



DERECHOS LABORALES DE CREACIÓN: UN PRINCIPIO DE PROTECCIÓN LABORAL DE LA POTENCIA

Labor Rights of Creation: A Principle for Protecting Power at Work

DIEGO ALONSO RAMÍREZ PÉREZ*

Resumen

En el presente artículo se ofrece un nuevo andamio filosófico-normativo para resignificar el principio de protección laboral, en el que frente a las paradójicas relaciones entre el neoliberalismo y el derecho del trabajo, urge sustituir el concepto pasivo, abstracto y obediente de «sujeto de derecho», por un concepto activo, inmanente y creativo como el de «potencia jurídica» para definir al trabajador. De este modo, la tesis principal es justificar jurídicamente en que el trabajador pueda crear derechos al alero de su modo de existencia. En la primera sección se realizará una reconstrucción doctrinaria del principio de protección laboral mediante un entendimiento genealógico sobre el fenómeno neoliberal, con el objeto de marcar una coalescencia entre ambos. En segundo orden, pretenderemos ofrecer una nueva concepción jurídica para definir al trabajador, conllevando a un ideal regulativo de la potencia de crear derechos, como salida a «lo neoliberal». En nuestra tercera sección, daremos cuenta de ciertos lineamientos normativos y filosóficos para que el actual principio de protección pueda asegurar la creación laboral, a través de “derechos de creación”. En nuestra cuarta sección, se esbozará una definición «institucional» de la empresa, donde el trabajador y el empleador deben tener el mismo poder de crear normas. En la última sección, concluiremos sobre la necesidad jurídica de la creación como un elemento indispensable para la protección laboral frente a los avances neoliberales

Palabras Clave: *Neoliberalismo; Protección Laboral; Potencia jurídica; Derechos de Creación; Desterritorialización Laboral*

Abstract

In this article, a new philosophical-normative framework is presented for redefining the principle of labor protection, which, faced with the paradoxical relations between neoliberalism and labor law, urges replacing the passive, abstract and obedient concept of “subject of rights”, with an active, immanent and creative concept such as that of “legal power” to define the worker. Thus, the main thesis is to legally justify that the worker be able to create rights under his mode of existence. In the first section, an examination of the doctrinal principle of labor protection will be carried out through a genealogical understanding of the neoliberal phenomenon, in order to point out a coalescence between the two. Secondly, we will attempt to offer a new legal conception to define the

* Licenciado en Ciencias Jurídicas con Magíster en Derecho Privado (2021), Universidad Adolfo Ibáñez. Estudiante de Doctorado en Procesos e Instituciones Políticas (2021), Escuela de Gobierno, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile (diramirez@alumnos.uai.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4918-6259>. Artículo recibido el 29 de abril de 2021, aceptado para su publicación el 10 de septiembre de 2021.

worker, leading to a regulative ideal of the power to create rights as a way out of “the neoliberal”. In our third section, we will offer an account of certain normative and philosophical guidelines so that the current principle of protection can ensure creation at work through “rights of creation”. In our fourth section, an “institutional” definition of “company” will be outlined, in which worker and employer must have equal power to create norms. In the last section, we will argue for the legal necessity of creation as an essential element of labor protection against neoliberal advances.

Keywords: *Neoliberalism; Labor Protection; Legal Power; Rights of Creation; Labor Deterritorialization*

I. INTRODUCCIÓN

Frente a los avances globales y nacionales del neoliberalismo en la producción económica, el derecho laboral ha entrado en crisis.¹ Es ampliamente compartida la hipótesis en la doctrina laboral, tanto europea, latinoamericana y norteamericana, que frente a los últimos avances tecnológicos y económicos, y en función de lograr una mayor flexibilidad laboral en adecuación de las exigencias económico-productivas, el derecho laboral se encuentra imposibilitado para dar respuestas efectivas en aras del interés y protección de los trabajadores.² En este sentido, gran parte de la doctrina sostiene que la gran crisis del derecho del trabajo, se debe a un avance frenético del neoliberalismo.³

A objetos de este trabajo, vamos a realizar una reconstrucción genealógica del neoliberalismo, que por lo cierto, nos parece la más acertada y precisa para comprender la relación entre derecho laboral y «economía política», sobre la cual emerge el neoliberalismo en el siglo XX.

De este modo, el neoliberalismo puede ser caracterizado siguiendo los planteamientos de Michel Foucault, como: (a) una propuesta de vida económica que bajo ciertos escenarios pretende aplicar un programa de privatización y ajuste; (b) una forma de capitalismo que sugiere ciertos compromisos subjetivos e individuales de los sujetos con prácticas de competencia; y (c) una empresariabilidad del sujeto.⁴ Por ello, el neoliberalismo ha insertado en el trabajador un modo de vida, es decir, una libre gestación de cómo realizar su propia labor y vida, pero siempre conduciéndolo hacia la “*forma empresa contemporánea*”.⁵

En este sentido, el derecho laboral ha pensado que estas políticas de privatización se traducen en una *flexibilidad laboral* que ha derivado en “*flexiprecariedad*”.⁶ Es así, que podría indicarse que el trabajador es puesto en una bifurcación neoliberal: “*empresas o precarizas*”, lo cual significa que las condiciones jurídicas-económicas conducen al trabajador a tener que vivir en una relación laboral precarizada respecto a las exigencias productivas, o de otro modo,

¹ GAMONAL (1996), p. 81.

² COLLINS (2010); MUÑOZ LEÓN (2013); CAAMAÑO (2005).

³ Véase KLARE (1982); UNGER (1976); KENNEDY (1973).

⁴ FOUCAULT (2018).

⁵ VATTER (2014); BROWN (2015); PATTON (2015); FOUCAULT (2016).

⁶ GAMONAL (1996), p. 83.

emprender un trabajo propio e independiente que implique traducir su trabajo en una empresa personal, convirtiendo su propia vida en una empresa.

Este proceso ha sido denominado como la gran innovación del neoliberalismo, en que se ofrecen “diversos” modos de vida en la empresa para la realización de la conducta humana. Es frente a esta coyuntura que el presente trabajo pretende ofrecer una nueva comprensión sobre el fenómeno contemporáneo. El objetivo del presente artículo es articular una nueva mirada de los derechos laborales, a través de una *comprensión immanente* sobre la relación entre el derecho laboral como paradigma de protección del trabajador, y la productividad económica en la forma-empresa como manifestación del «saber» de la economía política.

Por ende, la hipótesis principal de este texto, es que el principio de protección al trabajador resulta demasiado abstracto, porque a través de solo pensar en los principios constitucionales de un orden público laboral y sobre los derechos laborales (in)específicos que apelan a un sujeto jurídico, este deviene pasivo e impotente para realizar una protección laboral en las condiciones neoliberales. Es decir, el derecho laboral, al presentar al trabajador solo como sujeto de derecho, conduce a replicar una serie de lógicas productivas que son en realidad contrarias a la protección laboral. En oposición a tal esquema, se ofrecerá un modelo immanente de protección laboral, el cual entiende al trabajador como una potencia jurídica activa, la cual se explica por construir derechos que crean derechos, o sea, derechos de creación.

De este modo, en nuestra primera sección realizaremos una sucinta reconstrucción del principio de protección, para dar cuenta de su profunda conexión y dependencia con la gubernamentalidad neoliberal. En nuestra segunda sección, realizaremos una aproximación immanente y pragmática sobre la protección laboral, la cual se define por proteger la potencia jurídica del trabajador. En la tercera sección, ofreceremos ciertas directrices básicas con base en las cuales los derechos laborales de creación podrían materializarse, a través de determinadas instituciones básicas del derecho laboral. En nuestra última sección, explicaremos de qué modo los derechos de creación implican a una «*re-significación*» del concepto jurídico de trabajador, y de ciertas ventajas democráticas para su reconocimiento institucional.

II. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y NEOLIBERALISMO: LA TRASCENDENCIA DE LA PRODUCTIVIDAD

2.1 Narrativa de protección laboral: resguardar a un sujeto de derecho

El principio de protección es el sentido constitutivo del derecho del trabajo, es decir, es aquello que permite la existencia y la justificación de la presente disciplina jurídica. Precisamente, se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. Esta carencia de libertad -por la necesidad de trabajar- es la causa inmediata de la desigualdad de los empleados y explica la protección del derecho del trabajo.⁷

⁷ GAMONAL (2019b); DE LA VILLA (2002); CAAMAÑO (2005).

Es sustantivo comprender que el derecho del trabajo, tiene una narrativa de la protección:

Por relato fundacional entendemos la narrativa esencial de un área o rama del derecho, por ejemplo, en derecho laboral, la protección de la parte débil del contrato de trabajo, es decir, el trabajador. (...) Las narrativas jurídicas pueden ser explícitas, implícitas, estratégicas, y pre-legislativas. Las narrativas jurídicas son más o menos informales. Su grado mayor de formalidad está dado cuando la narrativa forma parte de un relato fundacional de un área del derecho, lo que conlleva generalmente que se manifieste como un principio de esa área. (...) La idea protectora, como relato fundacional, se expresa en los principios del derecho del trabajo como el de protección, continuidad, irrenunciabilidad y primacía de la realidad.⁸

Esta idea de narrativa de protección es hegemónica en los sistemas jurídicos contemporáneos.

En países como Chile, Uruguay, Brasil y Argentina el principio de protección se consagra como un orden público general, que se define por ser una configuración institucional que dispone de derechos fundamentales irrenunciables.⁹ Bajo este escenario latinoamericano, Gamonal ha identificado que la consagración de la protección laboral se debe a un “derecho individual de trabajo, un derecho procesal laboral, y una vigilancia a través de instituciones administrativas, para la correcta ejecución de la legislación laboral”.¹⁰

En México el principio de protección tiene una fuerte vinculación con los derechos humanos en el ejercicio de una multidimensionalidad¹¹. Es decir, la multidimensionalidad de la norma laboral “comprende la manifestación de las diversas dimensiones jurídicas” para regular las relaciones de trabajo más humanas a beneficio de las personas.¹² En que lo que define el principio de protección laboral, son esencialmente, los principios de “*pacta sunt servanda, pro-homine o pro-persona, in dubio pro-operario* y el efecto *erga omnes*”.¹³

En Europa, la doctrina laboral francesa enfatiza en ligar el principio de protección a ideales antropológicos y humanistas para justificar una favorabilidad al trabajador. Es decir, la legislación francesa comprende lisa y llanamente que el derecho del trabajo debe proteger al trabajador en tanto es un ser humano, respecto a la explotación y la dominación.¹⁴ Del mismo modo, esta comprensión de comprender al trabajador como una “persona” ha sido ampliamente reconocida y prolongada en el sistema jurídico francés, implicando un modelo regulativo hegemónico para los sistemas jurídicos modernos, sustentando en el sujeto de derechos humanos.¹⁵

⁸ GAMONAL (2019a), pp. 75-76.

⁹ GAMONAL (2019b), p. 74.

¹⁰ GAMONAL (2019b), p. 78.

¹¹ BONILLA y FLORES (2020), pp. 109 y ss.

¹² DRNAS DE CLÉMENT (2015), p. 101.

¹³ PLÁ RODRÍGUEZ (1998), p. 84.

¹⁴ SUPLOT (1996), p. 136.

