

# **CONSIDERACIONES SOBRE EL MÉTODO EN EL DERECHO DEL TRABAJO**

**José María Goerlich Peset.**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

**SUMARIO:**

- I. LA NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN PERMANENTE SOBRE EL MÉTODO JURÍDICO
  - 1.1. *Las conexiones entre la investigación y la docencia*
  - 1.2. *El problema del método jurídico*
- II. «FORMALISMO» VERSUS «REALISMO»
- III. EL POSITIVISMO COMO PUNTO DE PARTIDA
- IV. LAS INSUFICIENCIAS DEL MÉTODO DOGMÁTICO
  - 4.1. *Las objeciones a la dogmática*
  - 4.2. *La transformación del método dogmático*
- V. EL PAPEL DEL CIENTÍFICO DEL DERECHO DEL TRABAJO
  - 5.1. *La superación de la polémica formalismo/antiformalismo*
  - 5.2. *El análisis técnico-jurídico: algunas precisiones*
  - 5.3. *La reflexión político-jurídica*

**I. LA NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN PERMANENTE SOBRE EL MÉTODO JURÍDICO**

No cabe la menor duda de que la reflexión sobre el método científico es un imperativo para el profesor universitario de disciplinas jurídicas. Y no sólo porque la superación de sus oposiciones requiera la presentación de la consabida memoria de la que la reflexión metodológica es parte indispensable. Más bien porque una reflexión de este tipo es un necesario ejercicio de honestidad para el docente en el campo jurídico. Ello es así por dos órdenes de razones diferentes.

**1.1. Las conexiones entre la investigación y la docencia**

En primer término, no cabe olvidar que, en las materias jurídicas, existen sustanciales identidades entre la docencia y la investigación. Estas aparecen, ante todo, por la existencia de un objeto común al que ambas se refieren. En mi caso, el Derecho del trabajo. Pero existe una segunda afinidad entre la docencia y la investigación: la identidad metodológica.

Ciertamente esta identidad es relativa. Existen diferencias entre ambas por lo que se refiere al público y al sentido de la actuación del profesor universitario en sus tareas docentes e investigadoras. Pero, en todo caso, en una disciplina jurídica, el problema que se presenta al profesor que la analiza o a los alumnos que, con su intermediación, deben estudiarla es idéntico: dando por supuesto que el Derecho no es otra cosa que una técnica de organización social que asigna a un problema intersubjetivo una respuesta normativa, el problema común al que se enfrenta quien estudia el Derecho del trabajo, con independencia de la intensidad de este estudio, es el de detectar cuándo existe un problema jurídico y, en paralelo, hallar la norma que lo resuelve.

Estas consideraciones imponen al docente una reflexión permanente sobre el método jurídico. Ello es así porque afinar en la metodología jurídica mejorará, desde luego, su tarea

investigadora pero también la docente pues desde siempre se ha insistido en que de “una investigación aceptable derivará”, aparte otras cosas, “una labor didáctica aceptable”<sup>1</sup>.

### **1.2. El problema del método jurídico.**

Pero existe todavía una segunda razón, relacionada con la extrema complejidad que presenta la propia cuestión de la determinación del método jurídico.

Es obvio que la existencia de un método que permita un conocimiento racional de la realidad es un requisito esencial para que ese tipo de conocimiento pueda ser reputado científico. En este sentido, se ha indicado que sólo cabe hablar de ciencia en el sentido pleno de la palabra cuando aquella “se propone el problema de su propia regla” y, por tanto, abandona las fases previas de conocimiento intuitivo o empírico<sup>2</sup>. Sin embargo, ir más allá de esta afirmación es empresa difícil. Las aportaciones sobre el método jurídico son muchas, extensas y, lo que es peor, muy diferentes. Y ello tanto si las contemplamos con carácter general como si consideramos sólo el terreno del Derecho del trabajo pues no en vano se ha señalado que éste constituye “uno de los campos experimentales más fértiles para la renovación metodológica de toda la ciencia jurídica”<sup>3</sup>.

En buena medida ello es así por las singularidades del objeto de conocimiento<sup>4</sup> con respecto al que constituye el de las ciencias en el sentido «duro» del término. No se trata, por supuesto, de continuar resintiéndose a estas alturas del complejo de inferioridad que, en otros tiempos y, en concreto, con la expansión del positivismo científico, han padecido los juristas, incapaces, a pesar de sus intentos de utilizar las mismas técnicas de la ciencia natural, de llegar a resultados asimilables en términos de acumulación del saber<sup>5</sup>. Se trata de indicar, por el contrario, que, aunque el problema de la metodología jurídica es teóricamente ajeno al de la “esencia misma del derecho”, la solución del primero presupone una toma de postura respecto al segundo. Y, por ello, “toda dirección metodológica vendrá en gran medida determinada por el punto de vista en que con respecto de él (el derecho) se sitúe”<sup>6</sup>.

1 SALA FRANCO, T., “El realismo jurídico en la investigación del Derecho del trabajo”, en *El Derecho del trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre relaciones laborales* (Jaca, 1976), Zaragoza (Universidad), 1977, pp. 39 ss., p. 40.

2 En este sentido, CARNELUTTI, F., *Metodología del derecho* (1938), México (UTEHA), 1962, p. 4.

3 GIUGNI, G., “Derecho del trabajo (voz para una enciclopedia)”, TL 13(1987), pp. 49 ss. -p. 53-

4 Al respecto, CARNELUTTI, *Metodología* cit., pp. 5 ss.

5 BOBBIO ha escrito algunas cosas interesantes previniendo frente a esta suerte de complejo de inferioridad a la luz de la superación en el siglo XX de los postulados de la propia ciencia natural positivista (cfr. BOBBIO, N., “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje” (1950), en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia (Fernando Torres), 1980, pp. 173 ss.). Parecidas ideas en LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, 5ª ed., 1979, pp. 219 ss. Para una reconstrucción general del posible carácter científico del estudio del Derecho, destacando analogías y diferencias con las ciencias naturales, véase, más recientemente, NEUMANN, U. “La teoría de la ciencia jurídica” en KAUFMANN A. y HASSEMER, W. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (1989), Madrid (Debate), 1992, pp. 349 ss.

6 HERNANDEZ GIL, A., “Las direcciones metodológicas en la ciencia del derecho y la consideración de la realidad social” (1944), en ID., *Obras completas. V. Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid (Espasa), 1988, pp. 9 ss. -p. 10-. La idea conecta con las relaciones entre Ciencia y Filosofía del Derecho. Ciertamente que sus objetos son distintos, pero el de aquella presupone el de ésta: “el modo de hacer ciencia jurídica el jurista dependerá de la concepción explícita o implícita que éste profese sobre lo que es el Derecho en realidad” (LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 38 y 39).

Con este punto de partida, orientarse en el terreno de la reflexión metodológica es francamente difícil. Y lo es en mucha mayor medida para el jurista especializado, más habituado a tratar con el día a día interpretativo que con las grandes categorías que integran el núcleo conceptual de la materia jurídica. Sin embargo, es necesario en todo caso afrontar esta reflexión por cuanto que la pluralidad de las corrientes metodológicas existentes hace que los métodos a utilizar en el tratamiento del Ordenamiento jurídico puedan variar en función de las propias convicciones políticas, ideológicas, sociales y culturales. Se hace preciso no sólo intentar orientarse dentro del laberinto del método sino también, y sobre todo, explicitar las propias convicciones metodológicas frente a los destinatarios de la actividad docente o investigadora.

