

## CAPÍTULO 69

# LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO LABORAL

Horacio SPECTOR\*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *El argumento de la libertad.* III. *El argumento de la equidad y la justicia social.* IV. *El argumento de la no comercialización.* V. *El argumento del paternalismo.* VI. *El argumento de la igual autonomía.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho laboral es el resultado de la acción política y social del movimiento de la clase obrera. Mientras este movimiento comenzó sus primeras revueltas en la Europa del siglo diecisiete, recién fue capaz de organizarse como tal en el siglo diecinueve cuando las antiguas leyes que prohibían las asociaciones fueron derogadas.<sup>1</sup> Durante este período, ideólogos socialistas aportaron el sustrato intelectual para que el movimiento pudiera florecer.<sup>2</sup> Así, en Inglaterra, Robert Owen inspiró la base para el *Grand Nacional Consolidated Trades Union* en 1834, Ferdinand Lasalle fundó la *General German Worker's Union* en 1863, y en el año que siguió Karl Marx fue el actor principal en la creación de la *International Working Men's Association*, generalmente denominada *First International*.<sup>3</sup> Los gobiernos concedieron tanto reformas democráticas como de derecho laboral ante la presión que generaban los levantamientos, y hacia el final del siglo, cuando los partidos de la clase

\* Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella y Universidad de San Diego. Publicado originalmente en *Florida State University Law Review*, vol. 33, núm. 4, 2006, pp. 1119-1148. (Traducido al español por Julieta Dapero, estudiante de quinto año de derecho, Universidad Torcuato Di Tella).

<sup>1</sup>Abendroth, Wolfgang, *A Short History of the European Working Class*, trad. de Jacobs, Nicholas y Trench, Brian, London, New Left Books, 1972, p. 15.

<sup>2</sup>*Ibidem*, pp. 15-26.

<sup>3</sup>*Ibidem*, pp. 16, 32, 33 y 40.

obrero y los sindicatos consolidaron su poder, la legislación laboral e industrial representaba un rasgo esencial del derecho europeo.<sup>4</sup>

El surgimiento del derecho laboral americano también fue influenciado por ideas socialistas. Vale la pena citar a uno de los principales expertos en políticas laborales del período de entreguerra, Walton Hamilton, que fue el primer representante americano en la *International Labor Organization* (ILO) en 1935:

La sabia organización de los asalariados, manteniendo su personal prácticamente intacto, imponiendo restricciones al ingreso a un oficio, utilizando la negociación colectiva para firmar contratos salariales y aprovechando los momentos favorables para presentar sus demandas, pueden asegurar a sus miembros los salarios más altos que pueden obtener.<sup>5</sup>

Hamilton abogaba por una reforma social que incluía, entre otras cosas, el control social del comercio.<sup>6</sup> Aun cuando Hamilton no era un profeso defensor del Marxismo, sus inclinaciones socialistas son indiscutibles. En efecto, Hamilton defendía la socialización de la propiedad corporativa:

Si el conocimiento científico, los descubrimientos y los inventos se convierten en “propiedad pública” luego de un período de años, no parece existir motivo por el que las inversiones en el apartado de producción no deban convertirse en propiedad de la comunidad, cuando aquellos cuyos ahorros se utilizan para hacerlas posibles son debidamente resarcidos.<sup>7</sup>

Básicamente, el derecho laboral es una compleja serie de restricciones a la libertad de contratación en los mercados laborales. De acuerdo con la clasificación que efectúa Henry Farnam, dichas medidas legislativas se dividen en tres tipos diferentes: legislación laboral protectora, legislación distributiva, y legislación permisiva.<sup>8</sup> La legislación de protección incluye regulación obligatoria del contrato laboral, como leyes sobre el trabajo infantil, horas máximas de trabajo, salud y seguridad.<sup>9</sup> Hoy, este tipo de legislación también abarca la prohibición del acoso sexual y moral en el

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 41-50.

<sup>5</sup> Hamilton, Walton y May, Stacy, *The Control of Wages*, New York, George H. Doran, 1923, p. 119.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>8</sup> McCurdy, Charles W., “The “Liberty of Contract” Regime in American Law”, en Scheiber, Harry N. (ed.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford, California, Stanford University Press, 1998, pp. 190 y 191.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 190.

ámbito laboral, y la no-discriminación a la hora de contratar. La legislación distributiva busca influir en las condiciones del intercambio; por ejemplo, pago obligatorio en moneda de curso legal, leyes sobre salario mínimo, control de salarios, y garantías provisionales. La indemnización en los casos de despido sin causa es considerada generalmente como una medida distributiva, pero también se la puede considerar como parte de la legislación de protección cuando busca garantizar un trato humano e igualitario en el ámbito de trabajo. Finalmente, la legislación permisiva facilita la creación de instituciones para la acción obrera conjunta, la negociación colectiva y el arbitraje laboral.<sup>10</sup> El *National Labor Relations Acts* de 1935, también conocido como el *Wagner Act*, es el típico ejemplo.<sup>11</sup> Para permitir la acción sindical, estas medidas permisivas se encuentran generalmente acompañadas de excepciones en otras áreas del derecho, como la autorización para formar cárteles laborales en el derecho de defensa de la competencia o la excepción de boicoteos y piquetes sindicales en el derecho de responsabilidad civil.<sup>12</sup> Por ejemplo, el *Norris-La Guardia Act* de 1932 limitó la jurisdicción de las cortes federales para librar órdenes judiciales respecto de disputas laborales y demostraciones pacíficas.<sup>13</sup>

La literatura sobre los fundamentos filosóficos del derecho laboral es escasa; las contribuciones más interesantes se encuentran en obras que no se refieren específicamente al derecho laboral, sino que abordan temas más generales de filosofía política y moral. Teniendo en cuenta las raíces socialistas del derecho laboral, la escasez de obras filosóficas contemporáneas sobre derecho laboral es sorprendente.<sup>14</sup> En este artículo me concentro en los argumentos filosóficos relevantes para la justificación de las instituciones de derecho laboral. Debido a que estos argumentos surgen en el marco de debates filosóficos más abstractos, no se encuentran presentes en la literatura sobre derecho laboral. Consecuentemente, este artículo también tiene

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>11</sup> National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §§ 151-167 (2000).

<sup>12</sup> Norris-La Guardia Act, 29 U.S.C. § 101 (2000).

<sup>13</sup> Forbath, William E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 158-166; y Silverstein, Eileen, "Collective Action, Property Rights and Law Reform: The Story of the Labor Injunction", *Hofstra Labor Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1993, p. 108.

<sup>14</sup> Si bien hay pocas obras teóricas sobre derecho laboral, éstas generalmente desarrollan menos argumentos filosóficos que consideraciones económicas y legales. Ver Estreicher, Samuel y Schwab, Stewart J. (eds.), *Foundations of Labor and Employment Law*, New York, Foundation Press, 2000; Davies, Anne C.L., *Perspectives on Labor Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, y, Alston, Philip, *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

como objetivo la fusión de la literatura filosófica y de derecho laboral. En algunos casos también debo incluir obras económicas. De hecho, mientras que algunos argumentos filosóficos son insensibles a cuestiones económicas, otros argumentos dependen en mayor medida de presupuestos económicos; en estos casos la discusión respecto de dichos presupuestos es inevitable.

El presente artículo se centra en la discusión de cinco argumentos filosóficos: (1) el argumento de la libertad positiva y la libertad real, (2) el argumento de la equidad y la justicia distributiva, (3) el argumento de no-comercialización, (4) el argumento del paternalismo, y (5) el argumento de la igual autonomía. Trato de mostrar que los tres primeros argumentos son defectuosos por distintas razones. En cambio, el argumento del paternalismo y el argumento de la igual autonomía ofrecen un enfoque teórico sólido respecto del derecho laboral. Ambos argumentos permiten justificar regulaciones que caen dentro de la legislación de protección. Mientras que el argumento del paternalismo permite justificar regulaciones no coercitivas del contrato de trabajo para evitar que los trabajadores cometan errores de decisión sistemáticos (por ejemplo, subestimar los riesgos de salud), el argumento de la igual autonomía justifica las cláusulas obligatorias no dinerarias que buscan proteger a los trabajadores como agentes autónomos.

El enfoque de derecho laboral desarrollado en este artículo es en cierta medida revisionista. Así, el enfoque muestra que ciertas instituciones de derecho laboral no están necesariamente justificadas. Por ejemplo, la negociación colectiva obligatoria no es justificable en mercados laborales competitivos. Por consiguiente, esta postura puede ser impugnada sosteniendo que no justifica las instituciones que aconseja revisar. Mi respuesta es señalar que toda disposición de filosofía normativa es en cierta medida revisionista. Por lo tanto, un hipotético crítico debería sostener un argumento sólido para demostrar que el debate desarrollado en este artículo es erróneo. En ausencia de tal argumento, el enfoque desarrollado en el presente artículo debería guiar una futura reforma de derecho laboral.<sup>15</sup>

## II. EL ARGUMENTO DE LA LIBERTAD

<sup>15</sup> Este es un artículo filosófico. Por lo tanto, no analizo la política económica de la reforma de derecho laboral.

## 1. *Libertad Positiva*

El surgimiento del derecho laboral fue más fácil en Europa que en América. De hecho, durante la época de la Reconstrucción, la ideología de la libertad laboral impedía la intromisión legislativa en el contrato de trabajo. Consecuentemente, las leyes que establecían el día laboral legal de ocho horas permitían la contratación externa, y las cortes examinaban la legislación de responsabilidad laboral más detalladamente que las demás regulaciones comerciales. Como McCurdy sostiene:

El carácter especial del contrato de trabajo en el derecho americano es el resultado de una ideología de “libertad laboral” que casi todos los norteamericanos- republicanos y demócratas, trabajadores y empleadores- consideraron como una expresión del orden social distintivo del norte desde los años 1840 hasta 1870.<sup>16</sup>

Según McCurdy, la misma ideología tuvo influencia durante la era *Lochner*, cuando la Corte Suprema rechazó leyes que establecían horas máximas obligatorias<sup>17</sup> y legislación que prohibía los contratos *yellow-dog*.<sup>18</sup> Al mismo tiempo, defensores de la legislación social, como Richard Ely, defendían esas leyes sobre la base de la libertad positiva y la justicia social.<sup>19</sup>

Durante el siglo diecinueve, utilitaristas británicos defendían la concepción hobbesiana de libertad como la ausencia de interferencia externa. Así, Jeremy Bentham apoyaba una concepción claramente negativa de la libertad: “Todas las normas coercitivas, por lo tanto... y en particular todas las leyes que crean libertad, son, en lo que a ellas respecta, derogatorias de la libertad”.<sup>20</sup> La libertad positiva surgió como un concepto alternativo al de libertad durante los debates de reforma social en Inglaterra. De hecho, durante las últimas décadas del siglo, neo-hegelianos comenzaron a adoptar ideales de libertad moral, es decir, concepciones morales de libertad positiva como la realización y desarrollo personal.<sup>21</sup> T. H. Green fue el principal defensor de esta línea de pensamiento. En su *Discurso sobre Legisla-*

<sup>16</sup> McCurdy, Charles W., *op. cit.*, nota 8, p. 167.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 179-180. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>18</sup> Aquellos contratos en los que el empleado acepta no pertenecer a un sindicato. McCurdy, Charles W., *ibidem*, p. 167. *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

<sup>19</sup> McCurdy, Charles W., *ibidem*, pp. 180-181.

<sup>20</sup> Bentham, Jeremy, *Anarchical Fallacies*, en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, Bristol, Thoemmes Press, 1995, p. 503.

<sup>21</sup> Para un estudio útil de estos conceptos, ver Nicholls, David, “Positive Liberty”, *American Political Science Review*, vol. 56, núm. 1, 1962, pp. 114-128.