¹⁵ GARDES (2013), p. 5

En Italia, el principio de protección ligado a una concepción de persona y humanidad queda del todo claro sobre los estudios de Riva Sanseverino, estableciendo que el contrato de trabajo es una figura que compromete a las personas, que en tanto poseedores y trabajadores, estarían dotados de una humanidad personal, lo que marca un sello diferenciador respecto a los contratos civiles.¹⁶ Actualmente, la jurisprudencia italiana ha comprendido este principio de protección del trabajador como persona, como un principio flexible para adjudicar una serie de gastos individuales en las transacciones de mercado, materializadas en el contrato de trabajo para proteger al trabajador moderno.¹⁷

En Gran Bretaña, son conocidos los vastos estudios realizados por Hugh Collins en que logra diferenciar claramente que la protección laboral tiene la función de no mercantilizar al trabajador, y proteger su identidad como ser humano. En este sentido, comprende que la “inclusión social, la competitividad y la ciudadanía” son las que forman al trabajador como ser humano.¹⁸

En Estados Unidos, nos tomamos de los sucintos trabajos investigativos sobre el “despido libre” de Gamonal y Rosado, para interpretar que el principio de protección en Estados Unidos, es la única fórmula de consagrar un capitalismo moderado y prolongable a través de la libre competencia forjando necesariamente la tutela de la parte más débil de la relación laboral.¹⁹

En la doctrina norteamericana de California, la laboralista Katherine Stone ha definido el principio de protección a lo largo de Occidente en el siglo XX, compartiendo el común denominador de la existencia de que un sujeto de derechos es la personalidad de “seguridad laboral, sueldos decentes, un generoso sistema de salud, previsión social y otros beneficios relativos a las imposiciones de su propio sueldo”.²⁰

En Australia, se comprende que el principio de protección laboral ha tenido que ser adaptado durante los últimos veinte años por el alto flujo migratorio, conllevando a que la figura esencial a proteger sea un sujeto de derechos que posee una característica denominada «*guest-worker*». ²¹ Al mismo modo, desde la doctrina laboral crítica australiana, afirman que la protección laboral basada en un sujeto de derechos abstracto ha producido a que sea un concepto plástico funcional a las necesidades productivas y migratorias del capital humano y de la eficiencia que ha necesitado el neoliberalismo.²²

Sobre este diverso análisis comparado de la doctrina laboral moderna, resaltamos una hipótesis transversal y de mínimo común denominador sobre el ideal regulativo del derecho del trabajo. La idea de que el trabajador es un sujeto de derechos a quien debe protegerse, dado que es la parte más débil y no posee la misma libertad inicial que el empleador. De este

¹⁶ SANSEVERINO (1980), p. 76.

¹⁷ GIANFREDA y VALLANTI (2020), pp. 42 y ss.

¹⁸ COLLINS (2010), p. 21.

¹⁹ GAMONAL (2017), p. 60.

²⁰ STONE (2015), p. 572.

²¹ STONE (2015), p. 575.

²² MAYES (2020), p. 52.

modo, vamos a problematizar sobre dicho andamio como un factor que ha conllevado a la crisis del derecho laboral frente a los avances del neoliberalismo y de la Globalización.

2.2 Una crisis permanente: Neoliberalismo y protección

Lúcidamente, Gamonal en un reciente artículo sobre las diferencias y semejanzas entre el Sur y el Norte del derecho del trabajo en la historia de las crisis de este, comenta que

en la actualidad hay una grave crisis luego de más de 30 años de neoliberalismo y Globalización, porque se ha incrementado la desigualdad, los trabajadores sienten que están cada vez peor, los sindicatos han perdido poder y los padres ven que sus hijos tendrán probablemente un menor nivel de vida.²³

Al mismo modo, añade que las crisis del derecho laboral han existido siempre, y que estas tienen el carácter de ser cíclicas y regulares, pero siempre a diferentes velocidades.²⁴ No obstante, Gamonal identifica una particularidad en la actual crisis del derecho laboral, en que ha predominado el fundamentalismo de mercado²⁵, es decir, la ideología que postula que el derecho debe dejar operar al orden “espontáneo del mercado”²⁶, sin interferencias que limiten su eficiencia, produciendo una dimensión de flexibilidad laboral.²⁷ En este contexto, la crisis del derecho laboral en el Sur ha sido constante, por la pobreza, la informalidad, y la explotación precarizada.²⁸ Gamonal concluye que el derecho del trabajo no se encontraría en su fallecimiento, dado que tanto en el Sur como en el Norte se ha podido adoptar una estrategia frente a lo neoliberal, en tanto existe una fuerte estructura de derecho individual del trabajo y derecho colectivo del trabajo.

Contrariamente a lo sostenido por Gamonal, diferimos sobre dicha causalidad y el estado actual de la crisis del derecho laboral.

En efecto, porque el derecho del trabajo ha sido “*territorializado*” por el neoliberalismo. Si bien es cierto que sigue intacto el ideal más alto, ocupando la técnica de los principios y los derechos humanos laborales, denunciando sus graves vulneraciones e instando por una interpretación a favor de los débiles como constitutivas del derecho laboral, no es menos cierto que estos han devenido impotentes frente a la “gubernamentalidad neoliberal”. El neoliberalismo a través de la construcción de mercado competitivos para formar empresas se dispone como la racionalidad del derecho laboral para ejecutar derechos laborales hacia los sujetos. Nosotros sostenemos que la crisis del derecho laboral se debe a que ha sido emergida desde un campo epistémico y gubernamental del neoliberalismo, más específico, la crisis del

²³ GAMONAL (2019b), p. 115

²⁴ GAMONAL (2019b), p. 115.

²⁵ GAMONAL (2019b), p. 119.

²⁶ GAMONAL (2019b), p. 120.

²⁷ GAMONAL (1996).

²⁸ GAMONAL (1996), p. 83.

derecho laboral es que se ha creado un “sujeto de derechos” que solo produce valor, agencia y justicia en una racionalidad neoliberal.

Para demostrar esta hipótesis crítica sobre el neoliberalismo y el derecho, tendremos que aplicar los estudios genealógicos y arqueológicos de Michel Foucault y su tratamiento actual.

Foucault comprende que el concepto del “Sujeto” propio del conocimiento moderno, es completamente funcional al modo en que el derecho y el “saber” de una época comienzan a pensarse. De este modo, se entiende que la figura del sujeto de derechos es un elemento normativo que permite legitimar y fundar la “productividad económica” como un concepto que define las funciones del derecho y del Estado moderno.²⁹ Es decir, el derecho es un elemento que emerge de un “saber” que define la identidad antropológica del ser humano.

El argumento clave radica que precisamente el sujeto jurídico al constituirse sobre esta “antropología humana” que el saber dispone, implica que sea una forma de agencia jurídica en un gobierno producido por los conceptos de la *economía política*.

Aplicado al derecho laboral, es precisamente que el espíritu antropológico y humanista del derecho del trabajo configuran un dispositivo de conducción de la productividad económica cuya normatividad se regula jurídicamente, produciendo un sujeto de derecho obediente a aquella consigna. Es decir, la protección del sujeto de derechos laboral y la productividad económica constituyen dos caras de un mismo paradigma³⁰, es decir, devienen en un sujeto a conducir, lo cual implica, que su conducción se traduce al ser obligado por la racionalidad jurídica que define el Estado.

Por lo tanto, veremos que el sujeto jurídico del derecho del trabajo es una figura antropológica que emerge de un saber funcional a prácticas económicas-productivas, y el cual es una “figura soberana” que permite la legitimación, aceptación y sujeción pasiva para la constitución de derechos funcionales al modelo de Estado.

En *Personhood in the Age of Biolegality*,³¹ Margaret Davies desde una mirada genealógica logra demostrar de qué modo el andamio tradicional construido por Alain Supiot en el derecho laboral, en cual afirma que la persona, el trabajador y el ser humano constituyen el sujeto de derecho, por ende, el sentido del derecho moderno radicaría en conservar y proteger aquella identidad antropológica³², es cierta, pero enfatizando su carácter funcional y coalescente a la gubernamentalidad neoliberal.

Precisamente, Davies demuestra que lo humano es una *co-emergencia* de la tríada significativa entre propiedad (innovación de la economía política), persona (concepto de la biología moderna) y derecho positivo (sistema normativo lingüístico), por lo cual, se entiende que forman un ensamblaje para pensar agencias y libertades jurídicas constitutivas de la soberanía en la gubernamentalidad. Es decir, tal como comentó Jeannine Hortòneda acerca de los trabajos de Foucault y el neoliberalismo jurídico, “el sujeto jurídico permite construir

²⁹ FOUCAULT (2006), p. 139

³⁰ GAMONAL (2018), p. 11.

³¹ DAVIES EN DE LEEUW y VAN WICHELEN (2020), pp. 205 y ss.

³² DAVIES EN DE LEEUW y VAN WICHELEN (2020), pp. 207 y 208.

una *racionalidad abstracta-neutra* para constituir una identidad laboral, es decir, de un modelo de agencia y libertad que se eslabona con productividad”.³³

Ahora, si bien es cierto que desde la dimensión geopolítica del siglo XX existió el discurso de la productividad el cual se identifica de acuerdo a Michael Mann, en un mundo global formado naciones que tienen (i) poder económico, (ii) poder ideológico, (iii) poder militar, (iv) poder político y (v) liderazgo³⁴, el cual implicó fusionar la productividad a un complejo sistema de naciones y su Globalización para la industrialización del capitalismo; nuestro vínculo de la «productividad» al neoliberalismo es más profundo porque conecta también un proceso de producción de subjetividad que apela a un campo pragmático en donde la economía política, la gubernamentalidad y una ética del capital humano forman respectivamente, elementos verdaderos, jurídicos y de auto-reconocimiento para que surjan sujetos productivos.

Dicho en otras palabras, la productividad neoliberal construye al derecho laboral a través del concepto del “sujeto de derecho” que ya contiene una naturaleza epistémica de la económica política, una gubernamentalidad neoliberal en que a través de la ley se regulan los comportamientos para producir valor, y el capital humano como imperativo normativo ético.

Paul Patton afirma claramente que el sujeto jurídico funciona como un modelo irreductible en contra de cualquier tipo de gobierno, y el sujeto del interés (de la economía política) funciona como un modelo irreductible de preferencias intransferibles³⁵. De este modo, se produce una ambivalencia entre un sujeto que solo se le da derechos, y que ese acto, se justifica por ser soberano, pero que se rellena por el interés individual de la economía política. Es decir, como sostiene Miguel Vatter en sus lecturas sobre neoliberalismo y derecho, el sujeto económico (neo)liberal implica un tipo determinado de sujeto jurídico³⁶, y *a contrario sensu*, el sujeto jurídico es la forma de un contenido correcto del comportamiento humano, de un “nomos” económico.

Sumado a lo ya dicho, Delphine Rabet ha establecido que el sujeto jurídico implica una ética de vida de la autonomía, la cual se define por los valores de “liberación individual de la intervención estatal” constituyendo al mismo tiempo la utilización del derecho positivo para crear fuentes de “*self-regulating behaviour*”.³⁷

En el derecho laboral estos análisis no han sido directos. Sin embargo, Hélene Landemore e Isabelle Ferreras -lectora de Foucault-, comprenden que hay una clara relación laboral entre el *hombre, la productividad y el derecho* para universalizar aquel sujeto como garantía al trabajador.³⁸

³³ “Por gubernamentalidad entiendo el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esta forma bien específica, aunque compleja, de poder, que tiene como objetivo principal la población, como instrumento técnico fundamental de los dispositivos de seguridad”. FOUCAULT (2006), p. 111.

³⁴ MANN (2011), pp. 260-261

³⁵ PATTON (2015), pp. 9-10.

³⁶ VATTER (2018), pp. 371-372.

³⁷ RABET (2020), pp. 32 y ss.

³⁸ LANDEMORE y FERRERAS (2016), pp. 55 y ss.

En efecto, el sujeto en el derecho del trabajo, al ser un elemento meramente productivo que debe ser protegido, conlleva a que solo sea una pieza para constituir la trascendencia del derecho del trabajo. Es decir, marca las dos venas del derecho del trabajo: la protección y la eficiencia, para que se devengan una y la misma³⁹, un “sujeto laboral neoliberal”.