## II. «FORMALISMO» VERSUS «ANTIFORMALISMO»

Cualquier intento de clarificar la propia posición con respecto al problema de la metodología jurídica ha de arrancar de advertir como toda la reflexión contemporánea está polarizada alrededor de la opción «formalismo»/«antiformalismo»<sup>7</sup>. Se trata de dos términos polisémicos<sup>8</sup> que, por lo que aquí interesa, pueden simplificarse hasta reflejar dos actitudes contrapuestas ante dos fenómenos conceptualmente distintos, relacionados con un acontecimiento histórico-jurídico de primera magnitud. Me refiero, claro está, a los cambios de las concepciones tanto del Derecho como de la labor de la jurisprudencia que se consolidan desde primeros del siglo XIX<sup>9</sup>, en íntima conexión con la afirmación del ideario liberal.

Por lo que se refiere al cambio en la concepción del Derecho, y frente a las concepciones anteriores, se generaliza el positivismo jurídico entendido como teoría del Derecho de carácter formal por construirse a partir del concepto de validez<sup>10</sup>, con independencia del contenido de la norma. Desde el punto de vista de la tarea de la jurisprudencia y del papel del intérprete, el discurso es algo más complejo pero gira alrededor de su posición subordinada a la primacía de la norma. La norma se convierte en el centro del fenómeno jurídico y el momento aplicativo, encomendado al Juez, aparece como una actividad estrictamente mecánica basada en un simple proceso de subsunción lógica. El científico del derecho queda también subordinado a la norma, aunque su papel es algo más complejo toda vez que comprende, por una parte, la sistematización del material normativo y, por otro, la construcción de un sistema de conceptos que facilite, a la vez, la tarea del Juez y la integración del Ordenamiento<sup>11</sup>. Se trata, en

7 Al respecto, y por todos, SALA, "El realismo jurídico" cit., p. 43.

8 Para los diversos significados del formalismo en sentido jurídico, véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico* (1960-61), Madrid (Debate), 1993, pp. 154 y 155, y HERNANDEZ GIL, A., "Metodología de la ciencia del derecho. III. Formalismo, antiformalismo y pluralismo" (1973), en *Obras completas* cit., pp. 423 ss. (pp. 429 ss.). Lógicamente, el antiformalismo es concepto a reconstruir por reflejo.

9 Un claro y sintético análisis histórico-jurídico en BOBBIO, *El positivismo jurídico* cit., pp. 43 ss.

10 BOBBIO, *El positivismo jurídico* cit., pp. 145 ss.

11 El carácter necesariamente sintético del análisis obliga a realizar juicios así de categóricos y, por tanto, poco matizados. Los matices a estas ideas -en relación con las distintas escuelas de la primera mitad del siglo XIX y la aportación de cada una a la consolidación de estos fenómenos- en HERNANDEZ GIL, A., "Metodología de la ciencia del derecho. I. Los métodos tradicionales y el proceso de su revisión", en *Obras completas* cit., pp. 31 ss. o LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), Milán (Giuffrè), 1966.

definitiva, de la aparición, asociada a la extensión del positivismo, del método dogmático que es formal en cuanto que basado en procesos de orden lógico-deductivo<sup>12</sup>.

La conexión entre el positivismo normativista y el método dogmático es indudable: aunque teóricamente pueden concebirse aisladamente, lo cierto es que históricamente éste se ha presentado como la “expresión científica” de aquél<sup>13</sup>. En este contexto, y realizando una nueva simplificación excesiva, las hipótesis antiformalistas aparecen como antitéticas a las anteriores bien porque cuestionan el positivismo normativo como concepción del Derecho bien porque cuestionan el método dogmático como vía para la construcción de una Ciencia jurídica bien porque hacen ambas cosas a un tiempo. Si formalismo equivale a “desentendimiento del jurista de lo social y de lo valorativo”<sup>14</sup> en favor de lo válido y lo conceptual, el antiformalismo -o, si se prefiere, el realismo- comprenderá todo aquello que no quepa dentro de estos conceptos<sup>15</sup>.

En este contexto, la polémica formalismo/antiformalismo es casi inmediata a la aparición conjunta del positivismo jurídico y del método dogmático. En este último terreno, se detecta con gran facilidad. Los excesos más formalistas en el terreno de la dogmática provocan casi de inmediato la reacción de uno de sus más conspicuos cultivadores que no sólo los abandona y abre nuevas líneas de pensamiento sino que, además, los hace objeto de una sátira cruel<sup>16</sup>. La reacción contra la concepción positivista se hace esperar algo más. Esta impera, con distintas manifestaciones, a lo largo del XIX<sup>17</sup>, alcanzando su “culminación”<sup>18</sup> ya en el siglo XX con la formulación de una teoría pura del Derecho basada en exclusiva en la normatividad<sup>19</sup>. Con todo, el cambio de siglo da paso también “a un movimiento filosófico-jurídico que, a pesar de que sus corrientes, singularmente consideradas, sean múltiples y tortuosas, tiene en conjunto el rasgo característico del abandono del positivismo”<sup>20</sup>.

No es éste el momento -ni soy yo quien- para reconstruir las vicisitudes de la reacción antiformalista ni en el terreno de la concepción del Derecho ni en el plano estrictamente metodológico<sup>21</sup>. Las consideraciones que siguen sirven por ello a un

12 De nuevo una simplificación. Para un análisis más extenso del concepto y contenido del método dogmático me remito a la sintética aproximación de HERNANDEZ GIL, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid (Civitas), 1981, en especial, pp. 37 ss.

13 En el último sentido, HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., p. 23. Véase también BARCELLONA, P., *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Nápoles (Juvenc), 1987, pp. 57 ss.

14 HERNANDEZ GIL, “Metodología de la ciencia del derecho. III. Formalismo” cit., p. 429.

15 Cfr., en este sentido, los amplios márgenes definitorios del realismo que maneja HERNANDEZ GIL, “Metodología de la ciencia del derecho. III. Formalismo” cit., pp. 491 ss.

16 Es el caso de la reacción del «segundo» IHERING contra la jurisprudencia de conceptos. A este respecto, cfr. LARENZ, *Storia del metodo* cit. y HERNANDEZ GIL, “Metodología de la ciencia del derecho. I. Los métodos tradicionales” cit.

17 Al respecto, BOBBIO, *El positivismo jurídico* cit., pp. 79 ss.

18 HERNANDEZ GIL, “Metodología de la ciencia del derecho. I. Los métodos tradicionales” cit., p. 118

19 Me refiero claro esta a la teoría pura de KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1934), Buenos Aires, 1977.

20 LARENZ, *Storia del metodo* cit., p. 120.

propósito mucho más modesto: el de clarificar las propias ideas. Lógicamente, a la vista de las consideraciones que anteceden ello obliga a la respuesta a dos distintas cuestiones relacionadas, la primera, con la concepción del Derecho positivo y, la segunda, con la de la metodología.

### III. EL POSITIVISMO COMO PUNTO DE PARTIDA

En el primer terreno creo que la respuesta es simple y ha de ser por fuerza de tipo formal. El positivismo jurídico entendido en el sentido de que sólo es Derecho aquello definido como válido de acuerdo con una "norma fundamental"<sup>22</sup>, con independencia de cuál sea su contenido es, a mi juicio, la teorización del derecho de la que necesariamente debe partirse. Esta es la única posibilidad teórica que se dispone si el conocimiento jurídico ha de ser de carácter científico.