*ción Liberal y Libertad Contractual*, Green define libertad positiva como una capacidad moral individual:

Todos deberíamos probablemente coincidir en que la libertad, correctamente entendida, es la mayor de las bendiciones; y su consecución es el verdadero objetivo de todos nuestros esfuerzos como ciudadanos. Pero cuando consecuentemente hablamos de libertad, debemos considerar cuidadosamente a qué nos referimos con ella. No significa meramente libertad de restricción y coacción. No significa meramente libertad de hacer lo que queremos independientemente de qué es aquello que queremos. No significa libertad de la que pueda gozar un individuo o grupo de individuos a costa de la pérdida de libertad por parte de otros. Cuando hablamos de libertad como algo que debe ser altamente valorado, hablamos de *un poder positivo o capacidad de hacer o disfrutar algo que merece la pena hacer o disfrutar*, y algo que, a su vez, hacemos o disfrutamos en conjunto con otros. Hablamos de un poder que cada individuo ejerce a través de la ayuda o seguridad que le transmiten sus conciudadanos, y que él a su vez ayuda a asegurar a los demás.<sup>22</sup>

Green considera que la libertad positiva debe ser necesariamente distribuida en forma igualitaria, y se niega “a atribuir la gloria de la libertad a un estado en que la aparente elevación de unos pocos se basa en la degradación de la mayoría”; en este sentido, Green considera que las sociedades modernas son superiores a las antiguas repúblicas.<sup>23</sup> Para Green, la libertad contractual es instrumentalmente valiosa para el “desarrollo igualitario de las habilidades de todos”:

Si he dado una verdadera descripción de aquella libertad que representa el objetivo del esfuerzo social, deberíamos notar que la libertad contractual, libertad en todas sus formas de hacer lo que uno quiere con uno mismo, es valiosa únicamente como un medio para un fin. Ese fin es lo que denomino libertad en un sentido positivo: en otras palabras, la liberación igualitaria de los poderes de todos los individuos para contribuir a un fin común.<sup>24</sup>

Green acepta la proposición económica de que el trabajo es un bien intercambiable, pero que como se trata de un bien tan íntimamente relacionado con “la persona del hombre”, ciertas restricciones legales son necesarias para asegurar que los contratos de trabajo no impidan que los trabajadores se conviertan en “libres contribuyentes al bien social”.<sup>25</sup> El contrato

<sup>22</sup> Green, T.H., *Lecture on Liberal Legislation and Freedom of Contract*, Nettleship, R.L. (ed.), *Works of Thomas Hill Green*, London, Longmans, Green, and Company, 1891, pp. 370 y 371.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 373.

de trabajo puede obstaculizar la libertad positiva igualitaria de diversas maneras:

Esto ocurre claramente cuando el hombre negocia condiciones de trabajo perjudiciales para la salud, por ejemplo en una fábrica sin ventilación. Todo daño a la salud del individuo es, en lo que a ellos respecta, un daño público. Es un impedimento a la libertad general; tanta deducción de nuestro poder, como miembros de la sociedad, para hacer lo mejor de nosotros mismos. Por lo tanto, la sociedad se encuentra en su derecho cuando limita la libertad contractual en lo que hace a la oferta de trabajo, siempre y cuando se limite mediante normas que representen regulaciones sanitarias de fábricas, talleres y minas. También se encuentra en su derecho cuando prohíbe el trabajo de mujeres y niños luego de determinado horario. Si trabajan pasadas esas horas, el resultado demostrado es la deterioración física, que, como se demuestra, acarrea una disminución de las fuerzas morales de la sociedad. Para resguardar esa libertad general de sus miembros de hacer lo mejor de ellos mismos, que es el objetivo que la sociedad civil debe asegurar, una prohibición debe ser impuesta por la ley, que representa la voz deliberada de la sociedad, sobre todos aquellos contratos de trabajo que en general producen dicho resultado.<sup>26</sup>

Concepciones morales de libertad positiva, como la de Green, pueden contribuir al totalitarismo, como lo demuestra Isaiah Berlin en su famoso *Two Concepts of Liberty*.<sup>27</sup> Si bien Berlin estaba comprometido con el liberalismo de bienestar social, se oponía a la idea de libertad positiva, particularmente en su variante moral neo-hegeliana.<sup>28</sup> Berlin trata de explicar cómo una defensa equivocada de la libertad puede conllevar la abolición de la libertad, obviamente teniendo en cuenta las experiencias autoritarias de Alemania y Rusia.<sup>29</sup> Berlin resalta que la libertad positiva es a menudo un arma peligrosa en manos de regímenes autoritarios, dado que sugiere la idea de un “yo” dividido en dos: un “yo real o superior” y un “yo inferior”, siendo que el primero gobierna al segundo.<sup>30</sup> Esto permite sostener que la coerción totalitaria no sólo es compatible con la libertad, sino que es una condición necesaria de ella, siempre y cuando la coerción se encuentre dirigida al “yo” inferior como medio de alcanzar una completa manifestación del “yo” superior.<sup>31</sup> Lo que Berlin intenta hacer es delimitar el espacio correcto de la libertad, en contraposición a la igualdad y otros valores políticos. De hecho, defiende una teoría pluralista de valores, que garantiza

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, p. 118.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>31</sup> *Idem*.

trabajo y legislación social.<sup>32</sup> La crítica de Berlin, dejando de lado sus connotaciones metafísicas, se reduce a una advertencia respecto de la seria amenaza que implica investir al gobierno, en nombre de la libertad positiva, de poderes discrecionales.

En teoría política contemporánea, un cierto número de marxistas y liberales defienden generalmente concepciones no morales de libertad positiva que también pueden servir de base a la legislación laboral.<sup>33</sup> Para estos autores, la libertad implica la posesión de oportunidades, opciones y poderes, o el ejercicio de esos poderes. En líneas similares, Amartya Sen sostiene que el bienestar debe ser entendido como un conjunto de libertades sustantivas o “capacidades”.<sup>34</sup> Este autor se vale del concepto de *functionings*, las distintas cosas que un individuo puede tener razones para ser o hacer.<sup>35</sup> La libertad como capacidad connota la idea de una gama de opciones, o *alternative combinations of functionings*, que una persona puede alcanzar.<sup>36</sup> Concentrándose en los derechos laborales, Simon Deakin ha sostenido recientemente que el enfoque de las capacidades de Sen puede “aportarnos un marco normativo de referencia a través del cual comparar distintas propuestas”.<sup>37</sup> Deakin argumenta que los derechos sociales, al igual que los derechos civiles y políticos, son instituciones creadas para incrementar las capacidades de los ciudadanos.<sup>38</sup>

A diferencia de la concepción moral de libertad de Green, el enfoque de las capacidades es básicamente una postura de políticas públicas, y su afirmación de fundamentar la legislación laboral se basa en proposiciones empíricas. Sin embargo, la justificación del derecho laboral que se basa en

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>33</sup> Crocker, Lawrence, *Positive Liberty: An Essay in Normative Political Philosophy*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1980; Gewirth, Alan, *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982; y, Macpherson, C.B., “Berlin’s Division of Liberty”, en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 95-119.

<sup>34</sup> Sen, Amartya, “Capability and Well Being”, en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 30.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>36</sup> Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 75-76; Sen, Amartya, *The Standard of Living*, Hawthorne, Geoffrey (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Sen, Amartya, *op. cit.*, nota 34, p. 31; Sen, Amartya, “Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures”, *The Journal of Philosophy*, vol. 82, núm. 4, 1985, pp. 169-221.

<sup>37</sup> Deakin, Simon, “Social Rights in a Globalized Economy”, en *Labour Rights as Human Rights*, *op. cit.*, nota 14, p. 19.

<sup>38</sup> *Idem*.



las capacidades es implausible como teoría filosófica dado que les asigna una importancia decisiva a las consecuencias económicas. De esta manera pasa a ser una cuestión contingente si la legislación laboral incrementa la libertad positiva o, en cambio, la reduce. Por ejemplo, una ley de salario mínimo puede reducir las capacidades de los trabajadores al aumentar el desempleo. La noción de capacidades es demasiado amplia como para identificar nuestras inquietudes fundamentales de derecho laboral, dado que abarca casi todas las consecuencias económicas. Lo que necesitamos es un enfoque filosófico al derecho laboral capaz de mostrar que, incluso si determinada legislación laboral es perjudicial para el bienestar o las capacidades, aún merece nuestra lealtad.

## 2. *Libertad Real*

Si bien existen varias doctrinas filosóficas sobre el fundamento moral de las obligaciones contractuales, está ampliamente aceptado que los contratos son vinculantes (únicamente) si son consentidos voluntariamente (libremente).<sup>39</sup> Consecuentemente, la ley establece las amenazas coercitivas y la coacción económica como razones que excluyen la voluntariedad.<sup>40</sup> Dado que el contrato de trabajo usualmente comienza con la oferta por parte del empleador, no parece haber coerción involucrada en este contrato. Aunque tanto las amenazas como las ofertas tienen influencia motivadora sobre el agente, hay una diferencia fundamental entre amenazas y ofertas. Mientras que una amenaza disminuye el rango de opciones de la víctima, una oferta incrementa ese rango.<sup>41</sup> Las ofertas laborales parecen estar exentas de cualquier cargo de carácter coercitivo dado que incrementan el menú de opciones de los trabajadores. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Hay ofertas que disminuyen el rango de opciones del receptor; algunas de ellas son coercitivas, otras no. Charles Fried ofrece un par de casos claros:

[Caso A]: Un estudiante de piano que ha ofrecido recitales anuales gratuitos en la iglesia del pueblo durante muchos años anuncia que en adelante cobrará una tasa.

[Caso B]: Un periodista emprendedor descubre que un profesor de filosofía moral fue condenado por malversación años atrás. Propone publicar este hecho en una crítica al

<sup>39</sup> Ferriell, Jeffrey y Navin, Michael, *Understanding Contracts*, New York, LexisNexis, 2004, pp. 519 y 520.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 529, 530 y 533-536.

<sup>41</sup> Spector, Horacio, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 18.

nuevo libro del profesor, a menos que el profesor prometa pagarle varios miles de dólares.<sup>42</sup>

Fried sostiene que la única manera de caracterizar ofertas coercitivas es recurriendo a un criterio moral.<sup>43</sup> De esta forma, dice que una propuesta no es coercitiva cuando ofrece lo que el proponente tiene derecho a ofrecer o no según elija.<sup>44</sup> Es coercitiva si propone una injusticia; de lo contrario, es no-coercitiva.<sup>45</sup> Así, la propuesta del pianista es no-coercitiva, mientras que la del periodista es coercitiva.