Dicho en términos más sucintos, el derecho laboral al tan solo pensar una protección sobre el ideal regulativo de la productividad, implica que el derecho del trabajo tenga una fuerte impresión neoliberal, en que el sujeto de derechos laboral esté al alero de los imperativos del “saber” de la economía política, y contemporáneamente, de la gubernamentalidad neoliberal. Por lo tanto, el sujeto de derechos es un producto que implica una estructura normativa de la productividad, porque su auto-referencia es completamente económica y funcional a las prácticas neoliberales. He ahí el elemento de la crisis: una cuestión de agencia pasiva y de justicia, una justificación de productividad.

Particularmente, sostenemos que la causalidad entre la crisis del derecho laboral y la gubernamentalidad neoliberal, se debe a que el propio ideal regulativo del derecho del trabajo se remite a una figura abstracta, productiva, pasiva y profundamente “legalista” para proteger al trabajador, es decir, el sujeto de derecho. Bajo este modelo, la relación entre “economía política y derecho laboral” respecto a las crisis de este último para poder ser eficaz y proteger al trabajador, no difiere sobre la histórica relación que parte de la doctrina laboral ya ha marcado al respecto, en que se debe a las crisis económicas propias del capitalismo y al modo en que la empresa/fábrica organiza el trabajo.⁴⁰

Pero sí difiere absolutamente sobre las crisis pasadas en donde emerge el neoliberalismo, dado que las crisis contemporáneas suscitadas en la relación entre neoliberalismo y sujeto jurídico laboral, conllevan a que la protección laboral devenga impotente, abstracta y pasiva para realizar acciones por fuera de la productividad por parte de los trabajadores, dado que busca conducirlo a una forma de vida en que se es un empresario de sí.

2.3 Neoliberalismo: La empresariabilidad de la protección laboral

El neoliberalismo⁴¹ realiza una innovación sobre la relación entre el derecho y la economía, precisamente en que el derecho del trabajo debe formar una protección que sea eficaz para la productividad. Es decir, la misma racionalidad interna del derecho laboral se exprese a través de una *idea reguladora*⁴² en el orden económico de la competencia, es decir,

³⁹ GAMONAL (2019b), p. 74.

⁴⁰ GAMONAL (2019b), p. 124.

⁴¹ FOUCAULT (2018), p. 176. “El neoliberalismo (...) debe intervenir sobre la sociedad misma en su trama y espesor. En el fondo, tiene que intervenir sobre esa sociedad para que los mecanismos competitivos, a cada instante y en cada punto del espesor social puedan cumplir el papel regulador”.

⁴² FOUCAULT (2018), p. 174. Foucault realiza una interpretación neokantiana sobre la “idea reguladora”, en este caso la intervención gubernamental en el neoliberalismo “debe ser discreta en el nivel de los procesos económicos mismos o bien, por el contrario, masiva cuando se trata de ese conjunto de datos técnicos, científicos, jurídicos, demográficos -sociales, en términos generales- que ahora serán cada vez más el objeto de la intervención gubernamental”.

“es preciso (...) no intervenir sobre los mecanismos de la economía de mercado, sino sobre las condiciones de este último,⁴³ el derecho laboral es una acción reguladora⁴⁴ del Estado sobre la cual debe proteger a un individuo trabajador para favorecerlos hacia una tendencia de la competencia.

La economía neoliberal ha comenzado a difuminar aquel límite entre el capital y el trabajo, y ha permitido explicar ambos a través de la noción del *capital humano* como elemento constitutivo de la economía contemporánea. La economista Mariana Mazzucato ha constatado que la teoría del *capital humano* es la radicalización de un “*homo oeconomicus*”⁴⁵ en la medida que la individualidad del trabajador exige que esté en constante innovación a través del beneficio. En este sentido, el capital humano sostiene que el individuo ya no sea solo un individuo, sino también parte de los procesos de innovación a través de su propio consumo e inversión de sí. En definitiva, Mazzucato explica desde la *economía política* lo que Foucault ya había desarrollado desde la idea de *gubernamentalidad neoliberal*,⁴⁶ en que

es preciso que la vida del individuo no se inscriba como individual dentro de un marco de gran empresa que sería la compañía, (...), sino que pueda inscribirse en el marco de una multiplicidad de empresas diversas encajadas unas en otras y entrelazadas. (...) Es necesario que la vida misma del individuo - incluida la relación, por ejemplo, con su propiedad privada, su familia, su pareja, la relación con sus seguros, su jubilación, - lo convierta en una suerte de empresa permanente y múltiple.⁴⁷

De este modo, la “gubernamentalidad neoliberal” nos indica que el derecho laboral al remitirse a un sujeto de derecho, este es un elemento jurídico que conlleva a ser conducido hacia los imperativos empresariales competitivos que implican aumentar de modo eficaz la productividad. Es decir, jurídicamente, al sujeto de derechos se le debe proteger de los abusos vinculados al ser la parte más débil, pero esa protección es conducida al mismo tiempo, a producir un sujeto de derecho eficiente. El neoliberalismo ha puesto en el derecho del trabajo

⁴³ FOUCAULT (2018), p. 170.

⁴⁴ En el neoliberalismo, para Wilhlem Röpke, la acción reguladora en una economía de mercado consta del fortalecimiento de una “tercera vía”, pues, dentro del marco permanente legal e institucional, el proceso económico provocara siempre ciertos roces de naturaleza pasajeras y modificaciones que amenazan suscitar estado de excepción, dificultades de adaptación y repercusiones duras sobre algunos grupos. FÈVRE (2015); FOUCAULT (2018), p. 150.

⁴⁵ MAZZUCATO (2019). La explicación de Mazzucato consta de entender que el trabajo del trabajador comenzó a definirse a través del consumo, en el marco de las teorías neoclásicas. En este sentido, “no existe un estándar de valor ‘objetivo’, ya que la utilidad puede variar entre individuos y en diferentes momentos. En segundo lugar, esta utilidad disminuye a medida que aumenta la cantidad de una cosa que se mantiene o consume. (...). Este concepto del marginalismo se encuentra en el corazón de lo que hoy se conoce como teoría “neoclásica”: el conjunto de ideas que siguió la teoría clásica desarrollada por Smith y Ricardo y fue extendida por Marx. El término neoclásico refleja cómo los nuevos teóricos se pararon sobre los hombros de los gigantes, pero luego tomaron la teoría en nuevas direcciones” (pp. 65-66).

⁴⁶ En Foucault, el neoliberalismo es una manera de gobernar que se permite explicar en términos genealógicos en una continuidad del arte de gobernar liberal y de la economía política.

⁴⁷ FOUCAULT (2018), p. 277.

la forma-empresa como principio de inteligibilidad y protección de las relaciones laborales y de los comportamientos del trabajador.

El *capital humano*⁴⁸ es la expresión de un nuevo concepto de trabajo en la economía moderna, en la que exige que el trabajador ya no sea solo un individuo, sino que sea un *empresario de sí mismo*⁴⁹, precisamente, el capital humano es el baremo sobre el cual la soberanía del sujeto jurídico laboral se mide hoy en día.⁵⁰ La “libertad de trabajo” y los derechos laborales (in)específicos al enmarcarse sobre el riel de la productividad, forman una soberanía, independencia y protección del trabajador, y al mismo tiempo y por la misma razón, implica producir un sujeto empresarial.

Nos parece que en el derecho laboral la relación más cristalina entre el capital humano y la idea de derechos se encuentra en el mismo Collins, quien comprende que el capital humano es un beneficio inherente al trabajador, y el cual debe ser protegido.⁵¹

Stone en sus tratados laborales ha referido lúcidamente el cambio normativo del último tiempo sobre el contenido material del principio de protección en relación con la regulación de las necesidades productivas de la empresa, transformando su naturaleza.⁵² Por lo tanto, con la vasta literatura genealógica que hemos comentado es que ofrecemos una mirada alternativa de la relación entre protección laboral y empresariabilidad, implicando que la primera es la “configuración jurídica determinada” del ideal regulativo neoliberal, en que se protege una empresariabilidad laboral. El problema, entonces, es a nuestro juicio el siguiente.

La *empresariabilidad*⁵³ del trabajador conlleva a disponer una obediencia que se vuelve ciega a través de un juego con la *experiencia jurídica* de la libertad y soberanía del sujeto de derecho. Es decir, el derecho laboral funcional a una “gubernamentalidad neoliberal” implica

⁴⁸ Gary Becker (1930-2014), Theodore Schultz (1902-1998) y Jacob Mincer (1922-2006) fueron los principales economistas que pensaron la teoría del capital humano. La fórmula esencial sobre en la que vamos a trabajar es la siguiente; “el sello distintivo del capital humano es que es una parte del hombre. Es humano porque se encarna en el hombre, y capital porque es una fuente de satisfacciones futuras o salarios futuros, o de ambos”. FOUCAULT (2018), p. 266.

⁴⁹ En el neoliberalismo no hay un socio del intercambio. El *homo oeconomicus* es un empresario, y un empresario de sí mismo. Véase FOUCAULT (2018), p. 264.

⁵⁰ Actualmente parte de la doctrina del derecho laboral europea (alemana, inglesa y francesa) y la sociología jurídica ha perfeccionado el término capital humano y lo ha expresado jurídicamente a través de “competencias laborales”. Véase, “Brockmann, Michaela & Clarke, Linda & Winch, Christopher & ProQuest (Firm) (2011). Knowledge, Skills and Competence in the European Labour Market: What's in a Vocational Qualification?, Taylor and Francis, Florence.” Para objeto de nuestra investigación preferimos mantener la noción de capital humano, dado que concatena el significado propio de obediencia, no obstante cuando hablemos de “competencias laborales” serán términos homólogos.

⁵¹ COLLINS (2010), p. 260.

⁵² STONE (2015).

⁵³ Rabet ha enfatizado sobre el siguiente fenómeno de la formación auto-regulatoria de la empresa en el sujeto, se “valora la libertad y la libertad como primordiales y se aboga por liberar al individuo de las reglas y regulaciones impuestas por el Estado, mientras que al mismo tiempo, conduce a más regulaciones, más control y más vigilancia del individuo, tanto desde fuentes institucionales como desde el propio individuo que autorregula su comportamiento”. RABET (2020), p. 48.

que los ideales de protección se refieren a un sujeto empresarial, los que forman un “auto-gobierno” que es conducido incesantemente al comportamiento neoliberal.

Dicho de otro modo, la conexión entre gubernamentalidad neoliberal y sujeto laboral es una relación de productividad. La primera necesita del segundo para su legitimación y autonomía, y este necesita de aquella para marcar sus derechos de soberanía e independencia, y he ahí la aporía contemporánea que forma una obediencia y sujeción del sujeto a la gubernamentalidad.

Por ende, el sujeto laboral dispuesto por un principio de protección antropológico y humanista, constituye el objeto preciso, susceptible de protección y conducción, con miras a una producción más eficiente, realizada por sí mismo, en la empresariabilidad. De este modo, el derecho del trabajo definido en un marco jurídico neoliberal radica en conducir, sentir, y precisamente, en orientar los comportamientos, las actitudes laborales, las competencias, las conductas libres de los trabajadores a una finalidad, al objetivo de la incesante producción empresarial. De este modo, Chignola ha permeado que un “*gobierno de sí*” como lo es la empresa, resulta en “un control gubernamental que influencia bajo la forma de una dirección impalpable de conciencia autorreflexiva”⁵⁴.