Conviene remarcar, al respecto, que puede discutirse que el estudio del Derecho, tal y como se ha desarrollado desde la consolidación del positivismo, constituya una ciencia. Pero parece claro que sólo partiendo de estas premisas formalistas, puede considerarse como tal, aun reconociendo diferencias con respecto a las ciencias naturales<sup>23</sup>: las concepciones del Derecho alternativas al positivismo o se reconducen a éste en cuanto a su metodología -como ocurre cuando el positivismo se sustituye sólo en el terreno de la legitimación del Ordenamiento pero no en cuanto a la configuración de éste-<sup>24</sup> o no ofrecen vía adecuada para el tratamiento científico del Derecho<sup>25</sup>. El científico del Derecho debe, por consiguiente, ser positivista en el sentido de que su misión tiene como objeto el conocimiento del Derecho positivo, con independencia de su contenido concreto.

21. Me remito, en cuanto a la evolución de las concepciones del derecho a LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., pp. 95 ss. o a RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, 5ª ed., Madrid (Universidad Complutense), 1984. El análisis de la evolución de las teorías sobre el método al respecto a las obras de LARENZ y HERNANDEZ GIL que he venido citando en las notas anteriores. Un acertado resumen de unas y de otras en KAUFMANN, A., "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del Derecho", en KAUFMANN/HASSEMER, *El pensamiento* cit., pp. 47 ss.

22 En el sentido kelseniano (cfr. *Teoría pura del Derecho* cit., pp. 140 ss.).

23. En este sentido, BOBBIO, "Ciencia del derecho" cit.

24 Esta es la postura de DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona (Ariel), 1973; reimp. 1983, pp. 182 ss.: rechaza el iusnaturalismo por razones positivistas; el positivismo por lo que se verá después (nota 26). De este modo, el Ordenamiento vigente queda legitimado en una referencia a una suerte de conciencia social que no impide que el resto del análisis -y el que se desarrolla con precedencia- sea de corte más bien positivista.

25 Lo indica HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., p. 23. Tras sintetizar en tres grandes líneas las concepciones contemporáneas sobre el Derecho reconoce que "de estas tres grandes concepciones sólo la positivista-normativista ha llegado a tener una completa realización como tratamiento científico del derecho"; las otras no "han llegado a ser, ni quizá lo hayan pretendido, un conocimiento prototípico y autosuficiente".

Con atención especial al Derecho del trabajo ha destacado los problemas que encuentran algunas concepciones jurídicas para ofrecer métodos alternativos -y coherentes con los propios puntos de partida-, GIL CREMADES, J.J., "La metodología del derecho entre racionalidad formal y teoría crítica: discusión metodológica sobre la base del Derecho del trabajo", en *El derecho del trabajo ante el cambio social y político* cit., pp. 19 ss. (pp. 22 ss.).

Durante mucho tiempo, este tipo de toma de postura ha estado relativamente desprestigiada. Se ha indicado, que, “aunque no existiera ninguna otra razón para desterrar el positivismo, el contexto histórico dentro del cual se ha desarrollado nuestra época nos impide ser positivistas”<sup>26</sup>. Las experiencias de corte totalitario que han sacudido la primera mitad de nuestro siglo han hecho que se haya convertido en “casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”<sup>27</sup>. Y, por tanto, habrían de tener la doble virtualidad de impedir, de un lado, a un positivista tener buena conciencia y, de otro, de impulsar una renovación de las concepciones filosófico-jurídicas en líneas distintas. Sin embargo, este tipo de argumentaciones no parecen suficientes para revisar el punto de partida.

De entrada, no es posible hacer cargar al positivismo con las culpas del totalitarismo. De un lado, porque las conexiones teóricas entre positivismo/formalismo y totalitarismo son mucho más limitadas de lo que se ha pretendido<sup>28</sup>; de otro, porque es claro que la dinámica de este último nada tiene que ver con la de la ciencia jurídica. La coincidencia perfecta entre unos y otro sólo puede, en definitiva, producirse con determinadas acepciones del positivismo -el llamado positivismo ideológico, interpretado además en sentido fuerte<sup>29</sup>- que no son esenciales para la pervivencia de la concepción. Por lo demás, si la valoración del positivismo ha de hacerse en términos políticos no puede nunca olvidarse el sentido histórico de su aparición que, indudablemente, no ha perdido todavía. Sin ánimo exhaustivo, conviene recordar que las raíces de la concepción positivista se hunden en las concepciones políticas que básicamente iluminan todavía nuestra organización social. La vinculación genética entre separación de poderes y exigencia de certeza del derecho -como elementos claves del constitucionalismo político que aún perduran- y monopolización por el positivismo del concepto de Derecho es evidente<sup>30</sup>. Desde este punto de vista, su utilidad para el funcionamiento de un sistema democrático no puede ponerse en cuestión. De hecho, la expansión del totalitarismo aparece realmente más vinculada al rechazo de positivismo/formalismo que a la exacerbación de tales conceptos<sup>31</sup>.

Por otro lado, cada día es menos cierto que el positivismo como concepción del Derecho implique necesariamente una actitud jurídica no valorativa, privada, por tanto, de la posibilidad de establecer cualquier vinculación entre la norma y la justicia u otros conceptos éticos extrapositivos. Esta afirmación tiene distinto alcance en función de que consideremos el Ordenamiento desde una perspectiva externa o

26. DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* cit., p. 182. Cfr, también LARENZ, *Storia del metodo* cit., p. 177 o GIUGNI, G., “El desafío de la innovación en el Derecho del trabajo”, RL 22(1994), pp. 40 ss. -que reciente ha asociado de nuevo formalismo y totalitarismo (p. 43)-.

27 HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona (Gedisa), 1992, p. 9.

28 Cfr., PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica* (1987), Madrid (Tecnos), reimp., 1993 o CALVO GARCIA, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid (Tecnos), 1994, p. 117.

29 Para la conceptualización del positivismo ideológico y su gradación en “extremo” y “moderado”, véase BOBBIO, *El positivismo jurídico* cit., pp. 227 ss.

30 Ha sido puesta de manifiesto por BOBBIO, *El positivismo jurídico* cit., pp. 44 ss. y 54 ss.

31 KAUFMANN, “Panorámica histórica” cit., p. 121 o ELLSCHHEID, G., “El problema del Derecho natural. Una orientación sistemática”, en KAUFMANN/HASSEMER, *El pensamiento jurídico* cit., pp. 143 ss. -p. 148-.

desde su interior. Desde el primer punto de vista, el problema es, en el fondo, de legitimación moral de los mandatos jurídicos válidos. Algunas aportaciones positivistas recientes ponen de relieve la posibilidad de alcanzar una cierta fundamentación, si no objetiva, en el sentido iusnaturalista del término, sí, al menos, “intersubjetiva”, para determinados mandatos jurídicos<sup>32</sup> y con ello denotan una evolución de la sensibilidad ética -de la que, por lo demás, los más conspicuos defensores del positivismo nunca habían carecido<sup>33</sup>-. En cualquier caso, estos avances no impiden continuar entendiendo que la característica esencial del Derecho es la imperatividad y que, por tanto, la norma puede ir en sentido distinto del derivado de la fundamentación racional. La transformación de esta conclusión no parece posible. Ni tampoco se le puede exigir al pensamiento positivista cuando otras concepciones del Derecho han manifestado mayores preocupaciones en este terreno pero, en el fondo, no han sido históricamente efectivas -ni lo son ahora- para deslegitimar los sistemas jurídicos que se construyen sin un patrón ético o en contra de las más elementales exigencias en este terreno<sup>34</sup>.

