laborales han jugado un rol clave para el desarrollo económico. Los trabajos de Deakin y Wilkinson han sido fundacionales en esta perspectiva⁴³. Anne Marie Lofaso enfatiza que el mercado libre viola derechos humanos y cómo una regulación mínima en favor de los trabajadores logra protegerlos, reconciliar el mercado con los fines sociales y hacer más eficiente al mismo mercado⁴⁴. Lofaso aboga por regulaciones que garanticen una verdadera autonomía del trabajador en el mercado, sobre la base de los planteamientos de Joseph Raz donde la autonomía se opone a una vida con elecciones coercitivas⁴⁵. Por último, Tonia Novitz y David Mangan enfatizan el importante rol del derecho del trabajo en el desarrollo económico, social y medioambiental desde la perspectiva del desarrollo sustentable⁴⁶.

La tercera tendencia, que denominaremos de los desencantados, fue anunciada hace más de 30 años por Paul Davies y Mark Freedland, quienes profetizan la crisis del derecho laboral británico en 1983, al hacer la introducción en calidad de editores de la tercera versión del libro clásico de Otto Kahn-Freund “Trabajo y Derecho”. Frente a los cambios legislativos anti sindicales (neoliberales) del gobierno de Thatcher, enfatizan que ha operado un cambio cualitativo en el derecho laboral, que hacen necesario el replanteamiento de su estructura⁴⁷. Y un análisis nuevo del mismo unido a las estrategias anti inflacionista. Es decir, agregan, debe incorporarse al análisis del derecho del trabajo más plenamente la política de rentas⁴⁸. En la actualidad, como expositores de los autores desencantados encontramos a Alan Hyde que plantea que la idea tradicional y valórica del derecho del trabajo ya no está vigente y que el derecho laboral es sólo una regulación de

⁴² Davies (2004) 167.

⁴³ Deakin & Wilkinson (2005). Véanse, además, Deakin & Wilkinson (1999) 561-571, y Deakin *et al.* (2014) 1-27.

⁴⁴ Lofaso (2007) 2-3.

⁴⁵ Lofaso (2007) 39 y ss.

⁴⁶ Novitz y Mangan (2011) 1 a 15.

⁴⁷ Davies & Freedland (1983) 32.

⁴⁸ Davies & Freedland (1983) 43.

carácter técnico como la bancaria⁴⁹. También Noa D. Zatz habla de la “imposibilidad del derecho del trabajo” centrado en un tipo de trabajo ya minoritario frente a la diversidad y fragmentación del mismo⁵⁰. Y, finalmente, el profesor canadiense Brian Languille, quien postula en forma bastante vaga la necesidad de un nuevo punto de partida para el derecho laboral, de una nueva narrativa abierta a las nuevas realidades de los cambios tecnológicos y de la globalización⁵¹.

No obstante todo lo dicho, en este trabajo deseamos realizar una crítica radical al AED y a la visión de los economistas sobre el derecho del trabajo. Esta crítica dice relación con el carácter pseudocientífico de la economía.

III. LA ECONOMÍA COMO CIENCIA EXACTA: UNA IMPOSTURA INTELECTUAL

Resulta asombroso que los manuales de economía y las escuelas de negocios, en vez de fomentar el pensamiento crítico, enseñen las recetas neoliberales como un dogma medieval intocable e (in) criticable. Ese carácter tiene su origen en una aplicación injustificada de la estricta noción de ciencia para el caso de la economía.

La ciencia es un saber que busca leyes mediante las cuales pueda explicar la realidad. Por medio de la ciencia se encuentran y formulan relaciones constantes entre los fenómenos y son justamente estas leyes las que permiten explicar y predecir fenómenos particulares. La ciencia constituye un saber crítico que estimula y desarrolla las dudas todo lo posible, siendo consciente de su carácter provisorio y de la posibilidad de ser revisado y/o superado. La ciencia justifica sus enunciados en dos dimensiones, una lógica y otra empírica y su conocimiento pretende ser objetivo, es decir, el sujeto debe tener la capacidad de elevarse sobre todo condicionamiento histórico y subjetivo y tomar la distancia suficiente respecto del objeto a conocer, para adoptar el punto de vista de un observador neutral. Este paradigma explica

⁴⁹ Hyde (2011) 88-97.

⁵⁰ Zatz (2011) 234-255.

⁵¹ Languille (2006) 13-36.

los ideales de las ciencias naturales, y justifica algunas visiones reduccionistas que estiman que las ciencias sociales están al debe dado que nunca alcanzarán la objetividad de las ciencias naturales⁵². Otras visiones enfatizan la especificidad irreductible de las humanidades, reivindicando para ellas un método propio y un tipo de conocimiento propio, más vinculado a la comprensión que a la explicación⁵³.

¿Y la economía? Esta disciplina está llena de cálculos matemáticos y gráficos y estadísticas⁵⁴ de carácter críptico y pareciera ser la ciencia más dura y exacta de todas las ciencias sociales⁵⁵

Es preocupante que el AED gane espacios en nuestras facultades de derecho, siendo que su fundamento (la eficiencia del mercado) no pasa de ser una fórmula dogmática, ultra conservadora, excesivamente teórica y por lo mismo completamente alejada de la realidad⁵⁶. Para los fanáticos más

⁵² Pardo (1997) 72 y 85. Cabe precisar que la “objetividad de las ciencias naturales” y el paradigma de la modernidad sobre el conocimiento científico también está en discusión en la época actual. Véase Pardo (1997) 69.

⁵³ Pardo (1997) 85.

⁵⁴ Cooter y Ulen son un buen ejemplo. Véase Cooter & Ulen (2008) 429-444, donde agregan un apéndice matemático al final del capítulo sobre AED y teoría del contrato.

⁵⁵ Los graduados de economía en las universidades norteamericanas de elite se auto perciben como cultores de la más científica de las ciencias sociales. Los economistas, además, son la única ciencia social con un Premio Nobel propio (gentileza del Banco de Suecia). Suelen tener los salarios más altos dentro de las universidades, y tienen mayores probabilidades de realizar costosas consultorías (hasta el 40% de sus ingresos) o pertenecer a directorios de empresas. Véase Fourcade *et al.* (2015) 89-90.

⁵⁶ Por ejemplo, el filósofo John Rawls criticaba ferozmente el “óptimo de Pareto” en su Teoría de la Justicia. Para el óptimo de Pareto una configuración es eficiente siempre que sea posible cambiarla de modo que beneficie a algunas personas o al menos a una, sin que al mismo tiempo dañe a otras personas o al menos a una. Véase Rawls (1997) 73. Al respecto, Rawls aclara que los principios de la justicia tienen prioridad sobre los de eficiencia. Para probar lo anterior, señala que “podría ser que en ciertas condiciones no pudiese reformarse significativamente el régimen de servidumbre sin reducir las expectativas de algún hombre representativo, digamos de los terratenientes, en cuyo caso la servidumbre es eficiente”. Véase Rawls (1997) 77. Con este ejemplo percibimos cómo el

extremos del AED la eficiencia económica es el objetivo central del derecho y no la justicia⁵⁷. Algunos de sus exponentes, como el juez federal y profesor de la Universidad de Chicago Richard Posner, generan gran perplejidad por sus sugerencias, por ejemplo, respecto de los costos y beneficios privados de las prácticas sexuales⁵⁸, o su propuesta de que el mercado de adopción de niños sería más eficiente si se los “vendiera” al mejor postor en vez de usar el sistema legal de adopción⁵⁹.

Muchos economistas serios han destacado lo opinable de la economía, su falta de precisión y cómo su “matematización” no pasa de ser mero marketing⁶⁰. Es lo que David Colander denomina “uso inapropiado de las matemáticas”⁶¹. Y qué duda cabe: la economía así como el derecho intentan adelantarse al comportamiento humano, rico e imprevisible desde siempre⁶².

óptimo de Pareto, aunque bien formulado teóricamente, puede incluso justificar la eficiencia de la esclavitud. Rawls agrega: “...estas reflexiones sólo muestran lo que hemos sabido todo el tiempo, esto es, que el principio de eficiencia no puede servir por sí solo como concepción de justicia” Sobre el óptimo de Pareto y el criterio de Kaldor-Hicks véase Ugarte (2001) 23-29.