Desde un punto de vista legal, las ofertas laborales no violan los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, deben ser consideradas como no-coercitivas. Considere un caso de coacción económica, también propuesto por Fried:

[Caso C]: Un pequeño constructor especializado en reparaciones exteriores ofrece trabajos de bajos salarios a hombres jóvenes en un período de alto desempleo. Explica que el trabajo es peligroso y que él posee limitadas herramientas de seguridad y coberturas de seguro. Cada empleado firma una aceptación del riesgo de trabajo y renuncia a cualquier eventual demanda por daños.<sup>46</sup>

No se trata de un caso ficticio. De hecho, las renunciaciones a indemnizaciones por daños eran comunes en los contratos de trabajo de ferrocarril cuando las primeras leyes de responsabilidad de los empleadores dejaron sin efecto la *fellow servant rule* (el empleador no se hace responsable por daños que un trabajador le ocasionó negligentemente a otro). Algunos académicos del derecho considerarían la oferta de trabajo del constructor como coercitiva. El filósofo político Gerald Cohen sostiene la misma postura. Arguye que cuando un trabajador no tiene una alternativa aceptable o razonable a la aceptación de un trabajo peligroso, se ve obligado a aceptarlo.<sup>47</sup> Cohen, de hecho, sostiene una tesis más general; a saber, que todas las ofertas de trabajo bajo un régimen capitalista son coercitivas dado que los proletarios, considerados conjuntamente, no son libres para abandonar la

<sup>42</sup> Fried, Charles, *Contract as Promise*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981, p. 96.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 96-98.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>47</sup> Cohen, Gerald A., "Are Disadvantaged Workers Who Take Hazardous Jobs Forced to Take Hazardous Jobs?", en *History, Labour, and Freedom: Themes from Marx*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 241 y 242.

clase trabajadora y convertirse en propietarios privados de capital.<sup>48</sup> Siguiendo a Marx, Cohen sostiene que, así como los esclavos y los siervos feudales, los proletarios se encuentran obligados a vender su fuerza de trabajo a los capitalistas a través de contratos de trabajo.<sup>49</sup> Ante estas circunstancias, el derecho laboral podría cumplir una función correctiva y de transición- mientras subsista el capitalismo- para mejorar los efectos de los que Cohen denomina “*proletarian unfreedom*”.<sup>50</sup>

Robert Nozick niega que los trabajadores que aceptan los trabajos menos atractivos lo hagan bajo coerción.<sup>51</sup> Da un ejemplo original.<sup>52</sup> Suponga que hay veintiséis mujeres y veintiséis hombres, cada uno de los cuales desea estar casado. Nombremos a las mujeres de la A a la Z y a los hombres de la A' a la Z'. Dentro de cada grupo, las personas comparten sus preferencias. Todas las mujeres prefieren A' a B', B' a C', y así sucesivamente, y todos los hombres prefieren A a B, B a C, y así sucesivamente. Suponga que todos proceden a elegir parejas hasta que nos quedamos con Z y Z', quienes de acuerdo con las elecciones de los otros veinticinco tienen sólo una opción: casarse con el otro o permanecer soltero. Si finalmente se casaran, ¿sería el matrimonio no-libre? A pesar de la dura situación que enfrentan Z y Z', Nozick sostiene que el matrimonio es voluntario, dado que los otros veinticinco actuaron de acuerdo con sus derechos. En líneas similares, sostiene Nozick, si el trabajador Z se enfrenta a la opción de trabajar o morir de hambre y elige trabajar, trabaja voluntariamente. Si bien carece de una alternativa más atractiva, dicha escasez de opciones se debe a que otras personas han ejercido legítimamente sus derechos.

Tanto Fried como Nozick defienden una concepción moral de la coerción. Esta concepción sostiene que los contratos de trabajo son voluntarios incluso cuando los trabajadores carecen de alternativas aceptables. Cohen rechaza esta postura dado que implica que un criminal encarcelado, suponiendo que el encarcelamiento es justificable, no se encuentra obligado a estar en prisión.<sup>53</sup> Esto es anti-intuitivo. Incluso si el uso de la fuerza física

<sup>48</sup> Cohen, Gerald A., “The Structure of Proletarian Unfreedom”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 1, 1983, pp. 3-33.

<sup>49</sup> Cohen, Gerald A., “Labour Theory of Value and the Concept of Exploitation”, en *op. cit.*, nota 47, pp. 209 y 233-235.

<sup>50</sup> Cohen, Gerald A., “The Structure of Proletarian Unfreedom” en *op. cit.*, nota 47, pp. 255-285.

<sup>51</sup> Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 262.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 263 y 264.

<sup>53</sup> Cohen, Gerald A., *op. cit.*, nota 48, p. 4. Para una crítica del argumento de Cohen, ver Gray, John, “Against Cohen on Proletarian Unfreedom”, *Post-liberalism: Studies in Political Thought*, New York, Routledge, 1993, p. 123.

es, por definición, una forma de coerción, no diríamos que un abogado defensor realiza una oferta coercitiva cuando ofrece a un criminal liberarlo bajo fianza a cambio de que se declare culpable.<sup>54</sup> Es así que no considero que el ejemplo de Cohen refute el análisis Nozick-Fried de coerción. De hecho, los marxistas no necesitan adoptar una definición neutral amoral de coerción para sostener que las ofertas laborales son coercitivas. Conforme al marxismo, la propiedad privada de los medios de producción es moralmente indefendible.<sup>55</sup> Si los empleadores no poseen el derecho de controlar los medios de producción o el derecho de controlar las ganancias que resultan del control exclusivo de tales medios, las ofertas laborales que realizan a los trabajadores que no poseen propiedad son coercitivas. El carácter coercitivo de las ofertas laborales radica entonces en la teoría moral de derechos de propiedad subyacente que uno adopte.

Cuando el argumento marxista de que los contratos de trabajo son coercitivos refleja una crítica general al derecho capitalista, prueba más de lo necesario a nuestros objetivos. No justifica verdaderamente el derecho laboral, sino más bien la supresión total de la propiedad privada y los contratos privados. Por lo tanto, existen buenas razones para rechazar una concepción amplia de coerción. Por supuesto, no se puede negar el hecho de que ciertas ofertas laborales, realizadas en condiciones específicas como el ejemplo del pequeño constructor de Fried, son coercitivas. De acuerdo con un criterio moral de coerción, para sostener esto podemos decir, por ejemplo, que un trabajador tiene un derecho inalienable a obtener una indemnización por daños negligentes. Pero una vez que aceptamos este análisis, el rol de la coerción se vuelve confuso. En primer lugar, si el contrato es coercitivo, ¿por qué no deberíamos declararlo nulo e inválido? Esta sería la respuesta natural frente a un contrato involuntario. En segundo lugar, si la objeción moral al contrato es que vulnera el derecho inalienable del trabajador de recibir compensación por daños negligentes, parecería que el resto de los contratos, hechos en presencia de más alternativas de elección, también serían cuestionables. Esto muestra que, si bien algunos contratos específicos pueden ser cuestionados como coercitivos, bajo una concepción moral de coerción lo relevante son los principios morales que refuerzan dicha concepción. Por lo tanto, las duras condiciones que rodean a la transacción del pequeño constructor permiten explicar por qué el trabajador está dispuesto

<sup>54</sup> Para un excelente debate sobre coerción, ver Wertheimer, Alan, *Coercion*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1987.

<sup>55</sup> Cohen, Gerald A., *op. cit.*, nota 49, p. 235.

a aceptar un contrato tan gravoso, pero no constituyen el motivo por el que el contrato es desmesurado. El motivo debe buscarse en algún otro lado.

### III. EL ARGUMENTO DE LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL

Parece natural observar al derecho laboral como una herramienta de la clase trabajadora en su lucha para obtener el valor pleno de su contribución al producto social. El retrato socialista del derecho laboral es optimista dado que observa al derecho laboral como un intento de reducir el carácter abusivo del sistema capitalista. Pero hay también una concepción socialista cínica del derecho laboral. Estos socialistas preferirían tomar al derecho laboral como un mecanismo estratégico adoptado por las clases dirigentes y sus aliados políticos para calmar el descontento social y apaciguar el ímpetu revolucionario de la clase trabajadora. Resulta obvio que únicamente la postura optimista permite ofrecer una justificación del derecho laboral; la concepción cínica desprecia cualquier tipo de justificación.

¿Existe una teoría de explotación plausible de derecho laboral? En su versión tradicional, el argumento marxista sobre la explotación capitalista se basa en la teoría laboral del valor.<sup>56</sup> Para Marx, el valor es una propiedad objetiva de todo bien.<sup>57</sup> El valor intercambiable de los bienes en el mercado se explica por su costo de producción, lo que Marx denomina el “tiempo de trabajo socialmente necesario” para producirlos.<sup>58</sup> El trabajo en sí tiene un valor de intercambio (a saber, el salario) que se explica por la cantidad de trabajo necesaria para “producir” la fuerza de trabajo.<sup>59</sup> Pero los trabajadores crean valor agregado que se encuentra incorporado a los bienes que producen y que explica su respectivo valor de intercambio (a saber, el precio); este valor agregado es la plusvalía.<sup>60</sup> Por lo tanto, bajo el sistema capitalista, la cantidad de trabajo que un trabajador dedica al proceso productivo para ganar su salario es mayor que la cantidad de trabajo incorporado a los bienes que puede comprar

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>60</sup> Ekelund, Robert B. y Hebert, Robert F., *A History of Economic Theory and Method*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1990, pp. 270-272.

con ese salario.<sup>61</sup> Para Cohen, esta transferencia de valor de los trabajadores a los capitalistas constituye explotación, porque mayor valor se intercambia por menos valor. Cohen expone su argumento de la siguiente manera:

- (1) El trabajo y sólo el trabajo crea valor.
- (2) El trabajador recibe el valor de su fuerza de trabajo.
- (3) El valor del producto es mayor que el valor de su fuerza de trabajo.
- (4) El trabajador recibe menos valor del que crea.
- (5) El capitalista recibe el valor restante.
- (6) El trabajador es explotado por el capitalista.<sup>62</sup>

Este argumento queda expuesto a muchas objeciones. En primer lugar, es importante destacar que la acusación de explotación sólo tiene fuerza normativa si asumimos un ideal de equidad que condena el intercambio inequitativo. Si bien algunos intérpretes consideran que Marx evitó una teoría normativa de la justicia, la apelación a la explotación para criticar al capitalismo y justificar el socialismo o intervenciones en el mercado supone que la explotación es incorrecta o injusta. Incluso si los Marxistas no avalan una teoría de la justicia, deben sostener algún ideal de equidad si el concepto de explotación busca cumplir un propósito normativo. Sin embargo, el argumento no explica por qué, incluso si el capitalista expropia la plusvalía, el contrato de trabajo implica un intercambio desigual. El capitalista paga un salario por la mano de obra, y este salario es, por hipótesis, igual al valor de esa mano de obra. Debido a que el trabajador no vende el producto sino únicamente su fuerza de trabajo, el hecho de que el producto proporcione un excedente no implica que el capitalista explote al trabajador. La existencia de un excedente no es inconsistente con la igualdad de intercambio que existe entre mano de obra y salario.

Otra objeción es que el argumento supone una teoría absoluta de valor inconsistente con la teoría neoclásica tradicional. Como Robert Nozick convincentemente expresa: “La explotación marxista es la explotación de la falta de comprensión sobre economía de la gente”.<sup>63</sup> Ofrece un ejemplo simple: Suponga que una persona trabaja sobre algo absolutamente inser-

<sup>61</sup> Cohen, Gerald A., “The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, núm. 4, 1979, p. 342.

<sup>62</sup> *Idem.* Para una exposición formal de la explotación de Marx, ver Roemer, John E., *General Theory of Exploitation and Class*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982.

<sup>63</sup> Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 51, p. 262.

vible que nadie desea. Por ejemplo, pasa horas haciendo eficientemente un gran nudo; nadie más puede hacerlo tan rápidamente. ¿Este objeto será valuado según las horas empleadas?<sup>64</sup>

En un equilibrio competitivo neoclásico, a los trabajadores se les paga un salario que es equivalente al valor marginal del producto que producen. Dado que la productividad marginal determina el precio del trabajo, la explotación sólo puede tener lugar cuando los trabajadores no son retribuidos con el valor pleno de su producto marginal.