El derecho del trabajo neoliberal anclado al sujeto, produce un sujeto obediente a los imperativos neoliberales de la empresa de sí, lo que se traduce en un punto particularmente importante: ya no es simplemente una determinada manera de reaccionar ante una orden. La obediencia no es tan solo una respuesta al otro. La obediencia *es y debe ser*, una manera de ser, anterior a cualquier orden, más fundamental que cualquier situación de mando y, por consiguiente, el estado de obediencia se anticipa en cierto modo a las relaciones con el otro: el sujeto jurídico ya es un dispositivo de obediencia a la empresa.⁵⁵

El *principio de protección* en su genealogía respecto al neoliberalismo, ha formado un trabajador obediente. El problema es que el principio de protección protege a un trabajador que ha sido dispuesto por el mismo derecho laboral, a ser un empresario, conllevando a una contradicción de los principios fundantes del derecho laboral. Por ende, he ahí la necesidad de un concepto pragmático, activo, (des)obediente y creativo para proteger: el trabajador ya no como sujeto obediente de derecho a la productividad, sino como potencia jurídica creativa de nuevas obligaciones jurídicas.

III. PRINCIPIO DE CREACIÓN LABORAL: EL TRABAJADOR COMO POTENCIA

En la presente sección se ofrecerá una nueva definición legal de la agencia laboral, es decir, una comprensión del trabajador ya no como sujeto de derecho, sino como potencia jurídica. De este modo, se dará un nuevo fundamento ontológico para dar cuenta del reconocimiento jurídico del trabajador, mediante una crítica a la noción de derecho subjetivo predominante en la teoría del derecho. En lo sucesivo, se propondrá una interpretación del sujeto de derechos en sede laboral, con base en el pensamiento de Baruch Spinoza, Gilles Deleuze, Félix Guattari y Paul Patton, tendiente a concebir al trabajador como un creador

⁵⁴ CHIGNOLA (2018), p. 51.

⁵⁵ FOUCAULT (2014), p. 339.

normativo, caracterizado por un derecho creativo que permita asegurar jurídicamente un campo de inmanencia como génesis de normas laborales.

3.1 De sujeto de derechos a potencia jurídica: Un nuevo modelo agencia laboral

El sujeto de derecho laboral que ha devenido neoliberal, no solamente responde a una cuestión genealógica, sino también responde a una dimensión normativa sobre “cómo” se constituye la protección mediante los derechos subjetivos, es decir, un modo jurídico específico en que se piensa la agencia de ese sujeto de derecho. La conexión entre nuestra dimensión genealógica del sujeto neoliberal y la formulación jurídica que se puede encontrar contemporáneamente, desde la teoría política-jurídica, en Geoffroy De Lagasnerie –discípulo de Foucault-. Él ha realizado conexiones fundamentales a la conexión conceptual entre “soberanía, sujeto de derechos y obediencia”, en que el sujeto de derechos es una figura de la sujeción, y no de la liberación.⁵⁶ Para nuestro interés, tomamos la idea de que el sujeto de derecho es la unidad política que permite la legitimación del soberano para constituir una razón jurídica que administra una gubernamentalidad.⁵⁷

Por la presente razón, es que se vuela imperativo clarificar con la noción jurídica de “derecho subjetivo” sobre la cual se critica el concepto de sujeto de derecho. En efecto, se recurre expuesta a la teoría positiva de Thomas Hobbes. La concepción de derecho subjetivo esbozada por Hobbes se define como

El derecho y la ley deben ser distinguidos; porque el derecho consiste en la libertad para hacer o abstenerse de hacer, mientras que la ley es determinada y obligatoria para uno de ellos: de modo tal que la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad; los que en una y misma materia son inconsistentes.⁵⁸

Por lo tanto, para Hobbes el derecho subjetivo es la garantía de una libertad que no se encuentre impedida por determinaciones externas, garantizando el poder de actuar, por lo tanto, el derecho es una especie de libertad. Según Eleanor Curran, este concepto de derecho subjetivo ha tenido influencia para las teorías modernas del derecho porque garantiza una justificación moral y política sobre la soberanía del sujeto para su protección,

(...) mientras que el soberano no posee deberes directos de proteger los derechos de los sujetos, él o ellos sí poseen deberes indirectos de protección, tales como aquellos descritos anteriormente. Tales deberes son considerados como parte del oficio del soberano, y podrían ser categorizados como siendo deberes del oficio que detentan o como deberes que son parte de los requerimientos del oficio, y no directamente de los sujetos.⁵⁹

⁵⁶ DE LAGASNERIE (2015), pp. 88-89.

⁵⁷ DE LAGASNERIE (2015), pp. 91.

⁵⁸ HOBBS (1660), p. 169.

⁵⁹ CURRAN (2011), p. 30.

Sumado a aquello, se encuentran los estudios constitucionales de David Dyzenhaus en que comprende que la teoría positiva de Hobbes implica una base racional para justificar la soberanía del sujeto y su derecho, porque les permite asegurar una coexistencia pacífica,

esa base es racional solo si el consentimiento es condicional en el siguiente sentido. Los individuos consienten a la regla del soberano bajo la condición que él gobierne de acuerdo a las reglas de la naturaleza. Hobbes señala que uno debe deducir las libertades y limitaciones implícitas en la sumisión al soberano a partir de la finalidad del contrato, que es la seguridad personal y la oportunidad para un cómodo vivir provisto por una coexistencia pacífica.⁶⁰

Como vemos, para Hobbes y su impacto en la teoría del derecho el derecho subjetivo define una libertad legal a través de la soberanía del sujeto que materializa una inmunidad, obligaciones, y poder con el objeto construir una paz.⁶¹

El problema que se nos presenta con el derecho subjetivo es que por definición no se concibe como un derecho de resistencia que pueda constituir nuevas realidades de acuerdo a las situaciones de dominación en que lo forman. Es decir, el derecho subjetivo tiene la finalidad de asegurar la soberanía del sujeto, lo cual significa, constituir una serie de reglas de protección sobre una cualidad determinada. La estructura normativa del derecho subjetivo apela a garantizar la existencia de una identidad y su agencia, y no a las relaciones de poder que definen, producen y conducen dicha identidad en un campo productivo determinado.

En nuestro caso, el modelo del derecho subjetivo es la agencia del «sujeto de derecho laboral» que ha devenido neoliberal, porque mediante nuestra genealogía al derecho del trabajo respecto a la gubernamentalidad neoliberal, ha formado la protección y producción de una identidad jurídica obediente a los ideales de la empresariabilidad.

De modo contrario, nuestra filosofía jurídica es completamente vicaria de Baruch Spinoza, y la cual busca la necesidad de regular y proteger el *modo de existencia*⁶² y la *potencia*⁶³ del trabajador. Entendemos, que el cuerpo del trabajador afecta y resulta afectado⁶⁴ en la relación laboral con el empleador; no obstante, toda la potencia del trabajador se reduce a una impotencia en tanto que jurídicamente no existen mecanismos para afectar la relación de

⁶⁰ DYZENHAUS (2010), p. 459

⁶¹ HAMPTON (1986), p. 91; CURRAN (2011), p. 31; GAUTHIER (1969), p. 63.

⁶² SPINOZA (2007), p. 233; GARRETT (1995), p. 6; DELEUZE (1996), p. 190 y ss.; SHARP (2011), p. 132; SKEAFF (2018), p. 118.

⁶³ SPINOZA (2009) 236; Spinoza tiene una particular concepción de afecto y potencia, “la afección no es por lo tanto sólo el efecto instantáneo de un cuerpo sobre el mío, también tiene un efecto sobre mi propia duración, placer o dolor, alegría o tristeza. Se trata de pasos, de devenires, de subidas y de caídas, de variaciones continuas de potencia, que van de un estado a otro: se los llamará afectos, hablando con propiedad y no afecciones. Son signos de crecimiento y de disminución, signos vectoriales (de alegría a tristeza), y ya no escalares como las afecciones, sensaciones o percepciones. DELEUZE (1996), p. 193.

⁶⁴ Esta idea es completamente spinozista, es decir, un “realismo radical”, puesto que los signos interpretados expresan que el poder y la potencia se mide mediante un cuerpo que tiene el poder de afectar y ser afectado, un poder compartido por todos los individuos. Véase sobre esta interpretación, en SPINOZA (1987), p. 210; ISRAEL (2001); DELEUZE (2008), p. 37; SKEAFF (2018), p. 37; ZACHARY (2018), p. 94; VINCIGUERRA (2020), p. 135.

poder, sujetando al trabajador a solo un poder de producir valor, mas no de crear jurídicamente derechos correspondientes a su modo de ser.

Lo que no ha podido resolver el ideal proteccionista mediante el derecho subjetivo en que se funda el orden público laboral de la era neoliberal, es lo concerniente a “*la amplificación de la potencia*”.

Es decir, la presente justificación normativa apunta a una intensificación de elevar el poder⁶⁵ del trabajador frente al poder del empleador a través de la ley laboral, es decir, hacer que las normas laborales conviertan dicha impotencia del trabajador (diferencia de poder con el empleador y solo producir) en una potencia jurídica que pueda crear condiciones jurídicas de protección inmediatas, o sea, proteger un modo de existencia. El *modo de existencia*⁶⁶ del trabajador ha sido completamente devaluado, en que se debilita la intensidad de su poder de afectar la misma relación laboral, generando que solo sea conducido hacia la gubernamentalidad neoliberal. De este modo, el derecho laboral ha sido completamente ciego a las posibilidades inmediatas del destinatario de la norma, no considerando la *potencia*⁶⁷ como elemento del comportamiento humano a regular.

El modelo de “*potencia jurídica*” resulta más democrático que el de sujeto de derecho ya que logra quebrar con su propia consistencia la ligazón entre “sujeto, productividad y obediencia neoliberal” porque comprende la movilidad inherente de la potencia en tanto afecta y es afectado por un campo jurídico determinado. Desde esta perspectiva, Paul Patton ha entendido que el derecho debe conciliarse con el movimiento mismo de las relaciones de los agentes; debe ser una expresión de potencia del mismo modo de existencia:

el devenir-derecho refiere a los modos immanentes de existencia de las personas involucradas. Es el establecimiento y la protección de vías particulares de comportamiento o de ser tratado respecto a los conflictos en curso que mantienen campos de libertad humana.⁶⁸

De este modo, los derechos deberían tener la *potencia* de ser líneas de fuga en la medida que son singularmente creadores y positivos: constituyen una afectación del campo jurídico, no menos completa, no menos total que la afectación contraria. El derecho debe poder posicionar la abstracción del derecho no con el sujeto, sino con la diferencia natural y pragmática que emerge en cada territorialidad de la productividad.

A través de la filosofía del derecho de Spinoza, se apela al modo en que los derechos garantizan la necesidad natural de aumentar el poder a través de su artificialidad humana,

⁶⁵ SPINOZA (1987), p. 334; DELEUZE (2008), p. 40; VINCIGUERRA (2020), p. 13.

⁶⁶ El modo de existencia hace referencia a comprender que el “cuerpo y mente” son una y la misma cosa a la vez para efectuar una agencia. De este modo, “todo individuo en cuanto modo, no puede existir sino en cuando modificado por otros. Mente y cuerpo existen siempre en cuanto afectado, es decir, en cuanto modificados por una relación constitutiva que los hace mantenerse incondicionalmente juntos en la medida que están sostenidos por otro, véase VINCIGUERRA (2020), p. 165.

⁶⁷ SPINOZA (1987), p. 57; SPINOZA (2009), p. 235; DELEUZE (2008), p. 78; CURLEY (1994), p. 55.

⁶⁸ PATTON (2012), p. 29.

implicando siempre una vinculación lógica entre el deseo y su protección de expansión.⁶⁹ Es decir, la positividad de Spinoza radica que el derecho no se define por un tipo de abstracción que asegure solo una forma de protección, sino que debe apelar hacia una racionalidad jurídica móvil que garantice diferencialmente los medios para aumentar la potencia de aquellos que se someten a la ley, es decir, es una normatividad de la potencia.