⁵⁷ Existe una línea del AED más moderada, como ocurre con Guido Calabresi quien explica que su línea de trabajo es más bien de *Derecho y Economía*, dado que el AED consiste en aplicar teorías económicas para analizar, criticar o confirmar teorías legales vigentes, tomando la economía como dada, a diferencia de la corriente de *Derecho y Economía* que toma como punto de partida el derecho, mira el mundo real del derecho y se pregunta si la economía puede explicarlo. Cuando la teoría económica no nos puede dar una respuesta, en vez de asumir que el mundo real está mal o es irracional, el abogado de *Derecho y Economía* se pregunta si esa teoría económica puede alterarse o expandirse para explicar mejor la realidad legal, véase Calabresi (2011) 13-14.

⁵⁸ Posner (1998) 119 y ss.

⁵⁹ Posner (1987) 59-72.

⁶⁰ Véase Jacquard (1996) 121 y ss., y Forrester (1997).

⁶¹ Colander (2001) 7.

⁶² Toda medición es una construcción social que requiere más o menos un aparato social y tecnológico que defina qué se va a contar, cómo se va a tabular y cómo se van a identificar y corregir los errores. Véase Jennings (2001) 366. Ninguna medición es neutral. Véase Jennings (2001) 367. Lo mismo podemos decir del abuso de las estadísticas. Tanto la

Una muestra de esto es el trabajo efectuado por el profesor de finanzas del MIT Andrew Lo, quien revisó 21 libros dedicados a explicar la crisis financiera del 2008. Once escritos por académicos y 10 por periodistas y un ex secretario del tesoro. La conclusión es clara y contundente: no existe entre estos expertos una única interpretación acerca de la crisis y sus causas, sino una verdadera babel de visiones distintas y contradictorias. Andrew Lo enfatiza la necesidad de que la economía construya narraciones más exactas de los hechos para poder inferir conclusiones más precisas⁶³.

Numerosos economistas y científicos sociales contemporáneos, han sido críticos de la narrativa neoliberal dominante haciendo hincapié en que muchas de las desregulaciones propuestas en materia laboral, como la disminución del ingreso mínimo, han sido negativas⁶⁴. De igual forma y en otras materias laborales, como la necesidad de tener sindicatos fortalecidos, varios economistas y científicos sociales han denunciado lo tendencioso y político de muchas recetas neoliberales que han terminado debilitando a los sindicatos, aumentando el trabajo precario y finalmente destruyendo a la clase media. Por ejemplo, Algan y Cahuc⁶⁵, Atleson⁶⁶, Baylos⁶⁷, Brown y Oxenbridge⁶⁸, Western y Rosenfeld,⁶⁹ Schenk⁷⁰, Forbath⁷¹, Hacker y Pierson⁷², Stern⁷³, Raday⁷⁴, Stiglitz⁷⁵, y Lichtenstein⁷⁶.

muestra que se escoge, como el tipo de promedio (media, mediana o moda), los pequeños datos que se omiten, la forma de presentar los gráficos, la confusión de correlación con causalidad, etc., permiten manejar y mentir con apariencia de objetividad. Al respectóvéase, Huff (2011).

⁶³ Lo (2012) 151-178.

⁶⁴ Krugman (2007) 15.

⁶⁵ Algan & Cahuc (2007).

⁶⁶ Atleson (1985) 841-872.

⁶⁷ Baylos (2012).

⁶⁸ Brown & Oxenbridge (2004) 63-77.

⁶⁹ Western & Rosenfeld (2012) 88-99.

⁷⁰ Schenk (2014) 12-14.

La economía intenta ser la ciencia social más exacta, la más verdaderamente científica, aunque sus resultados predictivos son más que mediocres. Mario Bunge, famoso epistemólogo, ha destacado que la mal llamada ciencia económica juega con ideas que tienen poco o nada que ver con el mundo real:

“En la ciencia económica, entonces, hay todavía muchos modelos, hipótesis y teorías que nunca han sido verificados salvo en cuanto a su consistencia lógica, o que han sido concluyentemente falsabilizados, no obstante lo cual siguen atestando reputadas publicaciones y populares libros de texto”⁷⁷.

Los economistas muestran indiferencia hacia la verdad, que es lo que supuestamente buscan los científicos. Los miembros de la Escuela Austríaca, como Menger o Von Mises, sostenían que las teorías económicas eran verdaderas *a priori*⁷⁸. Otra variante es la de Milton Friedman, campeón, según Bunge, de la variedad ficcionista o antirrealista en economía, en donde los supuestos no importan si no sólo las consecuencias e incluso los supuestos pueden ser alocadamente irrealistas.

David Colander acusa a Milton Friedman de lo que denomina “El arte perdida de los economistas”. En efecto, el padre del famoso economista J.M. Keynes, John Neville Keynes, escribió en 1891 un libro clásico sobre economía y método (*The Scope and Method of Political Economy*). En este texto, según Colander, Keynes padre distinguía entre tres categorías: economía positiva (ciencia económica teórica, no aplicada), economía normativa (estudio de lo que debiera ser, no es economía aplicada) y el arte de la

⁷¹ Forbath (2012) 58-65.

⁷² Hacker & Pierson (2011) 74.

⁷³ Stern (2013) 119-138.

⁷⁴ Raday (2004) 353-377.

⁷⁵ Stiglitz (2012) 135.

⁷⁶ Lichtenstein (2002).

⁷⁷ Bunge (1999) 168.

⁷⁸ Bunge (1999) 169.

economía, referida esta última la economía aplicada. Estas categorías fueron reconocidas al inicio del trabajo de Milton Friedman (*Methodology of Positive Economy*), pero Friedman las reduce a las dos primeras en el resto del texto⁷⁹. Colander habla del “arte de los economistas”, dado que se trata de una ciencia social que busca comprender el complejo entramado social y donde las ciencias exactas suelen ser poco exitosas, es decir, cuando se deben comprender sistemas complejos que no son reconducibles o a un modelo o una ecuación, porque las interacciones son demasiadas y las dinámicas no son lineares. Pero los economistas suelen olvidar esto y adolecen de “artefobia”⁸⁰. El arte de la economía conecta la economía positiva con la normativa, vinculando lo aprendido en economía positiva con los fines desarrollados por la normativa y analizando cuán realistas son dichos fines. Dice relación con soluciones del mundo real a problemas del mundo real⁸¹. Con el olvido del “arte de los economistas” se trabaja con modelos que suelen ser irreales⁸².

⁷⁹ Colander (2001) 19, 20 y 28. En alguna medida Friedman retoma la tendencia hegemónica decimonónica que John Neville Keynes prefirió ignorar. La economía se cultivaba en el siglo XIX en las facultades de derecho o principalmente en las de filosofía. Y la disciplina era llamada “economía” pura y simplemente, a diferencia de la “economía política” popular en el siglo XVIII, debido a las teorías económicas liberales prevaletentes en el siglo XIX. Al eliminar el adjetivo de “política”: “los economistas podían sostener que el comportamiento económico era el reflejo de una psicología individual universal, y no instituciones socialmente construidas, argumento que a continuación podía utilizarse para afirmar la naturaleza de los principios del *laissez-faire*”. Véase Wallerstein *et al.* (2016) 20. El informe de la Comisión Gulbenkian es concluyente en este sentido: “La ciencia política como disciplina separada respondía a un objetivo ulterior: el de legitimar a la economía como disciplina separada. La economía política había sido rechazada como tema con el argumento de que el estado y el mercado operaban y debían operar según lógicas distintas. Y ésta lógicamente requería, como garantía a largo plazo, el establecimiento de un estudio científico separado del espacio político”. Véase Wallerstein *et al.* (2016) 23.

⁸⁰ Colander (2001) 10 y 123 y ss.

⁸¹ Colander (2001) 29.

⁸² Colander (2001) 32.