En vista a la caída de la teoría laboral de valor, los marxistas generalmente adoptan una de las siguientes dos estrategias: (a) eliminan la idea de explotación del lugar predominante que ocupa en el marxismo, o (b) intentan explicar que la explotación puede ser entendida sin la teoría laboral de valor. John Roemer adopta la primera estrategia.<sup>65</sup> Sostiene que la injusticia distributiva en la titularidad de los activos de producción, en lugar de la explotación, es el concepto central para una construcción contemporánea del marxismo.<sup>66</sup> Cohen toma el segundo camino. Sostiene que el argumento de la explotación puede ser construido sobre la base de dos proposiciones obvias:

- (1<sup>o</sup>) El trabajador crea el producto, que posee un valor, y
- (2<sup>o</sup>) El capitalista recibe parte del valor del producto.<sup>67</sup>

A diferencia de la premisa (1), la premisa (1<sup>o</sup>) no presupone la teoría laboral del valor. Esto es cierto, pero es dudoso que la acusación de intercambio inequitativo pueda realizarse contra los antecedentes de la teoría neoclásica de valor. El trabajador “crea”, más bien produce, un bien y es retribuido el valor de su contribución marginal medida según el precio del bien. ¿Por qué sería esto un intercambio “que favorece la desigualdad”? Por otra parte, si bien el capitalista recibe parte del valor del producto, como sostiene la premisa (2<sup>o</sup>), esto no necesariamente es contrario a la equidad. Tal como han sostenido Israel Kirzner y N. Scott Arnold, las ganancias capitalistas derivan de decisiones de inversión tomadas en circunstancias de riesgo e incertidumbre.<sup>68</sup> La contribución del capitalista puede

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>65</sup> Roemer, John E., “Should Marxists be Interested in Exploitation?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, núm. 1, 1985, pp. 30-65.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>67</sup> Cohen, Gerald A., *op. cit.*, nota 49, pp. 213 y 214.

<sup>68</sup> Kirzner, Israel M., *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, p. 86. Arnold, N. Scott, “Why Profits Are Deserved”, *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987, pp. 387-402.

adoptar distintas formas: funciones de gestión, descubrimiento de ineficiencias, habilidades empresariales, y así sucesivamente. Mientras que el capitalista como capitalista únicamente aporta capital en el proceso productivo pero no mano de obra, el capitalista también es un emprendedor cuyos recursos productivos deben ser retribuidos equitativamente.

El argumento de la explotación puede ser mejor atendido dejando de lado los conceptos marxistas de economía y apelando a las teorías neoclásicas de explotación. La explotación no puede tener lugar en mercado competitivo, porque, en una situación ideal de competencia perfecta, la curva de demanda de un producto y la curva de oferta de trabajo son perfectamente elásticas; consecuentemente, los agentes económicos no tienen el poder de fijar precios o salarios. Cada productor puede vender cualquier cantidad de un bien al precio competitivo, y cada empleador puede contratar mano de obra al salario competitivo. Sin embargo, la capacidad de fijar precios y salarios, es decir, la capacidad de negociación, sí existe en mercados de competencia imperfecta. Joan Robinson ha discutido dos clases principales de explotación laboral en su libro *The Economics of Imperfect Competition*.<sup>69</sup> Robinson distingue estas clases como resultantes de (1) las condiciones de monopolio del mercado para el producto e (2) imperfecciones en el mercado laboral.<sup>70</sup> Robinson denomina a lo primero “explotación monopolística” y a lo segundo “explotación monopsonística”.<sup>71</sup> La explotación monopolística ocurre porque, bajo condiciones de monopolio, el ingreso marginal es (no igual sino) menor que el precio, dado que la firma no puede discriminar precios y, consecuentemente, debe bajar los precios de toda su producción para vender más unidades.<sup>72</sup> Esto significa que el trabajador produce una unidad adicional cuyo (nuevo) precio es mayor que el ingreso marginal que esta unidad genera. Dado que el salario se determina en base al ingreso marginal (y no al precio), los trabajadores reciben un salario que es menor al valor de su producto marginal.<sup>73</sup>

La explotación monopsonística típicamente tiene lugar cuando hay un solo empleador para una determinada cantidad de mano de obra. En este caso, el empleador se enfrenta a una curva de oferta de trabajo ascendiente

<sup>69</sup> Robinson, Joan, *The economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan & Co, 1946, p. 281. Para una breve exposición, ver Ekelund, Robert B. y Hebert, Robert F., *op. cit.*, nota 60, pp. 502-507.

<sup>70</sup> Robinson, Joan, *ibidem*, p. 283.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 281 y 292.

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 293-294.



y, por lo tanto, debe pagar salarios más altos para contratar más trabajadores.<sup>74</sup> Esto significa que el costo marginal del trabajo excede al salario. El empleador contratará mano de obra hasta el punto en que el ingreso marginal del producto sea igual al costo marginal.<sup>75</sup> Dado que el salario que se paga es menor que el ingreso marginal del producto, hay explotación. En este caso, una ley de salario mínimo podría aumentar las tasas de salarios y, al mismo tiempo, aumentar el empleo.<sup>76</sup>

John Kenneth Galbraith rechazó nociones técnicas de competencia imperfecta para comprender la sindicalización, pero a pesar de ello defendió a los sindicatos bajo un capitalismo industrial en línea con el pensamiento de Robinson. Para Galbraith, las asociaciones de trabajadores pueden operar como “poderes compensatorios”.<sup>77</sup> Esto significa que los sindicatos pueden ser un *proxy* a la competencia económica bajo condiciones de poder de mercado para controlar el poder de las corporaciones. Enfocándose en la industria siderúrgica americana, Galbraith sostuvo, “[e]l poder económico que el trabajador enfrentaba en la venta de su trabajo—la competencia de muchos vendedores lidiando con pocos compradores—hizo necesario que se organizara para su propia protección”.<sup>78</sup>

El caso de Galbraith para los sindicatos —por ejemplo, los *United Steel Workers*— puede ser reinterpretado como la postura según la cual, bajo condiciones de monopsonio, la negociación colectiva es necesaria por motivos de equidad para reducir la cantidad de excedente que se les extrae a los trabajadores asalariados. Debido a que la negociación colectiva corrige las desigualdades en el poder de negociación entre empleadores y trabajadores, es natural pensar que la legislación sindical facilita una distribución más justa del excedente del trabajo. Sin embargo, incluso si la sindicalización puede promover la equidad en la negociación, podría ser contraproducente en términos de una justicia distributiva global. Como es sabido, la legislación sindical permite la creación de cárteles que monopolizan la mano de obra y aumenta su precio. De hecho, como sostiene Mancur Olson, los sindicatos típicamente mantienen los salarios por encima de los niveles competitivos evitando transacciones mutuamente beneficiosas entre los desempleados involuntarios y

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 294 y 295.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>77</sup> Galbraith, John Kenneth, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1952, pp. 114 y 115.

<sup>78</sup> *Idem*.

los empleadores.<sup>79</sup> Debido a que los sindicatos ocasionan inflexibilidad salarial, producen desempleo cuando una caída en la demanda tiene lugar. Esto probablemente perjudique la distribución de recursos y la justicia social. Vale la pena tener en cuenta otros efectos negativos. La rigidez de los salarios puede agravar o acelerar las crisis económicas, un resultado usualmente trágico desde el punto de vista de la justicia social. Daniel Kahneman y Amos Tversky han notado una asimetría psicológica: las pérdidas generan más aversión que ganancias anticipadas objetivamente equivalentes.<sup>80</sup> Bajo ciertas condiciones, esta asimetría puede exacerbar la rigidez salarial que producen los sindicatos. Sesgados por la aversión a las pérdidas de los trabajadores, los sindicatos pueden impedir eficientemente recortes en los salarios nominales incluso cuando esto es necesario para evitar un cataclismo económico que causaría disminuciones de los salarios reales mucho más serias, tanto para trabajadores sindicalizados como para no sindicalizados. La mega crisis argentina del 2001 ejemplifica esta idea.

Puede pensarse que la desigualdad en el poder de negociación también impide que los trabajadores obtengan condiciones contractuales justas, como condiciones de salud y seguridad o protección contra el despido sin causa. La idea es que estas cláusulas no son aceptadas voluntariamente por empleadores y trabajadores dado que los empleadores tienen mayor poder de negociación que los trabajadores. El poder de negociación desigual también podría garantizar la regulación del contrato de trabajo. Pero, tal como sostiene Duncan Kennedy, “incluso un monopolista tiene interés en ofrecer concesiones contractuales si los compradores le pagarán por sus costos, más lo que pueda obtener en ganancias por el costo de oportunidad de su capital”.<sup>81</sup> Los monopolistas no modifican los términos contractuales sino que ajustan cantidad y precio. Consecuentemente, el poder de negociación asimétrico no impide la libre negociación de un término o condición que el empleador esté dispuesto a pagar. Ian Ayres y Stewart Schwab extienden esta tesis al monopsonio laboral: “En un mercado laboral que funciona correctamente, los empleadores proporcionarán todos los benefi-

<sup>79</sup> Olson, Mancur, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1982, p. 201.

<sup>80</sup> Kahneman, Daniel y Tversky, Amos, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263-292. Ver también Kahneman, Daniel, “Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem”, *Journal of Political Economy*, vol. 98, núm. 6, 1990, pp. 1325-1348.

<sup>81</sup> Kennedy, Duncan, “Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, *Maryland Law Review*, vol. 41, 1982, p. 608.

cios y protecciones que los trabajadores estén dispuestos a pagar”.<sup>82</sup> Por lo tanto, el poder de negociación desigual no permite justificar los términos no monetarios obligatorios en los contratos de trabajo. Mientras que consideraciones relacionadas con el monopsonio pueden justificar regulaciones salariales, son irrelevantes para justificar la regulación de los términos del contrato de trabajo.

La medida en que los modelos de Robinson o Galbraith describen mercados reales es una cuestión empírica. Los economistas generalmente sostienen que, en ausencia de restricciones legales, esto es, cuando no hay barreras a la entrada, los monopolios no pueden sobrevivir a las fuerzas de mercado en el largo plazo. La capacidad del modelo de monopsonio para reproducir mercados reales es más difícil de evaluar. Los economistas laborales discrepan en su entendimiento de los mercados laborales en las economías desarrolladas contemporáneas. Mientras que la mayoría de ellos generalmente recurre al modelo competitivo o a *noncompetitive “matching” models*, Alan Manning ha sostenido recientemente que la curva de oferta de trabajo a las empresas es generalmente inelástica. Manning sostiene que las empresas típicamente fijan los salarios y que el modelo de monopsonio debe ser sustituido por *“matching” models* más sofisticados para explicar distintas características de los mercados de trabajo.<sup>83</sup>

Empleadores y trabajadores usualmente enfrentan altos costos de recontratación y reubicación, respectivamente. Cuando esto ocurre, la situación puede ser analizada como un monopolio bilateral, que da lugar a un incremento en el poder de negociación a ser dividido entre las dos partes. Richard Epstein ha analizado este problema específico.<sup>84</sup> Dado el monopolio bilateral, puede pensarse que, bajo el acuerdo de voluntades, el empleador se apropiará del mayor excedente en las negociaciones. Esto podría proporcionar una base teórica para la regulación laboral. Sin embargo, Epstein sostiene que esta preocupación de distribución tiene un alcance muy limitado, dado que el trabajador no puede ser ubicado por debajo del salario competitivo; la única pregunta es, ¿cuánto de un salario supra-competitivo podrá apropiarse el trabajador? Epstein sostiene que los costos

<sup>82</sup> Ayres, Ian y Schwab, Stewart, “The Employment Contract”, *Kansas Journal of Law and Public Policy*, vol. 8, 1999, p. 71.

<sup>83</sup> Manning, Alan, *Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2003.