Si desde la contemplación externa la concepción positivista permanece sustancialmente inmutable, las cosas son radicalmente distintas si el sistema jurídico se contempla desde el interior. Desde este segundo punto de vista -que es, en el fondo, el que adopta el científico del Derecho obligado a estudiar el Derecho positivo- las posibilidades de valoración son, aunque también limitadas, mucho más amplias. A este resultado ha conducido, en definitiva, la crisis, primero, y la transformación, después, del método dogmático. A ello me referiré de inmediato.

#### IV. LAS INSUFICIENCIAS DEL MÉTODO DOGMÁTICO

Si no cabe dudar que el punto de partida ha de ser de orden formal y por tanto arrancar del positivismo, es mucho menos claro que la metodología que tradicionalmente ha venido aparejada a él, esto es la dogmática jurídica, no pueda ser objetada. Una cosa es, en definitiva, ser positivista en cuanto a la concepción del Derecho y otra distinta ser formalista a ultranza en términos metodológicos.

A este respecto, no es nueva la apreciación de que las aproximaciones metodológicas de corte estrictamente formalista se encuentran en crisis y, además, se encuentran en esta situación desde hace mucho tiempo<sup>35</sup>. Se trata, sin embargo, de una crisis muy relativa: no conduce de forma directa a su desaparición sino sólo a su transformación, por más que ésta llegue a ser muy intensa. La comprensión de este fenómeno requiere hacer tres precisiones consecutivas dirigidas, la primera, a caracterizar sucintamente el método dogmático, la segunda a poner de relieve las principales objeciones que se le han movido tradicionalmente (4.1) y, la última, a indicar

32 HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico* cit., pp.

33 Véase, por ejemplo, el final del ensayo de KELSEN, H., “¿Qué es justicia?” (1952), en ID., *¿Qué es justicia?*, Ariel (Barcelona), 1991, pp. 35 ss.

34 LATORRE, *Introducción* cit., p. 33.

35 HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., p. 87. Véase también su “Metodología de la ciencia del Derecho. III. Formalismo” cit., p. 431



las «vías muertas» a donde conducen los intentos de abandonarlo por las sendas señaladas por las objeciones. Al terminar tales reflexiones, se estará en condiciones de extraer alguna conclusión sobre el papel que corresponde al científico del Derecho (4.2).

Respecto a la primera cuestión, es claro que el método dogmático se caracteriza esencialmente por confinar la actuación del jurista al terreno lógico-formal. Sintetizando brevemente los procesos que comprende<sup>36</sup>, el tratamiento dogmático arranca de la identificación del material normativo vigente y de su interpretación. Este primer paso abre al operador el camino a dos posibilidades de actuación diferentes: de un lado, permite la labor propiamente científica de «construcción» conceptual; de otro, puede conducir a la aplicación judicial del Derecho. Aunque la única actividad científica es la primera, es claro que ambos procesos participan de la misma naturaleza lógica<sup>37</sup>. Las diferencias se encuentran de este modo en el nivel de abstracción de cada una de ellas<sup>38</sup> y en su diferente operatividad: la primera facilita el conocimiento exhaustivo del Ordenamiento vigente mientras que la segunda garantiza su realización eficaz<sup>39</sup>.

#### **4.1. Las objeciones a la dogmática.**

Esta metodología formal, caracterizada de un modo muy sucinto, ha aparecido históricamente muy insatisfactoria. La insatisfacción ha derivado, a mi juicio, de los efectos nocivos que tiene la excesiva presencia de la lógica en el desarrollo de la actividad de los juristas. La racionalidad como único motor de la «construcción» científica separa al tratamiento científico del Derecho de la realidad social que éste disciplina (a). Por su parte, su proyección sobre los mecanismos de aplicación judicial es, a pesar de todo, muy limitada (b).

a) La objeción en el primer plano se ha realizado desde muy distintas perspectivas ideológicas. Desde un punto de vista «moderado», se señala como la limitación de la metodología del Derecho a las operaciones de tipo lógico relacionadas con la sistematización y la construcción supone el distanciamiento entre las operaciones de tipo científico y la realidad social -cuando no la ruptura entre unas y otra<sup>40</sup>-. Esta fractura ha sido puesta de manifiesto reiteradamente. La constatación de que la realidad jurídica no se agota en la normatividad sino que mantiene permanentes e incisivas relaciones con la dinámica social -y la paralela de que, si se no se presta atención a éstas, la aproximación lógico-dogmática es inútil, infructuosa o disfuncional- ha motivado las primeras revisiones dentro del método dogmático<sup>41</sup> y continúa inspirando las correcciones que se proponen en nuestra época<sup>42</sup>.

36 La síntesis lo es de la exposición de HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., pp. 44 ss.

37 HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., pp. 51 ss.

38 HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., pp. 56 ss.

39 LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., pp. 82 y 83,

40 LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., p. 65.

41 Estas consideraciones presiden ya la crítica realizada a la jurisprudencia de «conceptos» por IHERING, que hasta entonces había sido uno de sus cultivadores (cfr. HERNANDEZ GIL, «La metodología de la ciencia del Derecho. I. Los métodos tradicionales» cit., pp. 130 ss.)

42 Cfr., por ejemplo, HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., pp. 107 ss.

Esta misma idea, por otro lado, ha sido destacada desde una perspectiva más «radical». La configuración lógico-racional de la metodología jurídica busca en el fondo preservar la «neutralidad» necesaria para un determinado modelo de relaciones entre el Derecho y la sociedad, en el que aquél aparece a su vez como algo ajeno y neutral respecto a la dinámica social. Lógicamente, si ello es así, este tipo de pensamiento jurídico no resulta necesario sino más bien contingente: responde a un concreto tipo de Ordenamiento y a un momento histórico dado y, en concreto, a los fundamentos del Estado de Derecho de corte liberal. Dado que este último no es en el fondo neutral, toda la construcción se apoya sobre una mentira y sería preciso superar la pretendida científicidad del método para dar entrada a valoraciones de orden socio-político, relacionadas, esto es, con la reconstrucción del modelo social real existente detrás de las normas y con la determinación de la responsabilidad que corresponde al derecho, la economía y la política en la actuación de los sujetos empíricos<sup>43</sup>.

**b)** La segunda objeción frente a la teorización lógico-dogmática afecta no a la labor de «construcción» sino a la de aplicación del Derecho, aunque, por su envergadura, tiene repercusiones mucho mayores. La ciencia jurídica decimonónica partió de que el momento aplicativo del Derecho era en exclusiva racional. En el esquema teórico entonces vigente, la voluntad tiene un papel decisivo en el terreno de la creación de las normas; la pervivencia de esa voluntad normativa requiere que la aplicación de las normas sea un acto de mera racionalidad que sólo suponga la indagación de su alcance pero no su «recreación». Ni que decir tiene que este reparto de competencias, que hace equivaler la aplicación del derecho a una operación lógica de subsunción, tiene un claro sentido político: sus relaciones con los principios de división de poderes y de legalidad son tan evidentes que eximen de todo comentario al respecto<sup>44</sup>. Lo cierto, sin embargo, es que desde la formulación de la teoría de la subsunción hasta nuestros días ha corrido mucha tinta sobre los mecanismos de la aplicación judicial del Derecho; y lo cierto es también que buena parte de ella se ha destinado a mostrar como tales mecanismos distan mucho de ser tan lógicos como inicialmente se pretendió y que en la actividad judicial existen grandes dosis de actividad creativa.