Bunge enumera ciertas características que alejan a la economía de las ciencias duras o exactas, como invertir un desproporcionado ingenio matemático en formalizar, embellecer y analizar supuestos no verificables o derechamente falsos. Se resalta su similitud a la teología, dado que discute arduamente sobre conceptos como la escasez, la utilidad, el precio fantasma y las expectativas, pero invierte muy poco esfuerzo en vincular estas variables teóricas con variables observables a través de indicadores económicos. Además, la economía dominante realiza afirmaciones extravagantes en favor de hipótesis comportamentales y económicas (con el nombre de leyes o principios *a priori*), y muy pocas veces o nunca se someten a prueba o, peor aún, cuando se demuestra su falsedad los economistas les atribuyen entonces a estas afirmaciones una gran capacidad heurística o normativa. Por último, entidades fenecidas como el libre mercado son a veces glorificadas y al mismo tiempo se ignoran importantes acontecimientos económicos, como la concentración de capitales, la cooperación, el trueque, la desindustrialización y la estanflación⁸³. Como consecuencia del análisis precedente, Bunge concluye categóricamente que la economía es una *semiciencia o protociencia*, con algunos bolsones de ciencia madura y otros de *pseudociencia*, haciendo un llamado a los economistas a abstenerse de utilizar la economía como una excusa para hacer matemáticas⁸⁴.

Alan Sokal y Jean Bricmont denunciaron hace años el intento de algunos científicos sociales (no sólo economistas) de revestirse de matemáticas y modelos de las ciencias naturales para reforzar sus tesis y propuesta ideológicas. Estos autores intentaron denunciar el abuso reiterado de conceptos y términos procedentes de las ciencias físico-matemáticas en las ciencias humanas o sociales, sin ningún tipo de justificación empírica o conceptual de dicho proceder⁸⁵. Todo partió con una broma. Alan Sokal, profesor de física en la Universidad de Nueva York, decidió hacer un

⁸³ Bunge (1999) 171.

⁸⁴ Bunge (1999) 173-174.

⁸⁵ Sokal & Bricmont (1999) 22.

experimento no ortodoxo. Presentó un trabajo a la revista *Social Text*, una revista cultural norteamericana, que en realidad era una parodia de algunos tipos de trabajo que consideraba poco serios. ¡Y su artículo fue aceptado y publicado! Se titulaba: “Transgredir las fronteras: hacia una hermenéutica transformadora de la gravedad cuántica”. El artículo estaba plagado de absurdos, adolecía de falta de lógica y postulaba un relativismo cognitivo extremo. Poco después el mismo Sokal se encargó de desvelar la broma suscitando un gran escándalo, con titulares en el *New York Times* y en *Le Monde*, entre otros medios de prensa⁸⁶. Su objetivo era denunciar lo que denominaba tendencias posmodernas y relativistas, y del cual su “artículo parodia” era un ejemplo: “...se construyó a partir de citas de eminentes intelectuales franceses y norteamericanos sobre las presuntas implicaciones filosóficas y sociales de las ciencias naturales y de las matemáticas; citas absurdas y carentes de sentido, pero que, no obstante, eran auténticas”⁸⁷.

Con este texto, los autores deseaban mostrar cómo algunos científicos sociales hablan prolijamente de teorías científicas que no entienden, incorporan a sus argumentos nociones de las ciencias naturales sin justificación alguna, exhiben una erudición superficial utilizando términos técnicos que resultan incongruentes, pero logran de esta forma intimidar al lector no científico. En definitiva, estos científicos sociales manipulan frases sin sentido, hablan con una arrogancia que su (in) competencia científica no justifica y redactan manifiestos de charlatanería⁸⁸.

De esta forma, la economía hegemónica pretende ser una ciencia natural o exacta y no es más que una impostura intelectual que utiliza mucha matemática y modelos de las ciencias naturales para disfrazar una ideología

⁸⁶ Sokal & Bricmont (1999) 19 y 20.

⁸⁷ Sokal & Bricmont (1999) 21.

⁸⁸ Sokal & Bricmont (1999) 22-23. Los autores denunciados por Sokal y Bricmont son, entre otros: Jacques Lacan, Julia Kristeva, Luce Irigaray, Bruno Latour, Jean Baudrillard, Gilles Deleuze, Félix Guattari, Paul Virilio y Henri Bergson. Sokal y Bricmont hacen presente que quedan fuera otros autores, lo que en nada afecta al argumento. El listado es largo y comprende casi todas las aplicaciones de las matemáticas a las ciencias sociales, como hacen los economistas. Véase Sokal & Bricmont (1999) 31.

y, contrariamente a su propósito manifiesto, sostener dogmas que no pueden criticarse o falsearse. Resulta entonces paradójico que muchos economistas por un lado reivindican el carácter de ciencia exacta de su disciplina, pero traicionan uno de los supuestos fundamentales de las ciencias exactas: el ser un saber crítico dispuesto constantemente a ser revisado y/o superado⁸⁹. Además, la economía participa de los problemas que tienen todas las ciencias sociales (y obviamente el derecho) para realizar mediciones precisas. Toda medición requiere de supuestos que son su punto de partida, pero en ciencias sociales suele no haber acuerdo sobre los supuestos. Además, toda medición debe partir de supuestos acerca de sus instrumentos, pero en ciencias sociales es mucho más difícil tener certeza en cuanto a los instrumentos de medición según un patrón objetivo. Por último, toda medición supone la reducción de la realidad a dimensiones determinables o cuantificables. Es decir, lo real es aquello que puede ser calculado, medido y manipulado, según principios de equivalencia lógica y matemática. Pero considerando el carácter temporal y lingüístico de la realidad social, estos supuestos aparecen a lo menos muy parciales⁹⁰. Lo anterior se agrava con la insularidad de los economistas. En efecto, en Estados Unidos son la disciplina social que cita menos estudios o investigaciones de otros colegas de ciencias sociales pares (sociología, ciencia política, psicología, etc.)⁹¹. Como se concluye en el informe de la Comisión Gulbenkian respecto de la economía, de la ciencia política y de la sociología:

“Al tomar como modelo las ciencias naturales, alimentaron tres tipos de expectativas que han resultado imposibles de cumplir tal como se había anunciado en forma universalista: una expectativa de predicción, y una expectativa de administración, ambas basadas en una expectativa de exactitud cuantificable”⁹².

⁸⁹ Pardo (1997) 70.

⁹⁰ Pardo (1997) 87-88.

⁹¹ Véase Fourcade et al. (2015) 91 y ss.

⁹² Véase Wallerstein et al. (2016) 55.

Considerando las deficiencias y falencias del discurso hegemónico dominante y ponderando la pretensión de los economistas de ser una ciencia exacta como una impostura intelectual, podemos revisar brevemente y “poner en su lugar” las críticas que el AED hace al derecho laboral. Richard Epstein, por ejemplo, es una especie de fanático de las reglas de despido libre o a voluntad en Estados Unidos (employment at will)⁹³. Según estas reglas, el empleador puede despedir por buena, mala o ninguna causa al trabajador. Sin preaviso y sin indemnizaciones por años de servicio. Este país es la única nación desarrollada sin tutela frente al despido del trabajador⁹⁴. Las razones de Epstein son las siguientes: debe respetarse la libertad contractual de las partes porque permite la concreción de la autonomía individual y ayuda a que los mercados de trabajo sean eficientes. El despido libre, agrega, refleja la práctica dominante en el mercado e introducir una regla de despido por justa causa podría alterar ese equilibrio. La regulación estatal de la vida personal, de la vida religiosa o de las actividades políticas es indeseable, al igual que en las relaciones laborales⁹⁵. Para Epstein, es justamente la eficiencia del despido libre lo que lo hace tan común y popular en Estados Unidos⁹⁶. En otras palabras, nos dice, la sobrevivencia del empleo a voluntad y la frecuencia de su uso puede considerarse un signo de su idoneidad⁹⁷. Con un sistema así de libre no es posible ni probable que el empleador abuse del trabajador, dado que éste siempre puede renunciar por una buena razón, sin razón o incluso por una mala razón⁹⁸. El empleo a voluntad es muy barato de administrar y, según

E incluso en las Ciencias naturales se reconoce que el que mide modifica lo medido, aunque esta afirmación aún es discutida en ciencias sociales en donde es más obvia. Véase Wallerstein et al. (2016) 64.

⁹³ Epstein (1984) 947-982.

⁹⁴ Véase Martínez & Arufe (2007) 207.

⁹⁵ Epstein (1984) 951- 954.

⁹⁶ Epstein (1984) 965.

⁹⁷ Epstein (1984) 948.

⁹⁸ Epstein (1984) 966.

Epstein, para los trabajadores es más fácil que para el empleador superar los errores de un despido, porque el trabajador rápidamente puede conseguir un nuevo empleo e incluso el despido libre le facilita esta tarea, porque no implica un incumplimiento o falta del trabajador que lo estigmatice, dado que todos los contratos de trabajo son a voluntad⁹⁹.