<sup>84</sup> Epstein, Richard A., “In Defense of the Contract at Will”, *The University Of Chicago Law Review*, vol. 51, núm. 4, 1982, pp. 947-982.

sociales de cualquier medida adoptada para corregir la distribución del excedente transaccional serán mayores que la magnitud del excedente.<sup>85</sup>

Las ideas precedentes muestran que mientras la legislación sindical puede contribuir a la equidad en la negociación en mercados laborales no competitivos, también puede afectar la justicia social bajo ciertas nociones plausibles de justicia social. Considere la teoría de la justicia de Rawls como ejemplo. Rawls establece que las desigualdades económicas sólo se justifican si favorecen a los más desaventajados.<sup>86</sup> En la teoría de Rawls, las participaciones individuales se expresan en términos de bienes primarios, definidos como bienes que son necesarios para implementar cualquier concepción de buena vida.<sup>87</sup> Ahora bien, en términos de dos bienes primarios de Rawls, ingresos y autoestima, los desempleados son lo más desaventajados. Dados los efectos económicos de la formación de cárteles en el mercado laboral, la legislación sindical puede resultar injustificable de acuerdo con la teoría de justicia de Rawls.

Un argumento similar se aplica a las regulaciones salariales. Anthony Kronman sostiene que cualquier sistema de derecho contractual que requiera voluntariedad para la exigibilidad de los contratos garantiza alguna forma de justicia distributiva dado que distingue entre formas legítimas e ilegítimas de obtener ventajas.<sup>88</sup> Contrariamente a Rawls, quien excluye la regulación de las transacciones individuales del ámbito de la justicia distributiva, Kronman sostiene que las leyes de derecho contractual, incluidas aquellas que rigen los contratos de trabajo, deben ser ideadas para lograr la redistribución de riqueza requerida por nuestros principios de justicia.<sup>89</sup> Así sostiene, “Las leyes de salario mínimo... intentan asegurar una distribución justa de la riqueza entre trabajadores y empleadores especificando, en parte, las condiciones sobre las que los trabajadores pueden contratar para vender su trabajo”.<sup>90</sup> Como sostuve anteriormente, cuando la curva de oferta de trabajo no es perfectamente elástica, una ley de salario mínimo puede promover la equidad en la negociación. Pero esto no implica que las

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 976; Epstein, Richard A., *Liberating Labour: The Case for Freedom of Contract in Labour Relations*, St. Leonards, NSW, Center for Independent Studies, 1991.

<sup>86</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge Mass., Harvard University Press, 1999, p. 13.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 78-80.

<sup>88</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, 1980, p. 474.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 474 y 475.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 499.

leyes de salario mínimo sean generalmente efectivas para lograr justicia social, por ejemplo, beneficiando a los más desaventajados.

Las consecuencias exactas de las leyes de salario mínimo sobre la justicia social permanecen inciertas. Por ejemplo, Michael Trebilcock ha sostenido que las leyes de salario mínimo no pueden influir en el balance general de beneficios entre trabajadores y empleadores.<sup>91</sup> En su opinión, tanto en contextos de competencia como de monopolio, estas leyes probablemente perjudiquen a los trabajadores.<sup>92</sup> De hecho, si el salario mínimo excede al salario competitivo, causará desempleo. Esto no es más que una proposición novelística sobre economía. Tal como sostiene John Stuart Mill en *Principles of Political Economy*, “No es nada fijar un mínimo de salarios, a menos que exista una disposición de que el trabajo, o salarios al menos, sea accesible a todos aquellos que lo solicitan”.<sup>93</sup> Mill agrega, “Estas consecuencias han sido señaladas tan clara y frecuentemente por autores de renombre, en escritos conocidos y accesibles, que su desconocimiento por parte de personas educadas ya no es más excusable”.<sup>94</sup>

Indudablemente, el derecho laboral puede ser visto como un intento de distribuir riqueza de acuerdo con algún ideal de justicia social. Mientras que bajo condiciones especiales de monopsonio, la legislación sindical y las leyes de salario mínimo pueden mejorar los efectos de la desigualdad en el poder de negociación y promover la equidad en la negociación, estas medidas son en general perjudiciales para la justicia social global. No hay duda de que, dado un conflicto entre la equidad en la negociación y la justicia social, ésta última debe prevalecer. Podemos concluir que la equidad en la negociación o bien no puede justificar algunas instituciones de derecho laboral (la “legislación de protección” de Farnam) o entra en conflicto con la justicia social cuando la justificación de otras instituciones está en juego (“legislación distributiva” y “legislación permisiva”).

#### IV. EL ARGUMENTO DE LA NO COMERCIALIZACIÓN

La idea de que ciertos bienes se encuentran fuera del comercio se remonta a Kant: “En el reino de los fines todo tiene o bien un *precio* o una *dignidad*.”

<sup>91</sup> Trebilcock, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993, pp. 250-253.

<sup>92</sup> *Idem*.

<sup>93</sup> Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy*, Ashley, William J. (ed.), London, Longmans, Green & Co., 1929, L. 2, cap. 12, § 1.

<sup>94</sup> *Ibidem*, L. 2, cap. 12, § 2.

Todo lo que tenga un precio puede ser reemplazado por otra cosa como *equivalente*. Aquello que a diferencia se eleva por encima de todo precio y no admite equivalente tiene una dignidad”.<sup>95</sup>

Si determinados bienes no tienen un equivalente intercambiable, es decir, un precio, no son un *commodity*. ¿El trabajo es un producto? El *Clayton Act* de 1914 declaraba que “el trabajo de un ser humano no es un producto o un artículo del comercio”.<sup>96</sup> Luego de la Primera Guerra Mundial, el principio de que el trabajo no es un producto también pasó a ser parte del Estatuto Laboral del Tratado de Versalles.<sup>97</sup> Según David Beatty, el trabajo no es un producto porque, además de sus funciones productivas, les da a las personas un sentido de identidad y propósito, permitiéndoles asegurar su amor propio y autoestima.<sup>98</sup> Por lo tanto, Beatty rechaza la regla del *common law* por la que el contrato de trabajo puede ser unilateralmente concluido por el empleador mediando un preaviso razonable.<sup>99</sup> Esta regla fracasa en capturar la dimensión personal del trabajo. Para evitar la comercialización contractual del trabajo, el derecho laboral debería prohibir el despido sin justa causa.

Si bien los principales elementos del concepto de no comercialización del derecho laboral ya se encontraban presentes en el ensayo de Beatty, fue Margaret Jane Radin quien ubicó este concepto dentro de una teoría general de la no comercialización en el derecho.<sup>100</sup> Radin sostiene que algunos bienes no deben ser separados de las personas por medio de la comercialización en el mercado.<sup>101</sup> La razón es que esos bienes no deberían ser tratados como productos.<sup>102</sup> Por ejemplo, Richard Titmuss sostuvo que la sangre humana no debería ser asignada a través del mercado.<sup>103</sup> Según Radin, la no comercialización es el fundamento moral de la inalienabilidad de mercado.<sup>104</sup> Distingue entre la no comercialización total o parcial.<sup>105</sup> Algu-

<sup>95</sup> Kant, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, Hill, Jr., Thomas E. y Zweig, Arnulf (eds.), trad. de Zweig, Arnulf, New York, Oxford University Press, 2002, p. 235.

<sup>96</sup> Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. § 17 (2000).

<sup>97</sup> Beatty, David M., *Labour is not a Commodity*, en Reiter, Barry J. y Swan, John (eds.), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 324.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 325, núm. 21.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>100</sup> Radin, Margaret Jane, “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 8, 1987, pp. 1849-1937.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 1905-1906.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 1907.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 1913.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 1908 y 1909.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 1917-1921.

nas cosas, como los productos para el consumo, son completamente comercializables. Otras, como los bebés, son completamente no comercializables. Y muchas cosas pueden comercializarse pero no completamente, porque se encuentran en cierta medida dentro del mercado y en cierta medida fuera del mercado.

Radin interpreta al derecho laboral en términos de la idea de comercialización incompleta:

Aunque el trabajo no ha sido completamente excluido del comercio, se puede comercializar en forma incompleta a través de la negociación colectiva, los requerimientos de salario mínimo, las limitaciones de horas máximas, las exigencias de salud y seguridad, el seguro contra el desempleo, los beneficios de jubilación, la prohibición del trabajo infantil, y las exigencias de no discriminación.<sup>106</sup>

Radin piensa que el objetivo del derecho laboral es evitar el daño a la identidad humana causado por la completa comercialización del trabajo que resultaría de legalizar la completa autonomía de la voluntad en los contratos. Para apoyar su concepto de trabajo, se inspira en Marx y Hegel. Así, cita a Marx diciendo:

El trabajador se convierte en un producto cada vez más barato cuantos más productos crece. Con el *creciente valor* del mundo de las cosas procede en una proporción directa la *devaluación* del mundo de los hombres. El trabajo produce no sólo productos, se produce a sí mismo y al trabajador como un *commodity*- y hace esto en la proporción en que generalmente produce los *commodities*.<sup>107</sup>

Esta declaración de Marx resuena la distinción de Kant entre precio y dignidad. Radin también cita a Hegel intentando justificar el trabajo asalariado en contraposición a la esclavitud:

A los productos individuales de mi habilidad física y mental particular y de mi poder para actuar los puedo enajenar a alguien más y puedo darle el uso de mis capacidades por un período restringido, porque, *sobre la fuerza de esta restricción, mis habilidades adquieren una relación externa con la totalidad y universalidad de mi ser*. Enajenando todo mi tiempo, cristalizado en mi trabajo, y en todo lo que produzco, estaría haciendo de la propiedad de otro la sustancia de mi ser, mi actividad y actualidad universal, mi personalidad.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 1919.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 1871 y 1872

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 1894.

Radin acusa a Hegel de confundir la distinción interno/externo con la división total/parcial.<sup>109</sup> Incluso si el trabajador no vende todas sus habilidades, sus habilidades son inherentes a su persona.<sup>110</sup> Según Radin, Hegel reconoce la categoría normativa de la imposibilidad de medición, pero la subordina a una agenda de mercado que lo conduce a aceptar la externalidad del trabajo humano.<sup>111</sup>

¿Es plausible el argumento de la imposibilidad de medición? Trataré de mostrar que debe ser rechazado recurriendo a la aplicación que hace Elizabeth Anderson al caso comercial de la maternidad subrogada.<sup>112</sup> Utilizando el principio de que el trabajo de las mujeres no es un *commodity*, Anderson sostiene que hay una “comercialización inaceptable” de las capacidades reproductivas de las mujeres en la maternidad subrogada.<sup>113</sup> Una de las afirmaciones de Anderson es muy ilustrativa de su postura general: “Tratar el trabajo de la mujer como sólo otro tipo de proceso productivo comercial vulnera los valiosos lazos emocionales que la madre puede justa y adecuadamente establecer con su ‘producto’, el hijo, y de ese modo viola sus pretensiones de retribución”.<sup>114</sup>

¿Cuáles son las implicancias legales de la postura de comercialización de la maternidad subrogada de Anderson? Ella comienza, “Como mínimo, los contratos de maternidad subrogada no deberían ser ejecutables”.<sup>115</sup> Las conclusiones paralelas con respecto a los contratos de trabajo deberían ser: “Los contratos de trabajo no deberían ser ejecutables.” Pero Anderson no se conforma con la no exigibilidad. Continúa, “[c]onsidero que estos argumentos apoyan la conclusión más fuerte de que los contratos comerciales de subrogación deberían ser ilegales, y que las agencias de subrogación que arreglan estos contratos deberían ser susceptibles de sanciones penales”.<sup>116</sup> En la misma línea, los contratos de trabajo deberían ser ilegales y las empresas que buscan contratar trabajadores deberían ser procesadas penalmente. En vez de una justificación del derecho laboral, el argumento apoya la criminalización del trabajo asalariado.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 1894-1897.

<sup>110</sup> *Idem*.