La historia es conocida y no merece la pena reconstruirla al detalle -ni, por supuesto, entrar en la polémica sobre el alcance creativo o no de la actividad interpretativa-. Habría que aludir en este terreno a las aportaciones realizadas por las tendencias del Derecho libre<sup>45</sup>, el realismo judicial americano y escuelas afines<sup>46</sup> o las más recientes aportaciones relacionadas con el pensamiento problemático o en general con las teorías de la hermenéutica y de la argumentación

43 Las ideas expuestas en BARCELONA, *Formazione e sviluppo* cit., pp. 2 ss. Ya antes las había puesto de manifiesto en “La formación del jurista”, en BARCELONA, HART, MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid(Civitas), 1977, pp. 13 ss.

44 He seguido en esta exposición a PRIETO, *Ideología e interpretación* cit. Cap. I.

45 Cfr. HERNANDEZ GIL, “Metodología de la ciencia del Derecho. I. Los métodos tradicionales” cit., pp. 191 ss. y LARENZ, *Storia del metodo* cit., pp. 82 ss.

46 Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento* cit., pp. 433 ss.

retórica<sup>47</sup>... Lo importante no es tanto concretar estas aportaciones cuanto enunciar una conclusión general. Y ésta sería clara: ni en el terreno de los hechos ni, menos aún, en la identificación de la solución jurídica la aplicación judicial del Derecho es una actividad lógica, que resulte mecánicamente de la norma positiva. Antes bien, es posible que la norma no preexista a la labor interpretativa<sup>48</sup> y, puesto que esta puede no ser unívoca dado el tipo de argumentos que maneja el razonamiento jurídico<sup>49</sup>, resulta imposible verificar su corrección ya que no se puede contrastar directamente con la norma sino sólo con otras interpretaciones<sup>50</sup>.

#### 4.2. La transformación del método dogmático.

Las repercusiones de la combinación de estas dos objeciones al carácter lógico-formal de la actividad jurídica podrían haber llegado a ser terribles. De un lado, la inexistencia de una dimensión social en la actividad dogmática puede conducir a su deslegitimación y al intento de sustituirla por los de otras ciencias que cuidan mucho más sus relaciones con la realidad. Y con ello a la “disolución social” de la metodología jurídica<sup>51</sup>. Pero, de otro lado, y sobre todo, la falta de toda dimensión valorativa asociada a la constatación de las dificultades de vincular racionalmente la actividad interpretativa abre la tentación de utilizar de forma «alternativa» los mecanismos jurídicos para proyectar en la realidad la propia opción política<sup>52</sup>. En definitiva, en su versión «fuerte» las objeciones al formalismo metodológico conducen bien al abandono de cualquier especificidad del método jurídico bien a la alteración radical de la finalidad a la que el propio formalismo sirve ya que los valores de certeza y seguridad desaparecen. Y no es ocioso recordar que la seguridad jurídica no es un mero componente formal del Derecho positivo sino que presenta además importantes vinculaciones materiales con el valor justicia<sup>53</sup>.

47 Desde la perspectiva jurídica, destaca en el primer terreno, VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia* (1963), Madrid (Taurus), reimp. 1986. En el segundo plano las aportaciones arrancan del exterior de la ciencia jurídica aunque luego inciden en ella. Para una exposición de estas últimas en PRIETO, *Ideología e interpretación* cit., Cap. II, GARCIA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid (Civitas), 1988, cap. VII o TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, 1980, pp. 75 ss.

48 Por ejemplo, TARELLO, *L'interpretazione della legge* cit., p. 63 destaca como ante un documento normativo se sabe que contiene una norma pero no cuál sea. Su alcance sólo podrá ser determinado por la interpretación: “el significado (de la norma) no está en absoluto preconstituído a la actividad del intérprete; es más bien su resultado”.

49 El rigor de los argumentos interpretativos es muy relativo como demuestra el análisis que desarrolla TARELLO, *L'interpretazione della legge* cit. en pp. 341 ss. Destacar el rigor relativo de los argumentos jurídicos es usual en los análisis al respecto. DIEZ-PICAZO (*Experiencias jurídicas* cit., p. 277) señala como en el razonamiento jurídico coexisten argumentos estrictamente lógicos con los dialécticos (que se legitiman por su verosimilitud o general aceptación) o los meramente retóricos (esto es, los dotados de fundamentos intuitivos, emotivos o sentimentales).

50 MONATERI, P.G., “Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi del diritto comparato)”, RDC 1987, I, pp. 530 ss.

51 ALONSO GARCIA, M., “Peligros de disolución del Derecho del trabajo”, CPS 36(1957), pp. 47 ss. (pp. 76 y 77).

52 Para una breve reconstrucción del ya superado episodio del uso alternativo del Derecho, véase BARCELLONA, *Formazione e sviluppo* cit., pp. 116 y 117. En todo caso, la concepción reaparece de tanto en tanto. Véase, respecto a la corriente americana de los *critical legal studies*, CALVO, *Los fundamentos* cit. pp. 274 ss.

53 PEREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Barcelona (Ariel), 1991. La inquietud por la seguridad jurídica se extiende también -acaso con particular intensidad- en el campo jurídico-laboral (véase, en este sentido, SALA FRANCO, T., “Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate”, en *Homenaje a Juan García Abellán*, Murcia [Universidad], pp. 393 ss.).

Ello no obstante, las posibilidades de que estos riesgos se actualicen son, a mi juicio, muy relativas. No descubro nada nuevo si afirmo que, al margen episodios aislados, las propuestas metodológicas recientes no abogan por una sustitución del método dogmático sino por su transformación<sup>54</sup> y que, además, la metodología jurídica ha venido mostrando un elevado grado de versatilidad para adaptarse a las nuevas propuestas<sup>55</sup>. De este modo, las sucesivas propuestas «realistas» han venido significando cambios de orientación en el «viejo» método dogmático. Gracias a ellos, puede continuar constituyendo el centro de la actividad del jurista. Pero es sólo el centro. A estas alturas no se discute que la actividad del científico del derecho no se agota -aun con todas las mejoras que se quiera- en la tarea de «construcción»: ciertamente, el jurista debe proceder «como si» las normas positivas fueran un dogma; pero ello es sólo “una actitud metódica y, por tanto, parcial, que requiere ser contrapesada con una actitud crítica”<sup>56</sup>. Por ello, aparte del tratamiento dogmático, se abren posibilidades a la investigación político-jurídica que permiten que el jurista no sea sólo un “espectador” -como lo es el científico natural- sino que se constituya -como corresponde a su condición de artífice de una ciencia humana- también en “protagonista” de la propia realidad en la que está inserto<sup>57</sup>.

Por lo demás, la síntesis de las dos ideas no parece extraordinariamente difícil. La dogmática permanece como núcleo de la tarea jurídica pero transformada y, en todo caso, no aislada. En el primer sentido, parece claro que la actividad del jurista no es sólo de deducción lógico-racional sino que tiene un importante componente creativo como demuestran las dificultades para entender que los procesos de construcción e interpretación son total e íntegramente racionales. Ello supone que, en los confines de su trabajo, las tareas del jurista no vienen predeterminadas por la norma sino por convicciones de carácter valorativo. Lógicamente, estas convicciones no pueden ser las propias -toda vez que ello supondría recaer en los problemas ya señalados-. Pero, con todo, se le asigna una tarea de intérprete de las convicciones dominantes. Actúa en este sentido como “servidor de concepciones sociales, morales y culturales dominantes”<sup>58</sup>.