Como podemos apreciar estos argumentos son de tipo teológico. Si usted tiene fe en lo que dice Epstein concordará con sus opiniones. Si usted cree que el trabajador es libre, que siempre puede renunciar y encontrar un mejor empleo, es decir, que el empleador vive cuasi intimidado dado que el trabajador puede renunciar en cualquier minuto, encontrará muy razonable su argumentación. Si usted tiene fe en que una práctica social es buena sólo porque perdura en el tiempo, le encontrará la razón a Epstein. Este autor tampoco da prueba alguna de por qué la autonomía individual ayuda a que los mercados sean eficientes. Pero para los fanáticos del AED hablar de “eficiencia” es como mencionar una palabra sagrada. Todos guardan respetuoso silencio, no vaya ser que el derecho pueda ser ineficiente.

Un caso excepcional es el estado de Montana, que tiene normas de término de contrato¹⁰⁰. Andrew P. Morriss, profesor de negocios y derecho en la Universidad de Illinois, hacía presente en 2007 que los estudios empíricos respecto de esta ley protectora concluían que su aplicación había disminuido el empleo en Montana un 0,46% por año, citando un trabajo de Ewing, North y Taylor¹⁰¹. Impacta la precisión del cálculo. E impacta más que otros estudios concluyen lo contrario. Como señala Ann McGinley, casi 10 años desde la entrada en vigencia de la ley de despido en Montana la cesantía había bajado de 7,4% en 1987 a 5,5% en 1995¹⁰². Y peor aún, el estudio que cita Morriss concluye lo contrario de lo que el afirma, es decir, durante

⁹⁹ Epstein (1984) 970.

¹⁰⁰ En 1987 Montana publicó la *Montana Wrongful Discharge From Employment Act*, estableciendo que el despido sólo puede ser por justa causa.

¹⁰¹ Morriss (2007) 250.

¹⁰² McGinley (1996) 1443, 1522-1523.

los primeros 20 años de vigencia de la ley de despido de Montana, aumentó el empleo¹⁰³. Es obvio que no estamos diciendo que la ley generara ese efecto. Pero toda la teoría económica y neoliberal queda por el suelo con estas estadísticas. Si se protege no necesariamente aumenta el desempleo.

Un autor muy entusiasta del AED es el profesor de derecho laboral de la Universidad de Cornell, Stewart J. Schaw. En un trabajo publicado este año, Schaw explica la incidencia del AED en el derecho del trabajo. Agrupa en tres “eras” las relaciones entre el AED y el derecho laboral. Primero la era que se basaba en que el mercado operaba en forma perfecta. Luego, una segunda era que toma en cuenta las fallas de mercado y por último una era actual que se debate entre estudios empíricos para mediar y decidir si el mercado funciona o no¹⁰⁴. Porque claro, estamos hablando de economía, una ciencia exacta en donde los estudios empíricos son vitales.

Luego de explicar brevemente la historia del AED Schaw intenta ilustrar cómo se relacionan el AED y el derecho laboral. Expone, por ejemplo, que el óptimo de vacaciones son dos semanas¹⁰⁵, y que los trabajadores en cuanto agentes racionales prefieren contratos con menos vacaciones pero con mejor paga¹⁰⁶. Más adelante nos da algunos “datos metodológicos”: el AED aplicado al derecho del trabajo se basa en la idea de que todos los agentes son racionales¹⁰⁷. Señala que para la economía la maximización de la eficiencia social es muy relevante. Indica, asimismo, que la economía más que centrarse

¹⁰³ Ewing et al. (2005) 31.

¹⁰⁴ Schwab (2017) 115.

¹⁰⁵ Porque la productividad del trabajador se eleva con cada semana de vacaciones, pero si se pasa a tres semanas el aumento de productividad ya es antieconómico para el empleador. Es decir, las vacaciones para el AED son procedentes sólo cuando el empleador obtenga una ganancia, esto es un aumento de productividad del trabajador mayor que el costo de pagarle las vacaciones.

¹⁰⁶ Schwab (2017) 125.

¹⁰⁷ Schwab (2017) 129.

en análisis normativo se dedica a un análisis positivo. Agrega que la economía estudia las consecuencias involuntarias de las regulaciones¹⁰⁸ y que los defensores de que el derecho laboral debe ser protector adolecen de falta de realismo, porque Schaw se pregunta ¿quién hace las leyes, los débiles o los poderosos? Y claro, la respuesta es obvia el dinero influencia en los legisladores. Y entonces nos explica que los seguidores del AED miden de otra forma el bienestar social, considerando no sólo a los trabajadores sino también a los consumidores, a los niños, a los jubilados, inversores y a los no trabajadores. Y es enfático para señalar que la protección de los trabajadores no es el fin único de la sociedad¹⁰⁹. Agrega que el AED tiene en cuenta que todo tiene un precio y que debe haber conciencia al respecto. Enfatiza el escepticismo frente a las regulaciones y dedica todo un apartado a las fallas de mercado¹¹⁰. Por último señala que en el AED el desnivel de poder negociador juega un rol limitado al momento de estudiar el contrato de trabajo¹¹¹.

En fin, son muchos los supuestos ideológicos de Schaw que lo alejan de la actitud científica tipo ciencia exacta que los economistas se jactan de poseer. Intentar explicar la realidad y el mundo del trabajo desde una supuesta racionalidad de sus actores, en aislamiento de las complejidades del ser humano es más parecido a la visión que podrían tener de estos temas los prisioneros de la *Alegoría de la Caverna* de Platón, que los científicos en búsqueda de la verdad. La unidireccionalidad o parcialidad de los análisis genera respuestas y diagnósticos incompletos. En el mundo de las relaciones humanas, aislar un factor y elevarlo a directriz suprema implica perder la óptica. Por ejemplo, si el empleador es un maximizador racional, preferirá no pagar muchas multas por prácticas antisindicales, sobre todo si

¹⁰⁸ Schwab (2017) 130-131.

¹⁰⁹ Schwab (2017) 131-132.

¹¹⁰ Schwab (2017) 133-135.

¹¹¹ Schwab (2017) 139 y ss.

son elevadas. Pero en Chile, todos los años numerosas empresas prefieren pagar multas y hacer costosas prácticas antisindicales, incluso más costosas que lo solicitado por los sindicatos, con el único fin de asentar un principio: el sindicato no es un agente válido para negociar. Es decir, aunque salga más caro, esos empleadores no se van a sentar a negociar con tal o cual sindicato. En consecuencia, estamos ante un tema de poder y no de maximización económica. De cultura feudal del tercer mundo y no de la racionalidad propia de la modernidad.

Schaw también recurre a un sofisma ya sostenido por Hayek. Nos recuerda que en la sociedad no sólo hay trabajadores, sino también niños, desempleados, consumidores, jubilados, etc. Es decir, la torta no da para todos y debemos elegir, o los huerfanitos o los sindicatos. ¿Y los empleadores? Nunca están en estas comparaciones, por tanto, el argumento aunque falso es genialmente operativo: poner a competir a los débiles entre ellos, a los desamparados en una elección dramática. Sin embargo, en este punto ya estamos frente a ideología pura. El científico hace tiempo que perdió el rumbo con estos sofismas. Hayek desarrolló este argumento más conocido como *insider/outsider*: “La verdad esencial, no entendida por todos, es que todos los poderes que emplean los sindicatos para elevar la remuneración de sus miembros se basan en privar de oportunidades a otros obreros”¹¹². En otras palabras, los sindicatos perjudican al resto de la sociedad, porque privilegian a sus miembros con empleo estable, estableciendo barreras para que encuentren trabajo los desocupados y los trabajadores informales¹¹³. Si esto fuera cierto, ¿por qué la mayoría de los países desarrollados mantiene sistemas de negociación colectiva que abarcan a más del 50% de sus trabajadores? Los propagandistas del AED no tienen respuesta frente a esta realidad, más que seguir repitiendo hasta la saciedad sus dogmas. En todo caso se agradece el arrebató de sinceridad de

¹¹² Hayek (2009) 88.

¹¹³ Ichino (1998) 310-311.

Schaw, al afirmar que el derecho está hecho por los poderosos y, por ende, en el AED no hay lugar para débiles. Es la versión jurídica del darwinismo social¹¹⁴.