<sup>111</sup> *Idem*.

<sup>112</sup> Anderson, Elizabeth S., “Is Women’s Labor a Commodity?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, núm. 1, 1990, pp. 71-92.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>116</sup> *Idem*.



Podría argumentarse que, a diferencia de la maternidad subrogada, el trabajo es parcialmente comercializable. Sin embargo, Radin deja en claro que la inalienabilidad es una estrategia para eliminar mercados.<sup>117</sup> La comercialización incompleta no se justifica por sí misma, sino más bien por su posible efecto dominó.<sup>118</sup> Por lo tanto, el argumento de la no comercialización no puede aportar una justificación del derecho laboral basada en principios.

Sin embargo, suponga, a modo de ejemplo, que el trabajo merece ser parcialmente comercializable. ¿Esto es mejor? El problema ahora es que no hay una correlación sistemática entre grados de comercialización y grados de restricción a la libertad contractual. En los extremos la correlación es clara. Así como la completa comercialización se encuentra correlacionada con la libertad contractual, la prohibición penal es la contrapartida de la no comercialización. Pero carecemos de un criterio para proporcionar a la “comercialización parcial” algún tipo específico de regulación laboral. Por ejemplo, ¿cómo debemos emparejar la comercialización parcial con los salarios mínimos? Si el precio no es una respuesta adecuada al trabajo, ¿hacemos mejor en fijar el precio por ley?

## V. EL ARGUMENTO DEL PATERNALISMO

John Stuart Mill sostuvo en *On Liberty* que las personas deben ser legalmente libres para vivir sus vidas como consideren conveniente mientras que no dañen a otros.<sup>119</sup> Este postulado es el núcleo del liberalismo. Por lo tanto, el paternalismo es generalmente considerado como contrario a la autonomía individual y la libertad de elección. Sin embargo, Mill era consciente de que algunas formas de paternalismo pueden reconciliarse con el principio de libre elección. Por ejemplo, Mill sostuvo que impedir que una persona cruce un puente inseguro no constituye una interferencia paternalista, porque la persona, de ser consultada, seguramente consentiría que se le impida arriesgar su vida.<sup>120</sup> En líneas más generales, Mill sostuvo que ciertos tipos de interferencia estatal en las elecciones de los individuos son llevados a

<sup>117</sup> Radin, Margaret Jane, *op. cit.*, nota 100, p. 1850.

<sup>118</sup> Para una crítica de la postura de Radin, ver Mack, Eric, “Dominos and the Fear of Commodification”, en Chapman, John W. y Pennock, J. Roland (eds.), *Markets and Justice*, New York, New York University Press, 1989, p. 198.

<sup>119</sup> Mill, John Stuart, *Utilitarianism, On Liberty, Essays on Bentham*, Warnock, Mary (ed.), Glasgow, Collins, 1962, p. 135.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 229.

cabo para el bien de los individuos sin menoscabar la libertad individual.<sup>121</sup> La legislación de horas máximas es un ejemplo. Mill sostiene que estas medidas son “necesarias, no para rechazar el juicio de los individuos respecto de su propio interés, sino para darle efecto a ese juicio: siendo ellos incapaces de darle efecto excepto por medio de acuerdo, acuerdo que no puede ser efectivo a menos que tenga la validez y sanción de la ley”.<sup>122</sup> En la jerga económica contemporánea, estas intervenciones son dirigidas a evitar problemas de acción colectiva. Estos problemas típicamente surgen en situaciones de dilema de prisionero.<sup>123</sup> Para ilustrarlo, Mill menciona leyes que disminuyen la cantidad de horas de trabajo.<sup>124</sup> Obviamente, una disminución legal de las horas de trabajo tiene propiedades de bien público en relación con el grupo de trabajadores asalariados.

Las intervenciones estatales destinadas a corregir discordancias entre la racionalidad individual y colectiva en situaciones de dilema de prisionero no transmiten un mensaje ofensivo o humillante. Cuando el gobierno obliga a un individuo a seguir la regla de maximización de eficiencia, no dice, “Mi juicio es superior al tuyo”, sino más bien algo como, “De acuerdo con las ciencias sociales ampliamente aceptadas, los agentes individuales racionales seguirán estrategias que perjudican sus preferencias individuales tal como las ven.” No es en base a una suposición de irracionalidad o falta de competencia que el gobierno toma estas medidas, sino más bien sobre una suposición de que los individuos son *plenamente racionales*. Simplemente porque los individuos actúan de acuerdo con postulados de la racionalidad individual, en ciertas ocasiones fracasarán en obtener aquellos resultados que son racionales desde una perspectiva colectiva.

La visión de Mill del paternalismo justificable depende de una divergencia entre la racionalidad individual y grupal, pero un argumento generalizado basado en las limitaciones de la racionalidad humana podría justificar otras formas benignas de paternalismo. Gerald Dworkin ha sugerido que las intervenciones “paternalistas” pueden ser defendidas sobre la base

<sup>121</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 93, L. 5, cap. 11, § 11.

<sup>122</sup> *Ibidem*, L. 5, cap. 11, § 12.

<sup>123</sup> La literatura sobre el dilema de prisionero es abundante. Ver Kavka, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986, pp. 109-110; Schmidtz, David, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder, CO, Westview Press, 1991, pp. 55-79, y Hardin, Garrett, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 62, núm. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

<sup>124</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 93, L. 5, cap. 11, § 12.

de limitaciones sistemáticas de capacidades cognitivas y emocionales.<sup>125</sup> Da el ejemplo de la elección de Ulises de ser atado al mástil, que se basó en su predicción de que de lo contrario se rendiría ante el canto de las Sirenas.<sup>126</sup> Podemos comparar la postura de Dworkin con la de Mill utilizando nociones económicas. Mientras que Mill estaba preocupado por el dilema de prisionero, el fracaso de la racionalidad individual, Dworkin busca justificar algunas intervenciones paternalistas en lo que Herbert Simon denominó “racionalidad limitada”.<sup>127</sup> En línea con la visión de Mill, la postura de Dworkin sobre el paternalismo no es inconsistente con los principios del liberalismo dado que apela al consentimiento: “Bajo ciertas condiciones, es racional que los individuos acepten que otros deberían obligarlos a actuar de maneras que, al momento de la acción, los individuos pueden no considerar deseables”.<sup>128</sup> Dworkin sugiere un *test* de “consentimiento hipotético” para evaluar interferencias “paternalistas”:

Sugiero que dado que todos somos conscientes de nuestras tendencias irracionales- deficiencias en las capacidades cognitivas y emocionales e ignorancia evitable e inevitable- es racional y prudente para nosotros sacar pólizas de seguro social. Podemos discutir a favor y en contra de medidas paternalistas propuestas, según lo que individuos plenamente racionales aceptarían como formas de protección.<sup>129</sup>

El test de Dworkin se basa en un “consentimiento hipotético individualizado”.<sup>130</sup> Lo que el test requiere es una averiguación contra fáctica, qué habría consentido el agente intervenido. Una cuestión difícil es seleccionar el grupo de elecciones sobre el que restricciones paternalistas pueden ser justificadas apelando al consentimiento racional hipotético: “Sugiero que pensemos a la imposición de interferencias paternalistas en este tipo de situaciones como un tipo de póliza de seguro que sacamos contra la toma de decisiones que son de gran alcance, potencialmente peligrosas, e irreversibles”.<sup>131</sup> Por lo tanto, los contratos de trabajo que comprometen la salud y la seguridad de los trabajadores pueden ser sujetos a regulación paternalis-

<sup>125</sup> Dworkin, Gerald, “Paternalism”, en Sartorius, Rolf (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 19.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>127</sup> Simon, Herbert A., “Bounded Rationality”, en Eatwell, John, Milgate, Murray y Newman, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Londres, Palgrave Macmillan, 1987, p. 266.

<sup>128</sup> Dworkin, Gerald, *op. cit.*, nota 125, p. 29.

<sup>129</sup> *Idem*.

<sup>130</sup> Tomo este rótulo de VanDeVeer, Donald, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds of Benevolence*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986, p. 75.

<sup>131</sup> Dworkin, Gerald, *op. cit.*, nota 125, p. 31.

ta. Desde este punto de vista, la legislación laboral paternalista no se opone a las libres elecciones. Por el contrario, el consentimiento racional hipotético sólo aprobaría restricciones que aumentan la autonomía: “Sugiero que más probablemente consentiríamos el paternalismo en aquellos casos en que conserva y aumenta la habilidad de los individuos para analizar y llevar a cabo racionalmente sus propias decisiones”.<sup>132</sup>

A diferencia de Dworkin, otros autores apoyan políticas paternalistas invasivas en el derecho contractual.<sup>133</sup> Por ejemplo, Duncan Kennedy sostiene que las condiciones obligatorias pueden remediar la “falsa conciencia”, que cubre diversas cosas como la subestimación del riesgo, el aumento de la tasa de descuento, la confianza injustificada en el comportamiento futuro de otros, y una apreciación equivocada de las consecuencias a largo plazo de relaciones de obediencia.<sup>134</sup> Kennedy sostiene,

A las cortes que utilizan la doctrina de la lesión les gusta fundar sus decisiones en el poder de negociación desigual... Pero es con frecuencia obvio que se encuentran preocupados no por el poder sino por la ingenuidad, o por la falta de habilidad para hacer cálculos inteligentes sobre lo que uno puede gastar con su presupuesto.<sup>135</sup>

En estos casos, “el que toma las decisiones debe colocar al beneficiario bajo su protección y decirle lo que puede y no puede hacer”.<sup>136</sup> Kennedy retrata a los individuos de una forma que resulta irrespetuosa de su autonomía. Analizando errores cometidos por pequeños inversores, escribe:

Todos sabían que de lo que realmente se trataba era codicia, incredulidad, optimismo incurable, el anhelo del jugador, el atractivo de algo por nada, todo seguido de la adición al teletipo, el desvío secreto de los ahorros familiares, la hipoteca de pequeños negocios, y luego, cuando las cosas empeoraban, el aumento de los márgenes requeridos, una lucha desesperada para permanecer en el juego un poco más... la ruina y una zambullida desde lo alto de una ventana. Lo que estaba sucediendo en esta fantasía dramática del capitalismo no era extorsión. En el peor de los casos, viudas y huérfanos confían ciegamente en asesores aparentemente honestos que resultan ser ellos mismos adictos secretos. Es una historia de locura, no coerción. Las personas son idiotas.<sup>137</sup>

Porque las personas son idiotas -sostiene el argumento- los políticos deben realizar intervenciones paternalistas para evitar que se dañen a sí mismos. Sin embargo, la visión de Kennedy de los ciudadanos no concuerda

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>133</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 81.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pp. 626-629.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 634.

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 632 y 633.

con la visión liberal de la persona humana. Como dice Seana Shiffrin del paternalismo en general, “[d]irectamente muestra respeto insuficiente por las valiosas capacidades, poderes y derechos subyacentes de los agentes autónomos. Aquellos que valoran la igualdad y la autonomía tienen especial motivo para rechazar el paternalismo hacia adultos competentes”.<sup>138</sup> Esta falta de respeto genera potencial para un elitismo político. Si las personas son idiotas, ¿por qué tienen el poder de elegir gobiernos oficiales? Ésta es una pregunta desconcertante para cualquiera comprometido con la democracia. El paternalismo invasivo amenaza tanto la autonomía individual como la autonomía política.