Por otro lado, la labor dogmática, aun transformada en la línea que se acaba de indicar, no agota la tarea del jurista. Aparte la actividad especulativa, al jurista le interesa conocer la realidad social del Derecho -“cómo y por qué surge... y en qué forma actúa”- y también los “fines que persigue”<sup>59</sup>. En estos últimos terrenos, las facultades de asignarse el protagonismo son mucho mayores. No cabe duda de que, tras un conocimiento pleno de la norma, sus condicionantes, sus efectos reales y los intereses que tutela, el jurista se encontrará capacitado para emitir un juicio de valor sobre la norma que, no por personal, será menos útil a la comunidad en la que actúa.

54 Por todos, HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional* cit., p. 100.

55 Por ejemplo, GIL CREMADES, “La metodología del derecho” cit., p. 21.

56 LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., p. 81.

57 LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., pp. 93 y 94. En la misma línea, GIL CREMADES, “La metodología” cit., pp. 36 y 37.

58 ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico* (1956), Madrid (Guadarrama), 1967, pp. 223 ss.

59 LATORRE, *Introducción* cit., pp. 152 y 153.

## V. EL PAPEL DEL CIENTÍFICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las aportaciones metodológicas de la doctrina laboralista siguen precisamente las líneas que se acaban de trazar. O, si se me apura, han contribuido decisivamente a pergeñarlas<sup>60</sup>. Conviene ahora analizarlas brevemente y, con ello, perfilar el papel que al profesor universitario corresponde, como investigador, en el conjunto del sistema jurídico-laboral.

### 5.1. La superación de la polémica formalismo/antiformalismo.

En uno de los más recientes estudios publicados sobre las cuestiones metodológicas se ha señalado en este sentido como en los últimos tiempos se ha puesto en cuestión “la lucha entre... metodologías tradicionales y metodologías realistas”<sup>61</sup>. Este apaciguamiento de las críticas «realistas» a los métodos más formales, aparte de que pueda estar motivado por la desaparición del sustrato ideológico, político y económico de las tesis realistas<sup>62</sup>, se ha logrado sobre la base de un aceptable grado de consenso en cuanto a la doble dimensión que caracteriza al laboralista teórico.

Se reconoce la “complejidad del dato jurídico” y, a partir de ahí, se afirma la necesidad de un “pluralismo metodológico”<sup>63</sup>. Si, de un lado, se subraya la irrenunciabilidad del tratamiento jurídico estricto, se apunta de otro a la necesidad de no perder de vista la dimensión ético-política que, como cualquier persona, posee el iuslaboralista. A través de esta afirmación se está poniendo de manifiesto que el análisis técnico-jurídico, si bien ocupa un lugar central en su actividad investigadora, no agota todas sus facetas<sup>64</sup>.

Comparto plenamente esta precisión inicial y, por tanto, no me voy a extender al respecto. Me parece más interesante reflexionar sobre algunos aspectos de las dos actividades que el iuslaboralista en cuanto investigador puede legítimamente realizar.

60 Se ha señalado en este sentido el papel que tradicionalmente ha correspondido a la doctrina jurídico-laboral en la renovación metodológica del Derecho privado (cfr. aparte la referencia de nota 3, GIUGNI, “El desafío de la innovación” cit., p. 44).

61 BAYLOS GRAU, A., “Anotaciones sobre los problemas de método de investigación en el Derecho del trabajo y sus repercusiones en la función del jurista laboral”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 13(1991), pp. 7 ss. Lo había puesto de manifiesto con anterioridad CASAS BAAMONDE, M.E., “Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del trabajo de la crisis”, en *El Derecho del trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica* cit., pp. 49 ss.

62 PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, *REDT* 67(1994), pp. 873 ss.

63. RODRIGUEZ DE LA BORBOYA CAMOYAN, J., “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del trabajo”, *TL* 31(1994), pp. 19 ss. -pp. 21 ss.-

64 La idea está muy generalizada. SALA, “El realismo jurídico” cit. p. 43, reconoce que la “localización, interpretación y aplicación del derecho al caso concreto” constituye la “función primordial del jurista”. Pero ello no le impide proponer otras actividades de conocimiento profundo de la realidad jurídica y de propuesta en el terreno político jurídico. En una línea parecida -aunque referida a la enseñanza- se mueven las propuestas de CASAS, “Sobre las exigencias de una metodología funcional” cit., pp. 387 ss., para quien la docencia debe presentar el tratamiento técnico-jurídico pero no sólo: debe aspirarse a un conocimiento profundo de sus porqués y de sus previsibles o posibles evoluciones. Afirmaciones parecidas se encuentran en RIVERO LAMAS, J., “La enseñanza del derecho del trabajo”, en *II Jornadas hispano-luso-brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS), 1985, pp. 301 ss. -pp. 331 ss.-, para quien no se puede perder de vista la dogmática pero es preciso reconocer el papel del iuslaboralista como sujeto ético y político. En esta misma línea, MONTOYA MELGAR, A., “Sobre el Derecho del trabajo y su ciencia”, *REDT* 58(1993), pp. 173 ss. (pp. 181 ss.).

## 5.2. El análisis técnico-jurídico: algunas precisiones.

Por lo que se refiere, en primer término, al análisis técnico-jurídico del Derecho del trabajo, no parece que, en cuanto a su metodología, pueda ser objeto de sustancial renovación. En las aportaciones más recientes continúa teniendo las mismas fases y sentido que tradicionalmente<sup>65</sup> lo han caracterizado. Ahora bien, aun cuando por lo que se refiere a su estructuración las novedades no sean espectaculares, creo que las aportaciones metodológicas que se han producido desde la consolidación de la dogmática no pueden perderse de vista: las críticas que tradicionalmente han recibido las metodologías más formalistas han de ser consideradas con mucha atención. Por eso, el análisis técnico-jurídico, para no resultar inútil y vacuo, debe ser inyectado de ciertas dosis de «realismo».

De entrada, y, sobre ello ya ha insistido tradicionalmente la doctrina laboralista, el análisis técnico-jurídico no puede desvincularse de la realidad normativa y aplicativa. En este sentido, son rechazables tanto las especulaciones lógico-formales que no estén apegadas al dato positivo<sup>66</sup> como las aproximaciones meramente «legalistas»<sup>67</sup> -pues la atención a la realidad jurídica extralegislativa (aplicación judicial, negociaciones colectiva, etc.) es inexcusable-. Por otro lado, la superación de la aproximación estrictamente conceptual por la llamada jurisprudencia de intereses no puede ser nunca perdida de vista. Ciertamente que esta superación nunca alcanzó a sustituir plenamente el tratamiento conceptual; pero la configuración del Derecho como un vehículo para la resolución de conflictos entre intereses contrapuestos que luchan entre sí supone, aparte de importantes vinculaciones interpretativas<sup>68</sup>, señalar al teórico los lugares a los que fundamentalmente debe dedicar su atención<sup>69</sup>. Esta última afirmación no es, desde luego, novedosa en la doctrina laboral<sup>70</sup>. Pero interesa poner cierto énfasis en ella toda vez que, si la doctrina científica no es capaz de seleccionar los temas que son realmente importantes en la práctica, es muy probable que la misma no alcance a cumplimentar las nuevas funciones que está llamada a desarrollar en el conjunto del sistema jurídico.