Otro autor fanático del AED es el ya citado Richard Posner. Sus afirmaciones son verdaderamente increíbles y a veces tragicómicas. Parte señalando que él no toma partido de si el precio del trabajo lo debe decidir un mercado competitivo o un sistema de carteles como los sindicatos. Su análisis, nos destaca, es positivo y no normativo¹¹⁵. Es decir, y en concordancia con la narrativa hegemónica, leeremos no a un cientista social si no a un cultor de la economía como ciencia exacta. Luego se manifiesta a favor de algunas regulaciones que fueron protectoras en Estados Unidos en la década de los años treinta (sobre todo la Ley Wagner sobre negociación colectiva), dado que claramente el common law no era eficiente¹¹⁶. Sin embargo, Posner critica a los defensores del sindicalismo que sostienen que los sindicatos favorecen la mejora de la productividad, por ignorar uno de los supuestos básicos de la economía: que las personas en general y los empleadores en particular son maximizadores racionales de sus utilidades. Si esto fuera así, es decir si los sindicatos mejoraran la productividad, los empleadores no gastarían dinero y recursos en desincentivar la formación de los mismos, ya que sería una conducta irracional.

¹¹⁴ El darwinismo social es una variante de la doctrina del progreso inevitable. Si el progreso es el resultado de la lucha social en que la competencia triunfa, el interferir con esa lucha social es interferir con el progreso social. El darwinismo social califica de irracional e irreal cualquier concepción asociada con los perdedores en el proceso evolutivo de la “supervivencia del más apto”. La racionalidad tecnocrática, en cuanto versión más avanzada del racionalismo moderno, ha sido en muchos sentidos el avatar del darwinismo social. Se le niega legitimidad a cualquier concepto que no encaje en un modelo de racionalidad de fines y medios, así como a cualquier institución que no tenga una utilidad funcional inmediata. Véase Wallerstein et al. (2016) 93-94.

¹¹⁵ Posner (1984) 990.

¹¹⁶ Posner (1984) 991.

Pero no es el caso, nos dice Posner. Porque el sentido común indica que los sindicatos elevan el valor del trabajo más allá de la productividad y por ello los empleadores no los desean. Así se explica por qué los sindicatos están a favor del salario mínimo, para elevar el precio de los trabajadores no sindicalizados que pudieran sustituir a los miembros del sindicato y explica también por qué los sindicatos demandan del gobierno seguridad en el trabajo, para de esta forma reducir la competencia de los trabajadores no sindicalizados¹¹⁷. Un no sindicalizado con tal de trabajar podría aceptar un salario más bajo o menos condiciones de seguridad que los trabajadores del sindicato y de esta forma competirles. Pero los sindicatos logran neutralizar esta competencia con el salario mínimo y las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Posner sigue su razonamiento sobre cómo los sindicatos son verdaderos carteles monopólicos que restringen la competencia. Por ejemplo, explica que generalmente acuerdan con el empleador la derogación para sus miembros de la regla de despido libre (employment at will). Es decir, el despido debe ser por justa causa. Nuevamente Posner sugiere que de esta forma se limita la competencia, ya que se logra un tratamiento preferencial para los trabajadores más viejos, que podrían ser reemplazados por uno más joven, pero como el despido debe ser por justa causa el empleador no puede deshacerse de los trabajadores seniors¹¹⁸.

Posner complementa estos argumentos sobre el derecho laboral en su conocido libro de análisis económico del derecho. Nos dice que no es necesaria la tutela del legislador porque si un empleador es arbitrario o caprichoso nadie querrá contratarse con él, o sea, el mercado lo castigará y deberá enmendar su conducta o pagar más¹¹⁹. El mercado es el antídoto, porque las partes negocian en forma voluntaria los contratos¹²⁰. Este autor

¹¹⁷ Posner (1984) 1000-1001.

¹¹⁸ Posner (1984) 1006.

¹¹⁹ Posner (2007) 529.

¹²⁰ Posner (2007) 530.

se pregunta, por ejemplo, ¿quién debe pagar por la capacitación o adiestramiento del trabajador? Si paga el empleador, el trabajador podrá amenazarlo con renunciar a menos que le pague más y el empleador perderá su inversión. Si, por el contrario, es el trabajador quien paga la capacitación, será ahora el empleador quien podrá amenazarlo con despedirlo si no acepta un salario menor. Si ambos contribuyen en el costo de la capacitación, estos riesgos se minimizan dado que ambos tienen algo que perder. Si el trabajador paga una parte percibiendo un menor salario el empleador no lo despedirá, dado que perdería su inversión, no tendría como cobrarle el monto adeudado restante¹²¹.

Los argumentos de Richard Posner pueden ser criticados desde varios puntos de vista.

(1) Aunque se diga objetivo y que su análisis es positivo y no normativo, claramente su punto de partida es que la competencia es lo mejor y que en la realidad el mercado de trabajo funciona en forma perfecta. Es decir, Posner parte su análisis asumiendo acríticamente y como dogma los supuestos neoliberales. Se trata del Posner activista, propagandista e ideológico.

(2) Algunas de sus sugerencias limitan con la ingenuidad o la mala fe. Postular que si un empleador es arbitrario el mercado lo castigará porque nadie querrá contratarse con él, es como de otro mundo. Quizás un extraterrestre o una persona que jamás ha hablado con un trabajador, o quizás una persona que no tiene estas incertezas (tanto los jueces federales como los profesores universitarios tienen estabilidad en Estados Unidos) puede pensar algo tan ajeno a la realidad. El sentido común y una mínima experiencia no lo sustentan.

(3) Y hablando de experiencia, si lo que Posner postula fuera cierto, y la tutela laboral y los sindicatos limitan la competencia y ello tiene nefastas consecuencias para la economía, el crecimiento, el empleo y la prosperidad, los países que no siguen la receta de Posner debieran estar en la bancarrota, con miles de cesantes, con mayor pobreza que Estados Unidos, al borde del

¹²¹ Posner (2007) 529-530.

colapso, etc. Pero cualquier lector de cultura media sabe que no es así. Noruega, Finlandia, Canadá, Suecia, Dinamarca e Islandia son los países más avanzados del planeta, con mayores grados de libertad e igualdad, con menos pobreza, en fin, sociedades envidiables y con un derecho laboral protector, sindicatos fuertes, negociaciones sectoriales o ramales, etc. ¿Qué nos puede decir Posner, el objetivo, el analista positivo, el científico economista ante el éxito de estos países?

IV. CONCLUSIONES: EL DERECHO LABORAL Y EL FUTURO DEL CAPITALISMO

“Galileo dijo que el mundo natural está escrito en un lenguaje matemático. Ahora la gente está tratando de creerse que el mundo social está escrito con lenguaje económico”.

Pierre Bourdieu¹²²

¿Cómo podía haberse equivocado tanto esa gente tan lista, licenciada en algunas de las mejores universidades y con ecuaciones hipermatemáticas saliéndoles por las orejas?

Ha-Joon Chang¹²³

Ha-Joon Chan describe que en noviembre de 2008 la reina Isabel II visitó el London School of Economics para escuchar una presentación acerca de la crisis financiera. Una vez finalizada la exposición, la reina preguntó: ¿Cómo puede ser que no lo previera nadie? Durante el último par de décadas no había habido apenas un gran experto (premio Nobel, profesor, banquero u otro) que no haya repetido que el mundo iba viento en popa. Pero la realidad de la crisis daba cuenta de un estado de cosas muy distinto. La Academia Británica el 2009 reunió a los principales economistas del mundo académico, financiero y de gobierno, concluyendo que los economistas eran

¹²² Bourdieu (1998) 157.

¹²³ Chang (2012) 273.

competentes y que a título individual su trabajo se hacía correctamente, pero que los árboles habían impedido ver el bosque mientras se fraguaba la crisis. Hubo un fallo de imaginación que les impidió entender los riesgos del sistema en su conjunto. Es decir. “la flor y nata del mundo económico británico venía a reconocer que no entendía qué había salido mal”¹²⁴.