Siguiendo a Hans Kelsen, se comprende que el derecho en su normatividad apela hacia una racionalidad que justifica acciones para su obediencia.⁷⁰ En efecto, como comenta Kelsen en la idea de “relación legal” se sostiene por la creación y aplicación de normas, y no por la reflexividad de la obligación correspondiente al derecho subjetivo,⁷¹ por lo tanto, posicionar la normatividad del derecho en la relación legal apunta a,

Entre un individuo que se encuentra autorizado para crear una norma y otro que está autorizado para aplicar esta norma; y también entre un individuo que está autorizado para crear o aplicar una norma y un individuo que está obligado o facultado por esta norma. (...) La facultad lega del individuo para ejercer una acción en contra de otro individuo consiste en su capacidad para participar en la creación de una norma individual, que ordena una sanción en contra del individuo infractor de la obligación.⁷²

Bajo la presente interpretación, se apela a las razones de creación y afectación de la relación laboral para formar acciones en dicha práctica jurídica. Es decir, pasamos de una racionalidad de la persona y los derechos subjetivos, hacia una racionalidad de la diferencia y del movimiento creativo de los derechos que transforma las relaciones laborales. Como bien completa Miguel Vatter, se entiende que la racionalidad del derecho no apunta hacia la autoridad personal del sujeto para constituir actos jurídicos, sino más bien al poder de transformación de dichas relaciones jurídicas,

el poder como lo entienden los republicanos no es nunca “personal” sino colectivo, o, como se dice hoy en día, el poder es “relacional” -no pertenece a ninguna “persona”-. (...) son leyes que permiten la diferente organización del pueblo en miras de obtener más poder, no sólo leyes que otorgan más derechos a los ciudadanos.⁷³

Lo que queremos ofrecer por fundamento, es precisamente el concepto de *derecho* con su relación inmanente y no el de un *sujeto personal* para fundar las acciones, potencias y campos de aplicación del mismo derecho. Lo que nos interesa son reconocer los hechos inmanentes que producen impotencia en el modo de existencia del trabajador a través del concepto de «sujeto de derechos» para transformarlos en hechos jurídicos⁷⁴ que tengan la capacidad de afectar, -mediante la creación y aplicación de normas- y ser la expresión definitiva

⁶⁹ SPINOZA (2009), p. 239.

⁷⁰ KELSEN (1967), p. 15.

⁷¹ KELSEN (1967), p. 166.

⁷² KELSEN (1967), pp. 163-167.

⁷³ VATTER (2017), p. 154.

⁷⁴ KELSEN (1967), p. 168.

de las relaciones jurídicas laborales, y de este modo, posicionar la misma relación laboral en un dinamismo creativo de obligaciones legales.

3.2 El “derecho a crear derechos”: Territorialidad laboral

Es de este modo que comenzamos a definir nuestra comprensión de *derechos de creación*. Los *derechos de creación* se definen por el aseguramiento jurídico de crear diferentes comportamientos jurídicos que no exijan una unidad sistemática para su funcionamiento, en que no se necesita de un sujeto de derecho. Por consiguiente, abrir la posibilidad a nuevas formas jurídicas de expresión, implica *acciones jurídicas inmanentes* de construcción de aquellas formas institucionales. En efecto, es comprender en el movimiento dinámico que constituye una relación legal, es decir, el devenir de la relación laboral para que produzca derechos.

La introducción del “devenir” conlleva a que los derechos sean mecanismos jurídicos que no garanticen una identidad fijada en la figura del sujeto de derecho neoliberal, sino más bien *territorios jurídicos* para la apropiación, la creación y la potencia de múltiples identidades que aún no han sido creadas en el derecho. Devenir es la expresión ontológica de una subjetividad que se define por las *líneas de diferenciación* y *resistencia* en la misma relación laboral, pero con el objeto de traducirla en derecho, en poder crear normatividad.

Por ende, el trabajador ya no se define por cómo está organizado jurídicamente, sino más bien por aquello que puede ser hacer con el derecho en su propio trabajo. De este modo, los derechos se definirían a través de movimientos de *desterritorialización* y *reterritorialización*, o sea:

la desterritorialización se define como el movimiento o proceso por el cual algo escapa o sale de un territorio determinado, donde un territorio puede ser un sistema de cualquier tipo: conceptual, lingüístico, social o afectivo. Por el contrario, la reterritorialización se refiere a las formas en que aquellos elementos desterritorializados se recombinan y entran en nuevas relaciones en la constitución de un nuevo conjunto o la modificación de la antigua.⁷⁵

La inserción del *devenir* a los *derechos* consta de agotar lo que impide la transformación del sujeto: la referencia al sujeto neoliberal, a su misma identidad en el cerrojo del derecho laboral. Los *derechos de creación* se fundan por la potencia del trabajador, que a su vez, se define por dos elementos constitutivos. Por un lado, la creación de acciones jurídicas inmanentes a las relaciones sociales que permitan asegurar nuevas condiciones de «no dominación»⁷⁶, y así poder afectar la relación; y, por otro lado, la posibilidad de instituir nuevas formas jurídicas de comportamientos, regularidades y de organización laboral en función de la potencia del trabajador. Dicho en nuestros términos, los *derechos de creación* aseguran

⁷⁵ PATTON (2012), p. 143.

⁷⁶ He aquí una dimensión republicana del concepto de no dominación, tratada a través de los trabajos de Miguel Vatter y Gonzalo Bustamante. En este sentido, la libertad del trabajador debe ser comprendida no tan solo como la mitigación de una relación desigual, sino más bien como “no dominación”, entendida precisamente como el movimiento de afectar la relación laboral. Véase VATTER (2017); BUSTAMANTE (2017), BUSTAMANTE (2018).

desterritorializaciones laborales (condiciones immanentes de no dominación neoliberal) y *reterritorializaciones laborales* (nuevas formas jurídicas para la organización del comportamiento).

IV. PROTECCIÓN LABORAL INMANENTE: UNA TORSIÓN A SINZHEIMER

Ahora, ¿Cómo podemos fundar un nuevo andamio de un principio de protección que no se corresponda unívocamente a la figura del sujeto de derecho, sino más bien a la potencia creativa? En principio, la respuesta emerge sobre los análisis de teoría del derecho de Fernando Atria y la dimensión funcional de los conceptos jurídicos, en “el sentido del concepto jurídico es hacer probable el concepto pre-jurídico, que sin el primero sería imposible o al menos improbable”⁷⁷.

De este modo, la posibilidad de que los conceptos sean resignificados de acuerdo a su misma experiencia dan cuenta de su movilidad intrínseca. Deleuze & Guattari argumentan que el concepto “se define por la inseparabilidad de un número finito de componentes heterogéneos recorridos por un punto en sobrevuelo absoluto a velocidad infinita”.⁷⁸ Lo cual comprende, que los conceptos son esencialmente móviles e incorpóreos, dado que en sus coordenadas espacio-temporales poseen una intensidad que manifiesta su naturaleza “esencialmente discutible, dado que son complejos y exigen una variedad de caracteres componentes cuya relativa importancia puede ser sopesada de diferente modo”.⁷⁹ De este modo, la dimensión decisiva la encontramos en la *Ética* de Spinoza, en la medida que comprende que los conceptos son la selección de afectos que permiten acrecentar el poder de los cuerpos involucrados. Para Spinoza, el «concepto» es el resultado de una experiencia en la que se encuentran al azar ideas confusas de mezclas entre cuerpos, imperativos bruscos para evitar tal mezcla o buscar tal otra.⁸⁰

Por ello, lo importante sobre el «concepto» es la manifestación del crecimiento de la existencia, es un modo de existencia que busca proyectar a una velocidad relativa de acrecentar los vectores de crecimiento. Son ideas que buscan adecuar un poder suficiente.⁸¹ Por lo tanto, los conceptos jurídicos presentan una funcionalidad que dan cuenta, por un lado, de su movilidad para ser resignificados, y, por otro lado, de la intensidad que muestra la conexión entre la experiencia y la posibilidad del crecimiento de poder de un modo de existencia.

Tradicionalmente el concepto de protección laboral responde a la mitigación de la desigualdad del trabajador frente al empleador⁸², habilitando acciones de protección que exigen una titularidad de los derechos fundamentales. De este modo, la protección pretende hacer

⁷⁷ ATRIA (2016), p. 362

⁷⁸ DELEUZE y GUATTARI (1993), pp. 27-28

⁷⁹ PATTON (2000), p. 14.

⁸⁰ SPINOZA (1987) 168 y ss.; DELEUZE (1996), p. 199.

⁸¹ SPINOZA (2009), p. 135.

⁸² PLÁ (1998) 66; LASSANDRI (2012), p. 480.

probable mediante la figura del sujeto de derecho⁸³ la identidad de una experiencia de poder en el trabajador a través de un discurso de los derechos fundamentales. No obstante, bajo una lectura spinozista esta protección ha sido miope hacia la inmanencia neoliberal y la potencia de afectar la relación laboral.

Por lo tanto, nos encontramos frente a la misma pregunta de Spinoza acerca del concepto, pero respecto a conceptualizar la potencia del trabajador y su protección en el derecho, ¿cómo podemos llegar a formar un concepto de protección que pueda hacer ejercicio de la potencia del trabajador?, ¿cómo puede ser entendida la protección jurídica de acuerdo a su función, movilidad e intensidad de poder? Paradójicamente la respuesta la podemos encontrar en principio, en Sinzheimer, en la medida que el primer laboralista postulaba sobre la protección real y no abstracta del trabajador:

el Derecho del trabajo prescinde de la esencia del hombre, y encuentra, precisamente en la realidad del hombre, el fundamento de su regulación (...) el derecho fundamental no es la libertad abstracta, sino una determinación tal de su existencia real que asegure la liberación de ciertas necesidades materiales del hombre. No garantiza al hombre la capacidad de adquirir todos sus derechos. El derecho del trabajo asume la responsabilidad no solo de lograr la abstracta situación del ser del hombre, sino de conseguir una determinada y concreta de la existencia humana.⁸⁴

Si bien es cierto que este eterno postulado del derecho del trabajo ha sido un objeto de regulación y perfección, en la medida que pretende garantizar una libertad del trabajador alejada de un concepción formal y abstracta⁸⁵ implicando a formar principios constitutivos que direccionan a beneficiar en la realidad⁸⁶ al trabajador por sobre la dimensión abstracta y jurídica, no es menos cierto su dimensión abstracta contenida en el *“sujeto de derecho”*. Por ende, es en esta instancia donde torcemos la lógica de la protección heredada por Sinzheimer, para volver aún más “real” y “concreta” la protección laboral.

El rebasamiento de Sinzheimer y de lo que gran parte de la doctrina laboral ha construido sobre el principio de protección⁸⁷, radica en torcer la racionalidad protectora del derecho laboral del sujeto de derecho y de los derechos subjetivos, hacia una racionalidad normativa del movimiento que permita crear derechos en la misma inmanencia del trabajador.

Es decir, la protección laboral no debe ser solamente la constatación de mejoría respecto a una relación de poder en aras de mitigar una situación de desigualdad y falta de libertad⁸⁸, ni tampoco radica en avanzar hacia la re-significación de aquella relación laboral para

⁸³ SUPIOT (1994), pp. 108/121. El autor francés realiza las mismas justificaciones humanistas para la reivindicación laboral del trabajador.

⁸⁴ SINZHEIMER (1984), pp. 112/114.

⁸⁵ GAMONAL (2014), p. 57; PLÁ (1998), p. 56; STOLLEIS (2010), p. 45

⁸⁶ GAMONAL (2014); UGARTE (2007). Sobre esta idea descansa la función de garantizar primariamente aquella realidad y experiencia inmediata del trabajador, siempre que lo beneficie económica o jurídicamente.