65 Cfr., por ejemplo, MONTOYA, "Sobre el Derecho del trabajo y su ciencia", cit., pp. 176 ss para quien la labor técnico-jurídica comprende la identificación, interpretación, exposición y sistematización del Derecho vigente, utilizando para ello las reglas clásicas del pensamiento jurídico.

66 SALA, "El realismo jurídico" cit., p. 59.

67 Sobre ello insistió, primero, BORRAJO DACRUZ, E., "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del trabajo", prólogo a la traducción española de SANTORO-PASARELLI, F., *Nociones de Derecho del trabajo*, Madrid (IEP), 1963, p. XXIV; y, después, SALA, "El realismo jurídico" cit., pp. 60 ss y, más recientemente, PEREZ DE LOS COBOS, "Algunas reflexiones" cit., pp. 884 y 885.

68 Para las deficiencias teóricas de las corrientes relacionadas con la jurisprudencia de intereses y para sus repercusiones interpretativas, me remito a LARENZ, *Storia del metodo* cit., pp. 65 ss.

69 HERNANDEZ GIL, "Metodología de la ciencia del derecho. I. Los métodos tradicionales" cit., p. 215, indica que la "jurisprudencia de intereses es probablemente la dirección metódica que ha logrado mayor difusión entre los juristas" y, sin duda, una de las causas de ello es que "centra su actividad en la esfera de la práctica del Derecho". Por ello, notables juristas contemporáneos continúan partiendo en sus análisis de la realidad jurídica del conflicto de interés como realidad jurídica primordial (cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas* cit., pp. 5 ss.).

70 Ya SALA, "El realismo jurídico" cit., p. 59, había indicado la necesidad de que el análisis técnico jurídico fuera funcional respecto a la práctica jurisdiccional que, en el fondo, es el foro privilegiado donde se resuelven los conflictos de intereses -entendido este concepto en sentido amplio-.

Se relacionan éstas, en parte, con las transformaciones del entramado normativo que constituye el Derecho del trabajo y, en otra parte, con las aportaciones teóricas en materia de interpretación que he tenido ocasión de reseñar brevísimamente un poco más arriba (*supra*, 4.1.b]) y, también, desde nuestra específica perspectiva, con los mayores márgenes a la interpretación judicial que abren las transformaciones del Derecho del trabajo. No es posible aquí desarrollar estas dos ideas, pues ello nos llevaría muy lejos del objetivo de este trabajo. Pero es preciso insistir en sus repercusiones metodológicas.

Pues bien, en el primer terreno, es claro que el ritmo acelerado de la transformación económica y productiva abre ciclos de cambios normativos y de cuestiones judiciales que exigen una información “rápida y práctica”. Frente a ello se ha insistido en la necesidad también de un análisis doctrinal más reposado que continúe buscando los “conceptos-clave” y las “directrices latentes” en los nuevos equilibrios normativos<sup>71</sup>. En el segundo plano, es preciso hacer referencia a un fenómeno paradójico: a medida que se ha ido advirtiendo que la argumentación jurídica -y, por tanto, la aplicación judicial del derecho- no es un proceso lógico-formal sino, más bien, una complejísima secuencia de operaciones en la que la subjetividad del intérprete es trascendental, se ha ido también indicando la importancia de la elaboración doctrinal<sup>72</sup>. Suponiendo, como propugnan las teorías sistémicas, que el Ordenamiento jurídico es un sistema social dotado de mecanismos de autoreproducción<sup>73</sup>, al tratamiento conceptual del Derecho le corresponde el importante papel de hacer que estos últimos se produzcan de forma controlada<sup>74</sup>.

Este control que se asigna a la doctrina presenta dos facetas diferentes. De un lado, aparece como garante de que la aplicación de las normas se realiza de acuerdo con las reglas argumentativas que, a pesar de toda la relativización de su rigor, deben presidir la interpretación jurídica. Y por tanto, sin perder la necesaria coherencia ni producir rupturas en el conjunto del sistema<sup>75</sup>. Desde luego, el sistema jurídico ha previsto tradicionalmente mecanismos específicos para evitar este tipo de fenómenos: ésta es una de las misiones que han tenido encomendadas desde la Codificación los Tribunales supremos o análogos<sup>76</sup>. Pero, a medida que éstos han tenido que resolver más y más

71 COUTURIER, G., “(Pour) la doctrine”, en *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes a G. Lyon-Caen*, Paris (Dalloz), 1991, pp. 221 ss. Aunque desde otro punto de vista, D'ANTONA, M., “L'anomalia postpositivista del diritto del lavoro”, en *Rivista critica del diritto privato*, 1-2(1990), pp. 207 ss. -pp. 222 ss.- advierte también los riesgos del coyunturalismo legislativo para el papel del iuslaboralista.

72 Véase, por ejemplo, HASSEMER, W., “Sistema jurídico y codificación: la vinculación del Juez a la Ley”, en KAUFMANN/HASSEMER, *El pensamiento cit.*, pp. 199 ss.

73. Para una breve exposición de este tipo de aproximaciones, véase LUHMAN, N., “L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti”, *Pol. Dir.* 1(1987), pp. 41 ss. No entro, obviamente, en las implicaciones ideológicas que puedan tener este tipo de reconstrucciones (cfr. CALVO, *Los fundamentos cit.* pp. 271 ss.).

74 En este sentido, BARCELLONA, M., “Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica)”, *Rivista critica del diritto privato*, 1-2(1990), pp. 27 ss (pp. 70 ss.). En nuestra doctrina se ha aproximado recientemente en esta clave a la cuestión del método, RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, “Algunas reflexiones” cit., pp. 26 ss.

75 Sobre este tema, es particularmente interesante el trabajo de LIBERTINI, M., “Il vincolo del diritto positivo per il giurista”, *Rivista critica del diritto privato*, 1-2(1990), pp. 119 ss. Se refiere también a este papel, MENGONI, L., “Relazione introduttiva”, *Rivista critica del diritto privato*, 1-2(1990), pp. 5 ss. (p. 23).

76 Por todos, LATORRE, *Introducción cit.*, pp. 81 y 82.

cuestiones, su capacidad uniformadora se reduce y se acrecienta la importancia de la elaboración doctrinal en el control de la aplicación judicial<sup>77</sup>.

Por otro lado, aparte las exigencias de «orden», la elaboración doctrinal parece llamada a tener una cierta función «propulsiva». Una de las razones de la apertura de mayores espacios a la interpretación se encuentra en la ya aludida incorporación de valores al proceso hermenéutico<sup>78</sup>. Cuando además, como ocurre en nuestro caso, estos valores se «positivizan» a través de las normas constitucionales, esta incorporación es de todo punto legítima<sup>79</sup>. Lógicamente, ello atribuye un nuevo papel al jurista teórico<sup>80</sup>: puede y debe asumir la guía de los aplicadores del Derecho en la progresión del Ordenamiento hacia tales valores. Conviene precisar, sin embargo, que la incorporación de valores constitucionales permite, ya lo he señalado, la ampliación de los márgenes de la interpretación. Pero es preciso, a la vez, evitar caer en el subjetivismo y, por tanto, se hace preciso continuar garantizando la coherencia y la previsibilidad de las soluciones<sup>81</sup>. En este terreno, son particularmente útiles para la reflexión doctrinal las aportaciones que «reobjetivan» la interpretación<sup>82</sup>.