Los economistas neoliberales han moldeado nuestras vidas como si fueran una especie de gurús, propagando una serie de ideas como si se tratara de verdades objetivas e incriticables. Han aportado justificaciones teóricas para la desregulación financiera y la búsqueda desaforada de beneficios al corto plazo. Han fomentado y justificado políticas que han producido un crecimiento más lento, una mayor desigualdad, unos puestos de trabajo menos seguros y unas crisis financieras más frecuentes que hace tres décadas. Los economistas han ayudado a desestabilizar la vida de los ciudadanos, y han presentado como inevitables el aumento de la desigualdad, los sueldos astronómicos de los ejecutivos, o la pobreza extrema en los países pobres. Chan concluye en forma categórica que: “Las ciencias económicas, por decirlo de otro modo, no han sido irrelevantes, sino algo peor: tal y como se han practicado en las últimas tres década, han perjudicado claramente a la mayoría de las personas”¹²⁵.

Parece teatro del absurdo, pero es verdad. Una ideología subjetiva y falible disfrazada de verdad matemática absoluta predomina en el discurso político como verdad revelada y domina las decisiones más importantes para nuestro planeta en la Era de la Información. Ante una irracionalidad de este tipo, nos asaltan las imágenes de la mejor literatura universal a nuestra disposición ¹²⁶. Nos recuerda, por ejemplo, la obra de Hans Christian Andersen *El Traje Nuevo del Emperador*, cuando el Emperador va desnudo y es adulado por sus súbditos: “Nadie quería reconocer que no veía nada, porque al hacerlo mostrarían que no estaban a la altura de sus cargos o que eran muy tontos. Ninguno de los trajes del emperador había tenido tanto

¹²⁴ Chang (2012) 274, 272-274.

¹²⁵ Chang (2012) 275.

¹²⁶ La literatura da cuenta del alma humana con sus dualidades de forma inigualable.

éxito”¹²⁷. ¿En consecuencia, debemos prescindir de los economistas? Obviamente no. Lo que denunciamos como impostura es el tipo de narrativa económica neoliberal de las últimas tres décadas que lleva al mundo por el despeñadero económico, social, ambiental y político.

Pero existen otros economistas que se toman en serio la importancia de la economía y no nos referimos sólo a los padres fundadores de los siglos XVIII y XIX. Su trabajo tiene en común reconocer que el capitalismo se desarrolla mediante inversiones e innovaciones tecnológicas a largo plazo¹²⁸. Bruce E. Kaufman ha estudiado la evolución del pensamiento económico respecto del mercado de trabajo, destacando que la mayoría de los economistas han reconocido que es un mercado imperfecto y que por lo mismo requiere intervenciones legales y fomento de la negociación colectiva. En su análisis menciona Adam Smith¹²⁹, Alfred Marshall¹³⁰, a los economistas institucionalistas de la Universidad de Wisconsin influenciados por el pensamiento del matrimonio de economistas ingleses Sydney y Beatrice Webb (Commons, Perlman, Witte, Lescohier)¹³¹, a Douglass, Millis y Slicher¹³², a los economistas posteriores a la Segunda Guerra Mundial denominados neo institucionalistas o neoclásicos revisionistas (Dunlop, Kerr, Lester y Reynolds)¹³³, y, más contemporáneamente, al Grupo de Cambridge (profesores del MIT y de Harvard como Samuelson, Solow, Thurow, Freeman, Doeringer, Piore, Summers, Akerlof y Osterman)¹³⁴. Todos estos economistas concuerdan en que el mercado de trabajo es

¹²⁷ Andersen (2005) 151.

¹²⁸ Chang menciona a List, Schumpeter, Kaldor, Hirschman, Simon, Pigou, Sen, Baumol o Stiglitz. Véase Chang (2012) 276-277.

¹²⁹ Kaufman (1994) 147. Hace presente, en todo caso, que Smith pareciera contradecirse en algunos pasajes de su clásica obra *La Riqueza de las Naciones*.

¹³⁰ Kaufman (1994) 150.

¹³¹ Kaufman (1994) 153 y ss.

¹³² Kaufman (1994) 157.

¹³³ Kaufman (1994) 162.

¹³⁴ Kaufman (1994) 177.

imperfecto. Obviamente difieren en cuanto al grado de regulación o al grado de negociación colectiva necesaria frente a estas imperfecciones, pero están de acuerdo en que el mercado de trabajo se encuentra muy lejano de operar en forma perfecta.

La gran excepción es la Escuela de Chicago (Friedman, Stigler, Lewis y Becker)¹³⁵. Estos economistas estiman que el mercado de trabajo funciona en forma perfecta y que, por tanto, no son necesarias regulaciones y menos negociación colectiva. La Escuela de Chicago ha sido la base de la hegemonía neoliberal en el mundo, y no debemos confundirla con los economistas o con la economía como una importante y respetuosa ciencia social. Kaufman intenta explicar por qué esta tendencia de Chicago ha sido tan popular y exitosa, mencionando, por ejemplo, que uno de los factores que lo ha permitido ha sido el divorcio entre teoría y realidad de los economistas¹³⁶. Sin embargo, el proceso de divulgación de las ideas abarca interacciones complejas que van desde las universidades hasta las políticas investigación gubernamental, comprendiendo las fundaciones, las editoriales, la prensa, los partidos políticos y las organizaciones de lobby¹³⁷. Y un aspecto clave en la difusión de las ideas es el dinero, como señala Colander: “El dinero actúa como un imán, dirigiendo la investigación y las ideas”¹³⁸. Y no cabe duda que desde los ochenta numerosos *thinks-tanks* y fundaciones han sido financiadas por los empresarios. Y lo que lamentablemente se pierde con la búsqueda de fondos es la neutralidad¹³⁹.

No podemos dejar de admitir lo exitoso que ha sido la divulgación de las ideas neoliberales y cómo han llegado al derecho a través del AED.

¹³⁵ Kaufman (1994) 168.

¹³⁶ Kaufman (1994) 184.

¹³⁷ Coats & Colander (1993) 9.

¹³⁸ Colander (1993) 229. Como señala Harvey, las ideas neoliberales fueron divulgadas expresamente dentro de la academia por la Universidad de Chicago, y a través de varios *think-tanks* generosamente financiados como el Institute of Economics Affairs o la Heritage Foundations. Véase Harvey (2007) 28.

¹³⁹ Colander (1993) 233.

Tampoco podemos dejar de reconocer su éxito en la construcción de narrativas hegemónicas, por ejemplo, a través de frases como “el problema es el estado”, que han sido sacadas de contexto y han llegado a ser un lugar común¹⁴⁰. Como hemos explicado en este trabajo, la economía es una ciencia social necesaria e importante, pero no infalible y menos científica que las ciencias exactas. La narrativa que ha sido hegemónica, la de corte neoliberal, debe dejar paso a los verdaderos científicos sociales. Desde la perspectiva de las ciencias sociales, el AED ni siquiera puede ser contabilizado como un aporte metodológico¹⁴¹ superior al derecho o a la sociología o ciencia política.

¿Y el derecho? El derecho es un desarrollo civilizatorio extraordinario que no debiera verse influenciado por teorías que se revisten de exactitud cuando en verdad sólo son ideologías disfrazadas. Es legítimo sostener que las decisiones deben ir a favor de unos pocos, de la élite dominante, de los que se benefician de los esfuerzos colectivos de toda la sociedad. Pero esa ideología debe imponerse dentro del juego democrático, y no debe eximirse del escrutinio popular como ocurre con el conocimiento científico (cuyo uso también debe estar bajo este escrutinio). No sería sensato votar si aceptamos o no la teoría de la relatividad. Pero sí debemos votar si los débiles deben tener o no ciertos derechos. Y éste no es un tema de economistas “expertos” o “tecnócratas”, que en materias como estas sólo son propagandistas de los poderosos.

¹⁴⁰ La suspicacia de los estadounidenses respecto de su gobierno y de la administración fue observada hace casi doscientos años por Tocqueville y sigue vigente hasta nuestros días. Véase Hazard & Pinto (2013) 174-175. Pero esta frase no tenía un sentido económico sino político que daba cuenta de las dificultades del nuevo estado federado y las suspicacias frente a la regulación federal. Parte de la historia de Estados Unidos, de su activismo judicial (Corte Suprema) y de la frase que hemos citado, debe buscarse en los orígenes de la unión. El problema es el estado federal, que siempre puede invadir la autonomía de cada estado de la unión. Esta frase ha derivado en el cliché de los neoliberales con un sentido muy distinto: el problema es el estado.

¹⁴¹ Una perspectiva que considera parcialmente relevante el aporte metodológico del AED en: Ugarte (2001) 63 y ss.