Además, la receta de Kennedy se basa en un modelo ingenuo de elaboración de políticas paternalistas. Asume que los políticos son menos propensos a cometer errores que los ciudadanos. De hecho, como los políticos externalizan gran parte de los costos de sus errores, son más probables que ocurran. Kennedy también asume que los puestos en el gobierno tienden a ser ocupados por altruistas. La Teoría de la Elección Pública sugiere que esta suposición es implausible.<sup>139</sup> Los políticos son auto-interesados como el resto de las personas, porque la racionalidad humana no varía con el rol social.<sup>140</sup>

El paternalismo ha recibido nuevos impulsos de investigaciones sobre Teoría del Comportamiento en la Toma de Decisiones.<sup>141</sup> De hecho, psicólogos y economistas experimentados han estudiado algunos de los errores que Kennedy sitúa bajo el nombre de “falsa conciencia”. La Teoría del Comportamiento en la Toma de Decisiones asume que estos errores derivan de mecanismos cognitivos, más que de la alienación capitalista. La aversión a la pérdida, la artimaña, la retrospección, y otros sesgos cognitivos explican un número de errores que la gente sistemáticamente comete cuando realiza evaluaciones y toma decisiones.<sup>142</sup> Dado que algunos de estos factores irracionales afectan muchas decisiones contractuales o de consumo, el área de estudio llamada Derecho y Economía

<sup>138</sup> Shiffrin, Seana Valentine, “Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, núm. 3, 2000, p. 220.

<sup>139</sup> Farber, Daniel y Frickey, Philip, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1991.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>141</sup> Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

<sup>142</sup> Ver por ejemplo Sunstein, Cass R., “Behavioral Analysis of Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 4, 1997, pp. 1175-1195; Jolls, Christine, Sunstein, Cass R. y Thaler, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford, Law Review*, vol. 50, núm. 5, 1998, pp. 1471-1550.

del Comportamiento promueve intervenciones paternalistas en el derecho contractual, como la derogación de cláusulas de liquidación de daños onerosos y de exención de responsabilidad, y la regulación de mercados financieros.

Los paternalistas del comportamiento optan por variedades de intervención no invasivas, no coercitivas. Estas variedades de regulación paternalista son más compatibles con la justificación liberal detrás de la visión de Dworkin. Por ejemplo, Cass Sunstein propone un paternalismo “libertario”, según el cual organizaciones privadas y públicas deberían establecer disposiciones que influyan en las decisiones de las personas de formas que promuevan sus intereses pero que no obstante les permitan ser libres de no optar por ellas si prefieren seguir estrategias distintas.<sup>143</sup> El “paternalismo libertario” no intenta influir en el comportamiento de las personas impidiendo la libre elección. Por ejemplo, Sunstein recomienda normas *default*.<sup>144</sup> En líneas similares, Colin Camerer, entre otros, defienden un “paternalismo asimétrico”, que promueve regulaciones que crean beneficios para aquellos que no actúan en sus mejores intereses debido a errores que hacen que se equivoquen, mientras que deja que aquellos que actúan en sus mejores intereses lo hagan sin interferencia.<sup>145</sup> Estos autores dicen que “una política es *asimétricamente paternalista* si crea grandes beneficios para aquellos que son limitadamente racionales... mientras que impone un daño pequeño o inexistente sobre aquellos que son completamente racionales”.<sup>146</sup> El paternalismo asimétrico tiene varias aplicaciones en el derecho contractual. Los que defienden esta postura mencionan como ejemplos las normas *default*, la disposición o reestructuración de la información (protección de los consumidores a crédito, de los inversores, etc.), períodos de reflexión, y limitaciones a las elecciones del consumidor (por ejemplo, plazos máximos para evitar la postergación).

Hay pocas dudas de que el paternalismo es una motivación importante en el derecho laboral. Un paternalismo débil o no invasivo puede justificar legislación laboral diseñada para proteger a los trabajadores de elecciones

<sup>143</sup> Sunstein, Cass R. y Thaler, Richard H., “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, núm. 4, 2003, p. 1161.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 1162.

<sup>145</sup> Camerer, Colin; Issacharoff, Samuel; Loewenstein, George; O'Donoghue, Ted y Rabin, Matthew, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism””, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 3, 2003, pp. 1219-1223.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 1219.

irracionales que los amenazan, particularmente en tiempos de duras condiciones económicas. Del mismo modo, los sindicatos pueden llevar a cabo funciones útiles a la hora de aconsejar a los trabajadores sobre sus mejores estrategias y elecciones en sus negociaciones con los empleadores. A diferencia de la teoría de libertad moral de Green, el enfoque económico basado en el comportamiento no afecta la libertad de agencia, porque depende de características básicas de todos los seres humanos. Por lo tanto, este enfoque no expresa una concepción moral elitista que subestima las capacidades de los trabajadores. Además, el enfoque del comportamiento favorece medidas no coercitivas que dejan un amplio margen para realizar contratos de trabajo que promuevan los intereses propios de los trabajadores. En la última parte, trato de mostrar que también hay justificaciones morales para términos no monetarios obligatorios en los contratos de trabajo (la “legislación protectora” de Farnam).

## VI. EL ARGUMENTO DE LA IGUAL AUTONOMÍA

En 1854, Abraham Lincoln les contestó a los sureños que sostenían que “sus esclavos están mucho mejor que trabajadores contratados entre nosotros”.<sup>147</sup> Para Lincoln la gran diferencia entre el trabajo esclavo y el trabajo libre es que, bajo el segundo, “el trabajador contratado de ayer trabaja por su propia cuenta hoy, y contratará a otros que trabajen para él mañana”.<sup>148</sup> Para Lincoln, “[e]l progreso, una mejoría de las condiciones, es el orden de las cosas en una sociedad de iguales”.<sup>149</sup> Desde que Lincoln concibió a la sociedad de iguales como una sociedad de igual libertad y prosperidad, la discusión sobre el significado de igualdad ha dominado la política y el derecho americano.

Como sostuve anteriormente, el derecho laboral no puede ser justificado como un método para implementar un concepto rawlsiano de igualdad social. ¿Existe algún otro concepto de igualdad que pueda realizarse a través del derecho laboral? Algunas teorías igualitarias de la justicia posteriores a Rawls han gravitado hacia lo que Elizabeth Anderson denominó “igualitarismo de suerte”, la doctrina de que la distribución de recursos debe ser sensible a las elecciones e insensible a la suerte.<sup>150</sup> De acuerdo con

<sup>147</sup> Lincoln, Abraham, “A Fragment”, en Roe, Merwin (ed.), *Speeches and letters of Abraham Lincoln, 1832-1865*, New York, E.P. Dutton & Co, p. 26.

<sup>148</sup> *Idem*.

<sup>149</sup> *Idem*.

<sup>150</sup> Anderson, Elizabeth S., “What Is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999, p. 289.

esta doctrina, un esquema justo de asignación de recursos debería ser insensible a lo que Ronald Dworkin ha llamado “suerte bruta”, es decir, las contingencias de los talentos, el trasfondo familiar, y la posición social.<sup>151</sup> Sin embargo, el igualitarismo de suerte incorpora un ideal de responsabilidad individual según el cual las personas deben internalizar, como una cuestión de justicia, los costos de sus elecciones.<sup>152</sup> En consecuencia, las desigualdades que surjan de las elecciones de las personas en lo que hacen al trabajo y al ocio, por ejemplo, son moralmente legítimas.<sup>153</sup> Un número de filósofos políticos críticos del igualitarismo de suerte, como Elizabeth Anderson, Timothy Hinton, Samuel Scheffler, y Jonathon Wolff, han elaborado recientemente un ideal diferente de igualdad que Hinton denomina “igualdad de estatus” y Anderson apoda “igualdad democrática”.<sup>154</sup> Prefiero el nombre “igual autonomía”, como una forma de indicar el origen en Kant de la doctrina. Anderson ha esbozado una expresión de este ideal: “En la búsqueda por construir una comunidad de iguales, la igualdad democrática integra principios de distribución con demandas expresivas de igual respeto”.<sup>155</sup> Para Anderson:

El correcto objetivo negativo de la justicia igualitaria no es eliminar el impacto de la suerte bruta de los asuntos de las personas, sino terminar con la opresión, que por definición está socialmente impuesta. Su adecuado objetivo positivo no es asegurar que todos obtengan lo que moralmente merecen, sino crear una comunidad en la que las personas se encuentren en relaciones de igualdad con los demás.<sup>156</sup>

¿Cuáles son las implicancias de una comunidad de iguales relacionadas con el trabajo? La igual autonomía apoya el ideal de Kant de una obligación incondicional de respetar la autonomía y dignidad propias y las de los demás. El respeto de Kant es incondicional en el sentido de que no puede ser dejado de lado por los deseos o preferencias de nadie. Así, Anderson menciona a Kant como opositor a los contratos de esclavitud o servidum-

<sup>151</sup> Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000, p. 73.

<sup>152</sup> Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150, pp. 289-293.

<sup>153</sup> *Idem.*

<sup>154</sup> Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150; Hinton, Timothy, “Must Egalitarians Choose Between Fairness and Respect?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, núm. 1, 2001, pp. 72-87; Scheffler, Samuel, “What Is Egalitarianism?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 31, núm. 1, 2003, pp. 5-39; Wolff, Johnathan, “Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 27, núm. 2, 1998, pp. 97-122.

<sup>155</sup> Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150, p. 289.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 288 y 289.



bre.<sup>157</sup> Notablemente, fracasa en citar lo que el mismo Kant tenía para decir sobre la relación de trabajo. En *The Doctrine of Right*, Kant sostuvo que el amo debe tratar a sus sirvientes como seres autónomos:

Nunca puede comportarse como si fuera dueño de ellos (*dominus servi*); pues sólo es por un contrato que los ha colocado bajo su control, y un contrato por el cual una parte renunciaría completamente a su libertad en beneficio de la otra sería auto-contradictorio, es decir, nulo e inválido, ya que por él una parte dejaría de ser persona y no tendría obligación de cumplir el contrato, sino que reconocería únicamente la coacción.<sup>158</sup>

No es fácil derivar normas legales concretas del ideal de Kant de igual autonomía. Sin embargo, Kant mismo da un ejemplo. Sostiene que el contrato de trabajo se debe formar cualitativa y cuantitativamente evitando que ofenda la autonomía del trabajador:

Puede parecer que alguien pueda colocarse a sí mismo bajo una obligación hacia otra persona, por medio de un contrato de locación y contratación (*locatio conductio*), para llevar a cabo servicios (a cambio de salarios, dirección, o protección) que son permisibles en términos de su calidad pero *indeterminados* en términos de su cantidad, y que de ese modo se convierta sólo en sujeto (*subiectus*) y no en un esclavo (*servus*). Pero esto es sólo una apariencia engañosa. Si el amo está autorizado para utilizar los poderes de su súbdito como le plazca, puede también agotarlos hasta que su súbdito muera o sea condenando a la desesperanza...; su súbdito se habría entregado, como propiedad, a su amo, lo que resulta imposible. Alguien puede entonces ofrecer sus servicios sólo para el trabajo que se determina según su especie y cantidad, o bien como un jornalero o bien como un súbdito que vive en la propiedad del amo.<sup>159</sup>

Mientras que Kant aceptó en general la libertad contractual, rechazó los contratos en los cuales las personas rechazan su igual valor y autonomía.<sup>160</sup> Proponía declarar estos contratos como nulos e inválidos.<sup>161</sup> En consecuencia, la igual autonomía puede justificar regulaciones no monetarias del contrato de trabajo (esto es, algunas formas de la “legislación de protección” de Farnam). De hecho, aquellos términos contractuales que ofenden la igual autonomía no pueden depender de fuerzas de mercado, porque las obligaciones de respetar la igual autonomía no se subordinan a preferencias subjetivas. Algunos derechos laborales irrenunciables son una consecuencia

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>158</sup> Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, Gregor, Mary (ed.), trad. de Gregor, Mary, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 66.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> *Idem*.

natural de la igual autonomía. Por lo tanto, hay áreas del derecho laboral, como los derechos de privacidad del trabajador, discriminación en el empleo, condiciones de salud y seguridad, e indemnización por despido arbitrario que parecen centrales al respeto de los individuos que una sociedad de iguales debería fomentar. Lo mismo es válido para la prohibición de acoso sexual y moral en el trabajo, porque la prohibición de un clima no opresivo en el ámbito de trabajo es esencial para el respeto que se debe a los individuos autónomos. Por consiguiente, todas estas instituciones de derecho laboral pueden ser convalidadas como formas institucionales necesarias para asegurar los derechos irrenunciables relevantes.<sup>162</sup>

Los democráticos igualitarios a menudo confían en proposiciones económicas que carecen de apoyo para defender regulaciones monetarias y una variedad de medidas que tienden a confiscar propiedades comerciales. Por ejemplo, Anderson defiende las leyes de salario mínimo y una asignación al empleo calificada por parte de adultos dispuestos y sanos para eliminar todas las formas de jerarquía, servidumbre, opresión, y explotación.<sup>163</sup> Intentando responder argumentos económicos obvios contra estas medidas, especula “Un salario mínimo no necesariamente aumenta el desempleo si los trabajadores de bajos salarios reciben el entrenamiento suficiente para hacerlos más productivos o si el salario más elevado induce a los empleadores a proveer a los trabajadores con herramientas que incrementen la productividad”.<sup>164</sup> Sin embargo, obligar a los empleadores a entrenar trabajadores poco productivos puede reducir la contratación de esos trabajadores. Vale la pena destacar que Anderson no se sintió obligada a proporcionar respaldo teórico o empírico a la hipótesis de que las leyes de salario o entrenamiento mínimo no incrementan el desempleo.