⁸⁷ El principio de protección es un amplio concepto que tiene una gama de principio anclados para su funcionamientos. Véase los trabajos de GAMONAL (2014); PLÁ (1998); LASSANDRI (2012); UGARTE (2007).

⁸⁸ PLÁ (1998), p. 56; ACKERMAN (2002), p. 321.

la transformación del sistema económico⁸⁹, aquello es una falsa dicotomía. La protección laboral, en su emergencia, presupone la protección de un modo de existencia del trabajador, lo cual implica acciones jurídicas inmanentes que permitan traducir la potencia del trabajador; en potencia jurídica para una relación de no dominación y la institución de diferentes comportamientos jurídicos.

De este modo, la torsión a Sinzheimer es afirmar un principio de protección laboral inmanente y no meramente trascendente, es decir, pensar la protección como una *emergencia* jurídica del movimiento de los cuerpos constituidos en la relación laboral, y no vicarios de la metafísica humanista del sujeto de derecho que conlleva a imposibilitar formas distintas de protección jurídica.

4.1 Normatividad laboral: El movimiento desterritorializante de lo nuevo

Patton y Vatter han pensado la relación entre movimiento y normatividad, a través de una concepción activa de los derechos. De este modo, los derechos de creación son derechos activos en la medida que se piensan en la orientación de aumentar la potencia de aquellos que se someten a la ley, es decir, aumentar el poder del trabajador.⁹⁰ Por ende, el primer principio de la protección laboral debe justificarse sobre una normatividad que exige criterios de desterritorialización de la misma norma. El fundamento normativo de la protección laboral debe proporcionar no sólo normas para condenar los abusos de poder por parte del empleador, sino también un medio para condenar las normas que se han convertido en abusos de poder en su inmanencia.

De este modo, la desterritorialización laboral es un marco normativo que nos permite describir y evaluar los movimientos o procesos⁹¹ de protección de la existencia del trabajador. Por lo tanto, desterritorializar la norma significa que la protección laboral debe ser capaz de realizar conexiones y disyunciones en función de ser móvil para su propia transformación pro-operaria. En concreto, es una normatividad pragmática que en su funcionamiento jurídico debe reconocer el campo de inmanencia para su propia adopción. Esto quiere decir: (a) que sea autorreflexiva en su aplicación y (b) que su adopción permita instituir la creación de nuevas regularidades de comportamientos. La desterritorialización laboral, en otras palabras, debe proteger al mismo tiempo como principio de crítica y de limitaciones jurídicas al ejercicio inmanente del poder del empleador, y como principio de creación de formas jurídicas para instituir nuevos comportamientos, es un método genético de normas.

Que la normatividad laboral sea desterritorializante apunta que el principio rector a proteger:

es la capacidad de criticar y transformar las normas existentes, es decir, de crear algo nuevo. . . [uno] no puede tener normas o criterios preexistentes para lo nuevo; de lo contrario, no sería nuevo, sino que ya estaba previsto.⁹²

⁸⁹ KLARE (1981), p. 462; KLARE (1982), p. 254.

⁹⁰ BUSTAMANTE (2017), p. 22; VATTER (2017), p. 18.

⁹¹ PATTON (2000), p. 9.

⁹² SMITH (2012), p. 347.

En otras palabras, la desterritorialización laboral es esencialmente creativa y novedosa. Decir que la desterritorialización es un acto de creación, significa precisamente instituir una condición de posibilidad de lo diferente, es diversificar el poder del trabajador ya no solo para que produzca, siguiendo ciegamente los imperativos modernos de la productividad, sino que también tenga la potencia de crear derecho de acuerdo a los modos de existencia. La segunda característica es que lo normativo de la desterritorialización se expresa en “la creación de *“líneas de fuga”* (Deleuze) o *“resistencias”* (Foucault) que permiten liberarse de una norma dada, o transformar la norma.⁹³

Lo que “debe” permanecer siempre normativo es la capacidad de criticar y transformar las normas existentes, es decir, de crear algo nuevo, el acto de creación es un proceso que se da por necesidad. Como bien decía Deleuze sobre los *actos de creación*, el creador no hace más que aquello de lo que tiene una necesidad absoluta,⁹⁴ y es aquí, que la creación del derecho por parte del trabajador se fundamenta por la necesidad de protección.

Por lo tanto, lo nuevo se presenta como aquella automatización normativa a establecer, es decir, no se pueden tener normas o criterios preexistentes para lo nuevo; de lo contrario, no sería nuevo, sino que ya estaba previsto.⁹⁵ El fundamento de protección laboral para esta nueva normatividad, consta de entender que el trabajador se define por aquello que es capaz de hacer o por aquello en que es capaz de convertirse, de acuerdo a las dimensiones protectoras vigentes, o sea, está determinado por las líneas de fuga o de resistencia que puede sostener para la afirmación de su potencia. En otras palabras, el movimiento de *desterritorialización* sería la traducción jurídica que permite potenciar el poder de afectar la relación laboral: es dar poder jurídico para crear resistencias inmanentes a la dominación en el modo de existencia.

Se nos podría criticar con justa razón que esto no es normatividad, dado que desde una comprensión “normativa” del derecho,⁹⁶ o incluso desde los criterios de Habermas para la justificación normativa de los sistemas sociales,⁹⁷ no se podría prescindir del criterio de universalidad y de igualdad enfatizando precisamente su pérdida de eficacia normativa. No obstante, Patton ha respondido lúcidamente que, por eso mismo, es la desterritorialización lo que debe verse como un concepto normativo, incluso si eso implica un nuevo concepto de lo que es la normatividad. Desde el derecho laboral, enunciamos que podemos conservar la palabra de normatividad protectora del derecho del trabajo, pero con la condición de que lo normativo es lo nuevo en el movimiento de desterritorialización.

Por lo tanto, los *derechos de creación* son derechos activos que por sí mismos pueden crear derechos, los cuales tienen el contenido material inmanente. Una desterritorialización de las normas disciplinarias, de codificar aquella producción deseante en algo más que mera productividad, y el establecimiento jurídico de constituir nuevas fórmulas para conducir

⁹³ PATTON (2000), p. 13.

⁹⁴ DELEUZE (2007), p. 281.

⁹⁵ JUN y SMITH (2011), p. 103.

⁹⁶ SHAPIRO (2014), p. 251.

⁹⁷ HABERMAS (2008).

conductas. Por consiguiente, se ha demostrado que es posible pensar nuevas formas de protección que no sean vicarias de la trascendencia del sujeto y su universalidad, y aportar formas de protección que den potencia al movimiento de la misma existencia del trabajador.

No obstante, es sustantivo comprender que los derechos de creación responden a una nueva lógica de entender el derecho del trabajo en su positividad, es decir, volviendo a los fundamentos positivistas del derecho laboral, y desterritorializar su misma racionalidad protectora para potenciar el derecho del trabajo en condiciones actuales tan adversas.⁹⁸

Por ende, exige avanzar de un entendimiento legalista del derecho del trabajo hacia una dimensión “institucional” de la definición jurídica de los conceptos jurídicos, lo que encuentra fundamento en la comprensión sostenida por David Hume respecto a la normatividad institucional del derecho:

la institución no es una limitación como la ley, sino, por el contrario, un modelo de acciones, una verdadera empresa, un sistema inventado de medios positivos, una invención positiva de medios indirectos (...) En cuanto a lo social es profundamente creador, inventivo y es positivo⁹⁹.

Por lo tanto, comprender el principio de protección a través de una desterritorialización laboral que se define por ser un *movimiento normativo* immanente al trabajador que se caracteriza por ser (i) la condición de lo nuevo y (ii) ser un medio jurídico de resistencia, es decir, significa acrecentar la potencia del trabajador en la medida que puede afectar y no solamente ser afectado, permite la materialización de un “*ius creature*”. De este modo, los *derechos de creación* justifican un comportamiento jurídico creativo y al mismo tiempo, suspenden la dimensión antropológica para afirmar la protección laboral en un sujeto que solo produce. Este nuevo andamio, exige *desterritorializar* el derecho del trabajo hacia un “*régimen institucional laboral*”.

V. RÉGIMEN INSTITUCIONAL LABORAL

Proponer que el derecho del trabajo contemporáneo debiera avanzar hacia formas jurídicas institucionales, es optar por un principio de protección que se gesta en la misma vida del trabajador. Esto responde a lo que demostramos en cuanto a que el derecho laboral ha sido objeto de una “desterritorialización neoliberal”¹⁰⁰, desempeñando formas legales que representan el complejo fenómeno de “*flexiguridad laboral*”¹⁰¹. Por ello, se vuelve imperativo “*reterritorializar protectivamente*” al trabajador con el objeto que permita transformar su

⁹⁸ Sobre la temprana relación entre el futuro del derecho del trabajo y el neoliberalismo, GAMONAL (1996); sobre la experiencia latinoamericana del neoliberalismo para la construcción de una dominación que pone al centro la libertad, SZTUWALRK (2019).

⁹⁹ DELEUZE (1953), p. 15.

¹⁰⁰ Sobre el impacto neoliberal en las políticas laborales véase: KLARE (1982); GAMONAL (1996); GAMONAL (2019a); GAMONAL (2019b), UGARTE (2007), MUÑOZ (2013).

¹⁰¹ GAMONAL (2013), p. 18.

propia vida laboral, en una vida que resista y se fugue de las “maneras de hacer vivir”¹⁰² que propone la libertad neoliberal en el trabajo.¹⁰³

Por lo tanto, es menester transformar la racionalidad de protección legalista en una racionalidad institucional de la protección. De este modo, como ya hemos sostenido, la presente idea implica que los derechos de creación apuntan hacia una normatividad protectora a través de una constante desterritorialización laboral que significa intervenir normativamente en la organización laboral, lo cual a fin de cuentas, implica la construcción de un “*sistema jurídico inmanente*” en el trabajo.

La presente idea al emerger de los orígenes del derecho laboral, por cierto, colinda con la noción de corporativismo expuesta por Otto von Gierke, dado que entender el trabajador como potencia apunta precisamente a que “la tutela de los derechos de la personalidad debe enfatizarse tanto más en las “asociaciones de dominación”, como es típicamente la empresa jerárquicamente organizada.”¹⁰⁴ De este modo, pensar la empresa como un régimen institucional apunta hacia una noción de derecho social¹⁰⁵ que se encuentra presente tanto en Sinzheimer a través de una protección del poder del trabajador, y de von Gierke mediante su noción de “empresas corporativas”, en efecto,

Las empresas son centrales para esta nueva sociedad (Gierke 1887, p. 142). Ellas son, por su naturaleza, asociaciones del tipo más realizadas. Para von Gierke, había pocas diferencias entre un sindicato, una cooperativa y una compañía mientras que ellas utilicen el modelo de empresa. Lo último es orgánico y soberano. Tal asociación es una entidad auto-gobernada, que tiene sus propios intereses y derechos.¹⁰⁶

Por lo tanto, pensar la dimensión corporativa mediante la protección del poder del trabajador, por cierto, implica una nueva comprensión entre la distinción entre la ley y la institución. Se apela a una dimensión institucional del derecho en que la empresa es la forma jurídica que busca potenciar el poder de sus agentes, no tan solo la limitación del poder mediante una protección laboral que se encuentra conducida por el poder del empleador. En efecto, la dimensión institucional del derecho laboral apela a que el trabajador y el empleador tengan una misma potencia jurídica.

Desde la presente comprensión jurídica, es que además nos remitimos a la filosofía jurídica de David Hume. Sobre la idea de que la ley es solamente una limitación de los comportamientos y de las acciones, y no retiene más que un aspecto negativo de la empresa.¹⁰⁷ El error contractualista que hemos heredado en la doctrina laboral, radica en comprender que la ley es la esencia de cada sociedad, y particularmente, que la ley es la única forma de regular y proteger los intereses contrapuestos por las partes productivas. La ley laboral no tiene otro

¹⁰² SZTUWALRK (2019), p. 45; ŽIŽEK (2006), p. 339.