¿Y el derecho laboral? El derecho laboral ha permitido el éxito del sistema capitalista. Su normativa jugó un rol clave en la inclusión de los trabajadores dentro del sistema y flexibilizó su ferocidad. Los sindicatos permitieron una participación importante de los trabajadores, facilitaron la redistribución del ingreso y fueron la voz de los sin voz. Sin embargo, el derecho laboral ha sido víctima de su propio éxito¹⁴². Las sociedades desarrolladas, una vez caída la Unión Soviética, se volcaron al neoliberalismo con la ilusión de que no era necesario un contrapeso al poder empresarial y de que la globalización y el supuesto libre mercado nos beneficiarían a todos. Y hemos terminado en un mundo dominado por monopolios privados a nivel nacional y global. Ya llegará la hora de la vuelta a la sensatez, del justo medio, y de la prudencia representada en una democracia libre de la influencia de los ricos y en un derecho laboral que cumpla su misión de defensa de los débiles. El derecho laboral no es el villano de la película. Pero en este punto la hegemonía neoliberal lleva la delantera de la narrativa: el derecho laboral es el culpable de la recesión, de la falta de crecimiento y de la cesantía. ¡No la economía, sino el derecho del trabajo! ¿Y quién dice esto? Los economistas neoliberales sobre la base de sus saberes de ciencia exacta.

Nuevamente asiste en nuestra ayuda Andersen, con su clásico cuento *El Patito Feo*, cuando el protagonista se da cuenta de su verdadera naturaleza: “Pensó en cómo lo habían perseguido y hostigado, y cómo oía ahora a todos decir que era el más bonito de todos aquellos pájaros”¹⁴³. Los laboristas debemos dejar de estar desencantados, de sentirnos el patito feo del capitalismo, y debemos recobrar nuestra vocación de origen.

¹⁴² Al capitalismo salvaje le ocurre algo parecido a la metáfora de la paloma que ocupa Kant cuando critica a Platón: “La paloma ligera que hiende en su libre vuelo los aires, percibiendo su resistencia, podría forjarse la representación de que volará mucho mejor en el vacío”. Véase Kant (1979) 31.

¹⁴³ Andersen (2005) 287.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Algan, Y. y P. Cahuc (2007) *La Société de Défiance. Comment le modèle social français s'autodétruit*. Paris: Éditions Rue D'Ulm.
- Andersen, H. C. (2005) *Cuentos Completos*. Madrid: Cátedra.
- Arthurs, H. (2011) "Labour Law After Labour" en G. Davidov y B. Languille (Eds.) *The Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 13-29.
- Arthurs, H. (2006) "What Immortal Hand or Eye? Who will Redraw the Boundaries of Labour Laws" en Davidov, G. y B. Languille (Eds.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law*. Portland: Hart, 373-389.
- Atleson, J. (1985) "Reflections on Labor, Power, and Society" en *Maryland Law Review* (44): 841-872.
- Bauman, Z. (2011) *Daños Colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Baylos, A. (2012) *¿Para qué sirve un sindicato?* Madrid: Catarata.
- Bogg, A. (2016) "Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State" en *Industrial Law Journal* 45 (3): 299-336.
- Bourdieu, P. (1998) "Una utopía razonada: contra el fatalismo económico" en *New Left Review* 227 (Enero-Febrero): 156-162.
- Brown, W. y S. Oxenbridge (2004) "Trade Unions and Collective Bargaining: Law and the Future of Collectivism" en Bernard, C. Deakin S. y G.S. Morris (Eds.) *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple*. Portland: Hart, 63-77.
- Bunge, M. (1999) *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Calabresi, G. (2011) *Un vistazo a la catedral*. Lima: Palestra.
- Chang, H. (2012) *23 Cosas que no te cuentan sobre el Capitalismo*. Barcelona: Debate.
- Chang, H. (2004) *Retirar la Escalera: La estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*. Madrid: La Catarata.
- Coats, A.W. y D. Colander (1993) "An Introduction to the Spread of Economic Ideas", en Colander, D. y A.W. Coats (Eds.) *The Spread of Economic Ideas*, Nueva York: Cambridge University Press, 1-19.

- Cohen, D. (2007) *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Cohen, D. (2013) *Homo Eomicus, el profeta (extraviado) de nuestros tiempos*. Barcelona: Ariel.
- Colander, D. (1993) “Money and the spread of ideas”, en Colander, D. y A.W. Coats (Eds.) *The Spread of Economic Ideas*, Nueva York: Cambridge University Press, 229-233.
- Colander, D. (2001) *The Lost Art of Economics*. Northampton: Edward Elgar.
- Cooter, R. y T. Ulen (2008) *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Council of Economics Advisers (2016) *Benefits of Competition and Indicators of Power Market*. Disponible en: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20160414_cea_competition_issue_brief.pdf.
- Davidov, G. (2007) “The (changing?) idea of labour law” en *International Labour Law Review* 146(3-4): 311-320.
- Davidov, G. (2014) “The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity” en *University of Toronto Law Journal* 64(1):1-35.
- Davidov, G. (2016) *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Davies, D. M. (2004) “Death of a Labour Lawyer?” en Conaghan J. Fischl R.M. y K. Klare (Eds.) *Labour Law in an Era of Globalization*. Nueva York: Oxford University Press, 159-173.
- Davies, P. y M. Freedland (1983) “Introducción de los editores de la tercera versión inglesa” en Kahn-Freund, O. *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 31-43.
- Deakin, S., Malmberg, J. y P. Sarkar (2014) “How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income? The experience of six OECD countries, 1970-2010” en *International Labour Review* 153(1): 1-27.
- Deakin, S. y F. Wilkinson (1994) “Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards” en *Industrial Law Journal* 23(4): 289-310.

- Deakin, S. y F. Wilkinson (1999) "Minimum Wage Legislation" en *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Limited/Findlaw, 561-571. Disponible en <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/contents.html> (28 de agosto de 2017)
- Deakin, S. y F. Wilkinson (2005) *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*. Oxford: Oxford University Press.
- Dorn, D., L. F. Katz, C. Patterson, y J. Van Reenen (2017) *Concentrating on the Fall of the Labor Share*. National Bureau of Economic Research Working Paper Series 23108. Disponible en <http://www.nber.org/papers/w23108> (28 de agosto de 2017)
- Dukes, R. (2011) "Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law" en Davidov, G. y B. Languille (Eds.) *The Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 57-68.
- Dukes, R. (2014) *The Labour Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Epstein, R. (1984) "In Defense of the Contract at Will" en *The University of Chicago Law Review* (51): 947-982.
- Epstein, L., W. M. Landes y R. Posner (2013) "How Business Fares in the Supreme Court" en *Minnesota Law Review* (97): 1431-1472.
- Ermida, O. (1992) "La Flexibilidad en Algunas Experiencias Comparadas" en Romagnoli, U., O. Ermida y F. Tapia (Eds.) *Experiencias de Flexibilidad Normativa. Las Transformaciones del Derecho del Trabajo*. Santiago: Universidad Andrés Bello, 29-54.
- Ermida, O. (2000) *La Flexibilidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ewing, B.T., C. M. North y B. A. Taylor (2005) "The Employment Effects of a "Good Cause" Discharge Standard in Montana" en *Industrial and Labor Relations Review* 59(1): 17-33.
- Forbath, W.E. (2012) "Worker's Rights and the Distributive Constitution" en *Dissent a quarterly of politics and culture* (Spring): 58-65.
- Forrester, V. (1997) *El Horror Económico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Fourcade, M. E. Ollion y A. Algan (2015) “The Superiority of Economists” en *Journal of Economic Perspectives* 29(1): 89-113.
- Fudge, J. (2011) “Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law” en Davidov, G. y B. Languille (Eds.) *The Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 120-136.
- Gamonal, S. (1996) *La Flexibilidad Laboral*. Cuadernos Jurídicos N° 5. Viña del Mar: Universidad Adolfo Ibáñez.
- Gamonal, S. (2003) “La flexibilidad laboral: apuntes críticos” en *Revista Laboral Chilena* (Enero): 60-68.
- Gamonal, S. (2013) “Las dos almas del derecho del trabajo” en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* I (1):13-22.
- Gamonal, S. (2017) “Rules or Principles in Labour Law?” en M. Rönmar y J.J. Votinius (Eds.) *Festschrift Till Ann Numbauser-Henning*. Lund: Juristförlaget i Lund, 255-275.
- Gamonal, S., y C. Rosado Marzán (2014) “Protecting Workers as a Matter Principle: A Latin American View of U.S. Work Law” en *Washington University Global Studies Law Review* 13(4): 605-665.
- Gamonal, S. y C. Rosado Marzán (2014), *El principio de protección del trabajador en el derecho norteamericano*. Santiago: La Ley.
- Goldstein, A. (2012) “Revenge of the Managers: Labor Cost-Cutting and the Paradoxical Resurgence of Managerialism in the Shareholder Value Era, 1984-2001” en *American Sociological Review* 77: 268-294.
- Gordon, R.W. (1990) “Corporate Law Practice as a Public Calling” en *Maryland Law Review* 49(2): 255-292.
- Hacker, J.S. y P. Pierson (2011) *Winner-Take-All Politics*. Nueva York: Simon & Schuster Paperbacks.
- Harvey, D. (2007) *Breve Historia del Neoliberalismo*. Madrid: Ediciones Akal.
- Hayek, F.A. (2010) *Sindicatos, ¿Para Qué?*, Madrid: Unión Editorial.
- Hazard, G.C., Jr. y D. W. Pinto, Jr. (2013) *Moral Foundations of American Law*. Cambridge: Intersectia.
- Horwitz, M.J. (1980) “Law and Economics: Science or Politics?” en *Hofstra Law Review* 8: 905-912.
- Huff, D. (2011) *Cómo mentir con estadísticas*. Barcelona: Ares y Mares.