En términos concretos, estas nuevas exigencias teóricas se traducen en concretas exigencias para la actividad técnico-jurídica del iuslaboralista. La sistematización y el «diálogo» con la jurisprudencia aparecen como una necesidad de primer orden en este panorama. Instrumentos como las recopilaciones, aunque conceptualmente sean poco valorables, pueden tener una utilidad instrumental enorme dentro del sistema -a condición de que reúnan ciertas condiciones de estructura, exhaustividad, etc.-. El «hermano menor» del ensayo, el comentario de jurisprudencia, se emancipa: aparece ahora como vehículo privilegiado para permitir a la propia Judicatura la reflexión sobre sus procesos interpretativos. En fin, la exigencia de claridad en el discurso -que desde siempre ha sido requisito importante del buen investigador- es ahora mayor toda vez que el diálogo científico no puede quedar en modo alguno limitado a la sola «academia» sino que debe tener trascendencia externa.

### **5.3. La reflexión político-jurídica.**

En cualquier caso, indiqué más arriba que el análisis técnico-jurídico no agota la actividad teórica del iuslaboralista. Por el contrario, ésta debe ir acompañada de «la valoración de las reglas jurídicas en relación, tanto con los ideales de Justicia que en ella se realizan o a los que se aspira, como con los criterios de posibilidad, conveniencia, etc., con lo que se establece una estrecha conexión con los cometidos carac-

77 Esta idean en MONATERI, «Interpretare la legge» cit., pp. 610 ss.

78 Sobre la llamada jurisprudencia valorativa, véase LARENZ, *Storia del metodo* cit., pp. 179 ss.

79 En relación con la positivación de los valores, véase PECES BARBA, G., *Los valores superiores* (1984), Madrid (Tecnos), 1986 (reimpr.).

80 Lo han advertido RIVERO, «La enseñanza del Derecho del trabajo» cit., pp. 331 ss. y, en cierto modo, MONTROYA, «Sobre el derecho del trabajo y su ciencia» cit., p. 183. Véase también DEL REY, «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», RL 3 (1995) cit., pp. 14 y 15.

81 MENGONI, «Relazione» cit., p. 23.

82 Personalmente creo útiles las aportaciones de DWORKIN (*Los derechos en serio* (1977), Barcelona(Ariel), 1984; y, con carácter más general por no centrarse sólo en la interpretación constitucional, *El imperio de la justicia* (1986), Barcelona (GEDISA), 1988).



terísticos del economista, del sociólogo, del historiador y... del político”<sup>83</sup>. Existe consenso doctrinal sobre ello. Ha parecido en algún momento que se sostenía cierta prevención respecto a este segundo tipo de aproximación teórica al Derecho del trabajo<sup>84</sup>; pero lo cierto es que esta prevención es sólo aparente<sup>85</sup>. Es más, las rápidas transformaciones que atraviesa en los últimos tiempos el Derecho del trabajo implican particulares exigencias en este terreno<sup>86</sup>.

El problema fundamental en este terreno no es, por tanto, discutir la legitimidad de las aproximaciones político-jurídicas a los problemas laborales sino más bien advertir algunas cuestiones concretas que se pueden plantear en este terreno. En primer término, tras un análisis técnico-jurídico riguroso de un problema o de una institución, una valoración personal, a la luz de las propias convicciones, es inexcusable. La cuestión no está aquí sino en que esa valoración sea, además, lo más rigurosa posible -en los términos en los que pueda serlo en una ciencia social-. Lógicamente, una vez fuera del análisis jurídico-positivo, el rigor viene dado por los distintos componentes de la valoración. Y, en este plano, aparecen las dificultades.

Existen, en efecto, algunos factores que, habitualmente, el jurista domina: pueden quedar a su alcance el análisis de tipo histórico-evolutivo -dada la arraigada tradición de la historia «institucional»-, comparativo -que, aunque deban ser mirados con prevención en otros terrenos, son muy útiles en éste<sup>87</sup>- e, incluso, algunas facetas del análisis socio-jurídico en punto a efectividad o incidencia de las normas estudiadas -bien que aquí ya aparecen limitaciones-. La actuación valorativa y de eventual propuesta de medidas alternativas queda, si fundada en estos factores, suficientemente amparada por la propia solvencia del investigador. Cada día más, sin embargo, los componentes de la valoración no guardan relación directa con las áreas del saber tradicionalmente «controladas» por el iuslaboralista: la valoración sociológica y, sobre todo, la económica se encuentran en este terreno. Desde luego, un esfuerzo del investigador para incrementar los “conocimientos básicos o elementales” es necesario; pero nunca permitirá llegar a ser un “especialista”<sup>88</sup>. En este contexto, las valoraciones deben hacerse con honestidad

83 BORRAJO, “Presupuestos políticos” cit., p. VIII.

84 Así, BORRAJO, “Presupuestos políticos” cit., p. X. parece lamentarse de que “las consideraciones de oportunidad, de conveniencia y de justicia”, que son “características de los estudios de las nuevas ramas del Derecho” (p. IX), “lastran, más o menos abiertamente, la esperada y querida construcción lógico-jurídica” (p. X).

85 El propio BORRAJO concluye que “en los que regulan sectores sociales vivos, sometidos a la acción de fuerzas y de intereses colectivos, la norma reguladora está condicionada por criterios técnicos y por criterios ideológicos en continua revisión”; por ello, su estudio conduce “inevitablemente al jurista... a enjuiciar la bondad de la norma... (y) a revisar el criterio político que inspira y decide la fundamentación ideológica y la formulación técnica de dicha norma” (p. XI).

86 BAYLOS, “Anotaciones sobre los problemas de método”, cit., CASAS, “Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes”, cit. PEREZ DE LOS COBOS, “Algunas reflexiones” cit., p. 885. En la doctrina comparada, véase SUPLOT, “¿Por qué un Derecho del Trabajo?”, DL 39(1993), pp. 13 ss. -p. 22-.

87 En este sentido, BORRAJO, “Presupuestos políticos” cit., p. XXIX.

88 MONTOYA, “Sobre el derecho del trabajo” cit., p. 186.

o a través de los equipos de investigación interdisciplinarios -que, aunque la doctrina los ha auspiciado en varias ocasiones<sup>89</sup>, no funcionan tan a menudo como cabría esperar-.

En definitiva, pues, es perfectamente admisible e incluso inexcusable valorar “la legitimidad de los intereses protegidos por la norma” y proceder a la “presentación al legislador y al juez, en su caso, de nuevos modelos normativos sustitutivos de los criticados”<sup>90</sup>. Pero la honestidad intelectual impone no ser dogmático en este terreno. Ni, sobre todo, inducir a la confusión. En este sentido, creo que, en la medida en que la reflexión técnico-jurídica y la político-jurídica son diferentes -en cuanto a su objeto y en cuanto a los métodos de aproximación-<sup>91</sup>, cabe exigirle en todo caso un claro deslinde entre ambas.

---

89 SALA, “El realismo jurídico” cit., pp. 47 ss.; RIVERO, “La enseñanza del Derecho del trabajo” cit., pp. 351 ss.

90 SALA, “El realismo jurídico” cit., pp. 65 y 66.

91 Por todos, PEREZ DE LOS COBOS, “Algunas reflexiones” cit., pp. 882 y 883.