¹⁰³ FOUCAULT (2018), p. 150.

¹⁰⁴ MONEREO PEREZ (2020), p. 691.

¹⁰⁵ VON GIERKE (1934), p. 195

¹⁰⁶ ZAPALA (2011), p. 8

¹⁰⁷ HUME (1987), p. 474.

objeto que garantizar ciertos derechos fundamentales resguardados en el orden público laboral, y otros derechos originados en el contrato individual y/o colectivo.

Lo estrictamente “positivo” del derecho queda afuera de la disciplina laboral, porque en la empresa y en la fábrica no existe algo que pueda ser “puesto” por el trabajador, no hay acciones jurídicas que permitan crear formas de vida diferentes a modos de existencias meramente productivos. De este modo, la teoría de la promesa de Hume, nos muestra que la utilidad de la misma institución, se encuentra en convenciones y no solamente en contratos.¹⁰⁸ La convención es el campo inmanente y vinculante que crea derecho, que crea normas, que crea nuevas formas de producción, que permite crear nuevos modos de existencias que no reduzcan al trabajador a solo producir. Como bien dice Hume, la convención es el *sistema de medios* que representa la institución. Es un sistema indirecto, oblicuo, inventado; en una palabra, cultural.¹⁰⁹

De este modo, comprender las empresas como instituciones, nos exige entender que la utilidad de aquellas responden a que constituyan un sistema positivo y funcional, no para limitar la existencia de los agentes y sus deseos, sino más bien para potenciar y crear nuevas formas de existencias y deseos propios de la imaginación. Para Deleuze, toda institución impone a nuestro cuerpo, incluso en sus estructuras involuntarias, una serie de modelos, y confiere a nuestra inteligencia un saber, una posibilidad de previsión en forma de proyecto.¹¹⁰ Lo que nos dicen Hume y Deleuze es que las instituciones son formas organizadas de una posibilidad de satisfacción. Por ende, la institucionalidad de la empresa entiende que existan medios positivos para potenciar la protección del trabajador.

Los medios de este sistema institucional parecieran existir ya de algún modo. Sabemos que las fuentes tradicionales del derecho del trabajo son las normales legales,¹¹¹ la autonomía colectiva o sindical,¹¹² la costumbre,¹¹³ la jurisprudencia¹¹⁴ y los reglamentos internos,¹¹⁵ no obstante, a objeto de nuestro problema sobre la inmanencia laboral, hay solo tres fuentes laborales que manifiestan el poder de disponer modos de existencias. Por parte del empleador, existe el ya problemático *ius variandi* que hemos expuesto, pero de igual forma, existe la *negociación individual* la cual está ontológicamente sujeta por la potencia del empleador, y la *negociación colectiva*, y es en este último fenómeno sobre el cual nos vamos a problematizar.

¹⁰⁸ HUME (1987), p. 475.

¹⁰⁹ HUME (1987), p. 480.

¹¹⁰ DELEUZE (2007), pp. 29-30.

¹¹¹ Los Códigos laborales poseen una esencia normativa para la formación de planes, estrategias y objetivos jurídicos a realizar. Sobre la idea de los planes y la formación de prácticas normativas, véase SHAPIRO (2007), p. 245. Acerca de la idea concreta de planes para formar normas laborales tomar el ej. del CT chileno de 1987 con el plan laboral confiriendo énfasis a la autonomía privada individual. Para un tratamiento más sucinto, véase GAMONAL (2014), pp. 122-124.

¹¹² BAYLOS (2012), pp. 23-24.

¹¹³ GAMONAL (2014), p. 130.

¹¹⁴ UGARTE (2007), p. 45.

¹¹⁵ GAMONAL (2014), p. 134.

La negociación colectiva ha sido pensada y constatada como el poder colectivo de los trabajadores en el cual hacen ejercicio de su libertad sindical.¹¹⁶ Es una visión triangular (sindicato, huelga, negociación) que en ciertas condiciones, permite eficazmente representar los intereses de los trabajadores en aras de una mejoría de su condición laboral¹¹⁷. La misma legislación nacional e internacional la ha protegido como un derecho constitucional (civil y político) dado que responde a la libertad de asociación que permite crear instrumentos colectivos de obligatoriedad normativa.¹¹⁸

De este modo, se nos podría refutar que los sindicatos que ejercen negociación colectiva, desempeñan un poder por parte del trabajador que tiene la facultad de incidir en la organización de la empresa,¹¹⁹ dado que existen reglas creadas por la negociación colectiva en que concurren con las del derecho estatal y, en ciertos casos, las desplazan, lo cual otorga un carácter definitorio al derecho colectivo del trabajo.¹²⁰ No obstante, esta crítica implicaría no haber comprendido los conceptos de *potencia* y *modo de existencia* que se encuentran afectados en la relación *inmanente*, y de qué manera la solución no es legal, sino más bien *institucional*. Es sabido que la función de los contratos colectivos resultantes de las negociaciones entre trabajadores y empleador, se cristalizan en tres aspectos: (a) redistributiva salarial,¹²¹ (b) democracia industrial,¹²² y (c) eficiencia económica.¹²³

En efecto, retornamos al problema inicial, concerniente al sujeto de derecho y sus derechos, en que solamente se garantiza un “poder impotente” en la relación laboral, dado que no tiene la posibilidad de afectar la relación laboral en sí. Es decir, solamente resguarda categorías fundamentales de mejoría y bienestar, pero no se realiza una desterritorialización laboral, es decir, no hay condición de lo nuevo y no se fija sobre las condiciones inmanentes de dominación. Se nos podría responder, con cierta razón, que la democracia industrial habilita a tomar decisiones dentro de la empresa, de unilateral a bilateral,¹²⁴ y más aún, que se han traducido en consejos de trabajo y la codeterminación,¹²⁵ y además, ha permitido mitigar el “miedo o temor” de los trabajadores, facilitando que se expresen en forma más segura, sin temor a las represalias,¹²⁶ y es aquí donde se evidencia la dimensión novedosa de la desterritorialización laboral.

El “*ius creatur*” responde un régimen jurídico que se diferencia radicalmente a aquel que caracteriza al poder del sindicato, dado que los derechos que crea son vinculantes en el marco de la relación laboral y permiten precisamente, afectarla, en tanto la transforma y la

¹¹⁶ KAHN-FREUND (1987), p. 57.

¹¹⁷ GAMONAL (2020), p. 338.

¹¹⁸ GAMONAL (2020), p. 340.

¹¹⁹ ROJAS MIÑO (2016), p. 100.

¹²⁰ GAMONAL (2020), p. 384.

¹²¹ DAVIDOV (2016).

¹²² WINDMULLER (1987), citado por GAMONAL (2020), p. 343.

¹²³ STIGLITZ (2012), citado por GAMONAL (2020), p. 345.

¹²⁴ WINDMULLER (1987), citado por GAMONAL (2020).

¹²⁵ POOLE (1993), citado por GAMONAL (2020), p. 347.

¹²⁶ GAMONAL (2020), p. 346.

cambia. Pensar el “*ius creatu*” significa trazar un poder activo que tiene el trabajador para desterritorializar la empresa en su institucionalidad.

La desterritorialización responde a no ser dominado en la inmanencia y a crear lo nuevo, lo cual presupone que aquellos derechos no son resultados de negociaciones que son aceptadas por el empleador, sino más bien el resultado de un ejercicio automatizado de derechos, que tienen la potencia de ser una resistencia a la potencia del *ius variandi*. Los derechos de creación tienen una naturaleza jurídica institucional y no legal, esto quiere decir, que tienen la fuerza de la ley para su exigibilidad, pero emergen del mismo modo de existencia del trabajador, es precisamente darle la potencia al trabajador para formar una normatividad que permita vincularlo al movimiento de lo nuevo, y la protección de la vida misma del trabajador. Entonces, la presente aproximación no es una “superación” de la subordinación como tal, es pensar una protección laboral inmanente que exige frente a la crisis neoliberal, una nueva fuente normativa: que el trabajador tenga derecho a crear derechos de acuerdo al modo en que existe y se sitúa en la empresa.

VI. CONCLUSIONES

El objetivo es repensar la empresa y la fábrica con miras a formas de organización que puedan ser analogadas a “regímenes jurídicos” en sí mismos. Esto porque la concatenación de estos diversos medios positivos permitirían equiparar los instrumentos jurídicos del trabajador y del empleador, para formar jurídicamente una misma potencia.

Transformar la empresa en un “sistema jurídico inmanente”, presupone que la potencia del trabajador tenga la misma naturaleza de la potencia del empleador, ¿Qué significa esto? Que ambos tengan la posibilidad de afectar la relación laboral, que ambos se vean habilitados para crear derecho en una institucionalidad que pueda hacer *contrapeso* a la subordinación. Es argumentar que el poder del trabajador y del empleador, deben estar en el mismo riel de organización. De esta manera, nuestra propuesta normativa es que el poder del trabajador ya no sea un suplemento o un atributo que viene a perfeccionar o contrapuesto con el poder del empleador, sino que deben ser naturalmente iguales, deben tener la misma potencia deviniendo en un sistema de medios positivos para su propia organización. Por decirlo una vez más, nuestra propuesta normativa de la potencia jurídica no es una superación a la subordinación, sino una neutralización mediante una definición democrática de la institución laboral, que pone al trabajador y al empleador en una igualdad de trato¹²⁷ y potencia en que ambos crean derechos para organizar un modelo productivo.

Por consiguiente, a modo de comentarios finales, pensamos -sin realizar una sistematización y un fundamento acabado, dado que no es el objeto del presente artículo- que ejemplos concretos de los derechos de creación, son: (i) que la norma general para la convención de los contratos laborales individuales sea un acuerdo de la potencias de ambas partes, (ii) que la organización laboral con su normas sea una convención de una desterritorialización laboral, (iii) que los procesos legales permitan sistemáticamente transformar y criticar las normas de comportamiento, ya sea de carácter estatal o del contrato

¹²⁷ MENKE (2006), p. 44

colectivo, y que no sean solo resultados de una negociación, sino más bien del mismo derecho en su ejercicio, y (iv) que siempre las medidas disciplinarias sean bilaterales, no pudiendo existir un ejercicio unilateral del empleador, es decir, que el poder disciplinario en su ejercicio sea una consecuencia de un contenido dispuesto por ambas potencias.

Bajo estas consideraciones, “*más allá*” de haber ofrecido nuevos conceptos jurídicos para el derecho laboral y garantizar la protección jurídica del trabajador de una manera novedosa, nos importa precisamente el “*más acá*”.

La inmanencia de poder haber iniciado un nuevo modo de pensar el derecho laboral con la dimensión creativa del trabajador para formar su propia vida, y es aquí la dimensión indiscernible en que se justifica nuestro trabajo. La importancia vital de la creación, y de por qué se vuelve indispensable para proteger al trabajador en su existencia pragmática, es que tenga el arte de fabricar conceptos para su vida¹²⁸. Porque precisamente como mencionó Spinoza y posteriormente Foucault, formar conceptos es una manera de vivir y no de matar la vida; es una manera de vivir en una relativa movilidad y no una tentativa de inmovilizar la vida, y he ahí el fundamento que proteger, es crear un concepto de vida.¹²⁹

¹²⁸ DELEUZE y GUATTARI (1993), p. 53.