A la hora de defender los derechos laborales, la igual autonomía no nos permite eludir un análisis económico serio para evaluar las consecuencias de las distintas políticas. Por el contrario, dado que el derecho opera a través de complejos mecanismos causales, necesitamos del análisis económico para determinar si una cierta medida respeta o vulnera la igual autonomía. Por ejemplo, acudiendo a un análisis económico serio, podemos saber que, a menos que se encuentren presentes condiciones de monopsonio, la negociación colectiva obligatoria no trata a los individuos

<sup>162</sup> No creo que el mismo argumento se aplique necesariamente a la democracia industrial, aunque las opiniones de los trabajadores deben ser adecuadamente tenidas en cuenta en los procesos laborales si se intenta que su autonomía no se vea dañada.

<sup>163</sup> Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150, p. 325.

<sup>164</sup> *Idem.*

como iguales. Por un lado, este método de fijación de precios no permite a los trabajadores negociar por sí mismos tasas de salarios más elevadas. Por otro lado, la negociación colectiva perjudica a los desempleados al obtener salarios más altos para los trabajadores que se encuentran empleados. La igual autonomía considera que el desempleo es más ofensivo a la dignidad humana que los bajos salarios. Dado que el sindicalismo con frecuencia contribuye al aumento de salarios en perjuicio de los desempleados, puede resultar injustificable desde la perspectiva de la igual autonomía. Del mismo modo, excepto en mercados laborales con monopsonio, las leyes de salario mínimo no pueden justificarse sobre la base de la igual autonomía. Pero esto no es una verdad generalizada. Los salarios por debajo del mínimo pueden ser más ofensivos a la dignidad humana que el desempleo si, por ejemplo, el desempleo fuera mitigado con un régimen de seguridad social. En estos casos, las leyes de salario mínimo podrían ser moralmente justificables. En general, necesitamos criterios morales y análisis económicos para evaluar el impacto de una cierta medida sobre la igual autonomía.

## VII. CONCLUSIÓN

He discutido cinco argumentos en favor del derecho laboral; a saber, el argumento de la libertad positiva y la libertad real, el argumento de la equidad y la justicia social, el argumento de la no comercialización, el argumento paternalista, y el argumento de la igual autonomía. El argumento de la libertad positiva tiene dos variantes: el argumento de la libertad moral y el argumento de las capacidades. El primero genera potencial para el autoritarismo, y el segundo no se asocia con ningún ideal moral perceptible. Los argumentos de la libertad real y de la no comercialización son extremadamente amplios, dado que conducen a un rechazo global del capitalismo. El argumento de la equidad y la justicia social presenta una tensión entre la equidad en la negociación y la justicia social; esta tensión debe ser resuelta a favor de la justicia social. Los argumentos del paternalismo y la igual autonomía ofrecen la mejor defensa posible de algunas instituciones de derecho laboral. El paternalismo libertario o no invasivo puede justificar la regulación no obligatoria de los contratos laborales que corrige en la medida de lo posible las tendencias de las personas a cometer errores en sus decisiones contractuales. Finalmente, el argumento de la igual autonomía

puede justificar términos no monetarios obligatorios en los contratos de trabajo que materialicen el ideal de Kant de igual autonomía en contextos laborales. De hecho, la igual autonomía subyace a la mayoría de los proyectos de derecho laboral en América y en otros lugares, como la prohibición del acoso sexual y moral. Fue también el centro de los ideales liberales que formaron esa nación.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, Wolfgang, *A Short History of the European Working Class*, trad. de Jacobs, Nicholas y Trench, Brian, London, New Left Books, 1972.
- ALSTON, Philip, *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- ANDERSON, Elizabeth S., “Is Women’s Labor a Commodity?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, núm. 1, 1990.
- \_\_\_\_\_, “What Is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999.
- ARNOLD, N. Scott, “Why Profits Are Deserved”, *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987.
- AYRES, Ian y SCHWAB, Stewart, “The Employment Contract”, *Kansas Journal of Law and Public Policy*, vol. 8, 1999.
- BEATTY, David M., *Labour is not a Commodity*, en Reiter, Barry J. y Swan, John (eds.), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980.
- BENTHAM, Jeremy, *Anarchical Fallacies*, en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, Bristol, Thoemmes Press, 1995.
- BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- CAMERER, Colin; ISSACHAROFF, Samuel; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted y RABIN, Matthew, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism””, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 3, 2003.
- COHEN, Gerald A., “Are Disadvantaged Workers Who Take Hazardous Jobs Forced to Take Hazardous Jobs?”, en *History, Labour, and Freedom: Themes from Marx*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- \_\_\_\_\_, “The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, núm. 4, 1979.

- \_\_\_\_\_, “The Structure of Proletarian Unfreedom”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 1, 1983.
- CROCKER, Lawrence, *Positive Liberty: An Essay in Normative Political Philosophy*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1980.
- DAVIES, Anne C.L., *Perspectives on Labor Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- DEAKIN, Simon, “Social Rights in a Globalized Economy”, en Alston, Philip (ed.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, en Sartorius, Rolf (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000.
- EKELUND, Robert B. y HEBERT, Robert F., *A History of Economic Theory and Method*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1990.
- EPSTEIN, Richard A., “In Defense of the Contract at Will”, *The University Of Chicago Law Review*, vol. 51, núm. 4, 1982.
- \_\_\_\_\_, *Liberating Labour: The Case for Freedom of Contract in Labour Relations*, St. Leonards, NSW, Center for Independent Studies, 1991.
- ESTREICHER, Samuel y SCHWAB, Stewart J. (eds.), *Foundations of Labor and Employment Law*, New York, Foundation Press, 2000.
- FARBER, Daniel y FRICKEY, Philip, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1991.
- FERRIELL, Jeffrey y NAVIN, Michael, *Understanding Contracts*, New York, LexisNexis, 2004.
- FORBATH, William E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- FRIED, Charles, *Contract as Promise*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981.
- GALBRAITH, John Kenneth, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1952.
- GEWIRTH, Alan, *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.
- GRAY, John, “Against Cohen on Proletarian Unfreedom”, *Post-liberalism: Studies in Political Thought*, New York, Routledge, 1993.
- GREEN, T.H., *Lecture on Liberal Legislation and Freedom of Contract*, Nettleship, R.L. (ed.), *Works of Thomas Hill Green*, London, Longmans, Green, and Company, 1891.
- HAMILTON, Walton y MAY, Stacy, *The Control of Wages*, New York, George H. Doran, 1923.

- HARDIN, Garrett, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 62, núm. 3859, 1968.
- HINTON, Timothy, “Must Egalitarians Choose Between Fairness and Respect?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, núm. 1, 2001.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 5, 1998.
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979.
- KAHNEMAN, Daniel, “Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem”, *Journal of Political Economy*, vol. 98, núm. 6, 1990.
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul y TVERSKY, Amos (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, Hill, Jr., Thomas E. y Zweig, Arnulf (eds.), trad. de Zweig, Arnulf, New York, Oxford University Press, 2002.
- \_\_\_\_\_, *The Metaphysics of Morals*, Gregor, Mary (ed.), trad. de Gregor, Mary, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- KAVKA, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986.
- KENNEDY, Duncan, “Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, *Maryland Law Review*, vol. 41, 1982.
- KIRZNER, Israel M., *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.
- KRONMAN, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, 1980.
- LINCOLN, Abraham, “A Fragment”, en Roe, Merwin (ed.), *Speeches and letters of Abraham Lincoln, 1832-1865*, New York, E.P. Dutton & Co.
- MACK, Eric, “Dominos and the Fear of Commodification”, en Chapman, John W. y Pennock, J. Roland (eds.), *Markets and Justice*, New York, New York University Press, 1989.
- MACPHERSON, C.B., “Berlin’s Division of Liberty”, en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Oxford University Press, 1973.
- MANNING, Alan, *Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2003.

- MCCURDY, Charles W., "The "Liberty of Contract" Regime in American Law", en Scheiber, Harry N. (ed.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford, California, Stanford University Press, 1998.
- MILL, John Stuart, *Principles of Political Economy*, Ashley, William J. (ed.), London, Longmans, Green & Co., 1929.
- MILL, John Stuart, *Utilitarianism, On Liberty, Essays on Bentham*, Warnock, Mary (ed.), Glasgow, Collins, 1962.
- NICHOLLS, David, "Positive Liberty", *American Political Science Review*, vol. 56, núm. 1, 1962.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.
- OLSON, Mancur, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1982.
- RADIN, Margaret Jane, "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 8, 1987.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge Mass., Harvard University Press, 1999.
- ROBINSON, Joan, *The economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan & Co, 1946.
- ROEMER, John E., "Should Marxists be Interested in Exploitation?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, núm. 1, 1985.
- \_\_\_\_\_, *General Theory of Exploitation and Class*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982.
- SCHEFFLER, Samuel, "What Is Egalitarianism?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 31, núm. 1, 2003.
- SCHMIDTZ, David, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder, CO, Westview Press, 1991.
- SEN, Amartya, "Capability and Well Being", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- \_\_\_\_\_, "Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures", *The Journal of Philosophy*, vol. 82, núm. 4, 1985.
- \_\_\_\_\_, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_, *The Standard of Living*, Hawthorne, Geoffrey (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- SHIFFRIN, Seana Valentine, "Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, núm. 3, 2000.
- SILVERSTEIN, Eileen, "Collective Action, Property Rights and Law Reform: The Story of the Labor Injunction", *Hofstra Labor Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1993.

- SIMON, Herbert A., “Bounded Rationality”, en Eatwell, John, Milgate, Murray y Newman, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Londres, Palgrave Macmillan, 1987.
- SPECTOR, Horacio, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, núm. 4, 2003.
- SUNSTEIN, Cass R., “Behavioral Analysis of Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 4, 1997.
- TREBILCOCK, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.
- VANDEVEER, Donald, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds of Benevolence*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986.
- WERTHEIMER, Alan, *Coercion*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1987.
- WOLFF, Johnathan, “Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 27, núm. 2, 1998.