- Hyde, A. (2011) "The Idea of Idea of Labour Law: A Parable", en Davidov, G., y B. Languille (Eds.) *The Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 88-97.
- Ichino, P. (1998) "Il diritto del lavoro e i modelli economici" en *Lavoro e Diritto* 2: 309-322.
- Jacquard, A. (1996) *Yo Acuso a la Economía Triunfante*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Jennings, A. (2001) "Social Constructions of Measurement: Three Vignettes from Recent Events and Labor Economics" en *Journal of Economic Issues* XXXV (2): 365-371.
- Kant, I. (1979) *Crítica de la Razón Pura*. Ciudad de México: Porrúa.
- Kaufman, B.E. (1994) "The Evolution of Thought on the Competitive Nature of Labor Markets" en Kerr, C., y P.D. Staudohar (Eds.) *Labor Economics and Industrial Relations*. Cambridge MA: Harvard University Press, 145-188.
- Klare, K. (2004) "The Horizons of Transformative Labour and Employment Law" en Conaghan, J., R.M. Fischl y K. Klare (Eds.) *Labour Law in an Era of Globalization*. Nueva York: Oxford University Press, 3-29.
- Krugman, P. (2007) "¿Quién era Milton Friedman?" en *Claves de la Razón Práctica* 171: 10-16.
- Languille, B. (2006) "Labour Law's Back Pages" en Davidov, G. y B. Languille (Eds.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law*. Portland: Hart, 13-36.
- Lichtenstein, N. (2002) *State of the Union. A Century of American Labor*. Princeton: Princeton University Press.
- Lo, A.W. (2012) "Reading About the Financial Crisis: A Twenty-One-Book Review" en *Journal of Economic Literature* 50(1): 151-178.
- Lofaso, A.M. (2007) "Towards a Foundational Theory of Workers' Rights: The Autonomous Dignified Worker" en *University of Missouri-Kansas City Law Review* 76(1): 1-65.
- MacCormick, N. (1989) "Orden Espontáneo e Imperio de la Ley: Algunos Problemas" en *DOXA* 6: 309-327.
- Malloy, R.P. (2007) *Derecho y Economía de Mercado*. Madrid: Marcial Pons.

- Martínez Girón, J. y A. Arufe Varela (2007) *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*. Oleiros: Netbiblo.
- McGinley, A.C. (1996) “Rethinking Civil Rights and Employment at Will: Toward a Coherent National Discharge Policy” en *Ohio State Law Journal* 57(5): 1443-1524.
- Morriss, A.P. (2007) “The Story of the Montana Wrongful Discharge from Employment Act: A Drama in 5 Acts” en Estreicher, S., y G. Lester (Eds.) *Employment Law Stories*. Nueva York: Thomson West, 237-276.
- Novitz, T. y D. Mangan (2011) “An introduction to the Role of Labour Standards in Development” en Novitz, T., y D. Mangan (Eds.) *The Role of Labour Standards in Development. From theory to sustainable practice?* Londres: British Academy, 1-15.
- Olsen, F. (2001) “El sexo del derecho” en Courtis, C. (Comp.) *El otro derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 305-324.
- Pardo, R.H. (1997) “La problemática del método en ciencias naturales y sociales” en Díaz, E. (Ed.) *Metodología de las Ciencias Sociales*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 67-95.
- Pezoa, C. (29 de junio de 2014) “El secreto danés para la equidad económica” en *La Tercera* 36. Disponible en <http://www.latercera.com/noticia/el-secreto-danes-para-la-equidad-economica/> (28 de agosto de 2017)
- Piketty, T. (2014) *Capital in the twenty-first Century*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Posner, R. (1984) “Some Economics of Labor Law” en *The University of Chicago Law Review* 51: 988-1011
- Posner, R. (1987) “The Regulation of the Market in Adoptions” en *Boston University Law Review* 67: 59-72.
- Posner, R. (1998) *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. (2007) *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ramm, T. (1994) “El *Laissez-Faire* y la Protección de los Trabajadores por Parte del Estado” en Hepple, B. (Comp.) *La Formación del Derecho del*

- Trabajo en Europa*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 99-145.
- Rawls, J. (1997) *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Raday, F. (2004) “The Decline of Union Power-Structural Inevitability or Policy Choice?” en Conaghan, J., R.M. Fischl y K. Klare (Eds.) *Labour Law in an Era of Globalization*. Nueva York: Oxford University Press, 353-377.
- Rodgers, L. (2014) “Labour Law and Kantian ideas of Legality and Citizenship”, University of Leicester School of Law Research Paper N° 14-07, Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2403498 (28 de Agosto de 2017)
- Sandel, M. (2011) *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- Schenk, C. (2014) *Unions and Democracy*. Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives.
- Schwab, S. (1989) “The Economics Invasion of Labor Law Scholarship” en B.D. Dennis (Ed.) *Industrial Relations Research Association Series, Proceeding of the Forty-First Annual Meeting*. IRRA Newsletter, 236-242.
- Schwab, S. (2017) “Law-and-Economics Approaches to Labour and Employment Law” en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33 (1) 115-144.
- Sen A. (2011) *Sobre Ética y Economía*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sinzheimer, H. (1984) “La esencia del derecho del trabajo” en *Crisis económica y derecho del trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 67-77.
- Sokal, A. y Bricmont, J. (1999) *Imposturas intelectuales*. Barcelona: Paidós.
- Stern, A. (2013) “Unions & Civic Engagement: How the Assault on Labor Endangers Civil Society” en *Daedalus Journal of the American Academy of Arts & Sciences* Spring: 119-138.
- Stiglitz, J.E. (2012) *El Precio de la Desigualdad*. México D.F.: Taurus.
- Supiot, A. (2011) *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado*. Barcelona: Ediciones Península.
- Tucker, Eric (2012) “Labor’s Many Constitutions (and Capital’s Too)” en *Comparative Labor Law & Policy Journal* 33(3): 355-377.

- Ugarte Cataldo, J.L. (2001) *Análisis Económico del Derecho. El Derecho Laboral y sus Enemigos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Wallerstein, I., C. Juma, E. Fox Kellers, J. Kocka, D. Lecourt, V. Y. Mudimbre, K. Mushakoji, I. Prigogine, P. J. Taylor, y M. Trouillot (2016) *Abrir las ciencias sociales*. Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales. Immanuel Wallerstein presidente y Richard Lee secretario científico. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.
- Weiss, M. (2011) “Re-Inventign Labour Law?” en Davidov, G., y B. Languille (Eds.) *The Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 43-56.
- Western, B., y J. Rosenfeld (2012) “Workers of the World Divide. The Decline of Labor and the Future of the Middle Class” en *Foreing Affairs* 91(3): 88-99.
- Zatz, N.D. (2011) “The Impossibility of Work Law” en Davidov, G., y B. Languille (Eds.) *The Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 234-255.