¹²⁹ FOUCAULT (2015), p. 395.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATRIA, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BAYLOS, A. (2012). *¿Para qué sirve un sindicato?* Madrid: Catarata.
- BROCKMAN, M. (2011). *Knowledge, Skills and Competence in the European Labour Market: What's in a Vocational Qualification?* Londres: Routledge.
- BROWN, W. (2015). *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Cambridge, Londres: Zone Books.
- BONILLA, C. y FLORES, L. (2020). "El derecho humano al trabajo y su dimensión protectora en la norma laboral mexicana", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Vol.14, N° 45, enero/junio 2020, pp. 107-126
- BUSTAMANTE, G. (2017). "Republicanism y democracia agonial: una presentación genealógica", *Pléyade*, N° 20, julio-diciembre (2017) , pp. 17-31
- BUSTAMANTE, G. (2018). Skinner's Methodology: A Weapon against Liberalism. *Res Publica. Revista De Historia De Las Ideas Políticas*, 21(1), pp. 109-122.
- CAAMAÑO, E. (2005). "Transformations in the labour market, the crisis of the traditional employer-employee relation and the development of the new forms of jobs", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 18, pp. 25-53
- CHIGNOLA, S. (2018). *Más allá de Foucault*. Buenos Aires: Cactus.
- COLLINS H. (2010). *Employment Law. Clarendon Law Series*. Oxford: Oxford University Press.
- CURRAN, E. (2011). Hobbes's Theory of Rights: A New Application. "*Theorising Rights in the 21st Century: Neo-Hobbesian Possibilities.*," *March 2011*, 25-48.
- DAVIDOV, G. (2016). *A Purposive Approach to Labour Law*. New York: Oxford University Press.
- DAVIES, M. (2020) Distributed Cognition, Distributed Being, and the Foundations of Law, en De Leeuw, M. & Van Wichelen, S. (edit.). *Personhood in the Age of Biolegality, Brave New Law*, (Palgrave Macmillan), pp. 205-225
- DE LAGASNERIE, G. (2015). *La Última Lección De Michel Foucault*. Buenos Aires: Fondo De Cultura Económica.
- CURLEY, E. (1994). *A Spinoza reade: The ethics and other works*, Princeton University Press.
- DELEUZE, G. (1953). *Empirismo y subjetividad*. Barcelona: Gedisa.
- DELEUZE, G. (1996). *Crítica y clínica*. Barcelona: Anagrama.
- DELEUZE, G. (2007). *Dos regímenes de locos; Textos y entrevistas (1975-1995)*. Valencia: Pre-Textos.
- DELEUZE, G. (2008). *Course: En medio de Spinoza*. Buenos Aires: Cactus.
- DELEUZE, G. y GUATTARI, F. (1993). *¿Qué es la filosofía?* Barcelona: Anagrama.
- DELEUZE, G. y GUATTARI, F. (2004). *Mil mesetas: Capitalismo y esquizofrenia (II)* Valencia: Pre-Textos.

- DRNAS DE CLÉMENT Z. (2015), “La complejidad del principio pro homine”, *Doctrina*, 25 de marzo, 2015, JA 2015-I, fascículo 12, [Consulta: 22 de abril, 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>], p. 101
- FÈVRE, R. (2015). “Du libéralisme historique à la crise sociale du XX e siècle: La lecture de Wilhelm Röpke”, *Revue économique*, 66 (5), Retrieved on 03/29/2021 from <http://www.jstor.org/stable/43587518>, pp. 901-931.
- FOUCAULT, M. (2006). *Seguridad, territorio, población, Course Collège de France* (1978). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, M. (2014). *Obrar mal, decir la verdad: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (2015). *La ética del pensamiento: para una crítica de lo que somos*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- FOUCAULT, M. (2018). *Course Collège de France: El Nacimiento de la Biopolítica* (1978-1979). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- GAMONAL, S. (1996). “La Flexibilidad Laboral”, *Serie Cuadernos Jurídicos*, N° 5, Santiago de Chile: Facultad de Derecho UAI, pp. 81-86
- GAMONAL, S. (2014). *Fundamentos de Derecho Laboral*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- GAMONAL, S. (2017). “El Despido Libre En El Contrato De Trabajo Estadounidense: The Employment At Will In Labor Contract”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, pp. 53-89
- GAMONAL, S. (2018). "De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana", *Latin American Legal Studies*, Volumen 3, pp. 1-28.
- GAMONAL, S. (2019a). “El futuro del derecho del trabajo: una mirada desde el sur”, *Latin American Legal Studies*, Volumen 5, pp. 111-132-
- GAMONAL, S. (2019b). “Narrativa laboral y principios del derecho del trabajo chileno”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXIX, Número 273, Enero-Abril 2019 <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-1.68631>, pp. 66-88
- GAMONAL, S. (2020). *Derecho Colectivo del trabajo: Tercera Edición actualizada con ley 20.940*. Santiago de Chile: Ediciones DER.
- GAMONAL, S. y GUIDI, C., (2015). *Manual del contrato de trabajo*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- GARDES, D. (2013). *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*. Nouvelle édition [en ligne]. Titre 2. La protection juridique de la personne au travail. Toulouse: Presses de l'Université Toulouse.
- GARRETT, D. (1995). “Introduction”, en D. GARRETT (Ed.), *The Cambridge Companion to Spinoza*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-12
- GAUTHIER, D. P. (1969). *The Logic of Leviathan: The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes* (Oxford University Press) <https://doi.org/10.2307/2218403>

- GIANFREDA, G. y VALLANTI, G. (2020) “Labor Courts and Firing Costs: The Labor- Market Effects of Trial Delays”, *Industrial Relations*, Vol. 59, No. 1. DOI: 10.1111/irel.12250, pp. 40-81
- HABERMAS, J. (2008) *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- HAMPTON, J. (1986). *Hobbes and The Social Contract Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOBBS, T. (1660). “Leviathan; or, The matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil.” In *Morley’s universal library*. [21].
- HUME, D. (1987). *Essays moral political and literary*. Indianápolis: Liberty Classics Indianapolis Press.
- ISRAEL, J.I. (2001). *Radical Enlightenment: Philosophy and the Making of Modernity* Oxford: Oxford University Press.
- JUN, N., & SMITH, D. (Eds.). (2011). *Deleuze and Ethics*. Edimburgo: Edinburgh University Press), Retrieved September 15, 2020, from <http://www.jstor.org/stable/10.3366/j.ctt1r23c3>.
- KAHN-FREUND, O. (1987). *Trabajo y derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- KARSTEN, S. (1985). “Eucken's 'Social Market Economy' and Its Test in Post-War West Germany: The Economist as Social Philosopher Developed Ideas That Paralleled Progressive Thought in America”. *The American Journal of Economics and Sociology*, 44 (2) [Retrieved on 03/29/21, from <http://www.jstor.org/stable/3486836>], pp. 169-183.
- KELSEN, H. (1967). *Pure Theory of Law*. California: University of California Press, Londres: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1525/9780520312296>
- KLARE, K. (1981) “Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law”, *Industrial Relations Law Journal*, pp. 450-481
- KLARE, K. (1982). “The Public/Private Distinction in Labor Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 130(6), DOI:10.2307/3311975, pp. 1358-1422.
- LASSANDARI, A. (2012). “The forms of subsidiarity in labour law”. [Le forme di sussidiarietà e l'ordinamento del lavoro] *Lavoro e Diritto*, 26(3-4), doi:10.1441/37998, pp. 479-496
- MANN, M. (2011). “The sources of social power: Volume 2: The rise of classes and nation-states”, 1760-1914, en *The Sources of Social Power: Volume 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914*. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139381314>
- MENKE, C. (2006). *Reflections of Equality* (T. by H. R. and A. Denejkine (ed.)). California: Stanford University Press.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2020). “El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 10(2), 682-735. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080>

- MUÑOZ LEÓN, F. (2013). “Ciudadanía Laboral: Crítica y Defensa de un concepto jurídico-político”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), pp. 373-404. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200014>
- PATTON, P. (2000). *Deleuze and the political* (Routledge Series Press)
- PATTON, P. (2012). “Deleuzian Concepts: Philosophy, Colonization, Politics”, *Symploke*, 20(1-2), 420.
- PATTON, P. (2015). “Government, rights and legitimacy: Foucault and liberal political normativity”, *European Journal of Political Theory* 0(0) 1-17. DOI: 10.1177/1474885115582077 ept.sagepub.com
- PLÁ, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: De Palma.
- RABET, D. (2020). “The Political Economy of Neurolaw: Can Neurolaw Destabilize the Neoliberal Discourse About Human Behavior?”, en DE LEEUW, M. y VAN WICHELEN, S. (edit.). *Personhood in the Age of Biolegality, Brave New Law*, (Palgrave Macmillan), pp. 39-55
- ROSADO, C. (2017). “Dignity Takings and Wage Theft”, *92 Chi.-Kent L. Rev.* 1203. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2403498, pp. 1203-1223
- ROSADO, C. (2018). *The limits of human rights for labour rights: a retrospective at the case of Chile* (International Labour Organization)
- SANSEVERINO, R. L. (1980). *Elementi di Diritto Sindacale e del Lavoro* (4ª edición) Padova: CEDAM.
- SINZHEIMER, H. (1984). “La Crisis del Derecho del Trabajo”, en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo* (publicado originalmente en 1933) (Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social), pp. 87.
- SHAPIRO, S. J. (2014). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- SHARP, H. (2011). *Spinoza and the Politics of Renaturalization*. Chicago: The University of Chicago Press.
- SKEAFF, C. (2018). *Becoming Political: Spinoza’s Vital Republicanism and the Democratic Power of Judgment*. Chicago: University of Chicago Press.
- SMITH, D. (2012). *Essays on Deleuze*. Edimburgo: Edinburgh University Press. Retrieved September 15, 2020, from <http://www.jstor.org/stable/10.3366/j.ctt3fgqq7>
- SPINOZA, B. (1987). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Madrid: Alianza.
- (2009). *Theologico-Political Treatise* (Barnes & Noble Library)
- STOLLEIS, M. (2014). “History of Social Law in Germany” (trans. By Thomas Dunlap), DOI 10.1007/978-3-642-38454-7
- STONE, K. (2015). “Employment and Labor Regulation”, *UCLA School of Law*, Los Angeles, CA, USA, pp. 571-576
- SUPIOT, A. (1996). *Crítica del derecho del trabajo* (Madrid, España: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones)

-
- SUPIOT, A. (2007). *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*. México: Siglo XXI Editores.
- DE SUTTER, L. y MCGEE, K. (Edits.) (2012). *Deleuze and Law: Deleuze connections* (Ian Buchanan). Edimburgo: Edinburgh University Press.
- SZTULWARK, D. (2019). *La ofensiva sensible: Neoliberalismo, populismo y el reverso de lo político*. Buenos Aires: Caja Negra editores.
- UGARTE CATALDO, J.L. (2007). “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, *Revista de Derecho*, p. 49-67.
- VATTER, M. (2014). *The republic of the living: Biopolitics and the Critique of Civil Society*. Nueva York: Fordham University Press.
- VATTER, M. (2017). “Poder constituyente, autoridad de la constitución y nuevos inicios”, *Pléyade*, N° 20, julio/diciembre 2017, pp. 137-161.
- VATTER, M. (2018). “Neoliberalism and republicanism: economic rule of law and law as concrete order (*nomos*)”, en D. Cahill M. Cooper & M. Konings (edit), *The Sage Handbook of Neoliberalism* (Sage Publications), pp. 370-383.
- VINCIGUERRA, L. (2020). *La semiótica de Spinoza*. Argentina: Cactus.
- VON GIERKE, O. (1934). *Natural Law and the Theory of Society: Vol. I*. Cambridge at the University Press.
- ZACHARY, H. (2018). “La fenomenología de la percepción en Spinoza”, *Revista de Filosofía*, Volumen 74, pp. 91-108.
- ZAPALA, J. M. (2011). “Otto von Gierke and his early corporatism”. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/328829526_Otto_von_Gierke_and_his_early_corporatism
- ZIŽEK, S. (2006). *The parallax view*. Cambridge: MIT Press.